

MAURO CAPPELLETTI

**IL CONTROLLO
GIUDIZIARIO
DI COSTITUZIONALITÀ
DELLE LEGGI**
NEL DIRITTO COMPARATO

— XXVI —

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press
2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. CAMMARATA, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023

19. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024
23. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Introduzione di C. Luzzati), 2024
24. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela* (Introduzione di B. Tonoletti), 2024
25. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* (Prefazione di G. Greco), 2024

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

MAURO CAPPELLETTI

**IL CONTROLLO
GIUDIZIARIO
DI COSTITUZIONALITÀ
DELLE LEGGI
NEL DIRITTO COMPARATO**

Prefazione di
**TOMMASO EDOARDO
FROSINI**

XXVI

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-PRESS
2024

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grottesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: RomaTrE-Press ©
Roma, ottobre 2024
ISBN: 979-12-5977-378-4
<http://romatrepress.uniroma3.it>

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1968 dalla Casa Editrice A. Giuffrè. Si ringraziano Matelda Cappelletti e l'Editore per l'autorizzazione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana “*La Memoria del Diritto*”

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana “*La Memoria del Diritto*” intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle “*Opere Giuridiche*” di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati “scaricati” decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice ‘riedizione’, ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente, sempre e ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l’accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest’ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

LUCA LOSCHIAVO

GIORGIO PINO

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

STUDI DI DIRITTO COMPARATO

A CURA DI MAURO CAPPELLETTI
DIRETTORE DELL'ISTITUTO DI DIRITTO COMPARATO
UNIVERSITÀ DI FIRENZE - FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

1

MAURO CAPPELLETTI

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI NEL DIRITTO COMPARATO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1968

Indice

<i>Prefazione di TOMMASO EDOARDO FROSINI</i>	
<i>Giustizia costituzionale e diritto comparato. La lezione di Mauro Cappelletti</i>	XV

<i>Presentazione</i>	XXIX
----------------------	------

CAPITOLO I DELIMITAZIONE DEL TEMA: CONTROLLO GIUDIZIARIO E CONTROLLO POLITICO; CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ E CONTROLLO DI LEGALITÀ

§ 1. Il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi e la giurisdizione costituzionale	1
§ 2. Controllo giurisdizionale e controllo politico della costituzionalità delle leggi	4
§ 3. Il controllo politico di costituzionalità nei Paesi socialisti	10
§ 4. Controllo di costituzionalità e controllo di legalità: funzione originaria ed evoluzione della <i>Cour de Cassation</i>	19

CAPITOLO II ALCUNI PRECEDENTI STORICI DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI

§ 1. Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi come «contributo americano alla scienza politica»: fondamento storico parziale di questa tesi	27
§ 2. Un precedente ateniese: la distinzione fra <i>nómoi</i> e <i>psefismata</i> e le conseguenze della illegittimità di questi ultimi	31
§ 3. La concezione medioevale del diritto e della giustizia, e la concezione della scuola giusnaturalistica dei secoli XVII-XVIII. La dottrina della « <i>heureuse impuissance</i> » del re	34
§ 4. La battaglia di Lord Edward Coke per la supremazia della <i>common law</i> , «accertata» dai giudici, sul re e sul parlamento; la «glorious revolution» e la supremazia del parlamento: sue contrastanti conseguenze nel regno d'Inghilterra (assenza di un controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi) e nelle colonie ed ex colonie (la <i>judicial review</i> negli Stati Uniti, nel Canada, in Australia, in India ecc.)	41

CAPITOLO III
ANALISI STRUTTURALE-COMPARATIVA
DEI MODERNI METODI DI CONTROLLO
GIURISDIZIONALE DI COSTITUZIONALITÀ
DELLE LEGGI SOTTO IL PROFILO «SOGGETTIVO»

§ 1. Sistema «diffuso» o «americano» e sistema «accentrato» o «austriaco» di controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi	49
§ 2. La espansione del sistema di controllo diffuso (Commonwealth, Giappone, Svizzera, Norvegia, Danimarca, Svezia; Germania di Weimar, Italia negli anni 1948-1956) e quella del sistema accentrato (Italia, Germania, Cipro, Turchia, Jugoslavia; Cecoslovacchia e Spagna)	52
§ 3. La forza razionale della dottrina che sta alla base del sistema diffuso di controllo	59
§ 4. Inconvenienti del sistema diffuso nei Paesi a base romanistica	61
§ 5. Superamento di quegli inconvenienti nei Paesi di <i>common law</i> , in forza del principio dello <i>stare decisis</i> : le conseguenze pratiche di un «semplice ragionamento»	65
§ 6. La creazione, nei Paesi di <i>civil law</i> , di speciali Corti costituzionali, e la dottrina che sta alla base del sistema accentrato di controllo	68
§ 7. Un'ulteriore giustificazione di questo sistema, desunta dall'analisi sociologica dell'ordinamento giudiziario e dalla natura della norma costituzionale e della sua interpretazione; l'inadeguatezza della Corte di cassazione italiana, come pure di altre Corti supreme europee, ad esercitare il controllo di costituzionalità. I giudici della Supreme Court americana e quelli delle Corti costituzionali europee	71
§ 8. La soluzione francese del controllo esclusivamente «politico» di costituzionalità delle leggi, e le sue ragioni storiche, ideologiche e pratiche; il sistema accentrato di controllo giurisdizionale di costituzionalità, come un compromesso pratico e ideologico tra il metodo francese e quello americano	81

CAPITOLO IV
ANALISI STRUTTURALE-COMPARATIVA
DEI MODERNI METODI DI CONTROLLO
GIURISDIZIONALE DI COSTITUZIONALITÀ
DELLE LEGGI SOTTO IL PROFILO «MODALE»

§ 1. Il sistema «americano» come tipo di controllo giudiziario diffuso che si esercita «in via incidentale»	89
---	----

§ 2. Il sistema «austriaco» come tipo di controllo accentrato che si esercita «in via principale»	92
§ 3. La <i>Bundes-Verfassungsnovelle</i> del 1929 e la legittimazione dell' <i>Oberster Gerichtshof</i> e del <i>Verwaltungsgerichtshof</i> a sollevare incidentalmente la questione di costituzionalità. Il permanente difetto del sistema austriaco	94
§ 4. Il controllo di costituzionalità delle leggi nei sistemi italiano e tedesco, e il superamento del difetto manifestato dal sistema austriaco. Avvicinamento parziale al sistema americano. Possibilità anche di un controllo «in via di azione»	97
§ 5. Vantaggi e inconvenienti dei sistemi «americano» ed «europeo» di controllo di costituzionalità delle leggi, dal punto di vista della estensione del controllo e dei rischi ad esso inerenti.	101

CAPITOLO V

ANALISI STRUTTURALE-COMPARATIVA DEI MODERNI METODI DI CONTROLLO GIURISDIZIONALE DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI SOTTO IL PROFILO DEGLI EFFETTI DELLE PRONUNCE

§ 1. Il controllo meramente dichiarativo e il controllo costitutivo della costituzionalità delle leggi	105
§ 2. Gli effetti generali o particolari della pronuncia di incostituzionalità	108
§ 3. Gli effetti futuri o retroattivi della pronuncia di incostituzionalità	109
§ 4. Eccezioni all'efficacia futura o retroattiva della pronuncia di incostituzionalità	111

CAPITOLO VI

LA CADUCAZIONE DEI REGOLAMENTI

§ 1. Altri importanti aspetti e problemi del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, non trattati in questo volume	117
§ 2. Note conclusive	120

<i>Summary in English</i>	125
---------------------------	-----

<i>Indice degli autori</i>	127
----------------------------	-----

Prefazione

Giustizia costituzionale e diritto comparato. La lezione di Mauro Cappelletti

TOMMASO EDOARDO FROSINI

SOMMARIO: 1. Que viva Mexico! – 2. La filosofia del diritto di accesso alla giustizia – 3. Sul metodo comparativo sistematico – 4. La classificazione comparata dei sistemi di giustizia costituzionale – 5. Mauro Cappelletti: *one of precious few, one of precious comparatist*.

1. *Que viva Mexico!*

Tredici anni dopo il viaggio in Messico del suo maestro Piero Calamandrei, anche Mauro Cappelletti viene invitato, nel 1965, nella Università Nazionale di Città del Messico a tenere, anch'egli, un *curso*. Calamandrei aveva parlato al pubblico messicano di *Processo e democrazia*, che sarebbe divenuto presto un libro prima in italiano e poi in spagnolo¹. Stessa sorte per Cappelletti: le lezioni messicane dedicate a *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, verranno pubblicate, a breve giro, prima in Messico e poi in Italia².

Peralto, i due libri sono sovrapponibili perché hanno un comune intento scientifico e vorrei dire pedagogico-giuridico: affermare e difendere la legalità e la giustizia come principi fondanti lo stato di diritto, nonché «accertare e applicare i “principi generali del diritto” a livello transnazionale»³. Da qui l'inclinazione alla comparazione giuridica. Mentre

¹ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova 1954 (ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, nuova ed., Roma 2019, 618 ss.); poi in traduzione castigliana: *Proceso y democracia*, a cura di H. Fix Zamudio, Buenos Aires 1960

² M. CAPPELLETTI, *El control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, Mexico 1966; poi la traduzione italiana: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968, quale primo volume della collana “Studi di diritto comparato” a cura dello stesso M. Cappelletti. Il libro è dedicato a Tullio Ascarelli e Carlo Esposito, «due Maestri uniti nel mio riverente ricordo»

³ Così M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna 1994, 27

quello di Calamandrei è un libro *per* il diritto comparato⁴, il libro di Cappelletti invece è un libro *di* diritto comparato. Distinzione sottile ma rilevante. Ci tornerò più avanti.

La vocazione comparatistica di Cappelletti si manifesta da subito. Il suo primo libro, pubblicato nel 1955 quando l'autore aveva appena 28 anni, è un "primo studio sul ricorso costituzionale con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco". Porta un titolo che è diventato una formula giuridica diffusa: *la giurisdizione costituzionale delle libertà*⁵ (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*). Tratta un tema, il ricorso alle Corti costituzionali, all'epoca assai poco frequentato dalla dottrina italiana, la quale lo declinava, kelsenianamente, come solo giudizio sulle leggi e non ancora sui diritti di libertà. È vero che l'analisi delle esperienze straniere, prese in esame da Cappelletti, consente lo svolgersi di un ragionare sul sindacato costituzionale sulle libertà, in virtù del ricorso diretto del cittadino quando ritiene che sia stato violato un suo diritto fondamentale (*Verfassungsbeschwerde*, ovvero *recurso de amparo*). È quello che Cappelletti auspica anche per l'ordinamento italiano, come progetto di soluzione e quindi di riforma. Come scrive in *pre-messa* al suo libro: «in pratica il cittadino davanti allo Stato e al funzionario ha tuttora da noi, per ciò che riguarda le sue "libertà fondamentali", poche possibilità di comando, o nessuna [...] Perché? È la domanda che inizialmente mi sono posta, è anzi il problema che la scuola [di Calamandrei], della quale è immeritato onore essere discepolo, mi ha insegnato a studiare». Il libro sulla *giurisdizione costituzionale delle libertà* nasce in quella scuola; esso, infatti, è chiaramente debitore degli studi di Calamandrei sulla Costituzione e sul processo costituzionale⁶. Tematiche che Cappelletti approfondisce e sviluppa soprattutto attraverso la ricerca comparatistica.

Vorrei dire, anticipando quanto argomenterò più avanti, che il ricorso diretto alle corti costituzionali per la tutela dei diritti di libertà non è finalizzato soltanto a garantire il cittadino contro gli abusi della legge. Serve anche a garantire la forza della Costituzione, come *lex superior*, nella quale quei diritti sono scolpiti e devono trovare piena effettività. Come scrive Cappelletti nella *presentazione* al volume su *Il controllo giudiziario*: «Effettività, intendo, della superiorità della legge fondamentale; e ricerca dunque di uno strumento, capace di *garantire quella superiorità*»

⁴ Su cui v. T.E. FROSINI, *Piero Calamandrei comparatista*, in *Federalismi*, n. 5, 2018 (ora in ID., *Diritto senza confini*, Napoli 2022, 263 ss.)

⁵ Pubblicato a Milano nel 1955, quale settimo volume della collana dei "Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile"

⁶ In tal senso, v. gli studi raccolti in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, pres. di C. Mortati, nuova ed., Roma 2019

(p. XXXI). Attraverso il ricorso diretto alla giurisdizione delle libertà, si viene a esplicitare una doppia tutela: del cittadino e della Costituzione, anzi in nome e per conto della Costituzione. Vi è una chiara eco della giurisprudenza statunitense *Marbury vs. Madison* (1803), la quale nel riconoscere il *judicial review* afferma la superiorità della Costituzione come *higher law*. Come legge fondamentale rigida e pertanto gerarchicamente superiore alla legge ordinaria, la quale può essere disapplicata dal giudice laddove ritenuta in contrasto con la Costituzione. Nello scontro fra la legge e la Costituzione deve prevalere sempre quest'ultima. Non c'è alternativa. Come scrisse il giudice John Marshall nella sentenza *Marbury vs. Madison*: «*Between these alternatives there is no middle ground*».

2. La filosofia del diritto di accesso alla giustizia

Il problema del ricorso alle Corti è anche un problema di accesso alle Corti. Più in generale di accesso alla giustizia, che sarà uno dei temi principali della speculazione processual-comparatistica di Cappelletti⁷. Non solo. Anche come movimento di pensiero e di ricerca per combattere, tra l'altro, la "povertà economica" delle parti. Quindi una filosofia del diritto che mette al centro «le *persone* (con tutte le loro peculiarità culturali, economiche, sociali), le *istituzioni*, i *processi* attraverso i quali il diritto vive, si forma, evolve e si impone [...] come parte integrante di un più complesso ordinamento sociale, onde esso non può essere artificialmente isolato dall'economia, dalla morale, dalla politica. Si afferma così quella che è stata chiamata la concezione "contestuale" del diritto»⁸. Da cui non può prescindere l'analisi comparativa. Il diritto di accesso alla giustizia è pensato, studiato e formulato come bisogno o problema sociale, e quindi nella prospettiva dei cittadini "consumatori" del diritto e della giustizia. Pertanto, il diritto processuale deve essere «esaminato dal punto di vista dei suoi *utenti*, anziché soltanto dei suoi *produttori*. I concetti e le categorie fondamentali sono così

⁷ V. *Access to Justice*, 4 voll. in 6 tomi, a cura di M. Cappelletti, Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-79; *Access to Justice and the Welfare State*, a cura di M. Cappelletti, Alphen aan den Rijn-Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981. Sul contributo di Cappelletti al tema dell'accesso alla giustizia, v. i saggi di V. BARSOTTI, B.G. GARTH, G. PAILLI e I. VIANELLO, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, numero dedicato a *Processo e Costituzione: l'eredità di Mauro Cappelletti*, Napoli 2026, 9-52

⁸ Così M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, cit., 77; v. anche ID., *Giustizia e società*, Milano 1972

non più soltanto quelli di giurisdizione, pronuncia, esecuzione ma anche quello di *accessibilità*, e quindi dei costi, delle durate e in generale degli *ostacoli* – economici, culturali, sociali – che tanto spesso si frappongono fra il cittadino che domanda giustizia e il procedimento inteso a concederla»⁹. Processo come democrazia, avrebbe detto Piero Calamandrei.

3. *Sul metodo comparativo sistematico*

Lo scrivevo all'inizio: questo libro di Cappelletti sul *controllo giudiziario* è un libro di diritto comparato. Metodo o scienza – non entro nella *vexata quaestio* – all'epoca poco diffusa e guardata con sospetto dalla dottrina giuridica prevalente. “Altre genti, altri climi”, si diceva per ridimensionare lo studio e l'interesse per le esperienze giuridiche straniere. La capacità di sapere usare la comparazione come ausilio per ben interpretare le leggi, quindi, era prerogativa riservata solo ai grandi maestri, che facevano diritto comparato in maniera vorrei dire spontanea. Consapevoli che quanto avviene altrove, in termini di regolazione normativa e giurisprudenziale, può essere utilissimo per elaborare progetti di soluzione e quindi di riforma del proprio sistema giuridico.

Questo è l'intento di Cappelletti. Lo dichiara subito, in apertura del suo libro, quando individua un grande e avvincente movimento di avvicinamento tra i due sistemi di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi – quello americano “diffuso” e quello austriaco “accentrato” – originariamente distinti e distanti. Così «come le ideologie medesime, che stanno alla base di quelle e altre contrapposizioni, si vadano vieppiù attenuando, quando non anche unificando o armonizzando. E basterebbe questo, mi pare per fare emergere in tutta la sua importanza il diritto comparato, anzi il metodo comparativo, negli studi di diritto costituzionale, – processuale e sostanziale» (p. XXXIV).

Il metodo comparativo di Cappelletti, come dichiarato in apertura del primo capitolo, è condotto «non con criterio geografico, ma, per quanto possibile, sistematico». Una scelta assai condivisibile, che consente davvero e correttamente l'applicazione della metodologia comparativa. A dispetto di quanti, oggi, scrivono libri che vorrebbero essere di diritto comparato, limitandosi a fare una sorta di atlante geografico. Descrivendo, cioè, il funzionamento delle istituzioni e degli ordinamenti giuridici paese per paese, come se fossero tante piccole guide *routard*.

⁹ M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, cit., 164

La prima comparazione sistematica svolta da Cappelletti nel suo libro è dedicata al raffronto tra il controllo giudiziario e quello politico. Controllo giudiziario da intendersi esclusivamente affidato a organi giudiziari, che esercitano una funzione giurisdizionale. Laddove si incontrano e si scontrano la legge e la sentenza, il legislatore e il giudice. Laddove si esercita il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi. Laddove si compie la tutela effettiva dei diritti di libertà, quando sono obnubilati dalla legge che contrasta e viola la Costituzione. Prospettiva completamente e comparativamente differente quella del controllo politico, come nelle esperienze costituzionali dei Paesi socialisti, specialmente (dell'allora) Unione Sovietica. Il caso che approfondisce Cappelletti è quello della Francia, storicamente allergica al controllo giudiziario delle leggi fin dalla Costituzione del 1799, poi in quella della IV Repubblica e anche nell'attuale Costituzione della V Repubblica (sebbene abbia, di recente, avuto delle modifiche). Le ragioni, argomenta Cappelletti, sono molteplici. Innanzitutto, *storiche* in quanto collegate al «permanente ricordo delle gravi interferenze che, precedentemente alla Rivoluzione, i giudici francesi troppo spesso penetravano nella sfera degli altri poteri, con conseguenze che, se a volte potevano rappresentare un salutare antidoto contro le tendenze assolutistiche della monarchia, più spesso avevano piuttosto il sapore dell'arbitrio o del sopruso» (pp. 83-84). Poi ci sono le ragioni *ideologiche*, collegate alla dottrina della separazione dei poteri di Montesquieu nella sua più rigida formulazione, non «a torto ritenuta assolutamente inconciliabile con ogni possibilità di interferenza dei giudici nella sfera del potere legislativo [quale] diretta manifestazione della sovranità popolare» (p. 85). Comparabile per differenze con l'esperienza nordamericana, dove anziché la netta separazione dei poteri vi è il reciproco controllo ed equilibrio dei poteri dello Stato, secondo la tecnica dei *checks and balances*. Pertanto, Cappelletti può concludere da comparatista: «Si rivela qui dunque una profonda, netta contrapposizione fra la concezione francese e quella nordamericana: una contrapposizione che limpidamente si riflette appunto ancor oggi, da un lato, nel sistema francese del controllo non giudiziario ma meramente politico (e preventivo) di costituzionalità delle leggi; e dall'altro lato, nell'opposto sistema americano del controllo giudiziario e diffuso, ossia nel sistema della *judicial review*» (p. 86).

Nelle pagine che Cappelletti dedica alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi – utilizzando così la storia quale metodo comparativo – si sofferma sui precedenti ai quali si sarebbe ispirato il *judicial review* nordamericano. «Io credo che l'indagine su questo punto – scrive Cappelletti – sia veramente una fra le più affascinanti che uno

studioso possa affrontare. E, per di più, un'indagine che, se non m'inganno, può dar luogo a risultati a prima vista stupefacenti e addirittura paradossali: un'indagine, insomma, che può mettere veramente in luce quella, che è stata chiamata l'"astuzia della storia"» (p. 41). Nel caso della *judicial review*, da intendersi come "supremazia dei giudici", è stata favorita dalla "supremazia del Parlamento" che si è manifestata in Inghilterra. Tutto nasce dalla dottrina di Edward Coke – a partire dal *Bonham's case* del 1610 – sull'autorità del giudice per limitare l'assolutismo del re e quello del Parlamento, che si era propagata in Inghilterra ma anche nelle colonie inglesi d'America. La dottrina di Coke venne poi travolta nel 1688 dalla *Glorious Revolution*, che impose la supremazia del Parlamento. Nel frattempo, però, della dottrina della supremazia del giudice rimasero le semente in America, che diedero i frutti della *judicial review*, ovvero della supremazia del potere giudiziario (*supremacy of the judiciary*).

4. La classificazione comparata dei sistemi di giustizia costituzionale

Il libro su *Il controllo giudiziario* si sviluppa poi attraverso tre capitoli (capp. III, IV e V), nei quali l'autore svolge una "analisi strutturale-comparativa dei moderni metodi di controllo di costituzionalità delle leggi". Sotto tre profili: quello *soggettivo*, quindi riferito agli organi ai quali spetta il potere di controllo; quello *modale*, pertanto su come la questione di costituzionalità viene sollevata e risolta; e quello degli *effetti delle pronunce*, ovvero rispetto alla legge sottoposta al controllo nonché al caso concreto nel quale la questione di costituzionalità si sia, eventualmente, presentata. Quindi, una classificazione delle modalità di giustizia costituzionale comparata, che coglie e raccoglie tutte le declinazioni del fenomeno processuale e sostanziale¹⁰. E che mantiene ancora oggi una piena e convincente attualità metodologica.

Sul profilo *soggettivo*, ovvero "organico", Cappelletti parte dalla distinzione fra sistema "diffuso" – in cui il controllo di costituzionalità spetta a tutti gli organi giudiziari – e quello "accentrato" – dove il controllo è concentrato in un organo giudiziario soltanto – per svolgere un'eccezionale e completa panoramica dell'espansione dei due contrapposti sistemi.

¹⁰ Sul diritto processuale costituzionale di Cappelletti, v i contributi di M. CARTABIA, S. BENVENUTI, H. EKLUND e N. TROCKER, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, cit., 115-152, 157-206

Spaziando tra Stati Uniti d'America, Giappone, Svizzera, diritto norvegese e svedese per l'analisi del sistema diffuso (con un puntuale richiamo anche al periodo della Germania della Costituzione di Weimar oppure all'Italia repubblicana prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale). Evidenziando come, invece, il sistema accentrato, la cui intuizione teorica è dovuta a Hans Kelsen, si sia stabilizzato in Italia, Germania, Cipro, Turchia e anche nella Repubblica socialista federativa di Jugoslavia, primo e unico fra i Paesi a regime comunista a prevederlo. Il processual-comparatista Cappelletti¹¹ si chiede quale sia la *philosophy* che sta alla base dei due contrapposti sistemi, diffuso e accentrato. La risposta si trova in un denso ragionamento, che si dispiega in numerose pagine alle quali si fa rinvio (pp. 59-88). Nelle quali comunque emerge una posizione teorica volta al ridimensionamento della distanza fra i due sistemi di controllo sotto il profilo soggettivo. Intuizione per allora davvero originale e inedita. Che invece ha trovato, nella più recente tecnicità del diritto processuale costituzionale, una sua concreta applicazione. Si pensi, tra l'altro, al ruolo che esercitano i giudici comuni, nell'ordinamento italiano per esempio, quando decidono attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme, che consente, tra l'altro, di non sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte. E agire così come se ci fosse anche un sindacato diffuso.

Per quanto riguarda il profilo "modale", la comparazione viene svolta sulla base della distinzione fra ricorso in via incidentale e in via principale. Pure qui Cappelletti, dopo avere evidenziato pregi e difetti dell'uno e dell'altro, individua, specialmente nella esperienza italiana e tedesca, un notevole avvicinamento al sistema americano della *judicial review*. Anche qui siamo in presenza di un notevole esercizio di metodologia comparativa, che viene svolto in questi termini: «Seppure in Italia e in Germania non accade che tutti i giudici siano (come negli stati Uniti) *competenti a compiere* il controllo di costituzionalità tutti però sono, per lo meno, *legittimati a chiedere* tale controllo alle Corti costituzionali, in occasione dei singoli casi concreti che sono tenuti a giudicare» (p. 99). Salvo riconoscere al cd. "modello europeo" di Italia e Germania la possibilità di promuovere un ricorso in via principale da parte degli enti territoriali e dei poteri dello Stato, in caso di conflitto, che possono adire direttamente la Corte costituzionale. Certo, il cd. "metodo europeo" appare come più complesso e, in teoria, più completo di quello americano. Però, «può rivelarsi forse *più pericoloso*, perché può effettivamente dare talvolta all'attività delle Corti costituzionali – sottoponendo ad esse anche quelle *non-justiciable*

¹¹ Come egli stesso si definiva: M. CAPPELLETTI, *Op. ult. cit.*, 157 ss.

political questions, che non sono ammissibili negli USA – una colorazione eccessivamente “politica” anziché giudiziaria» (p. 103).

Infine, nella classificazione delle modalità di giustizia costituzionale comparata svolta da Cappelletti, c'è il terzo e ultimo profilo, che è quello riferito agli effetti delle pronunce. Anche qui la comparazione è fra il sistema nordamericano, dove la legge incostituzionale è ritenuta assolutamente nulla (*null and void*) e pertanto inefficace, e il sistema europeo austriaco di matrice kelseniana, dove invece la legge incostituzionale viene annullata, cassata (*aufhebt*). Attraverso l'azione del giudice delle leggi come legislatore negativo. Un po' diversa la situazione in Italia e in Germania, dove la sentenza ha sì efficacia *erga omnes* come in Austria (*Allgemeinwirkung*) ma non *ex nunc* piuttosto *ex tunc*, ossia retroattivamente, anche per il passato. «In altre parole – scrive Cappelletti – sia in Italia che in Germania si ritiene – come negli Stati Uniti d'America – che il mero fatto della incostituzionalità sia causa di *assoluta nullità* e quindi di inefficacia *ipso iure* delle leggi, prima ancora che questa incostituzionalità sia dichiarata solennemente e vincolativamente dalla sentenza della competente Corte costituzionale» (p. 110).

Nelle pagine conclusive del suo libro, Cappelletti accenna ad altri problemi che non ha potuto trattare diffusamente. Tra questi, la *tecnica processuale* del controllo di costituzionalità; l'*interpretazione* e l'*ampiezza* del controllo giudiziario delle leggi. E anche un cenno alla pubblicità dei voti di dissenso, «che è stata vietata purtroppo ai giudici costituzionali italiani, tedeschi ed austriaci» (p. 120). La finalità del libro «è stata quella di far vedere, attraverso una pur sommaria e lacunosa indagine comparativa, come sia universalmente sentita la grande attualità, l'importanza pratica e l'interesse scientifico di questo tema del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi [...]. In esso, l'uomo ha cercato di comporre l'antica, profonda e sempre riemergente contrapposizione fra il diritto naturale e il diritto positivo, fra la giustizia e il diritto, il cui rapporto dialettico ha sempre costituito un fattore vitale della evoluzione giuridica» (p. 121). Le ultime affermazioni sono dedicate al concetto di Costituzione, che diventa giusnaturalismo con gli strumenti del positivismo giuridico. «Da un diritto naturale inteso come valore *assoluto* ed *eterno* (e quindi *immobile*) valore, ad un giusnaturalismo *storico*, diritto naturale *vigente*» (p. 122). In tal senso, «la giustizia costituzionale, attraverso una interpretazione accentuatamente discrezionale, si fa *giurisdizione di equità* [...]. La giustizia costituzionale esprime insomma la vita stessa, la realtà dinamica, il divenire delle “Leggi fondamentali”» (p. 123).

Così conclude il suo *cursillo* Mauro Cappelletti.

5. *Mauro Cappelletti*: one of precious few, one of precious comparatist

Il libro di Cappelletti su *Il controllo giudiziario* ha quasi sessant'anni ma nonostante il trascorso del tempo mantiene una sua importanza e validità. Vuoi nella ricostruzione dell'impianto dei sistemi di giustizia costituzionale e la loro vocazione a tutela dei diritti di libertà, vuoi per la lezione che esprime su come si deve fare la comparazione. La quale, «come la storia, rappresenta per le scienze sociali, e quindi anche per il diritto, ciò che per le scienze naturali è la *sperimentazione* di laboratorio. Le scienze sociali possono trovare infatti nell'analisi storica e comparativa quelle esemplificazioni concrete, dimostrazioni pratiche, prove di successi e insuccessi, che le scienze naturali ricercano invece nell'analisi di laboratorio»¹².

Certo, rispetto alla ricostruzione del funzionamento del sistema del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi, così come è stata svolta da Cappelletti nel suo libro, parecchie cose sono cambiate¹³. Com'è normale che avvenga nell'evoluzione degli ordinamenti giuridici. Anche nel sistema statunitense della *judicial review*, tanto caro a Cappelletti. Il quale, in un intervento a un seminario di studio promosso dalla Corte italiana, riconosceva le trasformazioni e correggeva qualche sua posizione precedentemente espressa. Come quella riferita a una possibile regolazione dello strumento del ricorso diretto, di cui lamentava l'assenza nell'ordinamento italiano. Successivamente, a diversi anni di distanza, ne scorgeva addirittura il pericolo per la sopravvivenza stessa della giustizia costituzionale, perché avrebbe comportato uno snaturamento del ruolo e funzioni della Corte costituzionale¹⁴.

Molto poco ho detto sulla personalità di Cappelletti. Mi sono concentrato sulla sua opera, come credo fosse giusto, dovendo introdurre la ristampa di un suo significativo libro. Assai, invece, ci sarebbe da dire su Cappelletti uomo, scienziato e diffusore di cultura, non solo giuridica. Un uomo di frontiera, anzi senza frontiere. Con il suo continuo peregrinare in giro per il mondo, lasciando sempre solida traccia e vivida testimonianza del suo magistero. Valgano come dimostrazione quantomeno i saggi dei

¹² Così M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, cit., 26

¹³ Una efficace sintesi delle problematiche relative alla giustizia costituzionale italiana vedila nella *Relazione annuale 2023* del Presidente della Corte costituzionale Augusto Barbera in www.cortecostituzionale.it

¹⁴ M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, nel vol. *Giudizio "a quo" e promovimento del giudizio costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 novembre 1989, Milano 1990, 32. Coglie il punto S. BENEVENUTI nel suo scritto nell'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, cit. 130

primi anni Novanta, raccolti nel volume sulle *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*: si tratta di relazioni a convegni, ovvero lezioni e seminari tenuti a: Pechino (1992), Messico (1991), Rio de Janeiro (1990), Pretoria (1990), Curitiba (1991), Dublino (1992). Per tacere delle sue numerose esperienze come *visiting professor* in svariate facoltà giuridiche delle Università degli Stati Uniti d’America e di molte altre parti del mondo. Così come molte sue opere sono state scritte o tradotte in diverse lingue straniere, specialmente in inglese per essere diffuse soprattutto negli USA. Anche per questo è stato un vero e grande comparatista, *one of precious comparatist*. Così come è stato *one of precious few*, secondo la definizione che gli ha dato Jack Jacob nella *premessa* al libro di Cappelletti *The Judicial Process in Comparative Perspective* (1988)¹⁵.

I suoi più affezionati amici e allievi gli hanno, ancora di recente, dedicato delle belle e intense pagine di ricordi dell’uomo, del professore e dello studioso processual-comparatista¹⁶. Pubblicate nell’*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, a quei ricordi faccio rinvio.

Voglio fare mie, e così concludere, le parole che Marta Cartabia ha voluto dedicare al magistero di Cappelletti: «Il pensiero di Mauro Cappelletti è straordinariamente lungimirante. Egli ha saputo decifrare i più importanti cambiamenti della nostra epoca e ha indicato nuove direzioni dei sistemi giuridici. In molte occasioni ha anticipato gli eventi. Da dove scaturiva la sua grandissima capacità di interpretare i segni dei tempi? Certamente il genio delle sue doti intellettuali, il suo retaggio culturale, la sua capacità di lavoro e molte altre caratteristiche personali contribuiscono a rispondere al quesito. Tuttavia, parte della risposta deve essere cercata nel suo approccio metodologico»¹⁷.

Mauro Cappelletti: un profeta scientifico¹⁸.

¹⁵ Ricavo la definizione di Jacob dal bel ritratto di Cappelletti scritto da V. VARANO, *Mauro Cappelletti*, in www.dpce.it (nella sezione *Essere comparatisti*). Definizione poi ripresa sia da S. CASSESE sia da M. CARTABIA nei loro contributi apparsi nello *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, cit., 115-128 e 233-242

¹⁶ Vedi i contributi raccolti nella Round Table -Talking about Mauro Cappelletti, con testimonianze di J.H.H. WEILER, K. ECONOMIDES, B.G. GARTH, G. MARINI, N. TROCKER e V. VARANO, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, cit., 243-290

¹⁷ Così M. CARTABIA, *Mauro Cappelletti: one of the precious few della nostra generazione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, cit., 126 Vorrei aggiungere che la «grandissima capacità di Cappelletti di interpretare i segni dei tempi» scaturiva senz’altro dal «genio delle sue doti intellettuali», come scrive Marta Cartabia, ma anche dalla grande lezione appresa da Piero Calamandrei

¹⁸ «Il comparatista è il solo possibile “profeta scientifico”»: M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, cit., 20

STUDI DI DIRITTO COMPARATO

A CURA DI MAURO CAPPELLETTI
DIRETTORE DELL'ISTITUTO DI DIRITTO COMPARATO
UNIVERSITÀ DI FIRENZE - FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

1

MAURO CAPPELLETTI

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI NEL DIRITTO COMPARATO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1968

Due scritti, tratti rispettivamente dal secondo e dal terzo capitolo di questo volume, sono stati dedicati alle raccolte di studi in memoria di TULLIO ASCARELLI, precursore e maestro di un nuovo « stile » nella dottrina giuridica italiana, e di CARLO ESPOSITO, che in epoca di dittatura ha approfondito con spirito liberale il tema della validità delle leggi. Mi è grato dedicare ora il volume ai due Maestri, uniti nel mio riverente ricordo.

PRESENTAZIONE

In questo volumetto è raccolto e rielaborato un breve corso di lezioni sul controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato¹, da me tenuto nel 1965 a Città del Messico per gentile invito dell'Università Nazionale messicana². Su taluni dei temi trattati in quel corso ho avuto varie occasioni di ritornare, sempre però con finalità principalmente didattiche: in particolare, oltreché nel corso di Diritto pubblico comparato tenuto nell'anno accademico 1966-67 presso la Facoltà giuridica fiorentina, in due seminarî al Department of Political Science della University of California in Los Angeles e alla Law School della Michigan University, nonché in un breve corso presso la Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé di Strasburgo e in una conferenza al Collegio giuridico di Pisa. È rimasta pertanto al volumetto quella originaria impostazione precipuamente didattica — di esposi-

¹ Il tema di questa indagine si inserisce nel quadro di una più vasta ricerca di diritto processuale comparato, patrocinata dal Consiglio Nazionale delle Ricerche e svolgentesi dal 1964 presso l'Istituto di diritto comparato della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

² Il corso, con l'aggiunta degli atti di una tavola rotonda ad esso seguita sul tema « Amparo y Casación » e alla quale hanno partecipato, con me, i Colleghi I. MEDINA, H. BRISEÑO SIERRA, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, H. FIX ZAMUDIO e L. CAPÍN MARTÍNEZ, è stato raccolto in volume nella traduzione spagnola di C. GÓMEZ LARA e H. FIX ZAMUDIO. Cfr. M. CAPPELLETTI, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1966. Per una sintesi rielaborata del corso medesimo cfr. M. CAPPELLETTI/J. C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 79 (1966), pp. 1207-1224.

zione a giovani studiosi, più che di dettagliata e completa analisi monografica —, che ho ritenuto opportuno mantenere pur con tutti i limiti che a questo libro ne dovevano derivare.

Ho voluto premettere quanto sopra per avvertire, fin dall'inizio, dei limiti di questo « cursillo ». Potrebbe chiedersi allora il lettore per quale ragione si sia voluto iniziare proprio con questo volume, di ambizioni modeste, un'impresa certamente meno modesta: una raccolta, cioè, di pubblicazioni di diritto comparato le quali, benché (o, anzi, proprio perché) saranno presumibilmente, nella grande maggioranza, opera di giovani, si dimostreranno, confido, assai più impegnative e significanti.

La giustificazione va vista nella materia trattata in queste pagine, la quale esprime a mio avviso — come cercherò di dimostrare in questa presentazione — uno dei fenomeni più indicativi della realtà e del pensiero giuridico moderno: un fenomeno, per di più, nel quale è strettamente implicata l'importanza metodologica, e vorrei dire anche filosofica, del diritto comparato.

Altri hanno dimostrato come, in materia di diritto internazionale privato, il metodo comparativo — del quale è stato in quella materia grande Maestro Ernst RABEL — abbia rappresentato l'inizio di una vera e propria « terza scuola »³, sintesi e superamento da un lato della scuola universalistica dell'ottocento, facente capo al SAVIGNY e, in Italia, soprattutto al MANCINI, e dall'altro lato della scuola positivista e particolaristica, prevalsa in Europa, con l'emergere di figure come quelle del BARTIN, del KAHN, dell'ANZILOTTI e tante altre, sul finire dell'ottocento e nei primi decenni del novecento.

³ Cfr., anche per i riferimenti bibliografici, il nostro studio su *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, XX (1965), p. 192 ss., specie a pp. 218 ss., 229 s. (rielaborato in versione francese con il titolo *La valeur des jugements étrangers en Italie*, per la raccolta di studi in onore del Prof. FRAGISTAS, Salonicco, 1967, p. 259 ss.).

Ma io credo che il panorama possa, anzi debba essere allargato, estendendolo, dal campo del diritto internazionale privato, anche a quello del diritto costituzionale (e del diritto pubblico in generale), e quindi all'intero fenomeno giuridico ed alla sua moderna concezione filosofica.

Sul piano del diritto costituzionale e pubblico, la grande « scoperta » del pensiero moderno sta nelle Carte costituzionali, intese come la lex superior, vincolante anche per il legislatore. Non è, si badi, una scoperta in senso assoluto, ch e anzi io stesso cercher  di dimostrare (in questo vol., cap. II) come all'idea non siano mancati, anche sul piano delle realizzazioni pratiche, precedenti perfino antichi. Ma la novit  sta, anzitutto, nell'ampiezza veramente straordinaria, e tendenzialmente universale, che il fenomeno   venuto assumendo, a partire dalla Costituzione nordamericana del 1787 per giungere fino alle Costituzioni pi  recenti; e sta, poi, nella ricerca di un grado tale di effettivit , che in altre epoche certamente fu ignota. Effettivit , intendo, della superiorit  della legge fondamentale; e ricerca dunque di uno strumento, capace di garantire quella superiorit .

Questo strumento, che in taluni esperimenti vecchi e recenti, di dubbio successo per la verit , si   cercato di non distaccare dal potere legislativo medesimo (infra, cap. I, § 2, e cap. III, § 8), in altri e sempre pi  numerosi esperimenti si   cercato di vederlo invece in un potere diverso, autonomo, indipendente dal potere propriamente di normazione e di governo: ossia nel potere giudiziario. Di qui quell'avvincente esperimento di rottura di schemi nuovi ed antichi, consistente — sul piano degli organi — nella attribuzione, ad una o a tutte le Corti giudiziarie di un dato ordinamento, del potere di controllo dell'attivit  del legislatore alla luce della Costituzione, e — sul piano degli atti — nella configurazione della sentenza come strumento e occasione di controllo della legge.

Ma questa non   pi  che una mera descrizione del feno-

meno, il quale ha, ripeto, una sua ben più profonda significazione e, vorrei dire, una sua propria filosofia. È stata invero di tutti i tempi l'ansia degli uomini di creare o scoprire una « gerarchia » delle leggi, e di garantirla. È l'ansia stessa — o un suo aspetto — di uscire dal contingente, di « fermare l'attimo », di vincere, insomma, l'umano destino di perenne trasformazione e di morte: le leggi cambiano, ma resti la Legge; restino i Valori fondamentali. E una legge è ingiusta, dunque non è legge, se viola quegli eterni valori.

È questa, fondamentalemente, la dottrina che sta alla base di ogni giusnaturalismo, religioso o laico che sia: con tutto il coraggio, anzi l'audacia, implicita in quella dottrina, che è l'audacia dell'individuo che si arroga il diritto di violare la legge ingiusta. Ma poiché l'ansia, che quella dottrina esprime, è un dato insopprimibile dell'uomo — è appunto l'anelito, divino o faustiano, che sta in tutti noi —, è pienamente comprensibile, specie in epoche di più acuta crisi, il perenne ritorno del giusnaturalismo, pur eternamente sconfitto sul piano della logica pura come anche sul piano di una spregiudicata realistica sperimentazione dei dati la quale ci dimostra che, al di là di generiche formule prive di contenuto, anche i « valori » cambiano, dunque anche « la Legge » cambia e dev'essere volta per volta faticosamente responsabilmente ricercata, ricreata dall'uomo; che pertanto unica legge assoluta è semmai quella del continuo eterno mutamento; che insomma, per parafrasare il titolo di una celebre conferenza di Benjamin CONSTANT, la libertà dei moderni è tutt'altra di quella degli antichi, e lo stesso vale per la verità, e per la giustizia, e per tutti gli altri « valori ».

Ebbene, io credo fermamente che se c'è un dato, che rende grandiosa e affascinante l'esperienza giuridica moderna, esso sta proprio nel rinnovato tentativo « faustiano » di fermare quell'attimo fuggente. Tentativo rinnovato, anzi nuovo, perché nuovo ne è lo strumento.

Le Costituzioni moderne, norme prevalentemente « di va-

lore », sono appunto il primo momento di quel tentativo. Nelle loro pur necessariamente vaghe, ambigue, imprecise e programmatiche formule, è il primo potente tentativo di dirozzare la pietra informe dei « valori », individuali e sociali, e di dare ad essi una prima forma: il primo tentativo insomma, di una « positivizzazione » di qualcosa, che sta al di fuori e al di sopra della legge normale, e di chi la pone.

Il secondo momento sta nel carattere « rigido » di quelle Costituzioni, le quali si impongono, appunto, con la forza di « norme prevalenti ».

Ma la vera, la grande novità sta nel terzo momento, nel tentativo cioè di trasformare l'imprecisione e la immobile staticità di quelle formule, e la ineffettività di quella prevalenza, in una effettiva e dinamica e permanente « concretizzazione » attraverso l'opera di un interprete qualificato, — il giudice, o, nei sistemi più recenti, lo speciale giudice costituzionale. Qui veramente il genio degli uomini ha raggiunto il suo vertice: l'aspirazione all'eterno, un'aspirazione perennemente rinascente dalle sue proprie ceneri, trova qui la sua concreta conciliazione con la realtà: l'eternità dei valori, quella eternità che la storia ha dimostrato essere l'impossibile e pur tuttavia suprema utopia dell'umanità, si concretizza attraverso l'opera attuatrice del giudice. Ed anche la mille volte sconfitta aspirazione giusnaturalistica, ritrova così la sua propria dimensione reale, il suo volto umano: giusnaturalismo e positivismo si riconciliano, si fondono in questa certo imperfetta, ma geniale invenzione dell'uomo e del diritto.

Il fenomeno giuridico si inserisce, in tal modo, in dimensioni ben più vaste di quelle, rigidamente nazionali, del legalismo positivistico. « Terza scuola », appunto; anzi terza dimensione: non più quella, incolore e inconsistente, dei valori « eterni » e « immutabili »; ma non più nemmeno quella, tutta contingente ma effimera concretezza, del « giusto perché legale ». Al di sopra della legge intesa come pura espressione di una

volontà sovrana, incentrata nella volontà dello Stato, jus quia jussum, c'è un valore, anch'esso bensì storicamente condizionato epperò relativo, ma meno relativo della legge ordinaria, e sottratto ai volubili atteggiamenti di passeggiare maggioranze governative o parlamentari. E quel valore ha un suo giudice, « Hüter der Verfassung », che ne garantisce la effettività.

Valore, ripeto, anch'esso relativo, ma meno relativo. E proprio in questa sua minor relatività, sta anche il suo destino di tendenziale universalità o, per lo meno, internazionalità o soprannazionalità. Se c'è invero un campo, nel quale oggi più che mai la sensibilità, e la cultura, e la realtà stessa degli uomini si sono andate e si vanno rapidamente internazionalizzando, questo è certamente il campo delle norme e degli istituti, dei valori e dei principî, di carattere costituzionale. Vedremo proprio in questo volumetto come strumenti adottati in America si ritrovino, ad esempio, per forza spontanea o per imitazione, in numerosi Paesi degli altri Continenti; e come altri strumenti adottati originariamente in Austria, siano poi stati parzialmente seguiti in Italia, in Germania, in Turchia, in Jugoslavia, e altrove; e come — soprattutto — ci sia un grande e avvincente movimento di avvicinamento tra i due sistemi — quello « americano » e quello « austriaco » — alle origini radicalmente contrapposti, un'attenuazione dunque delle iniziali nette contrapposizioni; e come le ideologie medesime, che stanno alla base di quelle e di altre contrapposizioni, si vadano vieppiù attenuando, quando non anche unificando o armonizzando.

E basterebbe questo, mi pare, per far emergere in tutta la sua importanza il diritto comparato, anzi il metodo comparativo, negli studi di diritto costituzionale, — processuale e sostanziale.

Ma io credo che, a proposito di questa importanza, il discorso debba andare ben oltre. Se quel processo di « internazionalizzazione », di cui ora ho parlato, è evidentissimo nel diritto pubblico e costituzionale, esso non è affatto assente negli

altri molteplici campi del diritto. Ché anzi esso riflette veramente, io ritengo, una caratteristica, forse la caratteristica, del fenomeno giuridico nell'epoca in cui viviamo: l'epoca, appunto, di quelle gigantesche trasformazioni economiche, tecniche, sociali, che tutti quotidianamente constatiamo, le quali stanno radicalmente mutando le dimensioni dei rapporti fra gli uomini e fra gli Stati, stanno creando nuove formazioni comunitarie, stanno prospettando norme ed organi di tutela su piano internazionale quando non, addirittura, universale⁴.

In questo fermento di trasformazione, di allargamento e di rottura dei confini, che contraddistingue — e come potrebbe essere altrimenti? — la nostra « epoca spaziale », è mio convincimento che proprio il metodo comparativo rappresenti, e non soltanto in materia di conflitto di leggi, lo strumento più efficace e indispensabile di quella « terza scuola », di cui sopra ho parlato. Al nuovo mondo che sta nascendo, e ad una scienza giuridica che voglia esser capace di interpretarne e soddisfarne le esigenze, non possono certo bastare le formule di un aereo e fumoso giusnaturalismo teorico, la cui pretesa di universalità non è più che un velo della sua vacuità. Il positivismo è stato invero una lezione che non va dimenticata. Esso ha riportato al concreto, alla induzione della regola attraverso i dati variabili della realtà normativa, anche se — come si è visto —

⁴ Cfr. una delle più belle pagine del recente volume di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p. 192: «La storia dello stato moderno negli ultimi due secoli coincide in gran parte con la storia dei tentativi compiuti per rendere effettivamente operante, attraverso vari accorgimenti costituzionali, l'esigenza fatta valere dalle teorie giusnaturalistiche in favore della limitazione del potere sovrano. Il primo passo è stato il controllo del potere esecutivo da parte del potere legislativo; il passo successivo è stato compiuto quando si è venuto istituendo il controllo del potere legislativo ordinario da parte del potere costituente attraverso il sindacato di legittimità costituzionale. Ora ci troviamo nella fase della spinta irresistibile verso il controllo di un ordinamento giuridico parziale (stato) da parte dell'ordinamento universale (comunità universale): di questa nuova fase l'inizio è rappresentato dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)».

esso non ha saputo invece soddisfare l'aspirazione al superamento di una troppo facile variabilità di tutti i dati.

Ma con quel mutamento delle prospettive, che caratterizza il mondo culturale e sociale della nostra epoca e in cui ogni esperienza si va sempre più inserendo su un piano internazionale e soprannazionale, anche il metodo di ricerca giuridica deve ovviamente aggiornare i propri strumenti. Rimane la validità degli strumenti realistico-induttivi del positivismo giuridico, del quale cessano, però, di essere valide le ben note chiusure nazionali, legate ai concetti di Stato e di sovranità. Alla sottile analisi letterale, logica, analogica dei testi positivi, o alla raffinata ricerca delle rationes decidendi, degli holdings e dei dicta, si va necessariamente aggiungendo lo strumento di una ben più vasta ricerca, ricerca appunto di « nuclei comuni » su piano internazionale e universale, ricerca di confluenze e di divergenze, di consonanze e di dissensi tra i varî ordinamenti e tra le varie grandi « famiglie » giuridiche, e delle loro ragioni pratiche e ideali, e delle generali tendenze di evoluzione — che è appunto la ricerca comparativa, la quale della metodologia positivista conserva dunque la concretezza metodologica, pur superandone le ormai non più accettabili chiusure e disciudendola ad una rinnovata visione soprannazionale e universale.

Ecco dunque come, nella nostra concezione, i tre fenomeni del costituzionalismo moderno, del controllo giurisdizionale delle leggi, e del metodo comparativo, si presentino come tre fondamentali aspetti di un unico e grandioso fenomeno unitario, che sta al centro della esperienza (o, se si preferisce, dell'avventura), giuridica e culturale, dell'uomo moderno. Ed ecco altresì la ragione per cui io ritengo che uno studio, il quale — sia pure in maniera del tutto incompleta e imperfetta — fa perno su quei tre fenomeni, possa legittimamente aspirare a farsi iniziatore e stimolatore di una raccolta di ulteriori e più approfondite ricerche nel campo del diritto comparato.

M. C.

CAPITOLO I

DELIMITAZIONE DEL TEMA:
CONTROLLO GIUDIZIARIO
E CONTROLLO POLITICO;
CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ
E CONTROLLO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: § 1. Il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi e la giurisdizione costituzionale. — § 2. Controllo giurisdizionale e controllo politico della costituzionalità delle leggi. — § 3. Il controllo politico di costituzionalità nei Paesi socialisti. — § 4. Controllo di costituzionalità e controllo di legalità: funzione originaria ed evoluzione della *Cour de Cassation*.

§ 1. Il tema della presente ricerca è quello del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. Di esso è mia intenzione trattare, per così dire, per gradi, esaminandolo anzitutto in una prospettiva storica e portando, infine, l'analisi sui suoi essenziali elementi strutturali e, nello stesso tempo, anche modali e funzionali. La ricerca comparativa sarà condotta non con criterio geografico, ma, per quanto possibile, sistematico.

Riserverò peraltro questo primo capitolo ad una sorta di inquadratura generale dell'istituto del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, così come esso si inserisce, cioè, nel quadro generale della « giustizia costituzionale », e così come si distingue da fenomeni ad esso, in qualche modo, collegati od affini o magari contrapposti.

Sembra invero opportuno precisare fin d'ora che il tema del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, non può identificarsi senz'altro con la giurisdizione o giustizia co-

stituzionale, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* dei tedeschi. Esso, al contrario, non rappresenta altro che uno dei varî possibili aspetti della cosiddetta « giustizia costituzionale », e sia pure uno degli aspetti certamente più importanti¹. Così, ad esempio, il *juicio de amparo* messicano oltreché come *amparo contra leyes*² si manifesta anche nell'ulteriore funzione di « amparo como garantía de los derechos de libertad », il quale anzi rappresenta il « nucleo originario » di tale istituzione³. Questo aspetto dell'*amparo come difesa dei diritti fondamentali di libertà* — che è poi anche l'aspetto che, fuori del Messico, ha attratto maggiormente le simpatie e l'attenzione degli studiosi⁴ —, corrisponde più o meno da vicino ad altri istituti ben noti ai costituzionalisti ed ai processualisti del mondo: il *writ of habeas corpus* dei Paesi anglosassoni, la *Verfassungsbeschwerde* e la *Popularklage* come istituti di tutela dei *Grundrechte* in alcuni Paesi dell'Europa centrale; ecc. Non è tuttavia di questo argomento, che pure mi è particolarmente caro e al quale ho dedicato non poche indagini⁵, che vorrei trattare in questa sede,

¹ Sui varî aspetti della giustizia costituzionale, cfr. ad es., da ultimo, René MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, Springer Verlag, 1963, pp. 93-112.

² L'*amparo* come controllo di costituzionalità delle leggi « debe considerarse como la más genuina y estrictamente constitucional (...) de las tres modalidades estructurales del amparo ». Così H. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 246. In generale sul *juicio de amparo* (che, sorto nel secolo scorso nel Messico dove è giustamente considerato come la più caratteristica istituzione di quell'ordinamento giuridico, è poi stato introdotto anche in altri Paesi latinoamericani) può vedersi M. CAPPELLETTI, voce *Amparo*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 329 s.

³ FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 243, 377.

⁴ Si veggia ciò che in argomento ha scritto qualche anno fa un trattatista messicano, Felipe TENA RAMÍREZ, *El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional*, nel vol. *México ante el Pensamiento Jurídico-Social de Occidente*, México, Editorial Jus, 1955, pp. 153 ss., 155 e *passim*.

⁵ Cfr. in particolare il volume *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955 (trad. spagnola di H. FIX ZAMUDIO, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1961), il quale è dedicato appunto all'isti-

e ciò benché qualcuno dei menzionati istituti possa estendere la tutela dei diritti di libertà anche nei confronti degli atti legislativi⁶. Né intendo trattare qui di altre manifestazioni della giustizia costituzionale diverse dal controllo di costituzionalità delle leggi: come, ad esempio, di tutte quelle manifestazioni che si concentrano nel *Bundesverfassungsgericht* ossia nel Tribunale costituzionale federale tedesco, e cioè il controllo sulla legittimità costituzionale dei partiti politici, il giudizio sulle accuse del *Bundestag* o del *Bundesrat* contro il *Bundespräsident*, ecc. Nemmeno intendo parlare in questo volume di quelle manifestazioni, di cui è investita la Corte costituzionale italiana a' sensi dell'art. 134, commi 3° e 4°, della Costituzione repubblicana, ossia il giudizio sui « conflitti di attribuzione »⁷ tra i poteri dello Stato, o tra lo Stato e le Regioni, o tra le Regioni, nonché il giudizio sulle accuse contro il Presidente della Repubblica ed i Ministri; e via discorrendo. Sono, tutti questi, ulteriori importanti aspetti della giustizia costituzionale: importanti aspetti di un fenomeno che, specialmente in questi

tuto della *Verfassungsbeschwerde* in Svizzera, Austria e Germania, nonché a quello della *Popularklage* bavarese.

⁶ In particolare, la *Verfassungsbeschwerde* tedesca, la *staatsrechtliche Beschwerde* (*recours de droit public*) svizzera e la *Popularklage* bavarese possono, entro certi limiti che qui non importa precisare, essere dirette contro atti legislativi lesivi dei diritti fondamentali di libertà; cfr. in dettaglio il nostro volume su *La giurisdiz. costituz. delle libertà*, cit., pp. 25 ss., 69 ss., 81 ss. Anch'esse danno luogo, in tal modo, a una forma sia pure speciale di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. V. pure Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), pp. 116, 119,

⁷ Questi cosiddetti « echte Verfassungsstreite » sono previsti pure dalla Costituzione di Bonn (art. 93, comma 1°, n. 1) come oggetto della competenza giurisdizionale del *Bundesverfassungsgericht*. Essi possono, in qualche caso, far luogo anche a un controllo di costituzionalità di atti normativi (cfr. ENGELHARDT, *op. ult. cit.*, pp. 116 s., 122; per lo stesso problema nel diritto italiano cfr. da ultimo Federico SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XVII [1967], pp. 754-755; Giovanni GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 16 nota 30 e p. 97 ss.).

ultimi due decenni, si è andato largamente estendendo nel mondo internazionale del diritto, quasi una sorta di ideale trincea e di estrema difesa che l'uomo libero è andato erigendo contro temuti ritorni di un'epoca di terrore, di oppressione, di tirannide, un'epoca che ci par tanto remota eppure molti tra noi, ahimé, l'hanno vissuta.

Tutte queste manifestazioni della « giustizia costituzionale » si possono certamente ridurre ad unità almeno sotto il loro aspetto funzionale: la funzione della tutela ed attuazione giudiziaria dei precetti della suprema legge costituzionale. È indubbia, però, la profonda differenza strutturale che intercorre tra quelle varie manifestazioni, onde si può ben giustificare una trattazione limitata a qualcuna soltanto di esse, — limitata, in particolare, a quella che di tutte è probabilmente la più importante, ossia il controllo giudiziario sulla legittimità costituzionale delle leggi.

§ 2. Controllo, ripeto, *giudiziario*, ossia *giurisdizionale*: « *judicial review* », « *control jurisdictional* ». Un'ulteriore delimitazione del nostro tema possiamo infatti subito farla qui, precisando che intendiamo trattare non, in generale, di qualsiasi sistema di controllo della costituzionalità delle leggi, ma soltanto di quei sistemi, in cui il controllo sia affidato ad organi *giudiziari*, esercitanti una funzione *giurisdizionale*. L'aspetto più seducente, direi anche l'aspetto più audace e certo il più problematico del fenomeno che stiamo per esaminare, sta infatti proprio qui, in questo incontro fra i due poteri e le due funzioni: l'incontro fra la *legge* e la *sentenza*, fra la *norma* e il *giudizio*, fra il *legislatore* ed il *giudice*.

Tuttavia non può omettersi un cenno sul fatto che, in certi Paesi, in luogo di un controllo giurisdizionale — o, magari, accanto ad esso —, esiste un controllo esercitato da organi che possiamo chiamare *politici* ma non però *giudiziari*. Usualmente in questi sistemi il controllo, anziché essere successivo alla emanazione e promulgazione della legge, è *pre-*

ventivo ossia interviene prima che la legge entri in vigore: e talvolta si tratta altresì di un controllo avente funzione meramente consultiva: la funzione, cioè, di un mero parere, non dotato di forza definitivamente vincolante per gli organi legislativi e governativi.

Un esempio di controllo di costituzionalità avente carattere non giurisdizionale, ma puramente politico, può trovarsi nella storia stessa delle istituzioni giuridiche del Messico, ossia in quel *Supremo Poder Conservador*, che fu creato dalla seconda delle « Siete Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836 », ispirato al *Sénat conservateur* della Costituzione francese del 22 frimaio dell'anno VIII (1799)⁸.

Ma il Paese che offre i più tipici e più numerosi esempi di un controllo *politico*, non *giudiziario*, di costituzionalità è certamente la Francia⁹. In realtà l'esclusione di un controllo *giudiziario* di costituzionalità è un'idea che si è sempre affermata — per le ragioni storiche ed ideologiche che vedremo (*infra*, cap. III, § 8) — nelle Costituzioni francesi¹⁰, e che si

⁸ Cfr. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., p. 215; I. BURGOA, *El juicio de amparo*⁸, México, Porrúa, 1966, p. 86 ss. Sul *Sénat conservateur* della Costituzione francese dell'anno VIII v., fra tanti, H. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*⁸, tome premier, Paris, Sirey, 1927, pp. 602, 614, 638; tome second, Paris, Sirey, 1928, pp. 77-78; J. ELLUL, *Histoire des Institutions*, tome second, 2, Paris, Presses Universitaires de France, 1956, p. 693; M. DUVERGER, *Droit Public*³, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, pp. 23-24.

⁹ In generale sui Paesi che non hanno un controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, cfr. M. BATTAGLINI, *Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XII (1962), pp. 663-770.

¹⁰ Nella dottrina francese non sono mancate, per la verità, talune assai autorevoli voci in favore di quel controllo; cfr. riferimenti in Gottfried DIETZE, *Judicial Review in Europe*, in *Michigan Law Review*, 55 (1957), p. 541 ss., e in Jeanne LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1954, p. 163 (HAURIU, DUGUIT, JÈZE, BARTHÉLEMY). La contraria opinione, prevalente nella dottrina francese, può vedersi ad es., da ultimo, in G. BURDEAU, *Les libertés publiques*³, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1966, pp. 71-74.

ritrova affermata anche oggi, benché forse con qualche attenuazione, nella vigente Costituzione francese del 1958. In questa Costituzione infatti, mentre da un lato non è previsto un potere « diffuso » dei giudici di controllare la conformità delle leggi alla Costituzione stessa ¹¹, è invece previsto, dall'altro lato, un *Conseil Constitutionnel*, la cui organizzazione è disciplinata dall'*ordonnance* del 7 novembre 1958 successivamente modificata. Questo *Conseil Constitutionnel* è composto degli ex-presidenti della Repubblica e di altri nove membri, tre dei quali nominati dal Presidente in carica della Repubblica, tre dal Presidente dell'*Assemblée Nationale*, e tre dal Presidente del *Sénat*. Oltre a varie funzioni che qui non c'interessano — come, ad es., il controllo della regolarità delle elezioni presidenziali e delle elezioni parlamentari ¹² —, il *Conseil Constitutionnel* ha anche la funzione che i giuristi francesi chiamano « le contrôle de la constitutionnalité des lois ». Tale controllo si svolge nel modo seguente. Quando un testo legislativo o un trattato internazionale è già definitivamente elaborato, ma non ancora promulgato, il Presidente della Repubblica, il Primo Ministro o il Presidente dell'una o dell'altra Camera del Parlamento (ossia, dell'*Assemblée Nationale* o del *Sénat*) possono deferire il testo legislativo stesso o il trattato al *Conseil Consti-*

¹¹ Si veggia però in argomento la coraggiosa tesi in senso contrario proposta da Maurice DUVERGER nelle sue *Institutions politiques et Droit constitutionnel*⁸, Paris, Presses Universitaires de France, 1965, pp. 652-654, tesi che peraltro non ha avuto accoglimento nella giurisprudenza e nella dottrina francesi. Cfr. in argomento i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in Ludger BUERSTEDDE, *Kontrolle der rechtsetzenden Gewalt durch Conseil constitutionnel und Conseil d'Etat nach der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 12 (1963), pp. 163-164, e in Salo ENGEL, *Judicial Review and Political Preview of Legislation in Post-War France*, in *Inter-American Law Review*, 6 (1964), pp. 68-72; e vedi Francine BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1966, p. 17; C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 127 s.

¹² Cfr., in generale, Marcel WALINE, *The Constitutional Council of the French Republic*, in *The American Journal of Comparative Law*, 12 (1963), p. 483 ss.

tionnel, affinché questo si pronunci sulla sua conformità alla Costituzione. Per talune leggi dette « organiche » (« lois organiques », delle quali si può dire, *grosso modo*, che concernono specialmente l'organizzazione dei poteri pubblici), la pronuncia del *Conseil Constitutionnel* è anzi sempre obbligatoria. Il *Conseil Constitutionnel* deve decidere entro un mese, o, in certi casi, entro otto giorni; nel frattempo, la promulgazione della legge rimane sospesa. La pronuncia del *Conseil Constitutionnel* è emessa a maggioranza di voti in seguito ad un procedimento che si svolge in segreto, senza udienze orali, senza contraddittorio, un procedimento nel quale non esistono vere e proprie parti pur essendo ammessa, in pratica, la presentazione di memorie scritte da parte degli organi interessati¹³. Se la pronuncia del *Conseil Constitutionnel* sarà nel senso della incostituzionalità, la legge non potrà essere promulgata, né potrà quindi entrare in vigore, se non in seguito a revisione della Costituzione.

È abbastanza chiara — e più o meno apertamente riconosciuta del resto da numerosi studiosi francesi¹⁴ — la natura non

¹³ Cfr. BUERSTEDDE, *Kontrolle*, cit., pp. 169-170; Charles EISENMANN / Léo HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français (1875-1961)*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von Hermann MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 264 ss., 279-280; L. FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 83 (1967), pp. 100 ss., 103 ss.

¹⁴ Cfr. ad es. in argomento COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., pp. 35 s., 127; Id., *Les libertés publiques en France*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, VII^e Congrès international de droit comparé - Uppsala 1966. Contributions françaises: Etudes de droit contemporain*, Paris, Editions Cujas, 1966, p. 438; BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., pp. 33, 34, 37 s.; EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., pp. 256-257; ulteriori riferimenti *infra*, cap. III, § 8, nota 76, nonché in BUERSTEDDE, *Kontrolle*, cit., pp. 149-150; non convincono le contrarie opinioni di FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel*, cit., p. 115 ss., e di E. MASSART, *Il controllo di*

propriamente giurisdizionale della funzione esercitata dal *Conseil Constitutionnel*: e ciò non soltanto, come scrive un autore¹⁵, per la natura piuttosto politica che giudiziaria dell'organo, natura che si rivela vuoi nella scelta e nello *status* dei membri che ne fanno parte e vuoi, soprattutto, nelle varie competenze dell'organo stesso e nelle modalità del suo operare; ma anche e specialmente per il carattere *necessario*, almeno rispetto alle leggi organiche, del controllo, il quale si svolge pertanto senza un vero e proprio ricorso o impugnazione di parte (*ubi non est actio, ibi non est iurisdictio!*), nonché per il carattere *preventivo* della funzione di « controllo » da quell'organo esercitata¹⁶. Tale funzione viene invero ad inserirsi — necessariamente, rispetto alle « leggi organiche », e soltanto su istanza di certe autorità politiche, rispetto alle altre leggi — nell'*iter* stesso della formazione della legge in Francia: è, insomma, non un vero e proprio controllo (*a posteriori*) della legittimità costituzionale di una legge per vedere se essa sia o non sia valida e quindi applicabile, ma piuttosto un atto (e precisamente un parere vincolante) che viene ad inserirsi *nel processo stesso di formazione della legge*, — e di questo processo assume pertanto la medesima natura¹⁷.

legittimità costituzionale nella nuova Costituzione francese, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, Cedam, 1961, pp. 603, 612 s.

¹⁵ BUERSTEDDE, *Kontrolle*, cit., pp. 149-150; nello stesso senso EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., p. 286. Vedi però FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel*, cit., pp. 66 ss., 86 s.

¹⁶ Cfr. a questo proposito F. PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 887-888 *sub b*.

¹⁷ Cfr. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 121 (il *Conseil constitutionnel* deve « als ein Glied des Gesetzgebungsapparats angesehen werden »). Con ciò non si nega affatto, come sembra credere il FAVOREU, *op. cit.*, p. 5 ss., specie a pp. 14 ss., 46 ss., 64 ss. (il quale ammette peraltro di trovarsi in posizione polemica con la prevalente opinione dottrinale francese, cfr. *l'op. cit.*, p. 64), che l'attività del *Conseil Constitutionnel* sia un'attività *giuridica* e non meramente *politica*. Il « parere vincolante » del *Conseil Constitutionnel* è certamente un parere giuridico (di costituzionalità), e non una mera valutazione di opportunità politica, senza con ciò assumere peraltro il carattere di un vero e proprio giudizio

Un altro tipico esempio di controllo politico — non giudiziario —, può essere offerto del resto dalla stessa Costituzione italiana, la quale pur prevede, come vedremo, anche un controllo propriamente giudiziario, affidato alla Corte costituzionale¹⁸. Tale controllo politico spetta in Italia al Presidente

in senso giurisdizionale. Vero è però che si possono anche tranquillamente trascurare siffatte disquisizioni di carattere terminologico e definitorio, che lasciano il tempo che trovano. Importante è piuttosto osservare obiettivamente la realtà delle cose, senza preconcetti dogmatici o pregiudizi politici, dei quali ultimi sembra invece fortemente risentire l'ampia trattazione del FAVOREU, che è tutta un elogio, per la verità scarsamente approfondito sia dal punto di vista dogmatico che comparativo, della istituzione francese. E un'obiettiva osservazione ci presenta, in Francia, un tipo di controllo assai limitato, e, alla luce di un'indagine comparativa, decisamente rudimentale, di costituzionalità: non tanto per limitatezza delle garanzie « giudiziarie » (indipendenza, imparzialità) dell'organo al quale esso è affidato, quanto per i gravissimi limiti *soggettivi* (quattro soli organi legittimati al ricorso), *oggettivi* (incontrollabilità, da parte del *Conseil Constitutionnel*, dei decreti aventi forza di legge dell'esecutivo, i quali nella V Repubblica assumono un'estensione impressionante, tanto da coprire, ad esempio, tutto il campo della procedura civile, cfr. H. SOLUS / R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, Paris, Sirey, 1961, n. 78 a p. 67 s.) e *temporali* del congegno che può mettere in moto il controllo medesimo, un controllo che non può più avvenire una volta che la legge sia stata promulgata. Si tratta, com'è ovvio, di un sistema che trascura, oltretutto, il carattere necessariamente dinamico ed evolutivo tanto della legge ordinaria quanto della norma stessa costituzionale, l'impossibilità quindi di prevedere fin dall'inizio — prima della promulgazione — ogni possibile significato di quella legge e di quella norma ed ogni profilo dunque di una possibile incostituzionalità. I limiti e la scarsa importanza pratica del sistema francese di controllo, sono ben rispecchiati, del resto, dal numero estremamente esiguo di casi in cui la funzione del *Conseil Constitutionnel* in materia di sindacato di costituzionalità delle leggi, è stata esercitata: cfr. i dati statistici, aggiornati fino al dicembre 1966, in FAVOREU, *op. cit.*, pp. 89, 118 nota 302; cfr. anche COLLIARD, *Les libertés publiques en France*, cit., p. 438 (« aucune loi ordinaire n'a été déférée au Conseil depuis 1958 »).

¹⁸ La Costituzione italiana prevede anzi, per l'esattezza, almeno due tipi di controllo politico. Oltre a quello di cui si parla in prosieguo nel testo, va infatti ricordato anche quello spettante al Governo centrale nei confronti delle leggi regionali, a' sensi dell'art. 127, commi 1°-3°, della Carta costituzionale. Cfr., ad es., Carlo ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, V (1950), parte I, pp. 294-295.

della Repubblica, il quale ha bensì il dovere di promulgare le leggi approvate dal Parlamento, ma può però, quando lo ritenga opportuno, sospendere tale promulgazione chiedendo alle Camere, con messaggio motivato, di sottoporre il testo legislativo ad una nuova deliberazione. A' sensi della Costituzione (art. 74, comma 2°), se le Camere approvano nuovamente la legge ad esse rinviata, per nuova deliberazione, dal Presidente della Repubblica, questi è definitivamente tenuto a promulgarla. Un'autorevole dottrina¹⁹ interpreta però restrittivamente questa disposizione. Poiché è invero fondamentale dovere del Presidente della Repubblica quello di osservare e far osservare la Costituzione (artt. 90 e 91 della Cost.), si sostiene che, se il testo legislativo nuovamente approvato dalle Camere sia dal Presidente ritenuto incostituzionale, egli non sia obbligato a promulgarlo, ma sia anzi tenuto a rifiutarne la promulgazione²⁰. Onde potrà nascere in questo caso uno di quei « conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato » — nella specie, tra il Presidente della Repubblica e il Parlamento —, sui quali potrà essere chiamata a decidere in estrema istanza la Corte costituzionale: di guisa che il « controllo *politico* », esercitato dal Presidente della Repubblica, finirà peraltro per sfociare esso stesso nel controllo di un organo che, come ancora vedremo, ha invece carattere giurisdizionale²¹.

§ 3. Per ragioni molto diverse da quelle per cui, tradizionalmente, è stata esclusa in Francia la possibilità di un controllo *giurisdizionale* di costituzionalità delle leggi — ragioni alle quali si è già accennato e che riesamineremo in seguito

¹⁹ Cito, per tutti, Piero CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, XI (1956), parte I, pp. 18-19.

²⁰ Per l'affermazione di un'analoga « Gesetzesprüfungskompetenz » del *Bundespräsident* nella Repubblica federale tedesca, vedi aggiornati riferimenti in K.-H. HALL, *Überlegungen zur Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten*, in *Juristenzeitung*, 20 (1965), p. 305 ss., spec. a pp. 306-307.

²¹ Analogamente, di nuovo, in Germania: cfr. HALL, *op. ult. cit.*, pp. 306 *in fine* - 307 *initio*.

(cap. III, § 8) —, analoga esclusione si ritrova pure negli ordinamenti a regime socialista. In Francia, l'idea che sta alla base di tale esclusione è stata principalmente quella della separazione dei poteri e della conseguente inopportunità di qualsiasi interferenza del potere giudiziario nell'attività legislativa delle assemblee popolari; nell'Unione Sovietica e negli altri Paesi socialisti, l'idea base è invece proprio quella della negazione della « dottrina borghese » della separazione dei poteri, che si vogliono riuniti in un unico organo supremo, di diretta emanazione popolare²². Pertanto le leggi, emanando da tale organo supremo (Soviet Supremo, Assemblea popolare) i cui componenti sono stati eletti dal popolo — fonte di ogni potere —, rappresentano la volontà dell'intero popolo sovrano²³. Ed è appunto da questo principio dell'unità dei poteri e della supremazia del popolo che discende, come corollario, l'inammissibilità, per gli ordinamenti di tipo socialista, di un controllo di costituzionalità che sia compiuto da organi extra-parlamentari, strutturato sul tipo di quello offerto dalle esperienze giuridiche dei Paesi dell'Europa occidentale o degli Stati Uniti d'America²⁴.

²² Sul principio dell'unità dei poteri e sulle sue applicazioni in U.R. S.S., si veda ad es., da ultimo, R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains (Droit comparé)*², Paris, Dalloz, 1966, pp. 208-214. Sugli sviluppi che il principio stesso ha avuto nella nuova Costituzione jugoslava, cfr. J.-P. FERRETTJANS, *La Constitution du 7 avril 1963 de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et l'unité marxiste du pouvoir d'état*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 79 (1963), pp. 939, 942 ss.

²³ A. Y. VYSHINSKY, *The Law of the Soviet State*, New York, The Macmillan Company, 1961, pp. 337-338; A. M. VASIL'EV, in *Teorija gosudarstva i prava*, a cura di K. A. MOKICHEV, Moskva, Juridicheskaja Literatura, 1965, p. 372; A. F. SHEBANOV, voce *Zakon*, in *Entsiklopedicheskij Slovar' Pravovykh Znanij (Sovetskoe pravo)*, a cura di V. M. CHKHIKVADZE ed altri, Moskva, Izd. Sovetskaja Entsiklopedija, 1965, p. 41.

²⁴ P. KASTARI, *Le caractère normatif et la prééminence hiérarchique des constitutions*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 18 (1966), pp. 843, 845-846; S. ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, in P. BISCARETTI DI RUFFÌA / S. ROZMARYN, *La Constitution comme*

D'altra parte, non bisogna nemmeno dimenticare la diversità con cui è intesa, in Oriente e in Occidente, l'idea stessa di Costituzione. Mentre questa è considerata, nell'Europa occidentale, come un insieme di regole e di principî tendenzialmente permanenti, esprimenti le norme di valore più elevato di tutto l'ordinamento statale nonché la volontà o il programma della loro concreta realizzazione, la situazione si presenta in termini assai diversi nell'U.R.S.S. e negli altri Paesi socialisti. Qui, infatti, la Costituzione è concepita piuttosto come una sovrastruttura dei rapporti economici, come un quadro dei risultati raggiunti, che mira solo a *descrivere* — più ancora che a *pre-scrivere* — un assetto economico-sociale in atto²⁵. Ne consegue che la Costituzione in senso « materiale » e la Costituzione in senso « formale », ossia la situazione determinata dalle reali forze politiche dominanti in una società socialista, da un

loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, pp. 107-108. Per una critica, condotta dal punto di vista delle concezioni sovietiche, del controllo di costituzionalità attuato in U.S.A., si veda VYSHINSKY, *The Law of the Soviet State*, cit., pp. 339-340.

²⁵ Cfr. J. BEÉR, *The Normative Character of the Constitution of the Hungarian People's Republic*, in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, 1960, tomus II, fasc. 3/4, pp. 246-247; KASTARI, *Le caractère normatif*, cit., p. 843 s.; FERRETIANS, *La Constitution du 7 avril 1963*, cit., p. 940 ss.; e particolarmente Michel MOUSKHÉLY, *La notion soviétique de constitution*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 61 (1955), pp. 894 ss., specie a p. 897 s., che riporta un testo di STALIN secondo il quale, appunto, la Costituzione sovietica non consiste in un programma delle conquiste future, ma in un « bilancio e una consacrazione legislativa delle conquiste già ottenute »; cfr. anche Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi*, nel vol. *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, supplemento de *La Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1957, p. 14 s. Si vedano però le precisazioni di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Quelques considérations finales sur les différentes significations et valeurs de la Constitution en Europe Occidentale et dans les Etats socialistes européens*, in BISCARETTI DI RUFFIA / ROZMARYN, *La Constitution ecc.*, cit., pp. 125-126; e di Stefan ROZMARYN, *Quelques questions de la théorie des constitutions socialistes*, in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1966, p. 881 ss., specie a p. 883 s.

lato, e il testo scritto della legge fondamentale, dall'altro, dovrebbero rispecchiarsi fedelmente l'una nell'altra. Da ciò nasce però anche la possibilità che un decreto o un'ordinanza mutino, ad un certo momento, l'assetto economico-sociale fino ad allora esistente e che la Costituzione vi si adegui formalmente solo in un momento successivo, quando, con la speciale procedura stabilita per la sua revisione, si venga a ratificare solennemente la trasformazione già avvenuta ²⁶.

Tutto questo non significa che le Carte costituzionali dei vari Paesi socialisti ignorino la problematica del controllo di costituzionalità: al contrario, esse lo conoscono, e lo risolvono, naturalmente, con soluzioni in armonia con i principi fondamentali del sistema. Prendiamo in esame, per esempio, la Costituzione dell'U.R.S.S. attualmente in vigore, emanata il 5 dicembre 1936. Essa testualmente stabilisce, all'art. 14, che: « Sono di competenza dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, rappresentata dai suoi organi supremi del potere statale e dagli organi dell'amministrazione statale: [...] d) il controllo sulla osservanza della Costituzione dell'U.R.S.S. e la garanzia della conformità delle Costituzioni delle Repubbliche dell'Unione con la Costituzione dell'U.R.S.S. » ²⁷. Questa, anzi, è l'unica norma che il costituente sovietico abbia dedicato al problema del controllo di costituzionalità. Da essa è pos-

²⁶ Sulla procedura di revisione della Costituzione nei Paesi socialisti, cfr. ad es. ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, cit., pp. 114-118; BISCARETTI DI RUFFIA, *Quelques considérations*, cit., p. 123 s., dov'è rilevato peraltro lo scarso rigore con cui si impongono nei Paesi socialisti le formalità prescritte per il procedimento di revisione costituzionale. Tale scarso rigore è però criticato da I. N. KUZNETSOV, *Zakonodatel'naja i ispol'nitel'naja dejatel'nost' vysshikh organov vlasti*, Moskva, Juridicheskaja Literatura, 1965, p. 120, il quale osserva che ogni modificazione, anche di dettaglio, alla Costituzione, dovrebbe essere apportata direttamente dal Soviet Supremo dell'U.R.S.S.

²⁷ Traduzione effettuata sul testo aggiornato della Costituzione sovietica, pubblicato a Mosca nel 1965: cfr. *Konstitutsija (Osnovnoj Zakon) Sojuza Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik*, Moskva, Izvestija sovetov deputatov trudjashchiksja SSSR, 1965.

sibile ricavare quali siano gli organi titolari di tale funzione di controllo: l'art. 14, infatti, parlando degli « organi supremi del potere statale » intende sicuramente riferirsi al Soviet Supremo dell'U.R.S.S. (organo *grosso modo* assimilabile al Parlamento dei Paesi occidentali), ed al suo Presidium (organo collegiale composto di 33 membri eletti dal Soviet medesimo) che negli intervalli tra le sessioni, brevissime, del Soviet Supremo ne esercita i poteri, ivi compresi quelli relativi al controllo di costituzionalità²⁸. Quanto agli « organi dell'amministrazione statale », essi vanno identificati, a norma degli artt. 64 e 72 della Costituzione sovietica, nel Consiglio dei Ministri dell'U.R.S.S. e nei singoli Ministri dell'U.R.S.S.²⁹, eletti dal Soviet Supremo³⁰.

Di fronte al disposto dell'art. 14, ed alla natura schiettamente politica e non giudiziaria degli organi ai quali esso attribuisce il compito di tutelare l'osservanza della Costituzione, ci sembra esatto desumere, come anche da altri si è fatto³¹, il carattere

²⁸ Sui poteri in materia di controllo di costituzionalità, attribuiti al Presidium del Soviet Supremo, cfr. M. MOUSKHÉLY / Z. JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, p. 172; A.V. MITSKEVICH, in *Obshaja teorija sovetskogo prava*, a cura di S. N. BRATUS' e I.S. SAMOSHCHENKO, Moskva, Juridicheskaja Literatura, 1966, pp. 143-144; v. anche E. V. SHORINA, in *Pravovye garantii zakonnosti v SSSR*, a cura di M. S. STROGOVICH, Moskva, Akademia Nauk SSSR, 1962, p. 60, testo e nota 23, il quale ricorda un precedente interessante di controllo, da parte del Presidium del Soviet Supremo dell'U.R.S.S., nei confronti della Costituzione della Repubblica Socialista Sovietica di Moldavia, il cui art. 113 fu ritenuto in contrasto con gli artt. 134 e 135 della Costituzione federale. In seguito a tale controllo, detto art. 113 venne modificato. Tale precedente risale al 1948.

Per una critica sovietica alla brevità della durata delle sessioni del Soviet Supremo dell'U.R.S.S. (di regola, 3 o 4 giorni per due sole volte all'anno), cfr. M. A. SHAFIR, *Organizatsija raboty Verkhovnogo Soveta SSSR i ee pravovoe zakreplenie*, in *Pravovedenie*, 10 (1966), fasc. 3, pp. 20-21.

²⁹ Cfr. A. DENISOV / M. KIRICHENKO, *Soviet State Law*, Moscow, Foreign Languages Publishing House, 1960, p. 247.

³⁰ Sull'elezione del Consiglio dei Ministri da parte del Soviet Supremo, cfr. l'art. 56 della Costituzione sovietica.

³¹ Cfr. BATTAGLINI, *Contributo*, cit., p. 721; nonché gli autori citati in nota 33.

schiettamente politico e non giurisdizionale del controllo stesso³²; controllo che avrà per scopo la guida degli organi politici e dei singoli entro i binari della Costituzione fino a quando anche quest'ultima non venga ritenuta superata e perciò suscettibile di revisione³³.

³² Che nei Paesi socialisti, con la sola eccezione della Jugoslavia, non esista né un potere « diffuso » dei giudici di controllare la costituzionalità delle leggi, né un organo speciale giudiziario investito di tale controllo, è sottolineato motivatamente ad es. dal ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, cit., p. 107 ss., il quale però sottolinea opportunamente anche il fatto, che tale situazione è rilevante soltanto per le leggi emanate dopo la Costituzione, non anche per le leggi anteriori (« lois pré-constitutionnelles ») le quali, se contrarie alla successiva Costituzione, sono da ritenersi automaticamente *abrogate* per il principio « *lex posterior derogat legi priori* » (ROZMARYN, *op. ult. cit.*, pp. 100-101, 109). Tuttavia il ROZMARYN, *op. cit.*, p. 110 s., informa altresì che nei Paesi socialisti non mancano, « parmi les juristes, parfois aussi dans certains partis politiques », « des opinions en faveur de l'introduction du contrôle judiciaire »; e che la recente Costituzione rumena del 1965, pur senza ammettere un controllo *giudiziario* come quello adottato nel 1963 dalla Jugoslavia (del quale avremo in questo volume occasione di riparlare), ha istituito nel seno del Parlamento una « Commission Constitutionnelle, élue par le Parlement » e della quale possono far parte, fino ad un massimo di un terzo del numero totale dei membri della Commissione stessa, anche specialisti che non siano membri del Parlamento. La Commissione, a' sensi dell'art. 53 della Costituzione, ha il compito di presentare « à la Grande Assemblée Nationale des rapports et des avis » sulla costituzionalità dei progetti legislativi, « de sa propre initiative ou à la demande des organes prévus au règlement de fonctionnement de la Grande Assemblée Nationale ». Aggiunge anzi il ROZMARYN, *op. cit.*, p. 111, che personalmente non vedrebbe, *de jure condendo*, alcun ostacolo dottrinale o politico all'attribuzione, nei Paesi socialisti, di una siffatta funzione consultiva alla Corte Suprema, anziché ad una Commissione di nomina parlamentare, dato che nemmeno in tal caso si avrebbe alcun attentato « à la position souveraine de l'organe représentatif suprême ».

Per una tendenza a istituire anche in Ungheria una « Commission Constitutionnelle » simile a quella rumena, si veda da ultimo I. Kovács, *Les sources du droit de la République Populaire Hongroise*, in *Revue internationale de droit comparé*, 19 (1967), p. 674.

³³ Si vedano, nello stesso senso, MOUSKHÉLY / JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., pp. 170-173 e, già prima, MOUSKHÉLY, *La notion soviétique de constitution*, cit., pp. 906-908. È vero che la formale revisione della Costituzione richiede una procedura particolare, di competenza del

Né questo carattere non giurisdizionale del controllo è l'unica particolarità che presenta il sistema costituzionale sovietico. Un'altra ve n'è, che ci sembra assai interessante. L'art. 14 della Costituzione del 1936, come si è visto, non limita a particolari categorie di atti la funzione di controllo da esso attribuita agli organi ivi indicati (Soviet Supremo, Presidium, Consiglio dei Ministri e singoli Ministri); onde nulla vieta che il controllo sia esercitato da tali organi anche nei confronti di atti legislativi, e in genere di tutti gli atti normativi. Tuttavia occorre subito rilevare la peculiare situazione che, a questo proposito, si è creata nell'Unione Sovietica. Nell'ordinamento di tale Paese esiste una molteplicità di organi dotati di poteri normativi, con la conseguenza che non è agevole tracciare un quadro esatto delle varie fonti del diritto³⁴ né dei relativi rapporti gerarchici, che gli stessi autori sovietici lasciano spesso nell'ombra³⁵. Basterà tut-

Soviet Supremo, di modo che anche la Costituzione sovietica è da ritenersi rigida. Però, in pratica, poiché tra gli organi di controllo sono anche il Consiglio dei Ministri dell'U.R.S.S. ed i singoli Ministri, oltretutto il Presidium, una volta che questi organi ritengano che la Costituzione in senso formale non corrisponda più alla situazione economica del momento, essi potranno emettere atti normativi contrastanti con la Costituzione stessa, atti che saranno successivamente sottoposti all'approvazione — di fatto mai negata — del Soviet Supremo. La revisione della Costituzione in senso formale sarà quindi operata dal Soviet Supremo successivamente all'adeguamento operato dagli altri organi costituzionali. Per una documentazione esemplificativa di quanto sopra, si vedano: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Lineamenti generali dell'ordinamento costituzionale sovietico*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 87, nota 113; R. MAURACH, *Handbuch der Sowjetverfassung*, München, Isaac Verlag, 1955, p. 174; E. ZELLWEGER, *The Principle of Socialist Legality*, in *Journal of the International Commission of Jurists*, 1964, pp. 193-194; un cenno assai esplicito anche in ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, cit., p. 114, nota 24.

³⁴ Si vedano, su questo punto, R. DAVID, *Les données fondamentales du droit soviétique*, in R. DAVID / J.H. HAZARD, *Le droit soviétique*, vol. I, Paris, 1954, p. 225 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA, *Lineamenti generali*, cit., p. 85 ss.

³⁵ Cfr. in MOUSKHÉLY / JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., p. 216, il riferimento ad alcuni studiosi sovietici che hanno trattato l'argomento; a questi adde R.O. KHALFINA, *O problematike teorii gosu-*

tavia, ai nostri fini, accennare al fatto che la legislazione dello Stato sovietico è alimentata da tre fonti principali: le « leggi », approvate dal Soviet Supremo dell'U.R.S.S.; i « decreti », emanati dal Presidium del Soviet Supremo; e le « ordinanze », emanate dal Consiglio dei Ministri dell'U.R.S.S.³⁶. Ebbene, noi vediamo pertanto che nell'Unione Sovietica esiste questa situazione: che gli organi, ai quali l'art. 14 *d* della Costituzione sovietica attribuisce il compito di controllare (tra l'altro) la costituzionalità degli atti normativi, sono *gli stessi organi* (Soviet Supremo, Presidium e Consiglio dei Ministri dell'U.R.S.S.) che tali atti hanno posto in essere. Sicché sembra legittimo chiedersi se sia poi davvero esatto parlare qui di un « controllo » (sia pure politico) di costituzionalità delle norme, dal momento che l'organo controllando e l'organo di controllo o coincidono o, per lo meno, sono tra loro in relazione strettissima (il Presidium e il Consiglio dei Ministri dell'U.R.S.S. sono, come si è detto, eletti dal Soviet Supremo).

Una simile situazione, è necessario sottolinearlo, sembra tuttavia l'unica compatibile con i principî fondamentali di un ordinamento di tipo comunista: dato infatti che in esso la volontà del popolo, espressa dall'organo che è sua diretta emanazione (Soviet Supremo in U.R.S.S., Assemblea popolare o Assemblea nazionale altrove), rappresenta la suprema fonte giuridica, a nessuno, se non a questo stesso organo, può essere attribuito il potere di controllare la legittimità costituzionale delle sue proprie deliberazioni³⁷. Ciò è tanto vero che la situazione ora esposta a proposito dell'U.R.S.S. si ritrova, sostanzialmente immutata, negli altri Paesi di democrazia popolare³⁸, con la

darstva i prava v svjazi s zadachei sovershenstvovanija zakonodatel'stva, in *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1964, fasc. 9, p. 46 ss.

³⁶ Alle leggi è attribuito il massimo valore giuridico; cfr. VASIL'EV, in *Teorija gosudarstva i prava*, cit., pp. 372, 376.

³⁷ Cfr. SHORINA, in *Pravovye garantii*, cit., p. 62.

³⁸ Si veda infatti la dettagliata analisi condotta, Paese per Paese, dal BATTAGLINI, *Contributo*, cit., pp. 722-750. Cfr. pure BISCARETTI DI RUFFIA,

sola eccezione della Jugoslavia la quale, unica tra le varie nazioni socialiste, ha recentemente istituito, come vedremo (*infra*, cap. III), un sistema « accentrato » di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi.

Per tornare infine all'ordinamento costituzionale sovietico, ci sembra interessante richiamare — sempre sotto il profilo del controllo di costituzionalità delle disposizioni normative — il disposto dell'art. 49, lettera *f*, della Costituzione sovietica vigente, il quale attribuisce al Presidium del Soviet Supremo dell'U.R.S.S. anche il potere di annullare « le ordinanze e gli ordini del Consiglio dei Ministri dell'U.R.S.S. e dei Consigli dei Ministri delle Repubbliche dell'Unione, se essi non sono conformi alla legge ». Ora, poiché la Costituzione dell'U.R.S.S. è certo anch'essa una « legge », in teoria può avvenire che un atto normativo del Consiglio dei Ministri dell'U.R.S.S. venga annullato dal Presidium, perché costituzionalmente illegittimo, anche se sembra che non esistano precedenti in tal senso³⁹. Può altresì rilevarsi che l'articolo testé ricordato non intende disciplinare in modo specifico l'ipotesi dell'*incostituzionalità* degli atti dei Consigli dei Ministri, bensì, più genericamente, quella della loro *illegittimità*: la tutela della Costituzione, in altri termini, sarebbe comunque soltanto eventuale⁴⁰.

La Constitution, en tant que loi fondamentale, en Europe Occidentale, in BISCARETTI DI RUFFIA / ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale* ecc., cit., p. 71.

³⁹ MOUSKHÉLY / JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., p. 172, scrivono che « les ouvrages soviétiques ne citent aucun précédent ».

⁴⁰ Il controllo di costituzionalità previsto dalla vigente Costituzione dell'U.R.S.S., che abbiamo delineato per sommi capi nel testo, si differenzia in parte dal sistema previsto dalla Costituzione precedentemente in vigore, emanata nel 1923. Secondo quest'ultima, il controllo di costituzionalità aveva pur sempre natura politica, in quanto demandato ad un organo politico (il Comitato Centrale Esecutivo dell'U.R.S.S., l'equivalente dell'odierno Soviet Supremo). Tuttavia secondo la Costituzione del 1923 esisteva anche un controllo di costituzionalità affidato ad un organo giudiziario. L'art. 43 di quella Costituzione, infatti, attribuiva al Tribunale Supremo dell'U.R.S.S. il compito di dare « il proprio parere, su richiesta del Comitato

§ 4. Poiché il discorso è andato concentrandosi, in questa parte preliminare del nostro studio, sui tipi di controllo non giudiziario, ma politico, di costituzionalità, sembra opportuno concludere questo capitolo con qualche cenno sull'istituto, di origine francese, della Cassazione, che, se pur si è in seguito radicalmente trasformato, è sorto anch'esso originariamente come *istituto — non giurisdizionale — di « controllo costituzionale »*⁴¹.

Veniamo così a trattare, sia pure marginalmente, di un istituto che sotto certi aspetti non solo si differenzia, ma addirittura contrasta decisamente con quello del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. E tuttavia la Cassazione è tutt'altro che un istituto privo, con il nostro tema, di strette e significative connessioni: gli sviluppi storici del massimo istituto di garanzia costituzionale messicano, il *juicio de amparo*, sono stati ad esempio proprio nel senso di fondere in esso le funzioni della giustizia costituzionale con la funzione che in Francia, in Italia e in altri Paesi, è invece propria del diverso ed autonomo istituto della Cassazione, ossia con la funzione, anch'essa estremamente importante in uno stato di diritto, del *controllo di legalità*.

Centrale Esecutivo dell'U.R.S.S., sulla costituzionalità dei decreti delle Repubbliche dell'Unione ». La decisione finale, però, spettava sempre al Comitato Centrale Esecutivo, il quale non era vincolato dal parere espresso dal Tribunale Supremo. Si consultino, in argomento, MOUSKHÉLY / JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., pp. 170-171; BATTAGLINI, *Contributo*, cit., pp. 715-720; possono vedersi pure S. CATINELLA, *La Corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1934, pp. 126-129; AZZARITI, *I vari sistemi ecc.*, cit., p. 13 s.

⁴¹ Un altro istituto che, originariamente, si configurò come organo *non giudiziario* di controllo, fu il *Privy Council* inglese (sul quale v. anche *infra*, cap. II, § 4 testo e note 57-58). Soltanto in tempi relativamente vicini il *Privy Council* si è trasformato in una vera e propria corte giudiziaria. Cfr. ad es. E. C. S. WADE / G. G. PHILLIPS, *Constitutional Law*, 7th ed. by E. C. S. WADE and A. W. BRADLEY, London, Longmans, 1965 (repr. 1966), pp. 471-477; Sir G. RANKIN, *The Judicial Committee of the Privy Council*, in *The Cambridge Law Journal*, VII (1939), p. 2 ss.

L'istituto della Cassazione è, come ripeto, nato in Francia con la Rivoluzione. Per la verità, come ha dimostrato in studi ben noti Piero CALAMANDREI⁴², l'idea di una *querela nullitatis*, ossia di un mezzo di impugnazione, diverso dall'appello, con il quale potesse impugnarsi presso un giudice superiore una sentenza affetta da certi errori di procedura o anche di diritto sostanziale, si trovava già compiutamente realizzata nel diritto statutario italiano medioevale, e venne poi perfezionata nel diritto comune. E in Francia, già prima della Rivoluzione, troviamo che una *demande en cassation*, sotto certi aspetti simile alla *querela nullitatis* del diritto italiano e comune, poteva proporsi al Sovrano, che ne prendeva cognizione attraverso il *Conseil des parties* ossia attraverso una sezione, appositamente a ciò specializzata, del proprio Consiglio di Governo. Tale *demande en cassation* era rivolta contro le sentenze dei *Parlements*, ossia degli organi di giustizia di ultima istanza sorti in varie città della Francia. L'istituto della *demande en cassation*, che veniva pertanto ad inserirsi nella secolare lotta svoltasi in Francia fra la monarchia accentratrice e le tendenze decentratrici dei *Parlements*, poteva far luogo all'annullamento (*cassation*, da *casser* che significa appunto rompere, annullare), da parte del Sovrano, delle sentenze rese in violazione di ordinanze regie.

Ma se l'archetipo dell'attuale giudizio di cassazione, può trovarsi già nella *querela nullitatis* e nella *demande en cassation* prerivoluzionaria, il vero atto di nascita della Cassazione moderna si ha però soltanto con la legislazione e con le ideologie della Rivoluzione. Le ideologie erano quelle, teorizzate negli scritti di ROUSSEAU e di MONTESQUIEU, della onnipotenza della legge, dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, e della rigida separazione dei poteri nella quale al giudice — passiva e

⁴² Cfr. specialmente P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, Torino, Bocca, 1920; v. anche la voce *Cassazione civile* nel *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino, UTET, 1937; cfr. pure E. GLASSON / A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*³, I, Paris, Sirey, 1925, p. 253 ss.

« inanimata » *bouche de la loi* — spettava il solo compito di applicare ai casi concreti il testo della legge, un compito concepito come puramente meccanico e per nulla creativo. Il *Tribunal de Cassation* fu appunto istituito, con decreto 27 novembre-1° dicembre 1790, come *organo non giudiziario di « controllo costituzionale »*, organo cioè affiancato al potere legislativo — « il y aura près du Corps législatif un Tribunal de cassation », come appunto testualmente proclamava il decreto del 1790 — per controllare che gli organi giudiziari, nell'esercizio delle loro funzioni, non invadessero la sfera del potere legislativo sottraendosi alla stretta e testuale osservanza delle leggi. Nonostante il nome di *Tribunal* — nome che sarà trasformato successivamente in « Corte », *Cour* —, il *Tribunal de Cassation* ebbe dunque, all'origine, natura essenzialmente *legislativa* e *politica* e comunque certo *non giudiziaria*: esso fu, come lo ha definito CALAMANDREI, « un ufficio di natura costituzionale, destinato a mantenere nella sua integrità quel canone della separazione dei poteri », che fu ritenuto essere « la prima condizione per la normale esistenza dello Stato »⁴³. Proprio in considerazione di tale sua funzione, fu proposto che il *Tribunal de Cassation* fosse invece chiamato *Conseil national pour la conservation des lois*, un nome che certamente avrebbe più efficacemente indicato il compito originario di quell'organo, il compito cioè di impedire, utopisticamente, che la interpretazione delle leggi rientrasse nella sfera di un organo, appartenente ad un potere diverso da quello legislativo.

Il *Tribunal de Cassation* fu, insomma, una tipica espressione della diffidenza profonda dei legislatori rivoluzionari verso i giudici francesi: la stessa diffidenza che, nei primi anni della Rivoluzione, li portò a ripetere l'assurdo tentativo giustiniano

⁴³ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., p. 448; per un cenno in tal senso cfr. recentemente E.T. LIEBMAN e G. SABATINI, *Origini ed evoluzioni della Corte di Cassazione in Italia. Struttura e funzionamento dell'istituto. Rapporti con la Corte costituzionale*, in *Le Corti Supreme*, Atti del Convegno CIDIS, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 33 e 41.

di vietare ai giudici ogni potere di interpretazione delle leggi, riservando tale potere al *Corps législatif* che all'interpretazione stessa doveva provvedere mediante decreto su richiesta dei giudici, ogniqualvolta questi fossero in dubbio sul significato di un testo legislativo⁴⁴ (è il cosiddetto *référé facultatif*, soppresso, insieme con il divieto dell'interpretazione giudiziaria, dal Code Napoléon)⁴⁵. D'altra parte, come non dovevano esserci interferenze del potere giudiziario nella sfera del legislativo, neppure *sub specie interpretationis*, così non doveva neppure accadere l'inverso: e pertanto il *Tribunal de Cassation*, pur potendo *annullare*, su istanza del soggetto privato (o anche d'ufficio, « dans l'intérêt de la loi »), le sentenze che contenessero « une contravention expresse au texte de la loi », doveva però astenersi poi rigorosamente, « per non usurpare funzioni giudiziarie che non gli spettavano, dal pronunciarsi comunque sulla interpretazione della legge o sulla decisione della controversia »⁴⁶. Per la nuova decisione della controversia, il *Tribunal de Cassation* rinviava al cosiddetto giudice di rinvio, il quale era pienamente libero nel suo giudizio e poteva pertanto anche ribellarsi alla censura della Cassazione, ripetendo tal quale la precedente decisione: con la sola conseguenza che, se anche la seconda decisione veniva poi sottoposta al *Tribunal de Cassation* e da questo cassata, e il secondo giudice di rinvio persisteva tuttavia nella opinione ritenuta illegittima dalla Cassazione, in tal caso si rendeva necessario il cosiddetto *référé*

⁴⁴ « Ils [les tribunaux] ne pourront point faire des règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle », art. 12, titre II, loi des 16-24 août 1790.

Per un esame dell'articolo in questione e delle varie fasi che portarono alla sua elaborazione definitiva, v. l'interessante studio di Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965, spec. p. 29 ss.

⁴⁵ Cfr. HUFTEAU, *op. ult. cit.*, p. 50 ss.

⁴⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, voce *Cassazione civile*, ripubblicata con aggiornamenti a cura di C. FURNO in *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, UTET, 1958, pp. 1060-1061.

obligatoire al corpo legislativo, il quale emanava un decreto d'interpretazione della legge, vincolante — finalmente — per il terzo giudice di rinvio ⁴⁷.

Se l'istituto della Cassazione fosse però rimasto, nei quasi due secoli della sua storia, quello che esso fu originariamente, in tal caso ben difficilmente potrebbe concepirsi una più assoluta e inconciliabile contrapposizione tra l'idea, che sta alla base dell'istituto della Cassazione, e l'idea che ispira invece ogni sistema di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi. Il primo istituto è, per così dire, l'incorporazione dell'idea della più radicale separazione dei poteri, onde « la loi c'est la loi » e non già ciò che i giudici pensano essere la legge. Il secondo istituto, suppone invece che sia affidato ad organi giudiziari non soltanto il compito di interpretare, anche al di là della lettera, il vero senso della legge, ma addirittura il compito di *giudicare della validità delle leggi*, ossia della loro corrispondenza ad una norma superiore alle leggi medesime. Il primo istituto, la Cassazione, suppone l'onnipotenza della legge positiva, come manifestazione della volontà suprema delle Assemblies popolari; il secondo, suppone invece la soggezione della legge ordinaria ad una *lex superior*, sottratta alle volubili oscillazioni di una magari occasionale maggioranza parlamentare. Il primo istituto, infine, suppone la massima diffidenza ⁴⁸, il secondo suppone invece la più grande fiducia nei giudici, quando

⁴⁷ «...Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de Cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le Tribunal de Cassation s'y conformera dans son jugement ». Seconda parte dell'art. 21 della loi des 27 novembre-1er décembre 1790. Cfr., al riguardo, HUFTEAU, *Le référé législatif*, cit., pp. 40 ss., 43.

⁴⁸ « La France — può scrivere ancora oggi un autorevole giurista francese — s'est, depuis la Révolution, toujours défiée du juge ». Così Georges VEDEL, *Préface* a: BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., p. II.

non, addirittura, la loro « supremazia » nell'ordinamento costituzionale dello Stato ⁴⁹.

Invero, già all'inizio del XIX secolo, con l'attenuarsi del rigore delle ideologie rivoluzionarie, anche il *Tribunal de Cassation* francese, denominato poi *Cour de Cassation*, si venne radicalmente trasformando: ed è così trasformato che esso penetrò in Italia e in altri Paesi, tra i quali ricordo oltre al Belgio, all'Olanda, al Lussemburgo e alla Grecia, anche la Spagna, dalla quale, per quanto posso supporre (senza peraltro aver compiuto specifiche indagini sull'argomento), deve esser passato al Messico. Riconosciuto ai giudici, con il Codice Napoleone, il potere di interpretazione delle leggi, la *Cour de Cassation* divenne invero il supremo organo *giudiziario* di controllo degli errori di diritto commessi dai giudici inferiori. Con legge del 1° aprile 1837 fu abolito anche il *référé obligatoire*, e fu disposto che, verificandosi su un punto di diritto un contrasto tra il primo giudice di rinvio e la *Cour de Cassation*, la nuova pronuncia della Corte, emessa a sezioni unite, avesse non più soltanto un effetto negativo — di annullamento —, ma altresì un effetto *positivo*, vincolante per il secondo giudice di rinvio tenuto a conformarsi alla decisione della *Cour de Cassation* sul punto di diritto da essa giudicato⁵⁰. A partire, dunque,

⁴⁹ Sulla pretesa « supremazia » dei giudici derivante dal loro potere di controllare la validità delle leggi, ricordo il noto libro di E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁵⁰ « Lorsque après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant de la même qualité est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la chambre compétente saisit les Chambres réunies par un arrêt de renvoi ». « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la juridiction à laquelle l'affaire est renvoyée doit se conformer à la décision de la Cour de Cassation sur le point de droit jugé par cette Cour ». Artt. 1 e 2 della loi du 1er avril 1837, le cui disposizioni, contenute negli artt. 58 e 60 della loi du 23 juillet 1947, sono tuttora in vigore. Cfr. HUFTEAU, *Le référé législatif*, cit., p. 131 ss.

dalla fondamentale legge del 1° aprile 1837, « in modo sempre più deciso e consapevole, la Corte di cassazione diventò quello che oggi è, cioè la Suprema Corte regolatrice della interpretazione giurisprudenziale»⁵¹. Essa diventò cioè la Corte esercitante quel *controllo di legalità*, che tuttora ovviamente e profondamente si distingue, epperò non si contrappone, né è, in alcun modo, idealmente inconciliabile anche con un controllo della costituzionalità delle leggi⁵².

⁵¹ Cfr. CALAMANDREI, voce *Cassazione civile*, cit., p. 1061.

⁵² Tale conciliabilità trova una dimostrazione concreta nella storia giuridica messicana. L'istituto della *casación* era penetrato infatti, come s'è accennato, anche nel Messico, ma fu poi assorbito dal *juicio de amparo*. In questo istituto si concentrano ora pertanto ambedue le funzioni: quella del *controllo di legalità* delle pronunce dei giudici inferiori, e quella del *controllo di costituzionalità delle leggi*. Cfr. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 ss., 381 s., e ivi ulteriori riferimenti.

CAPITOLO II

ALCUNI PRECEDENTI STORICI
DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO
DI COSTITUZIONALITA' DELLE LEGGI

SOMMARIO: § 1. Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi come « contributo americano alla scienza politica »: fondamento storico parziale di questa tesi. — § 2. Un precedente ateniese: la distinzione fra *nómoi* e *pséfismata* e le conseguenze della illegittimità di questi ultimi. — § 3. La concezione medioevale del diritto e della giustizia, e la concezione della scuola giusnaturalistica dei secoli XVII-XVIII. La dottrina della « *heureuse impuissance* » del re di violare le « *lois fondamentales du royaume* ». — § 4. La battaglia di Lord Edward Coke per la supremazia della *common law*, « accertata » dai giudici, sul re e sul parlamento; la « *glorious revolution* » e la supremazia del parlamento: sue contrastanti conseguenze nel regno d'Inghilterra (assenza di un controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi) e nelle colonie ed ex-colonie (la *judicial review* negli Stati Uniti, nel Canada, in Australia, in India ecc.).

§ 1. Il presente capitolo è dedicato a qualche cenno sui precedenti storici dei moderni sistemi di controllo giurisdizionale delle leggi. Si tratta semplicemente di cenni esemplificativi: e il loro scopo vuol essere soltanto quello di far vedere come, sia pure nella profonda diversità delle situazioni concrete e degli strumenti giuridici adottati per risolverle, il bisogno di porre un limite allo stesso legislatore, e di rendere quel limite *effettivo* attraverso un controllo giudiziario, sia un bisogno profondamente radicato nella storia, anche antica, della civiltà umana.

In un interessante volume pubblicato nel 1963 in lingua spagnola a cura della Facoltà di diritto della *Universidad Nacional Autónoma de México*, un noto costituzionalista nord-

americano, James A. C. GRANT, ha prospettato in maniera brillante la tesi secondo la quale « el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes » — ossia, nella terminologia inglese, la « judicial review of legislation » — è « una contribución de las Américas a la ciencia política »: la tesi, cioè, che il controllo giurisdizionale delle leggi rappresenta un'idea realizzata per la prima volta negli Stati Uniti nel XVIII secolo, e diffusasi poi, nel corso del XIX secolo, in altri Paesi delle due Americhe e successivamente in altre parti del mondo ¹.

La tesi del GRANT si trova chiaramente enunciata in questa frase ²: « En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política ». Prima, infatti, mai sarebbe accaduto che un sistema di controllo della validità costituzionale delle leggi, fosse affidato all'opera *dei tribunali*: e che avesse, pertanto, carattere *giudiziario*.

Questa tesi reca in sé un nucleo importante di verità; essa è, insomma, sostanzialmente vera, pur senza essere però storicamente del tutto corretta ³.

Vero è infatti che, prima della realizzazione del sistema nordamericano di *judicial review (of the constitutionality of legislation)*, negli altri Stati — e alludo, in particolare, agli Stati d'Europa — nulla di simile era stato creato. La ragione di ciò è, del resto, facilmente comprensibile se si pensa che proprio con la Costituzione nordamericana ha avuto veramente inizio l'epoca del « costituzionalismo », con la concezione della *supremacy of the Constitution* rispetto alle leggi ordinarie. La

¹ Cfr. James A.C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963.

² *Id.*, *op. cit.*, p. 24.

³ Cfr. anche Thomas P. TROMBETAS, *The U.S. Supreme Court and the Federal Constitutional Court of Germany*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 17 (1964), pp. 281-282.

Costituzione nordamericana ha rappresentato, insomma, l'archetipo delle cosiddette Costituzioni « rigide », contrapposte alle Costituzioni « flessibili »: ossia l'archetipo di quelle Costituzioni, le quali non possono essere mutate o derogate mediante leggi ordinarie, ma semmai soltanto mediante speciali procedimenti di revisione costituzionale. Si pensi che, ad esempio, ancora oggi la Costituzione inglese — che, tra parentesi, è in gran parte Costituzione non scritta, com'è noto — ha carattere di Costituzione flessibile⁴; mentre anche in Italia carattere flessibile aveva lo Statuto Albertino, ossia la Costituzione del 1848 che è stata completamente abrogata e sostituita soltanto dalla Costituzione repubblicana (rigida) del 1948.

La Costituzione federale nordamericana del 1787 disponeva invece espressamente, nell'art. VI, clausola 2^a, che: « *This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)* ». Questo testo, nella interpretazione che di esso si è imposta specie per merito di John MARSHALL, è stato di importanza fondamentale e di profondo carattere innovativo: esso ha fissato da un lato quella, che è stata appunto chiamata la *supremazia della Costituzione*⁵; ed ha imposto, dall'altro lato, il potere e il dovere dei giudici di disapplicare le leggi contrarie alla Costituzione medesima⁶. È famosa, a questo proposito, la sentenza della *Supreme Court* (redatta dal suo Chief Justice, John MARSHALL)

⁴ Cfr. Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi*, nel vol. *La Corte Costituzionale (raccolta di studi)*, supplemento de *La Rassegna Mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1957, p. 4; Edward McWHINNEY, *Judicial Review in the English-Speaking World*², University of Toronto Press, 1960, p. 31 ss. con ulteriori riferimenti.

⁵ Può vedersi il capitolo sul « Principle of Supremacy » del volume di W.J. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, The Hague, Mouton, 1959, p. 73 ss.

⁶ Cfr., ad es., S. CATINELLA, *La Corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1934, p. 199 s.

nella causa *Marbury contro Madison* del 1803⁷, nella quale l'alternativa fra Costituzioni rigide e Costituzioni flessibili, e la necessità di una scelta fra l'una o l'altra delle due soluzioni, si trovano enunciate con insuperabile incisività. È del tutto evidente — si dice appunto in quella sentenza —, che o la Costituzione prevale sugli atti legislativi che ad essa fanno contrasto, oppure il potere legislativo può mutare la Costituzione con ogni ordinario atto di legge. Non c'è via di mezzo fra queste due alternative. O la Costituzione è una legge fondamentale, superiore e non mutabile con i mezzi ordinari; oppure essa è posta allo stesso livello degli atti legislativi ordinari e, al pari di questi, può essere alterata a piacimento del potere legislativo. Se è corretta la prima alternativa, allora bisogna concludere che un atto legislativo contrario alla Costituzione non è legge; se è corretta, invece, la seconda alternativa, allora vuol dire che le Costituzioni scritte altro non sono che assurdi tentativi di limitare un potere che è, per sua natura, illimitabile.

La scelta del Chief Justice MARSHALL, con la proclamazione della supremazia della Costituzione sopra le altre leggi e con il conseguente potere dei giudici di disapplicare le leggi incostituzionali, ha certamente rappresentato dunque, come ripeto, una grande e importante innovazione. E se è vero che oggi quasi tutte le Costituzioni moderne del mondo « occidentale » tendono, ormai, ad affermare il loro carattere di Costituzioni rigide e non più flessibili⁸, è anche vero, però,

⁷ 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803); il testo della sentenza può anche leggersi ad es. in E.L. BARRETT, Jr. / P.W. BRUTON / J. HONNOLD, *Constitutional Law. Cases and Materials*, Brooklyn, The Foundation Press, 1959, p. 15 ss. In argomento cfr. CATINELLA, *op. ult. cit.*, pp. 239-260.

⁸ Del resto, anche tutte le Costituzioni dell'Europa orientale hanno carattere « rigido », benché non ammettano (con la sola eccezione della Jugoslavia) un controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi (v. *supra*, cap. I, § 3). Cfr., ultimamente, P. BISCARETTI DI RUFFIA / S. ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, *passim*, specie a pp. 114-118,

che questo movimento d'importanza fondamentale e di portata universale, è stato iniziato effettivamente dalla Costituzione nordamericana del 1787⁹ e dalla coraggiosa giurisprudenza che l'ha applicata.

E tuttavia ho detto e intendo ora dimostrare che la seducente tesi sopra esposta, di James GRANT, non è (né, presumibilmente, ha la pretesa di essere) storicamente del tutto corretta. Invero, anche se non espressamente e consapevolmente configurata come « supremazia della Costituzione » rispetto alle leggi ordinarie, c'è però stata anche in altri e più antichi sistemi giuridici una sorta di *supremazia di una data legge o di un dato corpo di leggi* — che, con terminologia moderna, potremmo appunto chiamare leggi « costituzionali » o « fondamentali », *Grundgesetze* — rispetto alle altre leggi che, sempre con terminologia moderna, possiamo chiamare leggi « ordinarie ».

§ 2. Gli esempi potrebbero essere numerosi. Ne scelgo uno, che mi sembra di non poco interesse anche per l'epoca storica alla quale si riferisce, che è l'epoca dell'antica grande civiltà ateniese.

Si distingueva, nel diritto ateniese, tra il *nómos*, ossia la legge in senso stretto, e lo *pséfisma*, ossia, per usare un termine moderno, il decreto. In realtà, i *nómoi*, ossia le leggi, avevano un carattere che, sotto certi aspetti, si potrebbe avvicinare alle moderne leggi costituzionali¹⁰: e ciò non sol-

121 s. (v. anche a pp. 5, 47 ss., sul carattere rigido di tutte le Costituzioni degli Stati europei contemporanei, con la sola eccezione della Gran Bretagna, nonché sulle origini della distinzione dottrinale tra « flexible and rigid Constitutions »).

⁹ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIÀ / ROZMARYN, *op. ult. cit.*, pp. 10, 48, 70; anche AZZARITI, *I vari sistemi*, cit., pp. 4, 20.

¹⁰ Cfr. Ugo Enrico PAOLI, voce *Nomothetai*, in *Nuovo Dig. it.*, VIII, Torino, UTET, 1939, p. 1049; Victor EHRENBERG, *Der Staat der Griechen*, I, Leipzig, Teubner, 1957, pp. 38, 42-43, 74-75.

tanto perché concernevano anche la organizzazione dello Stato, ma altresì perché modificazioni delle leggi (*nómoi*) vigenti non potevano essere introdotte se non attraverso uno speciale procedimento, avente caratteristiche che senz'altro possono richiamare alla mente del giurista contemporaneo il procedimento di *revisione costituzionale*¹¹. Come ha scritto un insigne studioso del diritto attico, Ugo Enrico PAOLI¹², fu un « concetto comune a tutti gli Stati greci » quello che la legge (*nómos*) dovesse essere qualcosa di *fisso*, « sottratta alle tumultuarie vicende della vita politica e ai colpi di testa delle assemblee ». Pertanto, era stato escogitato in Atene un procedimento di revisione delle leggi estremamente complesso; il mutamento della legge era considerato insomma un provvedimento di straordinaria gravità, circondato dalle garanzie più prudenti e finanche più strane, con responsabilità gravissime per chi proponeva un cambiamento che non fosse alla fine approvato o che, ancorché approvato, si dimostrasse poi inopportuno. In tal modo, il potere di mutare le leggi era sottratto agli improvvisi colpi di maggioranza dell'Assemblea popolare (*ecclesia*). Si noti che questa concezione si trova riflessa perfino nella filosofia dei più grandi pensatori di quell'epoca: da PLATONE, secondo il quale la legge deve riprodurre l'ordine divino, superiore e immutabile, e non già atteggiarsi secondo gli interessi mutevoli degli uomini o delle classi; ad ARISTOTELE, che considerava la legge come norma al di sopra delle passioni umane¹³ e significativamente formulava già allora *la dottrina*

¹¹ U.E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova, Cedam, 1933, p. 55; Pietro DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, II, Milano, Giuffrè, 1948, p. 100; C. HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B. C.*, Oxford, Clarendon Press, 1952, p. 299 ss.; EHRENBERG, *op. cit.*, pp. 55, 75.

¹² PAOLI, *Studi sul processo attico*, cit., p. 23 ss., spec. a p. 27 ss.

¹³ ID., *op. ult. cit.*, p. 29.

della « supremazia della legge »¹⁴ e della illegittimità della legge ingiusta¹⁵.

Ciò non di meno, l'Assemblea popolare ossia l'*ecclesia* aveva anche un suo diretto potere legislativo¹⁶. Le deliberazioni dell'Assemblea non assumevano, però, la forma e il valore di *nómoi*, ma bensì quello di *psefismata*, ossia di decreti. Lo *pséfisma* poteva avere il più vario contenuto: e così esso poteva, ad esempio, contenere norme astratte e generali, tali da imporsi in maniera vincolante a tutti i cittadini, e in tal caso esso era assimilato alla legge¹⁷. Si può anzi aggiungere che, in certi periodi politicamente più agitati della vita della *pólis* ateniese, la tendenza a legiferare per *psefismata* ossia per decreti divenne dominante. Era tuttavia principio fondamentale quello, secondo cui il decreto, qualunque ne fosse il contenuto, doveva essere « legale, sia nella forma, sia nella sostanza »¹⁸. Esso doveva cioè, come saremmo tentati di dire noi giuristi moderni, essere *costituzionale*, ossia non poteva essere in contrasto con i *nómoi* vigenti, — con le *leggi costituzionali* vigenti.

La conseguenza della illegalità (o, come noi vorremmo dire, della incostituzionalità) dei decreti emanati dalla *ecclesia*, era duplice. Da un lato, ne conseguiva una responsabilità penale a carico di colui che aveva proposto il decreto, responsabilità che poteva farsi valere entro un anno mediante un'azione pubblica d'illegalità, detta *grafè paranómon*. Dal-

¹⁴ Cfr. Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 1309.

¹⁵ Cfr. il notissimo scritto di Edward S. CORWIN, *The « Higher Law » Background of American Constitutional Law*, pubblicato per la prima volta in *Harvard Law Review*, XLII (1928-29), ripubblicato in volume, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1955, fifth printing 1963, p. 7.

¹⁶ EHRENBERG, *op. cit.*, p. 42; PAOLI, *op. ult. cit.*, pp. 55-56.

¹⁷ PAOLI, *op. et loc. ult. cit.*; EHRENBERG, *op. et loc. ult. cit.*; DE FRANCISCI, *op. cit.*, pp. 105, 115.

¹⁸ PAOLI, *op. ult. cit.*, p. 56; DE FRANCISCI, *op. ult. cit.*, p. 115 s.; EHRENBERG, *op. cit.*, pp. 42-43, 55.

l'altro lato, si ritiene che derivasse altresì la *invalidità* del decreto contrario alla legge, in forza del principio, che si trova affermato in un brano di DEMOSTENE, secondo il quale il *nómos*, quando era in contrasto con uno *pséfisma*, prevaleva su questo¹⁹. I giudici ateniesi, pertanto, pur essendosi obbligati con solenne giuramento a giudicare « *katà tòus nómous kaì katà pséfismata* » (« secondo le leggi e secondo i decreti »), non potevano però esser tenuti a giudicare secondo gli *pséfismata* se non in tanto, in quanto questi non fossero contrari ai *nómoi*.

§ 3. Questo precedente antico è, mi sembra, talmente significativo e probante, che addurne altri veramente non parrebbe necessario²⁰.

Mi preme però di osservare, a questo punto, come la concezione stessa del diritto e della giustizia, dominante nell'epoca medioevale, possa anch'essa in un certo senso considerarsi quale un grandioso precedente, di vastissima portata, del sistema che secoli dopo fu adottato negli Stati Uniti e, successivamente, in altri Paesi dell'America, dell'Europa e di altri Continenti, ossia del sistema moderno di controllo giudiziario della legittimità costituzionale delle leggi.

La concezione del diritto e della giustizia, dominante nel medioevo, se si ricollegava, in senso latissimo, al pensiero di PLATONE e di ARISTOTELE di cui già s'è fatto parola, si

¹⁹ DE FRANCISCI, *op. cit.*, pp. 104, 116; vedi anche Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 8-10.

²⁰ Per altri esempi può comunque vedersi, oltre al bello studio del CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., *passim*, il vol. del BATTAGLINI, cit.; anche René MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, Springer Verlag, 1963, pp. 177-182; Loren P. BETH, *Politics, the Constitution and the Supreme Court*, Evanston, Ill., Row Peterson, 1962, pp. 2-14 e ivi riferimenti bibliografici; David DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, in *The American Political Science Review*, XLVI (1952), p. 1079 ss.

ricollegava però anche e soprattutto, attraverso la dottrina tomistica, ai filosofi stoici ed a CICERONE²¹. In quella concezione, l'idea di *jus naturale* assumeva un posto preminente: il diritto naturale veniva configurato come la *norma superior*, di derivazione divina, alla quale tutte le altre norme dovevano essere ispirate. Come scrive un giurista moderno, « l'atto del sovrano che avesse infranto i limiti posti dal diritto naturale venne dichiarato formalmente *nullo e non vincolante*, tanto che il giudice incaricato di applicare il diritto, era tenuto a considerare nullo (e perciò non obbligatorio) sia l'atto amministrativo contrario al diritto [naturale], sia la legge stessa che si trovasse in simile condizione, anche se essa fosse stata proclamata dal Papa o dall'Imperatore. Secondo, poi, alcuni teorici, anche i singoli sudditi venivano sciolti dal dovere di obbedienza di fronte al comando non conforme al diritto [naturale], tanto che la imposizione coattiva della norma anti-giuridica, giustificava la resistenza anche armata e, perfino, il tirannicidio »²². Alla formula romana o pseudo-romana *Princeps legibus solutus*, si voleva sostituire dunque la formula opposta: *Princeps legibus tenetur*; mentre altri elaborarono una tesi intermedia secondo la quale il sovrano, non vincolato alla legge civile, era però vincolato alla legge naturale²³.

²¹ Cfr., ad es., Brendan F. BROWN, *The Natural Law Reader*, New York, Oceana Publications, 1960, p. 47; CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., pp. 9-17, dove alcuni passi di CICERONE sono indicati come vere e proprie « anticipations of judicial review »; Guido FASSÒ, voce *Giusnaturalismo*, in *Novissimo Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961, p. 1106; Helmut COING, *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, Wiesbaden, Steiner Verlag, 1965, p. 6.

²² BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 13. La più documentata dimostrazione di quanto è riportato nel testo può trovarsi nelle famose opere di Otto von GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, Koebner, 1880, pp. 272-73 *et passim*; ID., *Les théories politiques du Moyen Age* (trad. J. DE PANGE), Paris, Sirey, 1914, pp. 160-163; vedi anche CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., pp. 19-20.

²³ BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 14.

La concezione medioevale fu dunque, nelle sue formulazioni più diffuse, ben chiara nella distinzione fra due ordini di norme: quello del *jus naturale*, norma superiore e inderogabile; e quello del *jus positivum*, tenuto a non essere in contrasto con la prima. Lo stesso, del resto, può dirsi anche della concezione dominante nella grande scuola giusnaturalistica dei secoli XVII e XVIII, che va *grosso modo* da Hugo GROTIUS a J.-J. ROUSSEAU. Anche la scuola giusnaturalistica del XVII e XVIII secolo, infatti — la quale alla scuola medioevale si contrapponeva, in generale, soprattutto per il suo fondamento razionalistico e immanentistico, svincolata com'era dai presupposti trascendenti e teologici che avevano caratterizzato invece il diritto naturale medioevale²⁴ —, anch'essa affermava peraltro l'esistenza di « diritti innati », intangibili e irrinunciabili, l'esistenza di *limiti* insomma e di *precetti cogenti per lo stesso legislatore*. A tal punto tale concezione era radicata nel pensiero dell'epoca, che la ritroviamo finanche nella filosofia di colui che è stato il grande teorico del sistema costituzionale uscito dalla « gloriosa rivoluzione » inglese del 1688, ossia del sistema che affermò la *assoluta supremazia del Parlamento* il quale « può fare tutto, tranne mutare la donna in uomo o viceversa »²⁵. Anche John LOCKE, infatti, pur affermando che il legislativo detiene il *supreme power*, ammetteva però che questo potere dovesse trovare dei limiti nel diritto naturale²⁶.

²⁴ Cfr. FASSÒ, voce *Giusnaturalismo*, cit., pp. 1106-1108.

²⁵ Sulla paternità di questa celebre frase, formulata un secolo fa da Walter BAGEHOT e tuttora valida in Inghilterra, cfr. Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, Oxford University Press, 1962, p. 260; un secolo prima, anche il BLACKSTONE nei suoi *Commentaries* aveva affermato « that the power of Parliament is absolute and without control », cfr. CORWIN, *The « Higher Law »*, cit., pp. 86-87, e che « to set the judicial power above that of the legislature, [...] would be subversive of all government », cfr. Theodore F.T. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, XL (1926-27), pp. 59-60.

²⁶ Cfr. CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., p. 67 ss.; Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Memorie del-

È vero, peraltro, che la distinzione, in tal modo affermata, tra un diritto naturale ed un diritto positivo, era idonea ad operare su un piano puramente filosofico e teorico, astratto dalle concrete quotidiane vicende della vita, piuttosto che su un piano di concretezza giuridica²⁷. Quale, insomma, poteva essere in concreto la effettiva posizione del giudice di fronte alla legge ingiusta: quale, cioè, la sua posizione di fronte alla legge ch'egli giudicasse contraria alla *norma superior*, al diritto naturale?

S'è parlato bensì — e l'abbiamo riferito poco fa — di un potere o addirittura di un dovere del giudice di non considerare vincolante la legge contraria al diritto naturale. Si può rileggere, in proposito, un celebre passo della *Summa Theologica* di TOMMASO D'AQUINO²⁸: « Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra jus naturale, injusta est, nec habet vim obligandi... Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones... Et ideo secundum eas non est judicandum ». E altrove²⁹ l'Aquinate ancora scriveva: « Dicendum quod, sicut Augustinus dicit... non videtur esse lex, quae justa non fuerit... Unde omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio »³⁰.

Ma nonostante queste e simili affermazioni del pensiero filosofico e giuridico dell'epoca medioevale e dei secoli XVII-

l'Istituto giuridico dell'Università di Torino, 1931, p. 20; Sergio COTTA, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des Etats-Unis*, in *Revue intern. d'Histoire politique et constitutionnelle*, 1951, pp. 229-230.

²⁷ Cfr. CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., p. 23.

²⁸ Tommaso D'AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 60, art. 5.

²⁹ Id., *Summa Theol.*, I-II, q. 95, art. 2.

³⁰ Cfr. Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, *Diritto naturale e distinzione fra morale e diritto nel pensiero di S. Tommaso d'Aquino*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, XXIX (1937), specie a p. 3 s. dell'estratto; vedi però G. FASSÒ, *La legge della ragione*², Bologna, Il Mulino, 1966, p. 108 s.

XVIII, rimane il fatto che la contrapposizione fra la norma di diritto naturale e quella di diritto positivo continuava, quantomeno, ad essere la contrapposizione *fra due ordini giuridici diversi, fra due sistemi giuridici diversi*, uno dei quali era per lo più privo di efficaci sanzioni e d'istituti fatti per imporle. Onde non so quante volte in concreto il giudice, posto di fronte al divergente comando della norma, spesso assai vaga, del diritto « naturale » da un lato, e della norma del diritto « positivo » dall'altro lato, effettivamente potesse o sapesse, senza incorrere in responsabilità o magari in arbitrî, disapplicare la seconda per applicare, invece, la prima.

Per arrivare alla compenetrazione, nella sfera di un unico ordine o sistema giuridico, di entrambe quelle norme (o quei corpi di norme); per arrivare, in altri termini, a quella che efficacemente è stata chiamata la « *positivizzazione* » del diritto naturale³¹ e quindi alla *sua sussunzione nella sfera del diritto positivo*, bisognava pervenire invero a tempi a noi più vicini. Un primo sintomo di questo profondo mutamento si può già trovare fin dall'epoca dell'*ancien régime* in Francia, dove i *Parlements* — i quali, com'è noto, nient'altro erano se non corti superiori di giustizia — andavano affermando appunto, nei confronti del Sovrano francese, un loro potere e dovere « *d'examiner dans les édits et autres lois qui nous sont apportés s'il n'y a rien de contraire... aux lois fondamentales du royaume* »³². Onde si andò formulando, per opera dei *Parlements*

³¹ Cfr. Pietro PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, Laterza, 1961, p. 46.

³² Così il Parlement de Paris nel 1718; vedi COTTA, *op. ult. cit.*, pp. 234-235, che cita le *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, éd. par J. FLAMMERMONT et M. TOURNEUX, Paris, 1888, t. I, p. 88; vedi anche Robert DERATHÉ, *Les philosophes et le despotisme*, estratto da *Utopie et institutions au XVIII^e siècle. Le pragmatisme des Lumières*, Paris-La Haye, Mouton, 1963, pp. 72-75. Sull'evoluzione dei Parlements nei secoli XVII e XVIII e sulla loro funzione come « *gardiens des lois fondamentales* », v. inoltre J. ELLUL, *Histoire des Institutions*, Tome second, 1, Paris, Presses Universitaires de France, 1956, p. 342 ss. Ma fin dal XVI

francesi, una dottrina la quale ha avuto grande influenza sull'opera del MONTESQUIEU³³ e che a noi sembra estremamente significativa rispetto al tema del controllo giudiziario di legittimità delle leggi: la dottrina, cioè, della cosiddetta « heurieuse impuissance » del Re di violare le leggi fondamentali, — l'impotenza, dunque, anzi la « felice » impotenza del Sovrano legislatore, di emanare quelle che noi oggi chiameremo leggi incostituzionali.

E pur tuttavia non c'è dubbio che il passo definitivo nella

secolo si era andata sviluppando in Francia la teoria delle *leges imperii* le quali, benché distinte sia dalle leggi divine che dalle leggi naturali, al pari di queste non potevano essere alterate né dal re né dagli *Etats généraux*. Cfr. André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française*, Paris, 1907, pp. 71-150; Ralph H. GIESEY, *The Juristic Bases of Dynastic Right to the French Throne*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1961; estremamente interessante il brano del *Traicté des Seigneuries* (1608) di Charles LOYSEAU riportato da Salvo MASTELLONE, *Introduzione al pensiero politico di Charles Loyseau*, in *Critica storica*, IV (1965), p. 448 (« La Souveraineté consiste en puissance absolue, c'est à dire parfaicte et entière de tout point ... Et comme la couronne ne peut être si son cercle n'est entier, aussi la souveraineté n'est point, si quelque chose y défaut ... Toutefois, comme il n'y a que Dieu qui soit tout puissant et que la puissance des hommes ne peut être absolue tout à fait, il y a trois sortes de lois qui bornent la puissance du Souverain, sans intéresser la Souveraineté. A savoir les lois de Dieu, pour ce que le Prince n'est pas moins souverain pour être sujet à Dieu; les règles de justice naturelles et non positives, parce que c'est le propre de la seigneurie publique d'être exercée par justice et non pas à discrétion: et finalement les lois fondamentales de l'Etat pour ce que le Prince doit user de sa Souveraineté selon sa propre nature et en la forme et aux conditions qu'elle est établie »).

Anche in altre regioni d'Europa taluni tribunali locali riuscivano, di tempo in tempo, ad affermare un loro potere di controllo simile — ancorché assai meno accentuato — a quello dei *Parlements* francesi. Cfr. Hellmuth von WEBER, *Schöppenstuhl und Landesherr. Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Prüfungszuständigkeit*, in *Festschrift Richard Thoma*, Tübingen, Mohr, 1959, p. 257 ss.; Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 102.

³³ Cfr. COTTA, *op. cit.*, *passim*, specie a p. 235 con rinvio a R. BICKART, *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris, 1932, p. 33.

direzione di quella, che ho chiamato la « positivizzazione » del diritto naturale — la quale, a mio giudizio, rappresenta uno dei fattori fondamentali che caratterizzano il pensiero e la realtà giuridica dell'epoca attuale —, sarà compiuto soltanto dalle moderne Costituzioni « rigide », dal moderno « costituzionalismo » che fa capo, come ho già riconosciuto, alla Costituzione degli Stati Uniti. Quel passo definitivo sarà compiuto, insomma, da quelle Costituzioni, le quali da un lato affermeranno come precetti di diritto costituzionale *positivo* e i principî « naturali » e i « diritti innati », e dall'altro lato offriranno una garanzia *effettiva* di concreta applicazione di quei principî e di concreta tutela di quei diritti: e una garanzia, pertanto, di disapplicazione delle leggi contrastanti con il precetto costituzionale, nel quale si racchiude una sorta di « volontà permanente del popolo » mentre invece nelle leggi ordinarie ne è rappresentata soltanto una « volontà transeunte e temporanea »³⁴.

Benché il moderno costituzionalismo rappresenti dunque, in certo qual senso, un superamento della dottrina giusnaturalistica — la quale, infatti, era destinata ad essere sommersa e spesso disprezzata proprio nel secolo XIX e nella prima metà del XX secolo³⁵ —, tuttavia non si può negare un certo fondamento a quanto oggi scrive un acuto filosofo del diritto, ossia che, in certo senso, « le libertà civili e politiche sulle quali lo Stato moderno si fonda sono conquiste del giusnaturalismo », perché è stata la dottrina politica giusnaturalistica a porre le fondamenta del moderno Stato di diritto³⁶. Non si può negare, in particolare, il fatto che anche il costituzionalismo americano

³⁴ Cfr. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche*, cit., p. 9.

³⁵ Vedi, a mero titolo di esempio, ciò che significativamente scriveva in argomento un grande giurista tedesco, Joseph KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Holtzendorff-Kohler*⁷, I, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1915, pp. 3-4. Cfr. ora COING, *Naturrecht*, cit., pp. 8, 13 ss.

³⁶ FASSÒ, voce *Giusnaturalismo*, cit., p. 1108.

e in generale il costituzionalismo moderno, del quale una espressione fondamentale è senza dubbio il sistema del controllo giudiziario delle leggi, anch'esso ha avuto una sua antica matrice storica, come appunto ho cercato sia pure sommariamente di dimostrare³⁷. Sicché di fronte all'entusiasmo, del resto non ingiustificato, del giurista nordamericano orgoglioso della grande innovazione apportata alla scienza politica dal sistema della *judicial review*, l'uomo smaliziato della vecchia Europa potrebbe esser forse tentato di ripetere, ancora una volta, l'antico scettico motto sempre vero anche se sempre soltanto parzialmente vero: *nihil sub sole novi*, — nulla di nuovo per il Vecchio Mondo!

§ 4. La mia argomentazione potrebbe a questo punto ritenersi completata. E tuttavia io non posso sottrarmi alla tentazione di aggiungere un ultimo spunto in tema di precedenti storici, antichi e moderni, del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi.

Abbiamo già visto come precedenti possano ritrovarsi sia nella storia antica, sia nella storia medioevale e (relativamente) moderna, fino a giungere al sistema nordamericano della *judicial review* che — come anch'io riconosco — ha iniziato una nuova e splendida epoca in questa materia.

Ma — vien fatto qui appunto di chiedersi — quale è stato il precedente immediato, ossia il precedente al quale più direttamente può essersi ispirato l'istituto nordamericano?

Ebbene, io credo che l'indagine su questo punto sia veramente una fra le più affascinanti che uno studioso possa affrontare. È, per di più, un'indagine che, se non m'inganno, può dar luogo a risultati a prima vista stupefacenti e addirittura paradossali: un'indagine, insomma, che può mettere veramente

³⁷ Che il sistema nordamericano di controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi, « sia derivato direttamente dalla concezione della sovranità del diritto naturale », scriveva già EINAUDI, *Le origini ecc.*, cit., pp. 17, 63 ss.

in luce quella, che è stata chiamata l'« astuzia della storia », la quale raggiunge i suoi fini attraverso le vie spesso più contraddittorie e impensate. Vedremo infatti come uno dei fattori, che direttamente favorirono la nascita e lo sviluppo del sistema nord-americano della *judicial review* e quindi di quella, che è stata chiamata la *supremazia del potere giudiziario*³⁸ o anche il *governo dei giudici*³⁹, sia stato proprio il radicalmente opposto sistema inglese della assoluta *supremazia del Parlamento* rispetto agli altri poteri (e quindi anche rispetto al potere giudiziario): paradossalmente, la « supremazia del Parlamento » in Inghilterra, ha favorito dunque la nascita della cosiddetta « supremazia dei giudici » negli Stati Uniti d'America! Ma vediamo con ordine.

Secolo XVII: la tradizione giuridica inglese, una tradizione vecchia ormai di quattro secoli⁴⁰ di cui nella prima metà del seicento grande teorico e difensore fu Sir Edward COKE (morto nel 1634), era nel senso che la legge non fosse creata, ma soltanto accertata o dichiarata dalla volontà del Sovrano. La *common law*, insomma, legge fondamentale e prevalente rispetto alla *statutory law*, poteva bensì essere *completata* dal legislatore, ma non essere da lui *violata*: onde il diritto era, in gran parte, sottratto agli interventi del legislatore⁴¹. Sulla base di questa tra-

³⁸ Vedi, per tanti, Robert H. JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy*, New York, Random House, 1941.

³⁹ Tutti ricordiamo l'opera famosa di Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁴⁰ Cfr., ad es., un famoso passaggio del *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* del BRACON (XIII secolo) riportato in CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., p. 27 (vedi anche a p. 49 nota 27); dello stesso CORWIN veggasi pure il volume *Liberty against Government*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1948, spec. il cap. II.

⁴¹ Cfr. COTTA, *op. cit.*, p. 235, che rinvia ad Arthur VON MEHREN, *The Judicial Conception of Legislation in Tudor England*, in *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York, 1947, pp. 751-766. Per una più recente analisi del pensiero del COKE, cfr. J.W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Clarendon Press, 1955 (reprint

dizione si fondò, appunto, la dottrina di Edward COKE sull'autorità del giudice come arbitro fra il re e la nazione, dottrina da lui precisata specialmente in occasione della sua lotta contro JAMES I STUART. Contro il re, che affermava di essere dotato di ragione al pari dei giudici, suoi « delegati », e pretendeva conseguentemente di poter esercitare personalmente il potere giudiziario, COKE rispondeva che soltanto i giudici potevano esercitare quel potere, essendo addottrinati nella difficile scienza del diritto « which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it »⁴². E contro il Parlamento, egli affermava d'altro lato « la tradizionale supremazia della *common law* sull'autorità del Parlamento »⁴³. « Il appears in our books — proclamava il COKE nel celebre *Bonham's case* del 1610 —, 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 and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the *common law* will controul it and adjudge such act to be void »⁴⁴. E altrove il COKE ancora affermava: « FORTESCUE and LITTLETON and all others agree that the law consists of three parts: first, common law; secondly, statute law;

1961), pp. 30-47 (può dirsi, in generale, che la tendenza di numerosi interpreti, specie americani, di vedere nel COKE un precursore del principio della *judicial review*, è stata criticata da altri, specie inglesi, che intesero il pensiero del COKE in maniera più restrittiva).

⁴² Cfr. CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., pp. 38-39.

⁴³ COTTA, *op. et loc. ult. cit.*; v. anche in generale W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. V, London, Methuen, 1924, p. 430 ss.

⁴⁴ 8 Coke's Reports 118 a; 77 Eng. Rep. 652. Il brano famoso può vedersi riportato ad es. in GOUGH, *Fundamental Law*, cit., p. 31 s.; in Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitution*, Boston-New York-Chicago, Houghton Mifflin, 1942, p. 12; anche in CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., p. 44; e in COTTA, *op. et loc. ult. cit.*; può anche vedersi J.M. GARCÍA LAGUARDIA, *La defensa de la Constitución. Aspectos del control de constitucionalidad*, Separata de la Revista « *Universidad de San Carlos* » (Guatemala), XL (1957), p. 96; per un eccellente autorevole commento al Dr. Bonham's case, cfr. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., pp. 30-70.

third, custom, which takes away the common law. *But the common law corrects, allows and disallows both statute law and custom, for if there be repugnancy in statute or unreasonableness in custom, the common law disallows and rejects it* »⁴⁵.

Ma chi doveva controllare e accertare siffatta « repugnancy or unreasonableness »; chi doveva garantire insomma la supremazia della *common law* contro gli arbitrî del Sovrano da un lato e del Parlamento dall'altro? È questo il quesito essenziale; e la risposta del COKE era ferma e decisa: quel controllo, quella garanzia, erano *cómpito dei giudici!* Dei giudici i quali, secondo le parole di un moderno studioso, « seuls interprètes authentiques d'un droit, qui est autonome du législateur, constituent donc, selon cette doctrine, un vrai pouvoir indépendant »⁴⁶.

La dottrina di Lord COKE, intesa come strumento di lotta vuoi contro l'assolutismo del re, vuoi contro quello del Parlamento, è prevalsa in Inghilterra per alcuni decenni⁴⁷; e non soltanto in Inghilterra ma anche nelle Colonie inglesi d'America, dove fu infatti in più occasioni affermata dai tribunali⁴⁸. Tale dottrina, però, fu travolta in Inghilterra con la rivoluzione del 1688, dalla quale fu invece proclamata la contraria dottrina, ancora oggi valida in quel Paese, della *supremazia del Parlamento*⁴⁹. Ma della dottrina del COKE rimasero tuttavia i frutti, per lo meno in America⁵⁰: e intendo ovviamente alludere a quei

⁴⁵ *Rowles versus Mason*, 1612. Cfr. CORWIN, *The « Higher Law » Background*, cit., pp. 50-51; COTTA, *op. cit.*, p. 236.

⁴⁶ Così COTTA, *op. et loc. ult. cit.*

⁴⁷ Cfr. PLUCKNETT, *Bonham's Case*, cit., p. 49 ss.

⁴⁸ Cfr. CORWIN, *The « Higher Law »*, cit., p. 73 s.; WRIGHT, *The Growth*, cit., p. 12; COTTA, *op. et loc. ult. cit.*

⁴⁹ Cfr. ancora, per tanti, PLUCKNETT, *Bonham's Case*, cit., p. 53 s.

⁵⁰ WRIGHT, *op. et loc. ult. cit.*; ABRAHAM, *The Judicial Process*, cit., p. 267 s.; DEENER, *Judicial Review in Mod. Const. Systems*, cit., p. 1080 s.; Gottfried DIETZE, *Judicial Review in Europe*, in *Michigan Law Review*, 55 (1957), p. 549.

frutti, che si chiamano oggi *judicial review* e *supremazia del potere giudiziario*, « *supremacy af the judiciary* ».

Anzi — e proprio qui sta il paradosso, almeno apparente —, a produrre questi frutti non soltanto non fu di ostacolo, ma al contrario contribuì la nuova dottrina, affermatasi con la « *glorious revolution* » del 1688. Vediamo le ragioni di questo paradossale fenomeno.

Come mette in rilievo James GRANT nel suo libro già ricordato ⁵¹, secondo la legge inglese ogni *corporación*, sia essa una compagnia commerciale privata oppure una *municipalidad*, « *puede hacer solamente aquellas cosas que le autoriza su carta o constitución propia* ». Ne deriva l'importante conseguenza che « *los reglamentos (o reglas secundarias) que van más allá de la autoridad a ella [corporación] concedida son nulos y no pueden ser puestos en vigor por los tribunales* » ⁵².

Ebbene, molte fra le Colonie inglesi d'America (« *plantations* »), furono inizialmente costituite appunto come compagnie commerciali; e, comunque, la maggior parte delle Colonie furono rette da « *cartas o estatutos de la Corona* » ⁵³.

Queste « *carte* », possono essere considerate come le prime Costituzioni delle Colonie ⁵⁴, sia perché erano vincolanti per la legislazione coloniale, e sia perché regolavano le strutture giuridiche fondamentali delle Colonie medesime. Orbene, tali Costituzioni non di rado espressamente disponevano che le Colonie potessero bensì approvare loro proprie leggi, ma alla condizione però che queste leggi fossero « *ragionevoli* » e comunque

⁵¹ GRANT, *El control ecc.*, cit., p. 29.

⁵² ID., *op. et loc. ult. cit.*

⁵³ ID., *op. et loc. ult. cit.*

⁵⁴ « *Imperially granted constitutions or charters* » le definisce, appunto, Edward McWHINNEY, *Constitutional Review in the Commonwealth*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSL. ÖFFENTL. RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von Hermann MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 75, 78.

« non contrarie alle leggi del Regno d'Inghilterra »⁵⁵ e quindi, evidentemente, non contrarie alla volontà suprema del Parlamento inglese⁵⁶. E fu dunque proprio in forza di questa *supremazia della legge inglese* — la quale, evidentemente, suonava all'unisono con la dottrina della « *supremacy of the English parliament* » —, che in numerosi casi⁵⁷ alcuni dei quali divenuti famosi il *Privy Council* del Re decise che le leggi coloniali dovessero essere applicate dai giudici delle Colonie *solo se esse non fossero in contrasto con le leggi del Regno*. Ricordo, ad esempio, il caso Winthrop contro Lechmere del 1727; e il caso Philips contro Savage del 1737⁵⁸.

Ecco dunque spiegato come mai il principio della *supremazia del Parlamento* — e quindi della *supremazia della legge*

⁵⁵ GRANT, *op. cit.*, pp. 29-30; cfr. anche MARCIC, *Verfassung*, cit., p. 179.

⁵⁶ Cfr. MCWHINNEY, *Judicial Review in the English-Speaking World*, cit., pp. 13 s., 57 s.

⁵⁷ Sono state contate più di seicento leggi coloniali invalidate dal *Privy Council* negli anni tra il 1696 e il 1782: cfr. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., p. 87; e non sarà inopportuno rilevare che, molto spesso, causa vera dell'annullamento furono ragioni economiche piuttosto che ragioni propriamente giuridiche, cfr. CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., p. 165 ss.

⁵⁸ Cfr. in argomento J.H. SMITH, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Columbia University Press, 1950, *passim*; GRANT, *op. cit.*, p. 30; sul *Privy Council* « as Final Appellate Tribunal for the Overseas Empire », cfr. il cap. 3° di MCWHINNEY, *Judicial Review*, cit., pp. 13-14, 49-60; dello stesso MCWHINNEY vedi pure lo scritto *Constitutional Review in the Commonwealth*, cit., p. 78 (« so far as the Supreme Courts of the individual Commonwealth Countries exercise judicial review of the constitution in their own right as the final appellate tribunals for their own particular countries, they may be said to be the lineal successors of the Privy Council »: dove si vede come il paradossale fenomeno, da noi qui descritto, verificatosi più di un secolo e mezzo fa negli Stati Uniti d'America, si sia ripetuto a distanza di molti decenni anche in altre ex-colonie britanniche: Canada, Australia, India, ecc., non però nel Sud Africa dove va lamentata « the virtual absence of judicial review as known in the United States », cfr. Thomas KARIS, *The Republic of South Africa*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 15 [1966], p. 613).

*positiva*⁵⁹ —, impostosi in Inghilterra a partire dalla « gloriosa » rivoluzione del 1688, abbia finito per non condurre, in America, allo stesso risultato al quale condusse, invece, in Inghilterra: ossia al risultato di sottrarre le leggi al controllo di validità da parte dei giudici, quel controllo che era invece stato auspicato e che, almeno per alcuni decenni, era stato realizzato dalla dottrina di Lord COKE. Ecco, in altre parole, spiegato l'apparente paradosso: ossia come mai il principio inglese della incontrollata supremazia del potere legislativo, abbia potuto contribuire, anziché essere di ostacolo, alla formazione in America (e, decenni o secoli dopo, anche in altre ex-colonie pervenute all'indipendenza: nel Canada, in Australia, in India e altrove⁶⁰) dell'opposto sistema, in forza del quale anche le leggi del parlamento sono soggette ad un controllo di validità da parte di tutti i giudici.

Invero, quando nel 1776 le Colonie inglesi d'America proclamarono la loro indipendenza dall'Inghilterra, uno dei loro primi atti d'indipendenza fu quello di sostituire alle vecchie « carte » coloniali le nuove Costituzioni, intese come le *leggi fondamentali* dei nuovi Stati indipendenti. E come, per l'innanzi, nulle e non applicabili erano state considerate dai giudici le leggi contrarie alle « carte » coloniali ed alle « leggi del Regno »; così non è certo da stupirsi che la stessa nullità e non applicabilità dovesse poi affermarsi, e a ben maggiore ragione, per le leggi contrarie alle nuove e vittoriose Carte costituzionali degli Stati indipendenti⁶¹. Il GRANT⁶² opportunamente ricorda alcuni fra i primissimi precedenti in tal senso: il caso Holmes contro Walton, deciso nel 1780 dalla Corte suprema del New Jersey;

⁵⁹ Cfr. EINAUDI, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁰ Cfr. *supra*, nota 58; McWHINNEY, *Judicial Review in the English-Speaking World*, cit.; ID., *Constitutional Review in the Commonwealth*, cit., p. 75 ss.; J.L. KAPUR, *The Supreme Court of India*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), pp. 2 s., 8 e *passim*.

⁶¹ Cfr. EINAUDI, *op. cit.*, p. 21 ss.; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 103.

⁶² GRANT, *op. cit.*, p. 31 s.

e il caso Commonwealth contro Caton, deciso nel 1782 dalla Corte della Virginia⁶³.

Più di un secolo di storia americana e di immediati, univoci precedenti⁶⁴ stavano dunque — ed è bene sottolinearlo — alle spalle del Chief Justice John MARSHALL quand'egli nel 1803, anche sulla scorta del piuttosto farraginoso art. VI, clausola 2^a, della Costituzione federale del 1787, proclamò a chiara voce nel caso Marbury contro Madison il « principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument ».

Se questa coraggiosa, recisa affermazione di John MARSHALL effettivamente ha iniziato in America e nel mondo qualcosa di nuovo e di importante, essa è stata però, nello stesso tempo, come ormai mi sembra di avere esaurientemente dimostrato, non un gesto d'improvvisazione, ma anzi un atto maturato attraverso secoli di storia: storia non soltanto americana, ma universale.

⁶³ Vedi gli stessi ed altri casi ricordati anche da EINAUDI, *op. cit.*, p. 28 s.

⁶⁴ Per non dire dei famosi scritti dell'epoca, specialmente quelli di James OTIS e di John ADAMS: cfr. ancora una volta CORWIN, *The « Higher Law »*, cit., p. 77 ss.; anche CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., pp. 30 s., 162 e *passim*. Per un'analisi dei precedenti ideologici (e non soltanto americani) delle argomentazioni che hanno portato MARSHALL all'affermazione del principio della judicial review, cfr. la dissertazione di Rudolf H. GROSSMANN, *Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, Zürcher Dissert., Zürich, Schulthess, 1948.

CAPITOLO III
ANALISI STRUTTURALE-COMPARATIVA
DEI MODERNI METODI
DI CONTROLLO GIURISDIZIONALE
DI COSTITUZIONALITA' DELLE LEGGI
SOTTO IL PROFILO « SOGGETTIVO »

SOMMARIO: § 1. Sistema « diffuso » o « americano » e sistema « accentrato » o « austriaco » di controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi. — § 2. La espansione del sistema di controllo diffuso (Commonwealth, Giappone, Svizzera, Norvegia, Danimarca, Svezia; Germania di Weimar, Italia negli anni 1948-1956) e quella del sistema accentrato (Italia, Germania, Cipro, Turchia, Jugoslavia; Cecoslovacchia e Spagna). — § 3. La forza razionale della dottrina che sta alla base del sistema diffuso di controllo. — § 4. Inconvenienti del sistema diffuso nei Paesi a base romanistica. — § 5. Superamento di quegli inconvenienti nei Paesi di *common law*, in forza del principio dello *stare decisis*: le conseguenze pratiche di un « semplice ragionamento ». — § 6. La creazione, nei Paesi di *civil law*, di speciali Corti costituzionali, e la dottrina che sta alla base del sistema accentrato di controllo. — § 7. Un'ulteriore giustificazione di questo sistema, desunta dall'analisi sociologica dell'ordinamento giudiziario e dalla natura della norma costituzionale e della sua interpretazione; l'inadeguatezza della Corte di cassazione italiana, come pure di altre Corti supreme europee, ad esercitare il controllo di costituzionalità. I giudici della *Supreme Court* americana e quelli delle Corti costituzionali europee. — § 8. La soluzione francese del controllo esclusivamente « politico » di costituzionalità delle leggi, e le sue ragioni storiche, ideologiche e pratiche; il sistema accentrato di controllo giurisdizionale di costituzionalità, come un compromesso pratico e ideologico tra il metodo francese e quello americano.

§ 1. È mio proposito sottoporre, in questo e nei prossimi due capitoli, il tema del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi ad una analisi strutturale, con la cura, peraltro, di mantenere sempre tale analisi su un piano di concretezza com-

parativa, sì da farne emergere, per quanto possibile, una sorta di « panorama tipologico » ossia un panorama — sia pure sommario — dei tipi di controllo giudiziario di costituzionalità adottati nei varî Paesi ¹.

L'analisi sarà, in questo capitolo, dedicata all'aspetto « soggettivo » del fenomeno esaminato, ossia agli *organi* ai quali spetta il potere di controllo. Altri elementi strutturali del fenomeno stesso saranno esaminati nei capitoli successivi: in particolare l'elemento « modale », ossia il modo come la questione di costituzionalità viene sollevata e risolta; e l'elemento « funzionale », ossia gli effetti che la decisione giudiziale della questione di costituzionalità esplica vuoi rispetto alla legge sottoposta al controllo, vuoi anche rispetto al caso concreto nel

¹ Ovviamente non sarà possibile fare una sorta di enciclopedia universale: la nostra esposizione non ha pretese di completezza. Un istituto, ad esempio, che abbiamo di proposito ommesso nella nostra analisi è quello, pur tanto interessante e di anziane origini, del *mandado de segurança* brasiliano; allo stesso interessantissimo istituto messicano (e non più soltanto messicano) del *juicio de amparo*, abbiamo dedicato soltanto pochi e occasionali cenni. Cfr. da ultimo l'eccellente studio di Alfredo BUZARD, « *Juicio de Amparo* » e *Mandado de Segurança (Contrastes e confrontos)*, in *Revista de Direito Processual Civil* (São Paulo, Brasile), III (1962), pp. 30-70 (sul problema dell'ammissibilità del *mandado de segurança* anche contro gli atti del potere legislativo, v. specialmente a p. 65 s.). In effetti, la lacuna più estesa della nostra indagine comparativa concerne proprio i Paesi dell'America Latina, numerosi dei quali conoscono un qualche tipo di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi (per informazioni in materia cfr. il 3° cap. del vol. di J.A.C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Facultad de Derecho de México, 1963, p. 73 ss., nonché il recentissimo volume di Enrique VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, pp. 27 ss., 45 ss. e *passim*; v. anche *infra*, in questo cap., nota 57): né riterrei del tutto corretto addurre, a giustificazione della omissione, la considerazione, un po' sbrigativa, di Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), pp. 104-105, secondo il quale la giustizia costituzionale serve assai spesso, in quei Paesi, quale mero sostituto della mancante giustizia amministrativa.

quale la questione di costituzionalità si sia, eventualmente, presentata.

Per ciò che concerne dunque il profilo « soggettivo » o « organico », si possono distinguere, secondo una terminologia ormai ben nota², due grandi tipi di sistemi di controllo giudiziario della legittimità costituzionale delle leggi:

a) il « sistema diffuso » ossia quello, nel quale il potere di controllo spetta *a tutti gli organi giudiziari* di un dato ordinamento giuridico, che lo esercitano incidentalmente, in occasione della decisione delle cause di loro competenza; e

b) il « sistema accentrato », nel quale il potere di controllo si concentra invece *in un organo giudiziario soltanto*³.

Il sistema « diffuso » è stato anche chiamato, da qualcuno⁴, sistema o tipo « americano » di controllo, dato che non è del tutto inesatto — come ho dimostrato nel cap. II — ritenere

² Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, Cedam, 1950, p. 5. Nella dottrina di lingua tedesca si parla di un *allgemeines Prüfungsrecht* (o *allgemeine Normenkontrolle*) e di un *konzentriertes Prüfungsrecht* (o *konzentrierte Normenkontrolle*); cfr. ad es. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 107 s.

³ Ci sono poi anche sistemi che potremmo chiamare *misti* o *intermedi*: ad esempio, quello adottato nel Messico, il quale, anche a causa di un almeno apparente contrasto fra gli articoli 103 e 133 della Costituzione messicana (cfr. in argomento, anche per i riferimenti, H. FIX ZAMUDIO, *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 167-194, 246-257, 296-298, 378-380, e spec. a pp. 175-180, 247-251), difficilmente potrebbe farsi sicuramente rientrare nell'uno o nell'altro dei due tipici sistemi indicati nel testo. Ciò è vero, del resto, non soltanto dal punto di vista degli *organi* di controllo, ma anche dal punto di vista del *modo* come la questione di legittimità costituzionale è risolta: anche a questo proposito il sistema messicano ha carattere misto o intermedio tra il sistema di controllo operante « por vía de acción », e quello operante, invece, « por vía de excepción ». Un sistema « misto » è anche quello adottato in Irlanda; cfr., ad es., Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi*, nel vol. *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, supplemento de *La Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1957, p. 35 s.

⁴ Cfr., in luogo di tanti, FIX ZAMUDIO, *El Juicio de Amparo*, cit., p. 379, nota 33.

51

che quel sistema sia stato realizzato per la prima volta negli Stati Uniti d'America, del cui ordinamento giuridico esso tuttora costituisce, come ha scritto un costituzionalista di quel Paese, « the most unique and most characteristic institution »⁵.

Analogamente, il sistema « accentrato » potrebbe anche essere designato come il tipo « austriaco » di controllo. Infatti l'archetipo è stato realizzata dalla Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920 (cosiddetta *Oktoberverfassung*), formulata sulla base di un progetto elaborato, su richiesta governativa, dal maestro della « scuola giuridica viennese », Hans Kelsen, e rimessa in vigore in Austria, nell'ultimo dopoguerra⁶, nel testo della Novella del 1929 che aveva portato notevoli modificazioni proprio in materia di giustizia costituzionale.

§ 2. Entrambi i sistemi si sono imposti, anche in epoca recente, in più di un Paese, dimostrando così una loro veramente rimarchevole forza di espansione.

Il sistema « americano », anzi nordamericano, di *judicial review* si ritrova anzitutto in molte delle ex colonie inglesi, come il Canada, l'Australia, l'India e altrove⁷: e noi abbiamo

⁵ Così B.F. WRIGHT, citato da Hans SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Wien, Springer-Verlag, 1951, pp. 6-7.

⁶ Cfr. il *Verfassungsüberleitungsgesetz* del 1° maggio 1945.

⁷ Cfr. Edward McWHINNEY, *Constitutional Review in the Commonwealth*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von Hermann MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, p. 75 ss.; Id., *Judicial Review in the English-Speaking World*, University of Toronto Press, 1960; anche Demètre P. ECONOMOU, *Le Contrôle juridictionnel de la Constitutionnalité des lois dans les Pays de Droit Commun*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 11 (1958), p. 336 ss.; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 105, 110.

Quest'ultimo autore, per la verità, scrive a p. 110 che nel Canada (e, parzialmente, anche in Australia) il sistema adottato sarebbe quello secondo cui la questione di validità di una legge, sorta come questione pregiudiziale in un processo civile — sia essa stata sollevata da una parte o rilevata d'ufficio dal giudice —, deve sempre essere rimessa dal tribunale infe-

cercato nel precedente capitolo (*sub* § 4) di spiegare l'apparente paradosso per cui il diritto inglese, il quale decisamente esclude nella madre patria, in forza del principio fondamentale della « supremacy of the Parliament », la possibilità di controllo giudiziario della legislazione, si è fatto invece promotore nelle Colonie di siffatto controllo.

Sempre fuori d'Europa, e questa volta per sua propria (se così posso dire) filiazione diretta, il sistema americano di controllo è stato importato, con un atto — forse un poco maldestro — che fu a metà fra l'imposizione e la imitazione, nel Giappone in forza della vigente Costituzione nipponica del 3 maggio 1947⁸.

riore alla Corte Suprema, alla quale spetta pertanto una specie di monopolio nella interpretazione della Costituzione. Da questa constatazione di fatto l'ENGELHARDT, *op. et loc. ult. cit.*, trae anzi lo spunto per una conclusione di portata più generale, ritenendo che « die Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts neigt also dazu, entweder ein besonderes Organ mit der Aufgabe zu betrauen oder sie wenigstens bei *einem* Gericht zu konzentrieren ». La premessa di fatto di questa conclusione è, però, almeno in parte scorretta. In realtà il sistema vigente nel Canada è, nel suo nucleo centrale, sostanzialmente « identical to that of the United States » (cfr. da ultimo J.A.C. GRANT, *Judicial Review in Canada: Procedural Aspects*, in *The Canadian Bar Review*, 42 [1964], p. 195 ss., specie a p. 197 s.; ID., *El Control Jurisdiccional*, cit., p. 86 ss.), e la stessa cosa può *grosso modo* ripetersi dei sistemi adottati in altri Paesi del Commonwealth (si veda anche *supra*, cap. II, testo e note 58-60). Si tratta, cioè, di un sistema « diffuso » di controllo, spettando ad ogni tribunale, e in ultima istanza quindi alla Corte Suprema, il potere-dovere di disapplicare la legge incostituzionale rilevante nel caso concreto. È vero, tuttavia, che nel Canada esistono anche, accanto al metodo normale (« diffuso ») di judicial review, talune « special procedures to litigate constitutional issues » (GRANT, *Jud. Rev. in Canada*, cit., p. 200 ss.), una delle quali consiste appunto nella possibilità, adottata da sei delle dieci province di quel Paese, di portare *per saltum* la questione di costituzionalità alla Corte Suprema, sospendendo il processo in cui essa è sorta. Tale procedura ha lo scopo di ottenere con rapidità e in maniera inappellabile una decisione finale sulla questione pregiudiziale, la quale finirebbe in ogni caso per esser decisa, in ultima istanza, dalla Corte Suprema.

⁸ Cfr. Shirô KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 328, 336; Kazuhiro HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of*

Perfino in Europa il sistema cosiddetto americano ha avuto, ed ha, analogie di data vecchia e recente. Anzitutto, una certa analogia può trovarsi nel diritto svizzero, dove, accanto alla possibilità di un ricorso diretto al Tribunale federale (« staatsrechtliche Beschwerde » o « recours de droit public »), è anche affermato un generale *richterliches Prüfungsrecht*, limitato però alle leggi *cantionali* ed assumente un'importanza pratica di gran lunga inferiore a quella del ricorso diretto. Si afferma, cioè, un generale potere-dovere dei giudici svizzeri di disapplicare le leggi cantionali contrastanti con la Costituzione federale, e ciò per lo meno come conseguenza implicita del principio secondo cui « Bundesrecht bricht kantonales Recht ». Ogni tipo di controllo giudiziario di costituzionalità è escluso invece, in Svizzera, nei confronti delle leggi federali, ed è questa una limitazione tradizionale del sistema svizzero, la quale peraltro incontra non poche critiche presso la moderna dottrina⁹.

Japan, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen, Mohr, 1966, p. 422 s. Sulle strane origini della Costituzione nipponica del 1947 cfr. N.L. NATHANSON, *Constitutional Adjudication in Japan*, in *The American Journal of Comparative Law*, 7 (1958), pp. 195, 217; Teruya ABE, *Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts seit 1952*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 15 (1966), p. 516.

⁹ Sulla *staatsrechtliche Beschwerde*, o *recours de droit public*, che può sollevarsi, entro un breve termine di decadenza, anche contro atti legislativi, purché cantionali, lesivi di certe situazioni giuridiche costituzionalmente protette, cfr. la classica monografia di Z. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde)*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1933. Può anche vedersi M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 23-35 (traduz. spagnola di H. FIX ZAMUDIO, *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1961, pp. 19-29). Inoltre Max IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 510-511, 515 ss.

Sul generale potere-dovere di tutti i giudici svizzeri (e non del solo Tribunale federale) di disapplicare le leggi cantionali contrastanti con la Costituzione federale, anche quelle per le quali sia scaduto il termine per l'impugnazione diretta mediante la *staatsrechtliche Beschwerde*, cfr. IM-

Inoltre, anche nel diritto norvegese (sin dalla fine del secolo scorso) e danese (dai primi decenni del nostro secolo) si è andato affermando come « incontestabile » il potere dei tribunali — un potere da questi peraltro esercitato con estrema prudenza e assai raramente — di controllare la conformità delle leggi con la Costituzione, con la conseguenza di disapplicare nel caso concreto una legge ritenuta incostituzionale¹⁰; e qualcosa di simile si è andato affermando, negli ultimissimi anni, anche in Svezia¹¹.

BODEN, *op. ult. cit.*, pp. 507, 511-515, specie a p. 513. Sulla esclusione invece di ogni tipo di controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi federali, cfr. ancora IMBODEN, *op. ult. cit.*, p. 513 s.; Antoine FAVRE, *Droit constitutionnel Suisse*, Fribourg, Editions universitaires, 1966, p. 427 ss.; Dietrich SCHINDLER [junior], *Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitswille, Erfahrungen der Vereinigten Staaten — Folgerungen für die Schweiz*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 74 (1955), pp. 289 s., 312 s.; R.H. GROSSMANN, *Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, Zürcher Dissertation, Zürich, Schulthess, 1948, pp. 3-4. Per un panorama della corrente dottrinale che è andata criticando tale esclusione, traendo ispirazione soprattutto dal sistema nordamericano, cfr. Ernst WOLF, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1961, pp. 1-4, il quale si pronuncia peraltro in senso contrario a tale corrente (*op. ult. cit.*, pp. 230-237).

¹⁰ Cfr. Frede CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 418-421, 428; ID., *Die Zuständigkeit der Gerichte in USA und Norwegen zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*, Karlsruhe, Müller, 1960; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 104. Per ulteriori informazioni sul sistema norvegese, cfr. M. CAPPELLETTI / J.C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 79 (1966), p. 1217.

¹¹ Fino al 1964, nonostante talune opinioni dottrinali dissenzienti (cfr. in argomento Nils HERLITZ, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Schweden*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 494-497; anche Ruth B. GINSBURG / Anders BRUZELIUS, *Civil Procedure in Sweden*, The Hague, Nijhoff, 1965, pp. 10, 131), si riteneva in Svezia che ai giudici di quel Paese, diversamente che ai giudici norvegesi e danesi, non spettasse un potere di *judicial review of legislation*. L'opinione è stata capovolta dalla fondamentale decisione della Suprema Corte svedese del 13 novembre 1964 (pubblicata in *Nyt Juridisk Arkiv*, 1964, p. 471 e in

Ma pure in Germania e in Italia, Paesi nei quali, com'è noto, troviamo oggi un sistema non « diffuso » ma « accentrato » di controllo, c'è stata una sia pur breve esperienza di controllo di tipo « americano »: così in Germania all'epoca della Costituzione di Weimar¹²; e così in Italia negli anni dal 1948 al 1956, ossia dall'entrata in vigore della Costituzione « rigida » (1° gennaio 1948) fino al momento in cui cominciò ad entrare in funzione la Corte costituzionale¹³.

Nordisk Domssamling, 1965, p. 429). Cfr. in argomento la discussione di Gustav PETRÉN in *Svensk Juristtidning*, 1966, p. 432.

Quanto invece all'altro Paese scandinavo, la Finlandia, vale in esso tuttora la regola esclusiva di un potere giudiziario di controllo delle leggi, cfr. Veli MERIKOSKI, *The System of Government*, nel vol. *The Finnish Legal System*, edited by Jaakko UOTILA, Helsinki, The Union of Finnish Lawyers Publishing Co., 1966, pp. 39-40; Paavo KASTARI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 215-217; Voitto SAARIO, *Control of the Constitutionality of Laws in Finland*, in *The American Journal of Comparative Law*, 12 (1963), pp. 194 ss., 203-205. Tale regola non ha tuttavia mancato di sollevare ampie discussioni nella dottrina finlandese, cfr. i riferimenti in SAARIO, *op. ult. cit.*, note 32, 34 e 35 a pp. 203, 205.

¹² Cfr., per tanti, ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 106; SPANNER, *Die richterl. Prüfung*, cit., p. 5 (« Die Praxis der Gerichte hat sich nach der grundsätzlichen Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. November 1925 [...] allgemein zur Bejahung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen bekannt, und zwar zu einem Prüfungsrecht, das jedem Gericht zusteht, wenn die Frage der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes eine Vorfrage für die vom Gericht zu treffende Entscheidung bildet. Das Gericht ist [...] nur befugt, dem für verfassungswidrig erachteten Gesetz im konkreten Fall die Anwendung zu versagen »). Estese informazioni sull'argomento possono vedersi in Gottfried DIETZE, *Judicial Review in Europe*, in *Michigan Law Review*, 55 (1957), p. 544 ss.

¹³ Tale fase transitoria era stata prevista, com'è noto, dall'art. VII, comma 2°, delle « Disposizioni transitorie e finali » della Costituzione. In attesa appunto dell'entrata in funzione della Corte costituzionale voluta dalla Costituzione.

Qualche altro precedente europeo di controllo diffuso di costituzionalità delle leggi, è ricordato da David DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, in *American Political Science Review*, 46 (1952), p. 1083, come pure dallo ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 104, e da S. CATINELLA, *La Corte Suprema Federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1934, p. 111 ss.,

Ma se assai grande è stata la diffusione del più antico sistema (« diffuso ») di controllo di costituzionalità, rimarchevole è pure la diffusione che, specie negli ultimi anni, ha avuto l'altro sistema « austriaco » o « accentrato ». A parte gli effimeri tentativi di adottarlo in Cecoslovacchia nel 1920¹⁴ e in Spagna nel 1931¹⁵ — tentativi ed esperimenti poco indicativi anche a causa della breve e tumultuosa vita di quelle due Repubbliche¹⁶ —, il sistema accentrato è stato scelto e adottato, oltreché nella vigente Costituzione della Repubblica italiana del 1° gennaio 1948, dove è in vigore dalla data della creazione della Corte costituzionale ossia dal 1956, anche dalla

specie a pp. 115, 125 (ma il poco o punto successo pratico di tali precedenti non ha bisogno di essere qui sottolineato). Si tratta di qualche caso, risalente all'inizio del secolo, in cui corti rumene e greche si sono rifiutate di applicare leggi incostituzionali; e si tratta, inoltre, dell'art. 63 della Costituzione portoghese del 1911, che tale potere di disapplicazione esplicitamente attribuiva alle corti. Per ulteriori svolgimenti negli stessi Paesi, v. DEENER, *op. ult. cit.*, p. 1087; ENGELHARDT, *op. et loc. ult. cit.*; v. anche AZZARITI, *I vari sistemi ecc.*, cit., pp. 20 (Romania), 28 s. (Grecia), 31 s. (Portogallo).

¹⁴ Il tentativo fu pressoché contemporaneo a quello, ben più fortunato, della vicina Austria, e fu anch'esso influenzato dal progetto del KELSEN (originario di Praga). Cfr. gli artt. 1-3 della legge del 29 febbraio 1920 preliminare alla Carta costituzionale della Repubblica cecoslovacca, nonché l'art. 102 della Costituzione cecoslovacca del 1920; e v. DEENER, *Judicial Review*, cit., p. 1086; AZZARITI, *I vari sistemi ecc.*, cit., pp. 18, 41; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 105 s., 111 s., 115. (La traduzione italiana di quei testi può vedersi in *La Costituzione della Cecoslovacchia* a cura di G. SALEMI J., Firenze, Sansoni, 1946).

¹⁵ Cfr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, in N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, p. 503 ss.; anche AZZARITI, *I vari sistemi ecc.*, cit., p. 45.

¹⁶ Sembra che né in Cecoslovacchia, né in Spagna, la Corte costituzionale abbia mai avuto alcuna occasione di esercitare il potere di controllo di costituzionalità delle leggi. Cfr. ENGELHARDT, *op. ult. cit.*, p. 118 *i.f.*; AZZARITI, *op. et loc. ult. cit.*

Costituzione di Bonn del 23 maggio 1949¹⁷, come pure dalla Costituzione della Repubblica di Cipro del 16 agosto 1960¹⁸, dalla Costituzione della Repubblica turca del 9 luglio 1961¹⁹, e infine dalla Costituzione del 7 aprile 1963 della Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia. Questa è stata la prima, e finora l'unica, fra le Costituzioni di un Paese a regime comunista, ad introdurre un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, controllo affidato ad una speciale Corte costituzionale federale oltreché, su piano regionale, a speciali Corti costituzionali delle sei Repubbliche federate²⁰.

¹⁷ Oltre agli artt. 93-94, 99-100 del *Bonner Grundgesetz*, va tenuta presente la legge ordinaria sul *Bundesverfassungsgericht* del 12 marzo 1951, con successive modificazioni.

¹⁸ Cfr. Willi BLÜMEL, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Zypern*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 643 ss., 676 ss. (in questo vol., a p. 1005 ss., può vedersi una traduzione in lingua inglese degli articoli della Costituzione di Cipro rilevanti in materia). Cfr. anche Pavlos TZERMIAS, *Die Verfassung der Republik Zypern*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 10 (1961), p. 485 ss. (ivi un'altra traduzione inglese della Costituzione).

¹⁹ Cfr. A. ÜLKÜ AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 73 ss.; Yavuz ABADAN, *Die türkische Verfassung von 1961*, ivi, 13 (1964), p. 325 ss., specie a p. 408 ss.; Tahsin Bekir BALTA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 550 ss. (in questo vol., a p. 997 ss., una traduzione in lingua tedesca degli articoli della Costituzione turca rilevanti in argomento).

²⁰ Chiunque abbia un minimo di dimestichezza con le concezioni comuniste del diritto e dello Stato, non può non rilevare l'audacia dottrinale e politica della innovazione introdotta dalla Costituzione jugoslava (cfr. ora in proposito Paavo KASTARI, *Le caractère normatif et la prééminence hiérarchique des Constitutions*, in *Revue internationale de droit comparé*, 18 [1966], pp. 845-846; J.-P. FERRETJANS, *La Constitution du 7 avril 1963 de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et l'unité marxiste du pouvoir d'état*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 79 [1963], pp. 939 ss., 948 ss.). Si vedano in generale Nikola SRZENTIĆ, *Sur les nouvelles juridictions constitutionnelles de Yougoslavie*, in *Le nouveau Droit Yougoslave*, 15 (1964), numeri 1-3, p. 21 ss.; Jovan DJORDJEVIC, *Les Cours constitutionnelles en Yougoslavie*, ivi, 14 (1963), numero 4, p. 9 ss.; Ivo KRBEK, *Die Verfassung der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien vom 7.4.1963*, in *Jahrbuch des öffentlichen*

§ 3. Di fronte a questo impressionante panorama geografico della espansione dei due contrapposti sistemi, il comparatista non può fare a meno di chiedersi quale sia la *ratio* o, se si preferisce, la « philosophy » che sta alla base di essi.

Cominciamo dal sistema più antico, ossia da quello « diffuso », ed omettiamo, in questa sede, ogni indagine — svolta nel precedente capitolo — sulle ragioni storiche di esso.

Orbene, la dottrina che sta alla base del meccanismo del controllo giudiziario « diffuso » di costituzionalità delle leggi, è certamente molto coerente e di estrema semplicità: essa fu precisata, con grande chiarezza, già nella motivazione della famosa sentenza del 1803 redatta da John MARSHALL nel caso *Marbury contro Madison*, ed ancor prima era stata limpi-

Rechts der Gegenwart, 13 (1964), p. 243 ss., specie a pp. 267 s., 280 ss.; v. anche F.R. LACY, *Yugoslavia: Practice and Procedure in a Communist Country*, in *Oregon Law Review*, 43 (1963), pp. 1, 13-14; Stefan ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, in P. BISCARETTI DI RUFFIÀ / S. ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 111 s.; C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, p. III; nonché gli studi di G. FRANCHI, *Note sulla giurisdizione costituzionale jugoslava*, in *Riv. dir. proc.*, XXI (1966), p. 397 ss., e V. VIGORITI, *La giurisdizione costituzionale in Jugoslavia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XX (1966), p. 298 ss. Certo è ancora troppo presto per avere un'idea precisa della importanza pratica della innovazione: il giudizio deve provvisoriamente limitarsi ai testi legislativi (che per la verità sono non poco complessi e talvolta ambigui), in particolare agli artt. 241-251 della Costituzione federale del 7 aprile 1963, e alla « legge sulla Corte costituzionale jugoslava » del dicembre 1963 (l'una e l'altra pubblicate in traduzione francese in INSTITUT DE DROIT COMPARÉ, *Recueils des lois de la RSF de Yougoslavie*, vol. VII, Beograd, 1963, e vol. XIV, Beograd, 1965). Mi limito qui a rilevare che, per certi aspetti, l'istituto jugoslavo parrebbe addirittura più innovativo di quello adottato altrove in Europa, ad esempio là dove proclama il diritto dei giudici dissenzienti dalla maggioranza, di far iscrivere a verbale la loro opinione (art. 68, comma 3°, della legge testé citata). Resta tuttavia imprecisato se il verbale possa poi essere reso di pubblico dominio, o se debba piuttosto considerarsi un atto interno di carattere riservato.

damente formulata da Alexander HAMILTON²¹. Si ragiona, in sostanza, in questo modo:

la funzione di tutti i giudici è quella di interpretare le leggi al fine di applicarle ai casi concreti di volta in volta sottoposti al loro giudizio;

uno dei canoni più ovvî della interpretazione delle leggi, è quello secondo cui, quando due disposizioni legislative siano in contrasto fra di loro, il giudice deve applicare quella prevalente;

trattandosi di disposizioni di pari forza normativa, quella prevalente sarà indicata dagli usuali, tradizionali criteri « *lex posterior derogat legi priori* », « *lex specialis derogat legi generali* », ecc.;

ma evidentemente questi criteri non valgono più — e vale invece, al loro posto, l'ovvio criterio « *lex superior derogat legi inferiori* » — quando il contrasto sia fra disposizioni di diversa forza normativa: la norma costituzionale, quando la Costituzione sia « rigida » anziché « flessibile », prevale sempre sulla norma ordinaria contrastante, allo stesso modo come la legge stessa ordinaria prevale, in Italia così come in Francia, sul regolamento²² ossia, nella terminologia tedesca, le *Gesetze* prevalgono sulle *Verordnungen*²³.

²¹ Cfr. *The Federalist*, vol. II, No. LXXVIII, p. 294, New York, 1788: riportato in Charles L. BLACK, Jr., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, New York, Macmillan, 1960, pp. 158, 229.

²² Cfr. l'art. 5 della l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, e v. ad es. CALAMANDREI, *La illegittimità costituz. delle leggi nel proc. civ.*, cit., p. 8 s. Anche in Francia l'*acte réglementaire illégal* dev'essere disapplicato dai tribunali dietro *exception d'illégalité*; i tribunali ordinari non annullano l'atto con effetto *erga omnes*, ma si limitano a disapplicarlo nel caso concreto. È per ciò che si parla di una mera eccezione, e non di una azione, di illegalità: ciò che non esclude peraltro la possibilità dell'azione di annullamento davanti al *Conseil d'Etat*. Cfr. C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 128 s.

²³ Cfr. E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 144 s.

Ergo, si conclude che qualsiasi giudice, trovandosi a dover decidere un caso nel quale sia « rilevante » una norma legislativa ordinaria contrastante con la norma costituzionale, *deve disapplicare la prima ed applicare, invece, la seconda* ²⁴.

§ 4. La linearità, la coerenza e la semplicità di questo ragionamento sono tali che, a chi non abbia approfondito l'affascinante argomento, può venir fatto di chiedersi per quale mai strana ragione la Costituzione austriaca del 1920-1929 abbia preferito realizzare, al contrario, un sistema di controllo « accentrato » di costituzionalità delle leggi ²⁵; e per quale mai ancor più strana ragione questo stesso sistema sia stato imitato dalle Costituzioni, anche recentissime, dei numerosi Paesi (tutti di « civil law ») dianzi menzionati, ossia Cecoslovacchia e Spagna e poi Italia, Germania, Cipro, Turchia, Jugoslavia.

Ma nonostante l'apparente stranezza, la soluzione adottata dalla Costituzione austriaca del 1920 e poi dalle altre Costituzioni testé ricordate, non era affatto senza buone ragioni, come intendo ora dimostrare.

²⁴ Già A. DE TOCQUEVILLE (*De la Démocratie en Amérique*, I, Bruxelles, Méline, Cans et Co., 1840, ch. VI, p. 174 ss.) osservava che, se la Costituzione è « la première des lois », e non può esser mutata con legge ordinaria, ne deriva la logica conseguenza che i tribunali debbono obbedire alla Costituzione, di preferenza che a tutte le altre leggi: « ceci tient à l'essence même du pouvoir judiciaire. Choisir entre les dispositions légales celles qui l'enchaînent le plus étroitement est, en quelque sorte, le droit naturel du magistrat » (p. 179). La diversa soluzione affermata in Francia, si spiega — secondo il grande scrittore francese — in base alla « raison d'Etat » piuttosto che in base alla « raison ordinaire » (p. 180), la quale ultima si è potuta affermare invece negli Stati Uniti d'America. La conseguenza è che in Francia, diversamente che negli Stati Uniti, la superiorità della Costituzione è più nominale che effettiva: « en refusant aux juges le droit de déclarer les lois inconstitutionnelles, nous donnons indirectement au corps législatif le pouvoir de changer la constitution, puisqu'il ne rencontre plus de barrière légale qui l'arrête » (p. 179).

²⁵ V. sull'argomento da ultimo Erwin MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 445, 486 e *passim*.

Nel metodo di controllo « diffuso » di costituzionalità — nel cosiddetto metodo « americano », insomma —, *tutti gli organi giudiziari*, inferiori o superiori, federali o statuali, hanno come s'è detto il potere e il dovere di disapplicare le leggi incostituzionali nei casi concreti sottoposti al loro giudizio. Proviamo dunque ad immaginare, per ipotesi di lavoro — un'ipotesi che, del resto, è realizzata come già s'è accennato in qualche Paese ossia in Norvegia, Danimarca, Svezia, Svizzera, e fu realizzata per pochi anni anche in Germania e in Italia —, l'introduzione di siffatto metodo « diffuso » di controllo nei sistemi giuridici dell'Europa continentale e, più in generale, nei sistemi cosiddetti di *civil law* ossia di derivazione romanistica, nei quali non esiste il principio, tipico dei sistemi di *common law*, dello « stare decisis ». Orbene, l'introduzione, nei sistemi di *civil law*, del metodo « americano » di controllo, porterebbe alla conseguenza che una medesima legge o disposizione di legge potrebb'essere disapplicata, in quanto ritenuta incostituzionale, da alcuni giudici, mentre potrebb'essere applicata invece, in quanto non ritenuta in contrasto con la Costituzione, da altri. Di più, potrebbe accadere che lo stesso organo giudiziario, che ieri aveva disapplicato una data legge, la applichi invece oggi, avendo mutato opinione sul problema della sua legittimità costituzionale²⁶. Potrebbero addirittura formarsi veri e propri « contrasti di tendenza » fra organi giudiziari di tipo diverso — manifestantisi, ad esempio, in pericolosi contrasti fra gli organi della giustizia ordinaria e quelli della giustizia amministrativa²⁷ — o fra organi giudiziari di

²⁶ Cfr. in argomento anche F. PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, spec. a pp. 881, 886 s.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Constitution, en tant que loi fondamentale, en Europe occidentale*, in BISCARETTI DI RUFFIA / ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale* ecc., cit., p. 72 s.; AZZARITI, *I vari sistemi* ecc., cit., p. 9; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 108.

²⁷ Come opportunamente segnala l'ENGELHARDT, *op. et loc. cit.* (anche sulla base dell'esperienza greca, alla quale potremmo aggiungere l'esperienza italiana degli anni 1948-56), nei Paesi che, diversamente dagli U.S.A., hanno un sistema di giustizia amministrativa facente capo ad or-

diverso grado: ad esempio, una maggiore inclinazione degli organi giudiziari inferiori, composti usualmente di giudici più giovani e quindi meno legati ad un certo passato, ad affermare l'incostituzionalità di leggi che i giudici superiori (e più vecchi) tendono, al contrario, a ritenere valide, come appunto s'è verificato notoriamente in Italia nel periodo 1948-56 e come a quanto leggo continua a verificarsi in maniera impressionante in Giappone²⁸. La conseguenza, estremamente pericolosa, di tutto questo, potrebbe essere una grave situazione di conflitto fra organi e di incertezza del diritto, situazione pernicioso sia per i singoli che per la collettività e lo Stato. Neppure la disapplicazione, anche reiterata, di una legge da parte dell'organo supremo della giustizia, potrebbe impedire il contrario comportamento di qualsiasi altro organo dell'ordinamento giudiziario, né, tanto meno, un ripensamento dell'organo supremo.

Ma non basta. Ulteriori inconvenienti del metodo « diffuso » di controllo, in quanto attuato in ordinamenti giuridici che non accolgono il principio dello *stare decisis*, sono quelli derivanti dalla necessità che, anche dopo una prima disapplicazione o una serie di disapplicazioni di una data legge da parte delle Corti, ogni altro soggetto interessato alla disapplicazione della stessa legge sollevi a sua volta un nuovo caso giudiziario. L'esempio tipico è offerto da un Collega giapponese — il Giappone è, appunto, uno dei Paesi dove l'inconveniente si sta più seriamente manifestando²⁹ —: Tizio instaura un procedimento adducendo l'incostituzionalità di una legge in materia tributaria, e ne ottiene la disapplicazione nel caso concreto; ma — continua il nostro autore —, « according to the individual-effect theory, the law

gani giudiziari differenziati, si aggiunge appunto un grosso pericolo che è evitato invece dal sistema americano: quello di un contrasto fra gli organi della giustizia ordinaria e quelli della giustizia amministrativa, culminante nel contrasto fra i due organi supremi rispettivi.

²⁸ Cfr. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, cit., pp. 336-337; ABE, *Die Entwicklung des japan. Verfassungsrechts*, cit., p. 537.

²⁹ Cfr. HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, cit., p. 424 s.

per se remains in force and binding on taxation offices »; con la conseguenza che, per ottenere la disapplicazione della legge, ossia per ottenere lo stesso trattamento di Tizio, ogni altro soggetto interessato dovrà a sua volta sollevare un nuovo processo³⁰.

Tanto gravi inconvenienti pratici, con serie conseguenze di conflitto e d'incertezza, potrebbero evitarsi o, come è stato fatto in Svizzera, attribuendo all'organo supremo della giustizia ordinaria un potere di decisione che è suscettivo di estendersi anche al di là del caso concreto e di travolgere, con efficacia *erga omnes*, la legge ritenuta incostituzionale³¹ — ma si crea allora un sistema, che sta quanto meno a metà strada fra quello « diffuso » e quello « accentrato » di controllo —; oppure, come avviene in Norvegia, Danimarca e Svezia, convincendo i giudici ad esercitare con estrema prudenza e moderatezza il potere di disapplicazione delle leggi, ciò che presupporrebbe peraltro una serie difficilmente ripetibile di condizioni tanto nell'ordinamento giudiziario, quanto negli organi legislativi e in genere nella

³⁰ Si potrebbe per vero discutere la teoria, che HAYASHIDA riafferma con gran decisione e in maniera ancora più generale a p. 425 (« regarding the executive, even if the cabinet considers a law unconstitutional, it shall hold itself responsible to the Diet for any failure to apply and administer the law as long as it remains in force »), secondo cui la legge incostituzionale è tuttavia vincolante per gli uffici tributari. Ma la discussione non avrebbe molto valore pratico. È invero un dato di fatto che non solo in Giappone, ma anche in Italia e in altri Paesi quella teoria, a mio giudizio infondata, trova ampia accettazione, a dispetto del carattere « rigido » della Costituzione. Cfr. la critica in M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 76 ss., 84 ss.

³¹ È il potere spettante, appunto, al Tribunale federale svizzero. Cfr. F. FLEINER / Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1949, pp. 887-88, 897-98; G.A. CODDING, Jr., *The Federal Government of Switzerland*, Boston, Houghton Mifflin, 1961, pp. 102 s., 106; IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, cit., p. 516; anche W.J. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary (A Comparative Study in Constitutional Law and Organisation of Courts in Federal States)*, The Hague, Mouton, 1959, p. 109; CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, cit., p. 35.

società³². Fatto sta che, mentre nei Paesi scandinavi il controllo « diffuso » di costituzionalità delle leggi ha un'importanza più teorica che pratica — esso ha avuto infatti finora, come riconoscono i costituzionalisti di quei Paesi, un ruolo quanto mai modesto³³ —, negli altri Paesi di *civil law*, forse con la sola eccezione della Svizzera — un'eccezione che, come s'è visto e ancor meglio si vedrà (*infra*, § 7), trova comunque specialissimi limiti e spiegazioni —, quel tipo di controllo è risultato in un palese insuccesso³⁴.

§ 5. Tale insuccesso, e le sopra lamentate gravi conseguenze di conflitto e d'incertezza, sono stati evitati negli Stati Uniti d'America, come pure negli altri Paesi di *common law* nei quali vige il sistema del controllo giudiziario « diffuso » di costituzio-

³² Cfr. CAPPELLETTI / ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1217.

³³ Cfr. CASTBERG, *Die Zuständigkeit*, cit., p. 10; ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, cit., pp. 417, 420; Torstein ECKHOFF, *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, in *Scandinavian Studies in Law*, 9 (1965), p. 28; James A. STORING, *Norwegian Democracy*, London, Allen & Unwin, 1963, p. 156; cfr. pure *Danish and Norwegian Law. A General Survey* edited by the Danish Committee on Comparative Law, Copenhagen, Gad, 1963, p. 13; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 104.

³⁴ Su tale insuccesso cfr. ancora *infra*, § 7. Per ciò che concerne la Svizzera, può qui aggiungersi l'osservazione che, seppure non sarebbe appropriato parlare di un insuccesso del sistema di *judicial review* ivi adottato, può tuttavia per lo meno condividersi la tesi di uno scrittore svizzero secondo cui, diversamente che negli U.S.A., in Svizzera la dottrina del controllo giudiziario delle leggi non è mai divenuta « ein führendes verfassungsrechtliches Prinzip ». Cfr. GROSSMANN, *Die staats- und rechts-ideologischen Grundlagen* ecc., cit., p. VIII. In effetti, il successo del sistema svizzero è dovuto, assai più che al potere di controllo « diffuso » di cui s'è parlato sopra, testo e nota 9, all'istituto della *staatsrechtliche Beschwerde* che comporta però, come pure s'è accennato (*supra*, nota 9), un ricorso sul quale il solo Tribunale federale è competente a giudicare. Sotto questo e più importante profilo il diritto svizzero ci presenta dunque piuttosto un sistema di controllo « accentrato » che un sistema « diffuso ». Cfr. ancora GROSSMANN, *op. ult. cit.*, p. 3 s.; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 6 s., 14.

nalità. Ivi vale infatti, e sia pure con molte attenuazioni delle quali però non è qui necessario parlare perché esse non inficiano la sostanziale validità delle nostre presenti considerazioni, il fondamentale principio dello *stare decisis*, in forza del quale « a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction »³⁵. Il risultato finale del principio del vincolo ai precedenti è che, seppure anche nelle Corti (statali e federali) nordamericane possono sorgere divergenze quanto alla costituzionalità di una determinata legge, attraverso il sistema delle impugnazioni la questione di costituzionalità potrà finire però per essere decisa dagli organi giudiziari superiori e, in particolare, dalla *Supreme Court*, la cui decisione sarà, da quel momento in poi, vincolante per tutti gli organi giudiziari. In altre parole, il principio dello *stare decisis* opera in guisa siffatta, che il giudizio di incostituzionalità della legge finisce, indirettamente, per assumere una vera e propria efficacia *erga omnes*, e non si limita quindi a portare con sé il puro e semplice effetto della *disapplicazione* della legge ad un singolo caso concreto con possibilità, però, che in altri casi la legge sia invece di nuovo applicata³⁶. Una volta disapplicata

³⁵ Cfr. CAPPELLETTI / ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1215. Nel Messico, si cerca di avvicinarsi ad analoghi risultati, ossia di evitare le gravi conseguenze indicate nel testo, sia in forza di un limitato vincolo ai precedenti (la « giurisprudencia ») della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (cfr. M. CAPPELLETTI, voce *Amparo*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 330), sia in forza del nuovo e ingegnoso — ma, a quanto mi si dice, finora poco o punto applicato — istituto della « *suplencia de la queja deficiente* » in materia di leggi dichiarate incostituzionali dalla « *jurisprudencia* » della *Suprema Corte*. Cfr., per tutti, FIX ZAMUDIO, *Juicio de Amparo*, cit., pp. 403 s., 406-408, e v. *infra*, cap. V, testo e nota 11.

³⁶ È interessante notare che tale fondamentale conseguenza, una vera e propria trasformazione in pronuncia con efficacia *erga omnes* di quella che di per sé sarebbe una pura e semplice *cognitio incidentalis* di incostituzionalità con efficacia limitata al caso concreto, è il risultato di quella regola dello *stare decisis*, la quale non soltanto è, in generale, meno rigorosamente osservata in America che in Inghilterra, ma è, per di più, negli Stati Uniti stessi meno rigorosamente osservata in materie costituzionali

dalla *Supreme Court* per incostituzionalità, una legge americana, pur rimanendo « on the books », è divenuta « a dead law », una legge morta³⁷, anche se sembra che non siano mancati taluni casi, peraltro eccezionalissimi, di reviviscenza di una tale legge a causa di un « mutamento di rotta » di quella Corte³⁸.

Si vede, in tal modo, come quel semplice e piano ragionamento, che come ho detto era stato già limpidamente formulato da HAMILTON nel *Federalista* e che poi fu alla base della sentenza del 1803 nel caso Marbury contro Madison, sia venuto in realtà ad operare su un piano enormemente più vasto e impegnativo di quello, che a prima vista si poteva immaginare. Invero quel ragionamento tendeva, apparentemente, a risolvere il problema della incostituzionalità delle leggi in chiave di pura e semplice interpretazione delle leggi stesse: poiché — si diceva — la legge costituzionale è « più forte » della legge ordi-

che in altre materie, in conseguenza del carattere più dinamico e della disciplina più lacunosa e generica di tali materie, che implicano una interpretazione più accentuatamente evolutiva. Emerge da ciò, mi sembra, l'insufficiente fondamento di certi tentativi, vecchi e recenti, di negare, o di attenuare eccessivamente, la importanza della regola stessa come uno degli elementi differenziatori dei sistemi cosiddetti anglosassoni rispetto a quelli continentali (vedi ad es. già Marc ANCEL, *Réflexions sur l'étude comparative des Cours suprêmes et le « Recours en Cassation »*, in *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, I, 1934, p. 301). La verità è che quando si afferma, come da molti autori si fa (cfr. ad es. da ultimo WOLF, *Verfassungsgerichtsbarkeit u. Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten*, cit., p. 215), che « nel campo della giustizia costituzionale, il principio dello *stare decisis* è stato praticamente soppresso », si dice soltanto una mezza verità, poiché si allude non tanto ad una mancanza di efficacia generale della interpretazione della Costituzione ad opera delle decisioni della *Supreme Court* — efficacia che si manifesta innegabilmente nei confronti delle altre Corti e in genere degli altri organi pubblici —, quanto alla possibilità che la *Supreme Court* medesima muti successivamente la propria giurisprudenza.

³⁷ CAPPELLETTI / ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1215.

³⁸ Assai più frequente, invece, è stato il caso inverso, ossia il caso di sentenze che, in un primo tempo, avevano affermato la legittimità costituzionale di una disposizione normativa successivamente ritenuta invece incostituzionale.

naria, il giudice, dovendo decidere un caso nel quale sarebbe rilevante una legge, ch'egli ritiene contraria alla norma costituzionale, deve « interpretare il diritto » nel senso di dare la prevalenza alla norma costituzionale, e non a quella incostituzionale. Quindi: non *invasione* del giudice nella sfera del potere legislativo, ma bensì pura e semplice *disapplicazione* della legge in quel dato caso concreto³⁹. Ma ecco invece che, attraverso lo strumento dello *stare decisis*, quella « mera disapplicazione » limitata al caso concreto e non vincolante per gli altri giudici e per gli altri casi, finisce al contrario per ingigantire i propri effetti diventando, in sostanza, una vera e propria *eliminazione*, finale e definitiva, valida per sempre e per ogni altro caso, della legge incostituzionale: finisce, insomma, per diventare un vero e proprio *annullamento della legge*, per di più con effetto in linea di massima retroattivo⁴⁰.

§ 6. Se volevano arrivare a questo o a simile risultato, i Paesi dell'Europa continentale e, in genere, i Paesi alla cui tradizione giuridica è estraneo il principio dello *stare decisis*, dovevano ovviamente operare con strumenti giuridici ben diversi da quelli, adottati nel sistema statunitense e in altri sistemi di *common law*⁴¹. Si rendeva insomma in quei Paesi necessario,

³⁹ Cfr. infatti Carlo ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), ristampa, Milano, Giuffrè, 1964, specie a p. 21 ss.

⁴⁰ Rinvio a questo proposito, anche per le necessarie precisazioni, al quinto capitolo di questo volume.

⁴¹ Che la regola dello *stare decisis* sia aliena allo spirito dei sistemi giuridici di base romanistica, si può dire pur senza disconoscere l'importanza capitale che anche in questi sistemi può assumere, e spesso assume, la giurisprudenza come fonte non formale del diritto (cosiddetta *auctoritas rerum similiter judicatarum*). Va anche riconosciuto del resto che non sono mancati, né mancano, sistemi di *civil law* che hanno adottato, sia pure entro certi limiti e sostanzialmente con carattere del tutto eccezionale (e senza un successo pratico degno di nota), l'idea del vincolo ai precedenti. Cfr. infatti, sui *Parlements* prerivoluzionari francesi i quali non soltanto (come è dimostrato sopra, nel cap. II, § 3), avevano introdotto in Francia una sorta di controllo giudiziario delle leggi, ma avevano formulato altresì una dottrina della forza vincolante dei precedenti, dottrina soppressa però

o quantomeno opportuno, trovare un adeguato sostituto della *Supreme Court* nordamericana, trovare cioè un organo giudiziario al quale poter affidare il compito di decidere sulle questioni di costituzionalità delle leggi, *con efficacia erga omnes* e perciò in modo tale, da evitare quel pericolo di conflitti e di caotica incertezza del diritto, del quale si è dianzi parlato.

Posti di fronte a questa esigenza, i « padri » della Costituzione austriaca hanno ritenuto di dover creare un organo giudiziario apposito, un *Verfassungsgerichtshof* ossia una speciale Corte costituzionale⁴²; e la stessa soluzione è stata scelta, contemporaneamente, in Cecoslovacchia⁴³ e successivamente in Spagna⁴⁴, in Italia⁴⁵, in Germania⁴⁶ e finalmente nei tre Paesi, sopra menzionati, che da ultimo hanno pure adottato il sistema « accentrato » di controllo di costituzionalità⁴⁷.

Questa soluzione ha dunque dato luogo a quello, che è stato chiamato il controllo « accentrato » di costituzionalità delle

anch'essa dalla Rivoluzione, R. DAVID / H.P. DE VRIES, *The French Legal System*, New York, Oceana, 1958, p. 113. Per altri esempi meno remoti (Ungheria) o tuttora validi (Spagna) di sistemi giuridici nei quali i precedenti giudiziari sono o furono (almeno in parte) vincolanti, cfr. I. ZAJTAY, *Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 165 (1965), pp. 97, 103 testo e note 30, 31; R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*², Paris, Dalloz, 1966, p. 138 con riferimenti. Vedi anche *supra*, nota 35.

⁴² Artt. 137-148 del *Bundesverfassungsgesetz* austriaco.

⁴³ Art. 102 della Costituzione cecoslovacca del 1920. Cfr. DEENER, *Judicial Review*, cit., p. 1086.

⁴⁴ Vedi *supra*, nota 15 e testo corrispondente.

⁴⁵ Artt. 134-137 della Costituzione del 1948, concernenti la Corte costituzionale.

⁴⁶ Artt. 92-94, 98-100 e 126 della Costituzione di Bonn, relativi al *Bundesverfassungsgericht*.

⁴⁷ *Supra*, § 2, testo e note 18, 19 e 20. Non mancano per vero, nei sistemi adottati da questi Paesi, talune anomalie, come ad esempio quella che si rileva nel confronto fra l'art. 144, comma 3°, e l'art. 148 della Costituzione della Repubblica di Cipro: cfr. in argomento BLÜMEL, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Zypern*, cit., pp. 681 ss., 736 s.; v. anche R. BERNHARDT, *Vergleichende Sachberichte: Normenkontrolle*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 736 s. testo e note 109-110.

leggi: accentrato, appunto, in un unico organo giudiziario, ideato e creato appositamente per questa funzione di controllo normativo (« Normenkontrolle ») ossia di « richterliche Prüfung von Gesetzen » o « judicial review », oltreché per talune altre funzioni di garanzia costituzionale, che a noi non interessano in questa sede (ad esempio, composizione di conflitti fra certi organi dello Stato, decisione sulle accuse contro certi alti funzionari, esame della costituzionalità dei partiti politici, ecc.).

Il sistema di controllo « accentrato » di costituzionalità, è basato su una dottrina radicalmente contrapposta a quella, sopra esaminata (v. il § 3), sulla quale è fondato invece il sistema « diffuso ». È ovvio, infatti, che nel sistema « accentrato » non vale più il classico ragionamento di HAMILTON e di MARSHALL, il quale risolveva — almeno apparentemente (*supra*, § 5) — il problema della legge incostituzionale e del suo controllo giudiziario in chiave di mera interpretazione e di conseguente applicazione o disapplicazione della legge. Al posto di quel ragionamento, vale qui piuttosto la dottrina della supremazia della legge e/o della netta separazione dei poteri, con l'esclusione di un potere di controllo della legge da parte dei giudici comuni. Invero, nel sistema di controllo « accentrato » la incostituzionalità, e conseguente invalidità e quindi inapplicabilità, della legge, non può essere accertata e dichiarata da qualunque giudice, come mera manifestazione del suo potere e dovere di interpretazione e applicazione del diritto « valido » nei casi concreti sottoposti alla sua competenza giurisdizionale. Al contrario, i giudici comuni — civili, penali, amministrativi — sono incompetenti a conoscere, anche *incidenter tantum* e quindi con efficacia limitata al caso concreto, della validità delle leggi⁴⁸. Essi debbono sempre, se così posso esprimermi, prender per

⁴⁸ Cfr. fra tanti MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, cit., pp. 445, 459-460; FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 136-137.

buone le leggi esistenti, salvo semmai — come avviene in Italia e in Germania, ma non però anche in Austria ⁴⁹ — il loro potere di sospendere il processo innanzi ad essi pendente, al fine di sollevare davanti al Tribunale speciale costituzionale la questione di costituzionalità sorta in occasione di tale processo. Di guisa che non del tutto ingiustificatamente — anche se, a nostro avviso, non correttamente — qualche studioso ⁵⁰ crede di poter parlare, a questo proposito, di una vera e propria *presunzione di validità delle leggi* ⁵¹ operante per tutti i giudici con la sola eccezione della Corte costituzionale: una presunzione che, ovviamente, non può assolutamente configurarsi invece nei sistemi che hanno adottato il metodo del controllo « diffuso » di costituzionalità.

§ 7. Esamineremo nel capitolo successivo quale sia il meccanismo per portare alle varie Corti speciali costituzionali le questioni di incostituzionalità delle leggi, e quale sia pertanto, nei sistemi di controllo « accentrato », il solo modo possibile di togliere di mezzo per i giudici comuni quella cosiddetta « presunzione di validità ». Ma in questo momento è un altro il problema che sembra opportuno esaminare.

S'è visto che, seppure il metodo americano è quello di un controllo « diffuso » spettante a tutti i giudici, inferiori e superiori, statuali e federali, è anche vero però che, praticamente, l'ultima parola attraverso il sistema delle impugnazioni finisce per spettare alle Corti superiori e, in definitiva, alla *Supreme Court* federale (almeno per ciò che concerne la conformità con

⁴⁹ Rinvio, a questo proposito, al IV capitolo di questo volume, §§ 2-4.

⁵⁰ Veggasi ad es. un cenno in tal senso ancora in C. CERETI, *Funzione legislativa e controllo di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VIII (1958), p. 57.

⁵¹ Riferimenti e critica alla teoria della presunzione di validità delle leggi, che si usa far risalire al LABAND, posson vedersi in ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 34 ss.; DIETZE, *Judicial Review in Europe*, cit., p. 554; CAPPELETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., p. 84 ss.

la Costituzione federale), le cui decisioni, in forza della regola dello *stare decisis*, sono poi vincolanti per tutti gli altri giudici e non soltanto nel caso concreto in cui la questione sia sorta.

Ma è un dato di fatto che la *Supreme Court* americana — come pure, ad esempio, la Suprema Corte giapponese, creata, parzialmente su modello americano, dalla Costituzione del 1947⁵² — non è l'esatto equivalente del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, o della Corte costituzionale italiana, o del *Bundesverfassungsgericht* germanico. Voglio dire cioè che la Corte Suprema americana, e parimenti gli organi giudiziari supremi degli altri sistemi « diffusi » di *judicial review*, non sono affatto organi giudiziari aventi funzioni esclusivamente costituzionali, e giudicanti in seguito ad un procedimento speciale *ad hoc*, come sono invece gli organi giudiziari europei testé menzionati. Al contrario, la *Supreme Court* altro non è che il più alto fra gli *ordinari* organi giudiziari federali americani, e ad essa, come va sottolineato⁵³, si arriva non mediante speciali procedimenti, bensì attraverso l'*iter* delle normali impugnazioni e ricorsi. Essa, insomma, corrisponde semmai *grosso modo* alla Corte Suprema di cassazione italiana, all'*Oberster Gerichtshof* austriaco o al *Bundesgerichtshof* germanico, piuttosto che alle Corti costituzionali dei Paesi europei. Un costituzionalista nordamericano non a torto ha sottolineato che è un tradizionale errore quello di andare alla ricerca di uno o più speciali procedimenti, come, ad esempio, il *writ of habeas corpus* oppure il *writ of error* o il *writ of certiorari*, sui quali basare la *judicial review of legislation* del sistema nordamericano⁵⁴: al contrario, la « regola fondamentale » di quel sistema è che non esiste alcun tipo speciale di procedimento — così come non esiste un

⁵² Cfr. John M. MAKI, *Court and Constitution in Japan. Selected Supreme Court Decisions 1948-60*, Seattle, University of Washington Press, 1964, p. XV e *passim*; HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, cit., p. 421 ss.

⁵³ Per uno sviluppo di questo punto si rinvia al IV capitolo, § 1.

⁵⁴ GRANT, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., p. 34.

organo speciale competente — per le questioni costituzionali, le quali « se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven »⁵⁵.

Si pone dunque, a questo punto, un interessante quesito: perché mai la Costituzione austriaca del 1920-29, e sulle orme di questa le successive Costituzioni italiana, germanica, e di altri Paesi (Cipro, Turchia, Jugoslavia), hanno preferito la gravosa, incerta e costosa soluzione di creare organi giudiziari *del tutto nuovi*, le « Corti costituzionali »? Perché, insomma, esse non hanno preferito scegliere la strada più semplice di attribuire — sia pure in maniera « accentrata », e comunque con efficacia *erga omnes* allo scopo di evitare gli inconvenienti segnalati sopra, *sub* § 4 — il compito di controllo di costituzionalità delle leggi a qualcuno degli organi giudiziari già esistenti, ad esempio alla Corte di cassazione in Italia, all'*Oberster Gerichtshof* in Austria, al *Bundesgerichtshof* (il vecchio *Reichsgericht*) in Germania⁵⁶? L'esempio svizzero del Tribunale fe-

⁵⁵ GRANT, *op. et loc. ult. cit.* Va comunque osservato che se è formalmente esatto che la *Supreme Court* è un organo di giurisdizione ordinaria, non può tuttavia dimenticarsi che in pratica essa sta assumendo nell'ordinamento americano una posizione non molto diversa da quella che i tribunali costituzionali europei già ricordati assumono nei loro ordinamenti. Esiste infatti la tendenza a limitare l'attività della *Supreme Court* alla sola decisione delle più importanti questioni di costituzionalità ed alla composizione dei conflitti fra la Federazione e gli Stati membri. Su questa evoluzione v., per tutti, P.A. FREUND, *The Supreme Court of the United States. Its Business, Purposes and Performance*, Cleveland and New York, The World Publ. Co., 1961, p. 183; W.H. TAFT, *The Jurisdiction of the Supreme Court Under the Act of February 13, 1925*, in *Yale Law Journal*, XXXV (1925), pp. 2-3; Edward MCWHINNEY, *Federal Constitutional Courts and their Judges, as Instruments of a Democratic Polity*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, cit., p. 516.

⁵⁶ E come mai, si potrebbe anche aggiungere, una preferenza per la scelta fatta nei menzionati Paesi europei, viene suggerita *de jure condendo* perfino in Giappone, da taluno dei non pochi critici del metodo (« americano ») di *judicial review* ivi adottato a partire dal 1947? Cfr. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, cit., p. 336; v. anche HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, cit., p. 426 in nota.

derale, come già s'è accennato (*supra*, § 4), avrebbe potuto rappresentare, almeno in parte, un utile precedente in tal senso⁵⁷. Ciascuno dei tre menzionati organi giudiziari europei ha, al pari del Tribunale federale svizzero, una (più o meno) gloriosa tradizione nel suo rispettivo Paese⁵⁸, ed è specializzato nella soluzione delle più ardue questioni di diritto: onde si potrebbe facilmente essere indotti a pensare che ciascuno di essi sarebbe stato adatto ad esercitare la nuova, ardua e importante funzione di controllo delle leggi, assai meglio che un organo giudiziario del tutto privo di tradizioni e privo quindi di una secolare esperienza ed autorità.

Ma, anche qui, a me non pare che la soluzione adottata dalla Costituzione austriaca, e poi dalle altre Costituzioni europee che hanno battuto la stessa strada, sia stata priva di assai ragionevoli giustificazioni. Anche se si fossero potuti evitare gli inconvenienti indicati al § 4, con l'attribuzione alle ordinarie Corti supreme europee del potere di *judicial review* sarebbero tuttavia rimasti altri e assai gravi inconvenienti, che soltanto con la creazione di nuovi e speciali organi di giustizia costituzionale si sono invece potuti evitare.

Tali inconvenienti si ricollegano alla struttura dell'ordina-

⁵⁷ Anche il sistema introdotto dall'art. 34 della Costituzione irlandese del 1° luglio 1937 avrebbe potuto costituire un precedente interessante. Cfr. la traduzione italiana di quella Costituzione in B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le Costituzioni europee*, Milano, Edizioni di Comunità, 1954, p. 396 ss. Ugualmente dicasi per taluni Paesi dell'America Latina, ad es. per l'Uruguay, in cui il controllo di costituzionalità delle leggi è concentrato esclusivamente nella Corte suprema della giustizia ordinaria (le cui pronunce, però, non hanno efficacia *erga omnes*, bensì limitata al caso concreto, ciò che fortemente pregiudica l'effettività di quel sistema), dovendo tutti gli altri giudici sospendere un processo nel quale sorga una questione di costituzionalità. Cfr. VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, cit., pp. 36 s., 47 s., 61 ss. e *passim*. Per il sistema canadese, v. sopra, nota 7.

⁵⁸ Cfr. il vol. pubblicato a cura di Julius MAGNUS, *Die Höchsten Gerichte der Welt*, Leipzig, Moeser, 1929, a p. 3 ss. sul *Reichsgericht* germanico, p. 238 ss. sulla Corte di cassazione italiana, e p. 302 ss. sull'*Oberster Gerichtshof* austriaco.

mento giudiziario, che, nei sistemi dell'Europa continentale, è usualmente costituito da giudici di carriera, i quali entrano giovani in magistratura e solo in età avanzata, e in gran parte sulla base della loro dimostrata abilità nell'interpretare le leggi con rigore logico e precisione, arrivano a funzioni collegate con l'attività delle Corti supreme. Fatto sta che le norme delle Costituzioni moderne sono qualcosa di profondamente diverso dalle usuali norme di legge, che i giudici delle Corti supreme europee, arrivati ormai al culmine o al termine della loro lunga carriera in magistratura, sono stati per decenni abituati ad interpretare, ad osservare e a far osservare, con una tecnica ermeneutica rifuggente da quel tipo di « policy-making decisions », che sono inevitabilmente implicate invece in un'attività di controllo della validità sostanziale delle leggi e di attuazione della norma costituzionale. Le Costituzioni moderne non si limitano invero a *dire staticamente ciò che è il diritto*, a « dare un ordine » ad una situazione sociale consolidata; ma, diversamente dalle leggi usuali, stabiliscono e impongono soprattutto *direttive e programmi dinamici di azione futura*. Esse contengono l'indicazione di quelli, che sono i supremi valori, le *rationes*, i *Gründe* dell'attività futura dello Stato e della società: consistono insomma, in molti casi, come incisivamente usava dire Piero CALAMANDREI, soprattutto in *una polemica contro il passato* e in *un programma di riforme verso il futuro*. Ne discende che l'attività d'interpretazione e di attuazione della norma costituzionale, non è affatto un'attività alla quale possa sempre ritenersi preparato soprattutto il giudice « di carriera », maturato nelle chiuse aule dei tribunali dove, delle tumultuose vicende e delle prorompenti esigenze della società, non entrano, spesso, se non gli echi attenuati. L'attività d'interpretazione e di attuazione della norma costituzionale, per la natura stessa di questa norma è spesso un'attività necessariamente ed accentuatamente discrezionale e, *lato sensu*, equitativa⁵⁹. Essa è in-

⁵⁹ Cfr. M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico: Natura tendenzialmente discrezionale*

somma un'attività più prossima, a volte — per la vastità delle sue ripercussioni e per il coraggio e la responsabilità delle scelte da essa necessariamente implicate —, all'attività del legislatore e dell'uomo di governo, che a quella dei giudici comuni: talché può ben comprendersi come KELSEN in Austria, CALAMANDREI in Italia ed altri non pochi studiosi, abbiano ritenuto, sia pure a torto secondo me⁶⁰, di dover parlare qui di un'attività di natura legislativa (« Gesetzgebung », o per lo meno « negative Gesetzgebung ») piuttosto che di un'attività di natura propriamente giurisdizionale.

Queste considerazioni sono state ampiamente comprovate dalla esperienza pratica. S'è già detto che tanto in Germania all'epoca della Costituzione di Weimar⁶¹, quanto in Italia negli anni 1948-1956⁶², si è avuta la temporanea esperienza di un sistema di controllo giudiziario « diffuso » di costituzionalità delle leggi, controllo che, spettando a tutti i giudici comuni,

del provvedimento di attuazione della norma costituzionale, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, Padova, Cedam, 1958, pp. 83-164; possono vedersi anche Otto KIRCHHEIMER, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 93 ss., specie a p. 97 ss.; K. ZWIGERT, *Zum richterlichen Charisma in einer ethisierten Rechtsordnung*, in *Festgabe für Carlo Schmid*, Tübingen, Mohr, 1962, pp. 299, 303-305. In generale sulla problematica toccata nel testo cfr. pure Fred V. CAHILL, Jr., *Judicial Legislation*, New York, Ronald Press, 1952, specie a p. 46 ss.; Otto BACHOF, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, in *Summum ius summa iniuria* (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen), Tübingen, Mohr, 1963, p. 41 ss.; Gerd ROELLECKE, *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg, Verlagsgesellschaft « Recht und Wirtschaft », 1961. Cfr. anche ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 24: « Non si nasconde che in alcuni casi la vaghezza del limite imposto al legislatore trasformi in *discrezionale e politico* il giudizio sul suo rispetto ».

⁶⁰ Cfr., anche per i riferimenti, M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Riv. dir. proc.*, XV (1960), p. 376 ss., specie a p. 384 ss. (e in traduzione portoghese in *Revista de Direito Processual Civil* [São Paulo, Brasile], 2 [1961], p. 37 ss., specie a p. 44 ss.).

⁶¹ *Supra*, § 2, testo e nota 12.

⁶² *Supra*, § 2, testo e nota 13.

finiva ovviamente per essere esercitato, in ultima istanza, rispettivamente dal *Reichsgericht* e dalla Corte di cassazione ossia dai tribunali supremi ordinari dell'ordinamento giudiziario dei due Paesi. Ebbene, sembra anzitutto certo che il sistema non ha dato luogo a buoni risultati in Germania⁶³. E quanto poi all'Italia, tutti coloro che hanno vissuto l'esperienza di quegli otto anni, nei quali la Corte di cassazione, spesso assecondata dal Consiglio di Stato, ha usato la sua abilità ermeneutica assai più nel senso della inattuazione che della attuazione della norma costituzionale⁶⁴, non potranno disconoscere che la Corte di cassazione, e vorrei dire *soprattutto* la Corte di cassazione, ha dato pessima prova della sua idoneità quale giudice in materia di controllo di legittimità costituzionale. Sicché sembra veramente che la storia secolare di quell'organo giudiziario, anziché essergli stata di giovamento, in questa materia gli sia stata, piuttosto, di remora e di peso⁶⁵.

⁶³ Si veggano Hubert SCHORN, *Der Richter im dritten Reich*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1959, p. 23; SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, cit., pp. 4-6, 22-28, 38; cfr. DIETZE, *Judicial Review in Europe*, cit., pp. 545-547; anche CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., p. 118 ss.

⁶⁴ Cfr. l'ampia e appassionata dimostrazione di P. CALAMANDREI, *Come si fa a disfare una Costituzione*, Bari, Laterza, 1955 (dal volume collettaneo *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Bari, Laterza, 1955, pp. 209-316).

⁶⁵ Sia qui detto per inciso che non sembra da supporre che la *Cour de cassation* francese sarebbe in grado di manifestare una sensibilità maggiore di quella della Corte italiana ai problemi di costituzionalità delle leggi. In effetti, in qualche occasione non soltanto la dottrina — tra cui nomi rimarchevoli quali HAURIUO, DUGUIT, JÈZE: v. *supra*, cap. I, testo e note 10 e 11 —, ma anche talune corti inferiori tentarono di prospettare l'idea di un potere di controllo giudiziario « diffuso » della costituzionalità delle leggi in Francia: ma, come ora rilevano due costituzionalisti francesi, « la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat se refusent inébranlablement à examiner le moyen d'inconstitutionnalité d'une disposition législative, que des plaideurs invoquent parfois à l'appui de leur cause ». Cfr. Charles EISENMANN / Léo HAMON, *La Juridiction Constitutionnelle en Droit Français (1875-1961)*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 240. (Di « une certaine insensibilité du Conseil d'Etat aux innovations constitutionnelles » parla ora anche Georges VEDEL,

Né queste conferme pratiche delle sopraesposte considerazioni, trovano alcuna eccezione in altri Paesi. Non nei Paesi scandinavi, dove, a prescindere da altre considerazioni, il modesto ruolo svolto dalle Corti supreme, e dai giudici in generale, in tema di controllo delle leggi, è generalmente riconosciuto⁶⁶. Non in Giappone, dove sembra che, almeno nei primi tre lustri dall'entrata in vigore della Costituzione, in nessun caso la Corte suprema di quel Paese abbia avuto il coraggio di dichiarare la incostituzionalità di una legge, e che questo fatto debba attribuirsi anche alla mentalità dei giudici di carriera di quella Corte⁶⁷. E non, infine, in Svizzera, dove il successo

Préface a: Francine BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1966, p. IV). Analoga constatazione possiamo fare in Belgio, cfr. Pierre WIGNY, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1952, I, §§ 103-104, p. 191 ss., e II, § 604, p. 781.

⁶⁶ *Supra*, § 4 testo e nota 33.

⁶⁷ Cfr. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, cit., p. 336; MAKI, *Court and Constitution in Japan*, cit., pp. XXX, XLIII; vedi però Masami ITO, *The Rule of Law: Constitutional Development*, in *Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society*, edited by A.T. VON MEHREN, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963, pp. 205, 238 testo e nota, e NATHANSON, *Constitutional Adjudication in Japan*, cit., pp. 202, 216, che ricordano invece uno o due casi; vedi anche Theodore McNELLY, *Contemporary Government of Japan*, London, Allen & Unwin, 1963, p. 168, il quale precisa che « the Supreme Court [of Japan], with the exception of certain laws passed to implement Occupation directives, has never held any law, order, regulation, or official act unconstitutional ». Né sembra che la situazione sia migliorata negli ultimi anni, se in uno scritto del 1966 un Collega giapponese scrive che « bisher wurden nur ein Gesetz, eine Verordnung und zwei Urteile der unteren Gerichte durch den Obersten Gerichtshof als verfassungswidrig erklärt »; cfr. ABE, *Die Entwicklung des japan. Verfassungsrechts*, cit., p. 537. Cfr. pure DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*², cit., p. 549, dove si legge che in Giappone « le contrôle de la constitutionnalité est exercé avec beaucoup de prudence, sinon de réticence, par le tribunal suprême; celui-ci, dans les quinze années de son existence, n'a annulé aucune loi, et a annulé un seul décret ». Cfr. infine anche quanto scrive A.T. VON MEHREN (nel vol. *Law in Japan*, cit., p. 424) a proposito dei giudici della Suprema Corte giapponese: « The Court is composed of fifteen justices, of whom five are (...) to be career judges and five lawyers. Both the conception of the law held by this group and its conditioning experiences lead the lawyers and career

pratico della attività di *judicial review* esercitata dal *Tribunal fédéral* ci porta piuttosto una conferma che una smentita, solo che si pensi che quella Corte si compone di ventisei giudici i quali *non sono giudici di carriera*, ma bensì eletti dall'Assemblea federale⁶⁸.

Alla luce di un'esperienza di quasi due secoli, sembra per contro corretta l'opinione che i giudici della *Supreme Court* americana si sono dimostrati, per lo più — e salvo alcuni critici periodi della storia di quella Corte —, all'altezza del gravoso compito: e non è chi non sappia come molti fra i nomi più illustri della storia nordamericana, siano stati, appunto, nomi di giudici di quella Corte. Ma ciò va ricollegato certamente a molteplici circostanze, tra le quali val la pena di sottolineare il fatto che il compito di « *judicial review of legislation* », è sorto con il sorgere stesso della *Supreme Court*, onde questa si è, in un certo senso, dovuta necessariamente alzare al livello di quella altissima funzione, alla quale, senza il coraggio dei suoi primi giudici, essa avrebbe, inizialmente, anche potuto rinunciare. C'è inoltre anche il fatto che i giudici di quella Corte — come, del resto, anche quelli delle altre *Federal Courts* americane — non sono, come sono invece usualmente i giudici delle corti ordinarie europee, magistrati « di carriera », ma sono nominati *ad hoc* dal Presidente degli Stati Uniti « *by and with the advice and consent of the Senate* » (art. II, sezione 2^a della Costituzione U.S.A.), onde nel modo stesso della loro scelta può age-

judges to be hesitant to declare legislation unconstitutional or to interfere with governmental process on constitutional grounds»; e a p. 422 il VON MEHREN esprime la preoccupazione che la Corte Suprema giapponese interpreti « *too broadly* » il concetto di « *nonjusticiable 'political question'* », a detrimento dei diritti fondamentali dell'uomo.

Si deve tuttavia prendere atto di una probabile tendenza ad una evoluzione della Corte Suprema giapponese in materia di controllo di costituzionalità, tendenza che sembra manifestarsi, per ora, attraverso le frequenti opinioni dissenzienti di giudici di quella Corte.

⁶⁸ L'elezione è per un termine di sei anni; ma essi sono usualmente rieletti. Cfr. CODDING, *The Federal Government of Switzerland*, cit., p. 103.

volmente riflettersi la esigenza di tener presente il carattere particolare delle loro funzioni.

Ritengo di avere spiegato, così, alcune (e, secondo me, le principali) ragioni, per le quali le moderne Costituzioni europee, e in particolare quella austriaca, quella italiana e quella tedesca, hanno preferito di non servirsi, per il nuovo e fondamentale compito del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, degli organi giudiziari già esistenti e dei membri « di carriera » della magistratura; ed hanno preferito creare invece, nonostante tutti i gravosi problemi di coordinamento da ciò derivanti⁶⁹, speciali organi giudiziari del tutto nuovi, dotati bensì, come gli altri organi giudiziari, di piena indipendenza e autonomia, ma composti però, analogamente alla *Supreme Court* americana⁷⁰, di giudici (o, per lo meno, di una maggioranza di giudici) *non di carriera*, nominati *ad hoc* su scelta compiuta dai supremi organi legislativi o esecutivi dello Stato⁷¹.

⁶⁹ Sui problemi di coordinamento dell'attività della Corte costituzionale italiana con quella degli altri organi giudiziari, cfr. il fondamentale studio di P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, XI (1956), parte I, p. 7 ss.; ora anche F. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, *ibid.*, XXII (1967), p. 238 ss. Ma, ovviamente, la creazione di un organo giudiziario di carattere costituzionale e « sovrano », non poteva non implicare anche ulteriori problemi di coordinamento con gli altri poteri e organi dello Stato. Cfr., in luogo di tanti, P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Scritti di diritto costituzionale* di P. BARILE, Padova, Cedam, 1967, p. 226 ss.; *Id.*, *Legami fra la Corte costituzionale e le funzioni esecutive e legislative e influenza di queste su quella*, *ibid.*, p. 444 ss.

⁷⁰ Lo stesso può dirsi della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* messicana. Cfr. l'art. 94 ss. della Costituzione messicana.

⁷¹ Cfr. la Costituzione austriaca, art. 147; la Costituzione italiana, art. 135; la Costituzione di Bonn, art. 94. In sintesi: il *Verfassungsgerichtshof* austriaco si compone di quattordici giudici (più sei supplenti), otto dei quali (più tre supplenti) sono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Governo, e gli altri sei (e tre supplenti) dallo stesso Presidente della Repubblica che deve sceglierli nell'ambito di una serie di nominativi fatti dai due rami del Parlamento. La Corte costituzionale italiana si compone di quindici giudici, nominati per un terzo dal Presidente della

§ 8. Possiamo a questo punto, sulla base di quanto siamo andati finora dicendo, cercar di allargare ulteriormente il nostro quadro comparativo, inserendo i due tipi di sistemi di controllo finora esaminati — quello « diffuso », e quello « accentrato » — in una prospettiva ancora più vasta, comprendente anche i sistemi che, come quello francese, escludono un tipo propriamente « giurisdizionale » di controllo di costituzionalità delle leggi, ammettendo invece soltanto un tipo di controllo di carattere puramente « politico »⁷².

L'esclusione di un controllo propriamente giudiziario di costituzionalità delle leggi, è in realtà, com'è noto, un'idea che si è sempre tenacemente imposta nelle Costituzioni francesi, anche se concepite come Costituzioni « rigide » e non « flessibili »⁷³. Tutte le volte che, nelle Costituzioni francesi, si è voluto inserire un controllo della conformità sostanziale delle leggi ordinarie rispetto alla norma costituzionale, tale controllo è stato affidato infatti ad un organo di natura deci-

Repubblica, per un terzo dal Parlamento e per un terzo dagli organi superiori della giustizia civile, penale e amministrativa. Il *Bundesverfassungsgericht* tedesco si compone di sedici giudici, scelti per metà dal *Bundestag* e per metà dal *Bundesrat*. In tutt'e tre i Paesi, sempre la scelta deve cadere su giuristi ossia su persone che, oltre ad avere altri requisiti (di età ecc.) che qui non occorre specificare, abbiano compiuto regolari studi giuridici. Maggiori dettagli in ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 110 ss.

Molto simile al sistema italiano di nomina dei giudici costituzionali è quello turco: cfr. l'art. 145 della Costituzione turca del 1961 e vedi ad es. AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, cit., p. 79 s. In Jugoslavia, il presidente e i dieci giudici della Corte costituzionale federale sono eletti, su proposta del Presidente della Repubblica, dall'Assemblea federale (art. 217, comma 1°, n. 2, e art. 164, comma 1°, n. 6, della Costituzione jugoslava; vedi anche l'art. 243).

⁷² Cfr. *supra*, cap. I, §§ 2-3.

⁷³ Cfr. ad es. COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., p. 35; PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, cit., p. 887 s.; EISENMANN / HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., p. 238 s.; anche Salo ENGEL, *Judicial Review and Political Preview of Legislation in Post-War France*, in *Inter-American Law Review*, 6 (1964), p. 65 ss.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos*, cit., p. 511, nota 26.

samente non giudiziaria. Così accadde nelle Costituzioni dei due Napoleoni, quella cioè del 22 frimaio dell'anno VIII (13 dicembre 1799), la quale negli articoli 21 e 28 affidava il controllo al *Sénat Conservateur*, e quella del 14 gennaio 1852, la quale, negli articoli 25-28, affidava il controllo al *Sénat*⁷⁴; e parimenti accadde nella Costituzione della IV Repubblica, del 27 ottobre 1946, che affidava al *Comité constitutionnel* un assai limitato potere di controllo preventivo — esercitabile, cioè, soltanto prima della promulgazione — sulla legittimità costituzionale delle leggi⁷⁵. Né moltissimo diversa può infine ritenersi la soluzione adottata nella Costituzione della V Repubblica, del 4 ottobre 1958, e tuttora in vigore, che affida il controllo di costituzionalità, sempre soltanto in via preventiva, al *Conseil constitutionnel*⁷⁶: anche se non deve

⁷⁴ Sul pessimo risultato delle due istituzioni, le quali dimostrarono, secondo una qualificata (anche se forse un po' eccessiva) opinione, la perfetta « inutilità di un controllo di costituzionalità affidato ad un corpo esclusivamente politico », cfr. Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino, 1931, p. 13 s.; cfr. pure COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., pp. 35, 127; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 102 s., con rinvio al DUGUIT. Può vedersi in argomento anche CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., p. 94 s.

⁷⁵ Cfr. in generale Jeanne LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1954; W. BUERSTEDDE, 'Le comité constitutionnel' der französischen Verfassung von 1946, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 7 (1958), p. 167 ss.; anche EISENMANN / HAMON, *La juridiction constitutionnelle*, cit., p. 242 s.; ENGEL, *Judicial Review and Political Preview of Legislation in Post-War France*, cit., p. 53 ss.; E. MASSART, *Il controllo di legittimità costituzionale nella nuova Costituzione francese*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, Cedam, 1961, pp. 603, 605-607; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 103. Secondo il COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., p. 35, il sistema adottato dalla Costituzione francese del 1946 « constituait (...) la caricature même d'un contrôle de constitutionnalité ».

⁷⁶ Vedi *supra*, cap. I, § 2; e cfr. ad es. quanto, a proposito del *Conseil constitutionnel*, giustamente scrive Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, En-*

omettersi di rilevare che nei suoi primi anni di vita, quest'organo si è dimostrato notevolmente più dinamico ed efficace del suo immediato predecessore⁷⁷.

Ragioni di varia natura stanno alla base di tale soluzione tradizionalmente adottata in Francia, soluzione che, seppure ammette talvolta un controllo politico, sempre esclude però un vero e proprio controllo giurisdizionale di costituzionalità. *Ragioni storiche* anzitutto, ossia il permanente ricordo delle gravi interferenze che, precedentemente alla Rivoluzione, i giudici francesi troppo spesso perpetravano nella sfera degli altri poteri, con conseguenze che, se a volte potevano anche rappresentare un salutare antidoto contro le tendenze assolu-

gland, and France), Oxford University Press, 1962, p. 263: « It would be highly misleading to characterize the functions of the Constitutional Council as judicial review ». Simile giudizio può ritrovarsi in WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., p. 122; in Taylor COLE, *Three Constitutional Courts: A Comparison*, in *The American Political Science Review*, LIII (1959), p. 968 nota 17; in ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 121; in VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, cit., pp. 58 s., 71; vedi pure Henry W. EHRMANN, *Die Verfassungsentwicklung im Frankreich der Fünften Republik*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 10 (1961), p. 375; AZZARITI, *I vari sistemi ecc.*, cit., p. 11 s.; anche ENGEL, *Judicial Review*, cit., pp. 53 ss., 65 ss., che contrappone un tipo di controllo qualificabile come « political preview of legislation » (tipo nel quale si inserisce il sistema francese) alla vera e propria « judicial review ».

In effetti, come già altrove è stato osservato (cfr. CAPPELLETTI / ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1212 s.), l'attività del *Conseil Constitutionnel* in tema di costituzionalità delle leggi può semmai avvicinarsi, più che ad una vera e propria « judicial review of legislation », a quella « practice of submitting bills to the *Conseil d'Etat* before they are presented to the parliament », che è tradizionale in Francia e trova riscontro anche in Italia (cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*⁶, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 46), come pure in Olanda e in Belgio (cfr. WIGNY, *Droit constitutionnel*, I, cit., § 101, p. 189 ss.), ma che ovviamente non corrisponde ad una delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

⁷⁷ Cfr., da ultimo, L. FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 83 (1967), pp. 5 ss., 9 e *passim*.

tistiche della monarchia⁷⁸, più spesso avevano piuttosto il sapore dell'arbitrio o del sopruso⁷⁹. Per rendersi conto di ciò, basterà ricordare come l'ufficio giudiziario fosse considerato dai giudici francesi dell'*ancien régime*, e in particolare dai « Parlementaires » ossia dai giudici di quelle corti superiori che erano i *Parlements*, come « un droit de propriété, un droit patrimonial », posseduto da essi « au même titre que leurs maisons et leurs terres »⁸⁰: onde, come per i beni patrimoniali privati, « ils les achetaient, les vendaient, les transmettaient par héritage, les louaient quand ils voulaient les conserver à des mineurs »⁸¹, li sfruttavano, soprattutto, il più possibile — a carico, ben s'intende, delle parti litiganti — allo stesso modo di un buon proprietario che sa sfruttare il suo proprio podere. Non per nulla quei giudici furono, quasi sempre, tra gli avversari più accaniti di qualsiasi anche minima riforma in senso liberale, e poi accanitissimi avversari della Rivoluzione, che sulle patrie ghigliottine fece peraltro larga messe delle loro onorabili teste...

Alle ragioni storiche della soluzione adottata tradizionalmente in Francia, si aggiungono le ragioni *ideologiche*, del resto strettamente collegate alle prime. Basti pensare a MONTESQUIEU ed alla dottrina della separazione dei poteri⁸², dottrina

⁷⁸ Cfr. *supra*, cap. II, § 3; CAPPELLETTI / ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1210.

⁷⁹ Cfr. EISENMANN / HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., p. 238 s.; BUERSTEDDE, 'Le comité constitutionnel', cit., pp. 172 s., 187.

⁸⁰ Cfr. i riferimenti in G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*², I, Napoli, Jovene, 1935, p. 134; vedi ora pure P. CUCHE / J. VINCENT, *Procédure civile*³, Paris, Dalloz, 1963, p. 138.

⁸¹ CARRÉ, riportato da CHIOVENDA, *op. et loc. ult. cit.*

⁸² Sono note peraltro le incertezze d'interpretazione cui l'opera fondamentale del MONTESQUIEU (*De l'esprit des lois*, 1748) ha dato luogo in tema di dottrina della separazione dei poteri. Per una recentissima analisi cfr. M.J.C. VILE, *Constitutionalism and Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 76-97, specie a pp. 83 s., 86 ss.; cfr. anche ECKHOFF, *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, cit., p. 22.

che, nella sua più rigida formulazione, fu non a torto ritenuta assolutamente inconciliabile con ogni possibilità d'interferenza dei giudici nella sfera del potere legislativo, visto, per di più — specie in forza degli sviluppi rousseauiani di quella dottrina⁸³ —, come la diretta manifestazione della sovranità popolare. Di qui, quella « ostilità che in Francia (...) si è sempre nutrita contro l'idea che gli atti degli organi superiori, e soprattutto delle Assemblee parlamentari, rappresentative della sovranità nazionale, fossero sottoposti a controllo » da parte dei giudici⁸⁴.

In netto contrasto con questa concezione francese è, ovviamente, la concezione nordamericana (e non più soltanto nordamericana) dei *checks and balances*, ispirata non alla ideologia della netta separazione, bensì a quella del reciproco controllo ed equilibrio dei poteri dello Stato⁸⁵. Onde, alla luce di questa concezione, si spiega perfettamente, da un lato, come il potere giudiziario possa controllare in America la legittimità costituzionale delle leggi — ed anche degli atti amministrativi —; e dall'altro lato, come i poteri legislativo ed esecutivo possano, come s'è visto nel paragrafo precedente, intervenire a loro volta nel momento della scelta e della nomina dei giudici della *Supreme Court* (e non soltanto di questa Corte).

Naturalmente, nella soluzione prevalsa in Francia anche ragioni *pratiche* si uniscono a quelle, storiche ed ideologiche, testé considerate. Fatto sta che le istituzioni giuridiche tendono necessariamente ad adeguarsi alle pressanti e mutevoli esigenze della vita pratica, talvolta in verità con sfasamenti di eccessivo anticipo o, più sovente, di eccessivo ritardo rispetto

⁸³ Cfr., in luogo di tanti, VILE, *op. ult. cit.*, pp. 4 s., 178 ss.

⁸⁴ PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, cit., p. 887. È significativo in argomento il volume di Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁸⁵ Cfr. ad es. CASTBERG, *Die Zuständigkeit der Gerichte in USA und Norwegen*, cit., p. 3. Sulla dottrina dei *checks and balances* cfr., da ultimo, VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., pp. 120-122, 199, 263 ss. e *passim*.

all'evolversi di quelle esigenze. Evidentemente l'esigenza pratica prevalente, sentita nella storia francese da più di un secolo e mezzo a questa parte, è stata quella di assicurare, specie mediante il glorioso istituto del *Conseil d'Etat*, una tutela contro le illegalità e gli abusi del potere esecutivo, nonché, specie attraverso la *Cour de Cassation*, contro le illegalità del potere giudiziario, piuttosto che quella di assicurare una tutela contro gli eccessi del potere legislativo⁸⁶. E perfino quando, con la Costituzione del 1958, si è voluto porre un fortissimo limite ai poteri del Parlamento, ciò si è fatto aumentando i poteri dell'Esecutivo e soprattutto quelli del Capo dello Stato, piuttosto che quelli del Giudiziario⁸⁷.

Si rivela qui dunque una profonda, netta contrapposizione fra la concezione francese e quella nordamericana: una contrapposizione che limpidamente si riflette appunto ancor oggi, da un lato, nel sistema francese del controllo non giudiziario, ma meramente politico (e preventivo), di costituzionalità delle leggi; e dall'altro lato, nell'opposto sistema americano del controllo giudiziario e diffuso, ossia nel sistema della *judicial review*⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. C.-A. COLLIARD, *Les libertés publiques en France*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, VII^e Congrès international de droit comparé - Uppsala 1966. Contributions françaises: Etudes de droit contemporain*, Paris, Editions Cujas, 1966, p. 437 ss.; ID., *Libertés publiques*, cit., p. 128: « En France, si le contrôle de constitutionnalité n'existe guère, à l'inverse le contrôle de légalité est très développé ».

⁸⁷ Cfr. Jeanne LEMASURIER, *La primauté de l'Exécutif en France*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, VII^e Congrès international de droit comparé*, cit., pp. 401-431; anche EISENMANN / HAMON, *La juridiction constitutionnelle*, cit., p. 256.

⁸⁸ La diversa attitudine dei due ordinamenti nei confronti del controllo di costituzionalità discende anche dal diverso atteggiamento delle rispettive rivoluzioni verso i poteri dello Stato. Mentre infatti la rivoluzione francese del 1789 era diretta soprattutto contro gli abusi dell'esecutivo e dell'autorità giudiziaria, la guerra d'indipendenza americana del 1776 mirava ad opporsi *in primis* al potere assoluto dell'autorità legislativa; cfr., per tutti, L.

Ma se ho voluto qui sottolineare siffatta radicale contrapposizione, anche ideologica, fra i due sistemi, è soprattutto perché ho desiderato mettere con ciò in evidenza come le moderne Costituzioni europee, che, come quella austriaca, quella italiana e quella germanica, hanno adottato un sistema di controllo *giudiziario bensì, ma accentrato*, di costituzionalità, abbiano in tal modo realizzato, in certo qual senso, *una soluzione di mezzo* tra quella francese e quella nordamericana, un vero e proprio — e ben consapevole e tutt'altro che irragionevole, come ormai s'è dimostrato — compromesso fra le due contrapposte e tradizionali soluzioni⁸⁹.

Anche in queste moderne Costituzioni europee, infatti, vale il tradizionale principio francese che ai giudici è vietato il controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, ed ogni « interferenza », quindi, nei confronti del potere legislativo: onde, sotto questo profilo, anche in Austria, in Italia e in Germania è salvo il principio montesquieuiano della netta separazione dei poteri dello Stato. Epperò, mentre la Francia non ammette deroghe, negli altri Paesi al principio può invece derogare un organo, la « Corte costituzionale », che, come è esplicitamente dichiarato dall'art. 92 della Costituzione di Bonn⁹⁰, appartiene al potere giudiziario. Onde, sotto quest'altro profilo, c'è nelle

PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 28.

⁸⁹ Cfr. AZZARITI, *I vari sistemi ecc.*, cit., p. 40 s.

⁹⁰ L'art. 92 dichiara infatti che « die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch das Oberste Bundesgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt ». La stessa concezione risulta del resto, implicitamente, dall'art. 140, sez. VI, della Costituzione austriaca; cfr. inoltre, sempre sulla natura giurisdizionale della Corte costituzionale austriaca e sui suoi giudici, F. ERMACORA, *Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), pp. 54, 61, e ivi altri riferimenti. Osservo altresì che nella recente Costituzione turca la Corte costituzionale è regolata nella sezione dedicata al potere giudiziario; cfr. ad es. AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, cit., pp. 76 s., 80 s.

menzionate Costituzioni europee e in quelle altre, ancor più recenti, che ne hanno seguito l'esempio — in particolare, la Costituzione cipriota, quella turca e quella jugoslava — un avvicinamento, sia pure limitato e parziale, al sistema nordamericano, nel quale il controllo delle leggi ha, appunto, natura nettamente giudiziaria. E tale avvicinamento è poi ulteriormente accentuato dal fatto che, come nella nomina dei giudici della *Supreme Court* americana, così anche nella nomina dei giudici delle Corti costituzionali europee, c'è, come si è rilevato nel paragrafo precedente, un intervento del potere legislativo o esecutivo: onde, sotto quest'ultimo profilo, si può ravvisare anche nelle vigenti Costituzioni austriaca, italiana e germanica piuttosto una parziale accettazione del sistema dei *checks and balances*, che di quello montesquieuiano della netta separazione dei poteri dello Stato.

CAPITOLO IV

ANALISI STRUTTURALE-COMPARATIVA DEI MODERNI METODI DI CONTROLLO GIURISDIZIONALE DI COSTITUZIONALITA' DELLE LEGGI SOTTO IL PROFILO « MODALE »

SOMMARIO: § 1. Il sistema « americano » come tipo di controllo giudiziario diffuso che si esercita « in via incidentale ». — § 2. Il sistema « austriaco » come tipo di controllo accentrato che si esercita « in via principale ». — § 3. La *Bundes-Verfassungsnovelle* del 1929 e la legittimazione dell'*Oberster Gerichtshof* e del *Verwaltungsgerichtshof* a sollevare incidentalmente la questione di costituzionalità. Il permanente difetto del sistema austriaco. — § 4. Il controllo di costituzionalità delle leggi nei sistemi italiano e tedesco, e il superamento del difetto manifestato dal sistema austriaco. Avvicinamento parziale al sistema americano. Possibilità anche di un controllo « in via di azione ». — § 5. Vantaggi e inconvenienti dei sistemi « americano » ed « europeo » di controllo di costituzionalità delle leggi, dal punto di vista della estensione del controllo e dei rischi ad esso inerenti.

§ 1. Dopo aver considerato il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi sotto il profilo « soggettivo », passiamo ora all'esame di quello che abbiamo chiamato il *profilo « modale »*, ossia all'esame del modo come le questioni di costituzionalità delle leggi possono venir sollevate davanti ai giudici competenti a deciderle, e come sono decise da questi.

Anche sotto questo profilo « modale », non meno che sotto il profilo « soggettivo », è assai netta la differenza fra il sistema nordamericano ed il sistema austriaco di controllo di costituzionalità. Nel primo sistema, il controllo delle leggi — il quale, sotto il profilo « soggettivo », ha, come si è am-

piamente esposto, carattere di controllo giudiziario « diffuso » —, sotto il profilo « modale » ha il carattere di un controllo che si esercita *in via incidentale*. Nel sistema austriaco, invece, il controllo di costituzionalità, oltre al carattere « accentrato », del quale precedentemente si è detto, ha altresì il carattere di un controllo che si esercita *in via principale*.

Con tale terminologia¹ si vuole intendere che negli Stati Uniti d'America, e similmente in quegli altri Paesi, nei quali — come nel Canada, in Giappone, in Norvegia, in Danimarca, ora anche in Svezia, e, con certi limiti a suo tempo precisati, in Svizzera — vige un sistema analogo, le questioni di costituzionalità delle leggi non possono essere sottoposte al giudizio degli organi giudiziari « in via principale », ossia in un apposito e autonomo processo costituzionale instaurato *ad hoc* con apposita azione². Dette questioni possono soltanto essere sollevate

¹ Sulla quale cfr., ad es., P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, Cedam, 1950, p. 5 s.

² Non rappresenta, evidentemente, una vera e propria deroga alla regola esposta nel testo, la possibilità — che troviamo nel Canada, in India, in Norvegia, in Finlandia, e in almeno dieci dei cinquanta Stati che formano gli U.S.A. — che organi legislativi o governativi sottopongano direttamente alle Corti supreme dei rispettivi Paesi la richiesta di pareri (« advisory opinions ») su questioni di costituzionalità. Non è qui infatti implicata una funzione di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi in senso proprio, ma una funzione di consulenza politico-costituzionale. Veggansi in argomento, oltre allo studio comparativo di L. WILDHABER, *Advisory Opinions. Rechtsgutachten höchster Gerichte*, Heft 63 della serie « Basler Studien zur Rechtswissenschaft », Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1962, in particolare O.P. FIELD, *Judicial Review of Legislation in Ten Selected States*, Bloomington, University of Indiana Press, 1943; ID., *The Advisory Opinion - An Analysis*, in *Indiana Law Journal*, 24 (1949), pp. 203-230; P.D. EDSALL, *The Advisory Opinion in North Carolina*, in *North Carolina Law Review*, 27 (1949), pp. 297-344; J.A.C. GRANT, *Judicial Review in Canada: Procedural Aspects*, in *Canadian Bar Review*, 42 (1964), pp. 195 ss., specie a pp. 203-214, 221-222; F. CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von H. MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 425-426; James

incidenter, nel corso cioè e in occasione di un « case or controversy » ossia di un concreto processo « comune » (civile o penale o d'altra natura) e solo in tanto, in quanto la legge, della cui costituzionalità si discute, sia *rilevante* per la decisione di quel caso concreto³. Si vuole intendere altresì con quella terminologia che competente a risolvere le questioni di legittimità costituzionale delle leggi sarà, in linea di massima, automaticamente quel medesimo organo giudiziario, che è competente a decidere il caso concreto dal cui seno la questione di costituzionalità sia nata. In tal modo, le questioni di legittimità costituzionale delle leggi, come non sono decise da corti speciali costituzionali, così di regola non fanno mai luogo neppure a speciali procedimenti costituzionali (cfr. già *supra*, cap. III, § 7). Esse, invero, fanno luogo soltanto a *meri* « incidenti » *nell'ambito dei processi comuni*, e sia pure a volte con la possibilità, per certe autorità federali o statuali, di intervenire nel processo o di indirizzare al tribunale quello, che molto espressivamente viene chiamato l'« *amicus curiae brief* » ossia un esposto scritto, nel quale dette autorità, non in veste di vere e proprie parti, ma di semplici terzi interessati a facilitare il compito dei giudici, manifestano al tribunale il loro parere sulla que-

A. STORING, *Norwegian Democracy*, London, Allen & Unwin, 1963, p. 156; VOITTO SAARIO, *Control of the Constitutionality of Laws in Finland*, in *The American Journal of Comparative Law*, 12 (1963), pp. 197, 198 s.; anche Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 117 s.

³ Per una recente tendenza della Corte Suprema americana nel senso di riconoscere l'esistenza di una lite attuale e concreta (« case or controversy ») anche prima della violazione, da parte del soggetto interessato, della legge incostituzionale, con la conseguente affermazione della possibilità di ottenere in via preventiva un *declaratory judgment* dell'esistenza del diritto costituzionale che quella legge minaccia di violare, cfr. i precedenti commentati in N.T. DOWLING / G. GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*⁷, Brooklyn, The Foundation Press, 1965, pp. 85 ss., 96 ss.; C.A. WRIGHT, *Handbook of the Law of Federal Courts*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1963, pp. 36-40.

stione di costituzionalità sorta nel caso concreto⁴. Come può leggersi in un recente ampio scritto sulla *judicial review* di un noto docente della Michigan Law School, Paul KAUPER⁵, i tribunali nordamericani, non esclusa la *Supreme Court*, affrontano e risolvono le questioni di costituzionalità delle leggi « only within the context of concrete adversary litigation » e solo in tanto, in quanto ciò si renda necessario per la decisione del caso concreto (« only as necessary to the disposition of the case »). Va altresì ribadito che nel sistema americano, il quale, senza dubbio, è il più tipico fra i sistemi nei quali il controllo di costituzionalità avviene in via incidentale, la questione di costituzionalità può essere incidentalmente sollevata nel corso di *qualsiasi tipo* di procedimento giudiziario: « regardless of the nature of the proceeding »⁶.

§ 2. Agli antipodi del sistema americano si è posto il sistema austriaco di controllo di costituzionalità delle leggi, specialmente nella formulazione originaria (in seguito parzialmente mutata, come vedremo) che questo sistema ha avuto nella *Bundesverfassung* austriaca del 1° ottobre 1920. Non soltanto, infatti, questa Costituzione ha creato una speciale Corte

⁴ Cfr. Paul G. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 593-594; anche ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 122; J.A.C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, pp. 94-98.

⁵ KAUPER, *op. ult. cit.*, pp. 571, 573.

⁶ Cfr. KAUPER, *op. ult. cit.*, pp. 586-587, 634: « the constitutional question, if relevant to the disposition of the case and if asserted by a proper party in interest (plaintiff or defendant) in an adversary proceeding, may be raised regardless of the nature of the proceeding »; tale questione, pertanto, può indifferentemente « arise in the course of a criminal proceeding, a civil proceeding, a proceeding for damages, for equitable relief, for declaratory judgment or for an extraordinary remedy such as habeas corpus or mandamus ».

costituzionale — il *Verfassungsgerichtshof* — nella quale ha « accentrato » la competenza esclusiva a decidere le questioni di costituzionalità; ma inoltre la Costituzione austriaca ha affidato a detta Corte un potere di controllo, per mettere in moto il quale necessitava *una speciale domanda* (« Antrag ») ossia *l'esercizio di una speciale azione* da parte di taluni organi politici. In tal modo, il controllo di legittimità delle leggi veniva ad essere in Austria, diversamente che negli Stati Uniti d'America, *del tutto svincolato dai casi concreti* ossia dai processi comuni (civili, penali, amministrativi): esso, pertanto, anziché potersi come in America esercitare soltanto « in via incidentale » ossia (come anche, non del tutto propriamente, si dice) « in via di eccezione », doveva invece esercitarsi in Austria sempre « in via principale » ossia « in via di azione », mediante un apposito autonomo ricorso e con l'instaurazione di un apposito autonomo processo *ad hoc* davanti alla Corte costituzionale.

Nell'originario sistema austriaco, dunque, non soltanto i giudici — eccezion fatta per il solo *Verfassungsgerichtshof* ossia per la sola Corte costituzionale — non avevano alcun potere di controllare la costituzionalità delle leggi, né quindi il potere di disapplicare le leggi da essi ritenute incostituzionali (era ed è perentorio in tal senso l'art. 89, comma 1°, della Costituzione austriaca: « Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten *nicht zu* »); ma i giudici austriaci, per di più, non avevano nemmeno il potere di chiedere alla Corte costituzionale di fare essa quel controllo, che a loro era vietato. La questione di costituzionalità delle leggi poteva infatti essere sollevata davanti alla Corte costituzionale austriaca *soltanto da parte di quegli organi, non giudiziari, ma politici*, che erano indicati dalla Costituzione, ossia da parte del Governo federale (*Bundesregierung*) trattandosi di chiedere il controllo della legittimità costituzionale di leggi dei *Länder* (*Landesgesetze*), e da parte dei Governi dei *Länder* (*Landesregierungen*) trattandosi del controllo di leggi

federali⁷. Nessun limite di tempo era fissato per l'esercizio, da parte di questi organi politici, del diritto di azione a cui essi erano unici legittimati.

§ 3. La legge austriaca di revisione della Costituzione (*Bundes-Verfassungsnovelle*) del 1929, ha, tuttavia, parzialmente modificato questo sistema di controllo di costituzionalità delle leggi esercitabile esclusivamente « in via di azione ». E, com'è noto, il sistema oggi vigente in Austria è proprio quello risultante dalla *Novelle* del 1929, un sistema il quale, dopo essere stato soppresso in regime di dittatura⁸, è stato richiamato poi in vigore nell'ultimo dopoguerra, con lievi varianti che in questa sede non possono interessare.

Questa importante legge di riforma costituzionale del 1929 ha mutato l'art. 140 della Costituzione austriaca nel senso di aggiungere, alla legittimazione di organi politici, anche la legittimazione di due organi giudiziari ordinari: nel senso, cioè, di affidare la legittimazione ad instaurare davanti alla Corte costituzionale il processo di controllo delle leggi, oltreché al Governo federale e ai Governi dei *Länder*, anche all'*Oberster Gerichtshof* (ossia alla Corte suprema per le cause civili e penali) ed al *Verwaltungsgerichtshof* (ossia alla Corte suprema per le cause amministrative).

E, a differenza dal Governo federale e dai Governi dei *Länder*, questi due organi giudiziari ordinari — l'*Oberster Gerichtshof* ed il *Verwaltungsgerichtshof* — non possono sollevare davanti alla Corte costituzionale austriaca la questione di costituzionalità « in via principale », cioè « in via di azione »,

⁷ Cfr. E. MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 442.

⁸ Cfr. Felix ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz-Wien-Köln, Verlag Styria, 1956, p. 83; ID., *Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 51.

ma bensì soltanto « in via incidentale » o « di eccezione », ossia *soltanto nel corso e in occasione di un ordinario processo (civile, penale o amministrativo)* svolgentesi davanti ad essi e per la decisione del quale la legge, federale o statale, della quale sia messa in questione la costituzionalità, sia rilevante⁹.

È nato in tal modo, nel diritto austriaco così come esso è uscito dalla *Novelle* del 1929, un sistema di controllo di costituzionalità il quale, sotto il profilo che qui stiamo esaminando, ossia sotto il profilo « modale », ha un carattere ibrido e, se non è privo di pregi, non è però neppure privo di rimarchevoli difetti.

In verità, il sistema adottato in Austria nel 1920 — il sistema, cioè, del testo originario della Costituzione — si dimostrò subito del tutto insufficiente. Con esso, come già si è visto, soltanto i Governi dei *Länder* ed il Governo federale erano legittimati ad instaurare, in via principale, il processo di controllo di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, rispettivamente nei confronti delle leggi federali e delle leggi dei *Länder*. Ciò chiaramente significava che il controllo di costituzionalità finiva praticamente per avere una funzione importante bensì, ma assai limitata: limitata cioè, ad assicurare un argine contro possibili sconfinamenti incostituzionali del potere legislativo federale nell'ambito riservato alla competenza legislativa dei *Länder*, e viceversa: garantendo, in tal modo, fra la Federazione ed i *Länder*, il rispetto reciproco della loro « repartizione costituzionale delle competenze » (« *verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung* »)¹⁰. Fuori dell'ambito di controllo restavano invece, ad esempio, le leggi

⁹ Cfr. l'art. 140 della Costituzione austriaca nel testo oggi vigente: « Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder des Verwaltunggerichtshofes, sofern ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des antragstellenden Gerichtshofes bildet... ».

¹⁰ Cfr. MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, cit., p. 486.

lesive dei diritti individuali di libertà. Poiché inoltre né il Governo federale né i Governi dei *Länder* avevano un obbligo, ma bensì soltanto una facoltà discrezionale, di instaurare il processo di controllo di costituzionalità contro le leggi da essi ritenute incostituzionali, era inevitabile che quegli organi politici si sentissero effettivamente interessati a promuovere il processo soltanto in casi piuttosto rari ed eccezionali. In tal modo, molte leggi incostituzionali potevano praticamente sfuggire al controllo della Corte costituzionale austriaca: ed abbiamo già visto come, in forza di un preciso precetto della Costituzione, le leggi, anche se manifestamente incostituzionali, dovessero essere tuttavia applicate, come se fossero perfettamente valide, da tutti i giudici.

Con la legge di riforma costituzionale del 1929, la legittimazione ad instaurare il processo di controllo davanti alla Corte costituzionale austriaca fu però, come si è detto, estesa a due organi giudiziari superiori, ossia all'*Oberster Gerichtshof* (Corte suprema) ed al *Verwaltungsgerichtshof* (Corte amministrativa). Questi organi giudiziari, pur continuando a non poter *effettuare*, essi stessi, alcun controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, furono dunque (e sono) legittimati tuttavia *a chiedere* alla Corte costituzionale di effettuare detto controllo, limitatamente alle leggi applicabili nel caso concreto sottoposto al loro giudizio. Qui si ha, così, un vero e proprio *obbligo* di quei due organi superiori della giustizia ordinaria e amministrativa, di non applicare le leggi, della cui costituzionalità essi siano in dubbio¹¹, senza avere prima sentito in argomento il giudizio vincolante della Corte costituzionale: e nessuna legge è esclusa da questa possibilità di controllo. Nel processo, in tal modo instaurato davanti alla Corte costituzionale, possono intervenire oltre alle parti del giudizio *a quo*, ossia della causa pendente davanti all'*Oberster Gerichtshof* od al *Verwaltungsgerichtshof*, anche i Governi interessati, ossia il Governo federale trattandosi di controllare la

¹¹ Cfr. MELICHAR, *op. ult. cit.*, p. 460.

costituzionalità di leggi federali, oppure il Governo del *Land* interessato ¹².

La riforma del 1929 ha, in tal modo, notevolmente attenuato il grave difetto, dianzi rilevato, dell'originario sistema austriaco di controllo delle leggi: ossia la sua veramente eccessiva limitatezza, sotto il profilo « modale » e cioè, in sostanza, sotto il profilo dei *soggetti a cui spetta la legittimazione ad instaurare il processo di controllo* davanti alla Corte costituzionale, nella quale il potere di controllo si accentra. Tuttavia anche con la riforma del 1929 il difetto, per quanto attenuato, non è stato del tutto abolito. Si deve infatti ribadire che, fra tutti gli organi della giustizia civile, penale e amministrativa, soltanto alle due corti superiori sopra menzionate è riconosciuta quella legittimazione. Tutti gli altri giudici debbono, irrimediabilmente, applicare le leggi ai casi concreti sottoposti al loro giudizio, senza la possibilità di evitare l'applicazione neppure di quelle leggi, che siano da essi ritenute manifestamente e macroscopicamente incostituzionali: con il serio inconveniente che in un processo civile, penale, o amministrativo, soltanto nella fase finale (e eventuale) svolgentesi davanti all'*Oberster Gerichtshof* od al *Verwaltungsgerichtshof* potrà, finalmente, essere disapplicata una legge la quale, ancorché per avventura manifestamente incostituzionale, necessariamente dovette invece essere applicata dai giudici inferiori ¹³.

§ 4. Il difetto più appariscente del sistema austriaco è stato evitato sia dal sistema italiano previsto dalla Costituzione del 1948 e realizzato a partire dal 1956, e sia anche dal sistema tedesco introdotto con la Costituzione di Bonn del 1949 ¹⁴: e ciò

¹² Cfr. il § 63 del *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953.

¹³ Cfr., ad es., ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 114 s., 118 s.

¹⁴ Cfr. E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 138.

deve essere detto senza peraltro in alcun modo celare la grande influenza che su entrambi quei sistemi il precedente austriaco, così originale e ingegnoso, ha meritatamente esercitato.

Com'è noto, sia in Italia che in Germania vale, al pari che in Austria, il divieto per i giudici comuni (civili, penali, amministrativi) di effettuare un controllo di costituzionalità delle leggi¹⁵. I giudici comuni sono, insomma, in Italia e in Germania così come in Austria, *incompetenti* ad effettuare siffatto controllo di costituzionalità, il quale è riservato alla competenza esclusiva delle Corti costituzionali dei due Paesi. Epperò sia in Italia che in Germania, diversamente che in Austria, *tutti i giudici comuni, anche quelli inferiori*, trovandosi di fronte ad una legge ch'essi ritengano contraria alla Costituzione, anziché essere tenuti passivamente ad applicarla hanno invece il potere (e il dovere) di sottoporre la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale, affinché sia da essa decisa con efficacia vincolante¹⁶. Tutti i giudici, insomma, e non soltanto i giudici superiori, sono legittimati ad adire la Corte costituzionale, limitatamente alle leggi rilevanti nei casi concreti sottoposti al loro giudizio; e questo giudizio sarà *sospeso* fintantoché la Corte costituzionale non avrà deciso la questione pregiudiziale di costituzionalità¹⁷.

¹⁵ O, per lo meno, delle cosiddette *nachkonstitutionelle Gesetze* ossia delle leggi posteriori alla Costituzione: cfr. FRIESENHAHN, *op. ult. cit.*, pp. 105 *in fine* - 106 *initio*, 136-137; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 114; nel sistema italiano, invece, non c'è neppure questo limite, come ha deciso la Corte costituzionale nella fondamentale sentenza n. 1 del 1956 (vedila in *Giurisprud. costituz.*, I [1956], p. 1).

¹⁶ Cfr. ancora, in luogo di molti, FRIESENHAHN, *op. ult. cit.*, p. 136; per il diritto italiano A.M. SANDULLI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 302 s.

¹⁷ V. l'art. 1 della legge costituzionale italiana del 9 febbraio 1948, n. 1; v. anche l'art. 100, paragrafo 1, della Costituzione di Bonn, così formulato: « Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes

È evidente che, in tal modo, nei sistemi italiano e tedesco si è venuto a realizzare, sotto il profilo « modale » che stiamo qui esaminando, un notevole avvicinamento al sistema « americano » della *judicial review*: perché, seppure in Italia e in Germania non accade che tutti i giudici siano (come negli Stati Uniti) *competenti a compiere* il controllo di costituzionalità, tutti però sono, per lo meno, *legittimati a chiedere* tale controllo alle Corti costituzionali, in occasione dei singoli casi concreti ch'essi sono tenuti a giudicare.

Tuttavia a questa legittimazione dei giudici si aggiunge — sia in Italia che in Germania — anche la legittimazione di altri organi non giudiziari, i quali possono *agire direttamente*, « in via principale » dunque, ossia « in via di azione », e non già in via meramente « incidentale » o « di eccezione », davanti alle Corti costituzionali di quei Paesi: onde di nuovo si ha, da questo punto di vista, un distacco dei due sistemi europei dal sistema « americano », ed un loro riavvicinamento, invece, al sistema « austriaco » di controllo di costituzionalità.

In Italia tale legittimazione « in via di azione » spetta agli organi governativi delle Regioni (« giunte regionali »), trattandosi di leggi nazionali o regionali che una Regione ritenga essere tali da invadere la sfera della competenza ad essa riservata dalla Costituzione (legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, art. 2, commi 1° e 2°); e spetta, invece, al Governo centrale, nel caso di ritenuta incostituzionalità di leggi regionali (art. 127, ultimo comma, della Costituzione italiana). In Germania, la legittimazione ad adire « in via di azione » la Corte costituzionale federale o le Corti costituzionali dei *Länder* per il controllo delle leggi, spetta ad una ancor più vasta serie di

handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen». Cfr. M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957. Anche la dottrina tedesca parla di una « Vorfrage »; cfr. ad es. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 113 ss.

organi o di persone: in particolare, al Governo federale, ai Governi dei *Länder*, ad un terzo dei membri del *Bundestag* (art. 93 della Costituzione di Bonn)¹⁸, e perfino ai singoli cittadini se la legge comporti una lesione immediata ed attuale di un loro « diritto fondamentale »¹⁹.

In conclusione, si può dunque dire riassuntivamente, che sotto il profilo « modale », si è avuta originariamente una netta, radicale contrapposizione fra il metodo cosiddetto « americano » (ma riscontrabile, come si è visto, pure in altri Paesi anche europei, benché in questi ultimi esso non abbia avuto un grande successo o comunque non eserciti un ruolo di fondamentale importanza) del controllo giudiziario effettuato *esclusivamente in via incidentale*, e il metodo « austriaco » del controllo effettuato invece *esclusivamente in via di azione*. Tale contrapposizione si è andata però attenuando in Austria con la riforma del 1929, e ancora di più poi nei sistemi di controllo realizzati in Italia e in Germania nell'ultimo dopoguerra, e imitati, di recente, in qualche altro Paese, ad esempio in Turchia²⁰. Qui infatti le questioni di costituzionalità delle leggi possono essere fatte pervenire al giudizio delle Corti costituzionali vuoi « incidentalmente », ossia in occasione di casi concreti discussi in processi civili, penali o amministrativi — e si parla, a questo proposito, di una

¹⁸ Cfr. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 133; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 115.

¹⁹ Cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, spec. a p. 81 ss.; traduz. spagnola di H. FIX ZAMUDIO, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1961, p. 70 ss. V. *supra*, cap. I, testo e note 5-6.

²⁰ Cfr. T.B. BALTA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 561-564; A.Ü. AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), pp. 86-89; v. gli artt. 149-151 della Costituzione turca del 1961, riportati in traduzione tedesca in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 1002.

konkrete Normenkontrolle (controllo normativo concreto, *concrete review*) o anche di una *Inzidentkontrolle* (controllo incidentale) —; e vuoi anche « in via principale », ossia in un autonomo processo, inteso esclusivamente a promuovere il giudizio della Corte sulla costituzionalità di una data legge e promosso su iniziativa di taluni organi non giudiziari o anche su iniziativa di una determinata minoranza parlamentare o di singole persone: e si parla, in questo caso, di *abstrakte Normenkontrolle* (controllo normativo astratto, *abstract review*), appunto per indicare che il controllo *de legis legitimitate* è qui operato dalla Corte costituzionale senza alcun collegamento con determinati casi concreti²¹.

§ 5. Il tipo « austriaco » — che potremmo anzi, poiché è ormai prevalente in Europa, chiamare « europeo » — di controllo di costituzionalità delle leggi, in quanto ammette sia un'azione diretta sia un controllo incidentale è certamente, come abbiamo riconosciuto, più ibrido e composito, ma, a nostro giudizio, è però d'altro lato più completo del metodo « americano ». Infatti possono esserci talune leggi, le quali, ancorché incostituzionali, sfuggono tuttavia ad ogni possibilità di controllo incidentale per il semplice fatto ch'esse non possono, per il loro particolare contenuto, dare luogo (o per lo meno, di

²¹ Si manifesta qui un'analogia dei menzionati sistemi europei con il sistema messicano. Anche nel Messico, infatti, il controllo giudiziario di costituzionalità non è né esclusivamente un controllo che avviene in via principale (come fu originariamente in Austria), né esclusivamente un controllo promosso in via incidentale (come negli Stati Uniti d'America), ma bensì un sistema misto o composito, nel quale è aperta sia la possibilità di una « *acción de inconstitucionalidad de las leyes* », e sia anche la possibilità di un « *recurso de inconstitucionalidad* », il quale ultimo, secondo le parole di uno dei più seri studiosi del *juicio de amparo*, consiste appunto in « un control de constitucionalidad de las leyes por vía de *excepción* ». Cfr. H. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 179, 251.

fatto, non danno luogo) a liti concrete o comunque a concreti episodî processuali civili, penali o amministrativi, per la soluzione dei quali dette leggi possano essere considerate rilevanti. Si immagini, in particolare, il caso di una legge federale la quale violi la sfera di competenza costituzionale di uno Stato membro: se non potrà sorgere o se, comunque, di fatto non sorgerà qualche caso concreto nel quale quella legge sia rilevante, su di essa, in un sistema di controllo operante esclusivamente in via incidentale, non potrà mai esercitarsi alcun controllo giudiziario di costituzionalità.

Ribadisce infatti nel suo recente scritto, già ricordato, il professor KAUPER²² che, nel sistema nordamericano, mai le « constitutional questions » possono essere portate davanti alle Corti ed essere decise da queste, se non « in so far as they are issues relevant to the disposition of a concrete case or controversy », con la conseguenza che « the courts will not decide abstract questions of constitutional power. Such questions of governmental power are regarded as ‘ non-justiciable ’ or ‘ political ’ questions ».

Questo limite del sistema americano di controllo si è manifestato in varî casi, dei quali il KAUPER offre più di un interessante esempio²³: casi in cui, pur di fronte a leggi sicuramente o presumibilmente incostituzionali, non fu tuttavia possibile alcuna *judicial review* proprio a causa del carattere esclusivamente « incidentale » del controllo ammesso in quel Paese. E limiti

²² KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, cit., pp. 589-590.

²³ KAUPER, *op. ult. cit.*, pp. 594 s., 606, 609. Cfr. anche M. CAPPELLETTI / J.C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 79 (1966), p. 1221: « The American system — which considers ‘ non-justiciable ’ any constitutional question not arising from a concrete case — in practice denies a citizen the right to his day in court whenever the cost and inconvenience involved in disobeying a law and fighting it through the courts are too great ». Si tenga tuttavia presente quanto è detto *supra*, nota 3.

analoghi, a quanto riferisce il Collega giapponese Kiyomiya ²⁴, si sono sperimentati di recente in Giappone dove, come si è visto, è stato appunto adottato, nell'ultimo dopoguerra, il metodo « nordamericano ».

D'altra parte, non possiamo neppure nascondere che, se il metodo « europeo » (ci sia permesso di chiamarlo così, anche se non del tutto propriamente) è più complesso e, almeno in teoria, più completo di quello « americano », esso può rivelarsi però forse *più pericoloso*, perché può effettivamente dare talvolta all'attività delle Corti costituzionali — sottoponendo ad esse anche quelle « non-justiciable political questions », che non sono ammissibili negli U.S.A. — una colorazione eccessivamente « politica » anziché giudiziaria ²⁵. Esso può, in altre e forse più corrette parole, effettivamente dare consistenza ai timori di coloro, che vedono nel potere di controllo di costitu-

²⁴ S. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 329 s.; v. anche A.T. VON MEHREN, *Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963, p. 422; M. MAKI, *Court and Constitution in Japan. Selected Supreme Court Decisions 1948-60*, Seattle, University of Washington Press, 1964, pp. 328 ss., 362 ss.; K. HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen, Mohr, 1966, p. 423.

²⁵ Cfr. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, cit., p. 637. Ma veggansi già le penetranti, cristalline pagine di A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, I, Bruxelles, Méline, Cans et Co., 1840, ch. VI, pp. 181-183. Il grande scrittore francese ammetteva che il sistema americano di controllo di costituzionalità fosse incompleto e non privo di inconvenienti (« la censure judiciaire, exercée par les tribunaux sur la législation, ne peut s'étendre sans distinction à toutes les lois, car il en est qui ne peuvent jamais donner lieu à cette sorte de contestation nettement formulée, qu'on nomme un procès. Et, lorsqu'une pareille contestation est possible, on peut encore concevoir qu'il ne se rencontre personne qui veuille en saisir les tribunaux »); ma rilevava tuttavia che proprio per quella sua incompletezza, il sistema americano era meno pericoloso (« les Américains ont souvent senti cet inconvénient, mais ils ont laissé le remède incomplet, de peur de lui donner [...] une efficacité dangereuse »).

zionalità delle leggi esercitato — anche in via di azione — dalle Corti costituzionali europee, una troppo grave minaccia di interferenze delle Corti medesime nella sfera del potere legislativo e, indirettamente, anche in quella del potere esecutivo e di governo. Ma, ovviamente, la risposta a questi timori più che da astratte speculazioni, sarà data in concreto dal modo più o meno saggio e avveduto con cui le Corti costituzionali europee sapranno esercitare la loro delicata funzione — nella quale al coraggio innovatore deve peraltro unirsi anche una certa dose di misurato *restraint* —, e dal modo dunque come, attraverso la loro attività, esse sapranno imporsi agli altri organi dello Stato e alla pubblica opinione come essenziali istituti di garanzia e di controllo di una superiore legalità. È questo uno dei campi, nei quali la storia della *Supreme Court* nordamericana avrà ancora molte cose da insegnare alle più giovani Corti costituzionali europee²⁶. Ma è peraltro un dato di fatto assolutamente ineliminabile, ampiamente riconosciuto del resto anche negli Stati Uniti d'America ossia perfino in un sistema di controllo meramente incidentale, che per sua stessa natura il fenomeno, che noi stiamo esaminando, « can never be scientific or completely disinterested and neutral »²⁷: che cioè il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, sempre è destinato, per sua stessa natura, ad avere anche una più o meno evidente, più o meno accentuata colorazione « politica », ossia a comporre un attivo, creativo intervento delle Corti, investite di quella funzione di controllo, nella dialettica delle forze politiche dello Stato.

²⁶ KAUPER, *op. ult. cit.*, pp. 608-610, 623 s.; vedi però Thomas P. TROMBETAS, *The U.S. Supreme Court and the Federal Constitutional Court of Germany*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 17 (1964), p. 284 ss. Anche la storia della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* messicana, potrebb'essere per più aspetti istruttiva.

²⁷ KAUPER, *op. ult. cit.*, p. 627.

CAPITOLO V

ANALISI STRUTTURALE-COMPARATIVA DEI MODERNI METODI DI CONTROLLO GIURISDIZIONALE DI COSTITUZIONALITA' DELLE LEGGI SOTTO IL PROFILO DEGLI EFFETTI DELLE PRONUNCE

SOMMARIO: § 1. Il controllo meramente dichiarativo e il controllo costitutivo della costituzionalità delle leggi. — § 2. Gli effetti generali o particolari della pronuncia di incostituzionalità. — § 3. Gli effetti futuri o retroattivi della pronuncia di incostituzionalità. — § 4. Eccezioni all'efficacia futura o retroattiva della pronuncia di incostituzionalità.

§ 1. Ci rimane a questo punto da esaminare ancora, rapidamente, il fenomeno del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, sotto un terzo e importantissimo profilo, ossia sotto il profilo degli effetti espliciti dalla decisione giudiziale, — sia essa la decisione di organi giudiziari comuni come nei sistemi dove il controllo ha carattere « diffuso », o sia invece piuttosto la decisione di speciali organi giudiziari, quali le Corti costituzionali europee.

Di nuovo si rivela, a questo proposito, una radicale ed estremamente interessante contrapposizione tra il sistema nordamericano e il sistema austriaco elaborato, come s'è ricordato, specialmente per opera di Hans KELSEN.

Nel primo di questi due sistemi, secondo la concezione più tradizionale la legge incostituzionale, in quanto contraria ad una *norma superior*, è ritenuta *assolutamente nulla* (« null and void ») e perciò *inefficace*: onde il giudice, che esercita il po-

tere di controllo, non annulla, ma meramente *dichiara una (preesistente) nullità* della legge incostituzionale¹.

Nel sistema austriaco, al contrario, la Corte costituzionale non dichiara una nullità, ma *annulla, cassa* (« aufhebt ») una legge che, fino al momento in cui la pronuncia della Corte non sia pubblicata, è *valida ed efficace* anche se incostituzionale. Non solo: ma — cosa ancor più rimarchevole — la Corte costituzionale austriaca ha, per di più, il potere discrezionale di disporre che l'annullamento della legge operi soltanto a partire da una determinata data *successiva* alla pubblicazione (« Kundmachung ») della sua pronuncia, purché tale differimento della efficacia costitutiva della pronuncia stessa non sia superiore ad un anno². E incidentalmente rilevo, a questo proposito, come quest'ultima disposizione sia stata imitata dalla recente Costituzione turca, la quale ha limitato peraltro a sei mesi il termine massimo di differimento dell'efficacia costitutiva delle decisioni della Corte costituzionale³; e come qual-

¹ Cfr., per tanti, E.S. CORWIN, *The « Higher Law » Background of American Constitutional Law*, pubblicato per la prima volta in *Harvard Law Review*, XLII (1928-29), ripubblicato in volume, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1955, fifth printing 1963, p. 14 (« unconstitutional statutes are unconstitutional *per se*, and not because of any authority attaching to the court that so pronounces them »), pp. 33, 48 (« when the Supreme Court of the United States pronounces an act of Congress 'void', it ordinarily means void *ab initio*, because beyond the power of Congress to enact »), pp. 49, 55, 77. V. pure, ad es., J.A.C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, p. 40 ss. con varî riferimenti.

² Cfr. l'art. 140, sezione 3^a, della Costituzione austriaca: « ...die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Ausserkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf ein Jahr nicht überschreiten ».

³ Costituzione della Repubblica turca del 9 luglio 1961, art. 152, comma 2°; cfr. pure T.B. BALTA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von H. MOSLER, Köln-

cosa di simile si trovi ora anche nel sistema di giustizia costituzionale adottato dal 1963 in Jugoslavia⁴.

Riassumendo dunque: mentre il sistema nordamericano di controllo giudiziario della legittimità costituzionale delle leggi, ha — almeno secondo la concezione tradizionale, che peraltro negli ultimi decenni ha subito notevoli oscillazioni e attenuazioni, come torneremo a vedere (*infra*, § 4) — il carattere di un controllo *meramente dichiarativo*; quello austriaco assume invece il carattere di un controllo *costitutivo* della invalidità, e della conseguente inefficacia, delle leggi contrastanti con la Costituzione: e da ciò con piena coerenza deriva altresì che, mentre nel primo sistema l'efficacia (meramente dichiarativa) opera in linea di principio *ex tunc*, retroattivamente — si tratta infatti, come ripeto, del mero accertamento di una *preesistente* nullità assoluta⁵ —, nel sistema austriaco, invece, l'efficacia (costitutiva, ossia di annullamento) della pronuncia di incostituzionalità, opera *ex nunc* o, addirittura, *pro futuro*,

Berlin, Heymanns, 1962, p. 564; A. Ü. AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 89.

⁴ Cfr. gli artt. 245 e 246 della Costituzione jugoslava del 1963. Se la Corte costituzionale federale jugoslava dichiara che una legge federale è contraria alla Costituzione federale, tale decisione obbliga il Parlamento federale ad adattare la legge alla Costituzione entro sei mesi. Lo stesso termine di sei mesi spetta, di regola, ai Parlamenti delle Repubbliche federate per adattare alla Costituzione federale una legge statale che la Corte costituzionale jugoslava abbia dichiarato incostituzionale. Nell'un caso e nell'altro, decorso inutilmente il termine la legge cessa di avere vigore. Cfr., da ultimo, S. ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA / S. ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 111.

⁵ Cfr., ad es., W.J. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary (A Comparative Study in Constitutional Law and Organization of Courts in Federal States)*, The Hague, Mouton, 1959, p. 102: «As a matter of principle, the declaration of unconstitutionality has a retroactive character, as the challenged statute was bad at its very inception»; veggasi però *infra*, *sub* § 4.

esclusa essendo invece una retroattività dell'efficacia di annullamento⁶.

§ 2. Ma questa prima, profonda e importantissima differenza fra i due tipici sistemi esaminati, sotto il profilo degli effetti della pronuncia giudiziaria di controllo, non è la sola: un'altra differenza esiste, non meno radicale e importante.

Il sistema austriaco ha infatti, oltreché carattere « costitutivo », anche carattere « generale »: ossia esso mette in essere un annullamento che, sia pure con efficacia non retroattiva ma *ex nunc* o *pro futuro*, opera però *erga omnes* onde si parla, appunto, di una *Allgemeinwirkung* (« efficacia generale »). La legge, in altre parole, una volta intervenuta la pronuncia di incostituzionalità è tolta di mezzo per tutti, allo stesso modo come se fosse stata abrogata da una legge successiva: e tornano invece in vigore — salvo che in senso diverso disponga la Corte costituzionale — quelle disposizioni legislative, che preesistevano alla legge incostituzionale (art. 140, sezione 4^a, della Costituzione austriaca).

Proprio il contrario (come già si è avuto occasione di precisare precedentemente) avviene invece nel sistema nordamericano⁷, e parimenti nei sistemi che l'hanno imitato, come ad esempio in quello giapponese⁸; e lo stesso può dirsi perfino in sistemi del tutto originali come nel sistema messicano, secondo il « principio de la relatividad » corrispondente alla cosid-

⁶ Si ricordi ancora l'art. 140, sezione 3^a, della Costituzione austriaca: « die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft » ecc.; cfr. in dottrina ad es. F. ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz-Wien-Köln, Verlag Styria, 1956, p. 260 ss.

⁷ « In a strict sense, a decision on a constitutional question has relevancy only for the parties to the case »: così P.G. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 611; cfr. anche WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., p. 103 testo e nota 100.

⁸ Cfr. S. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 334.

detta « formula de Otero »⁹. In tutti questi sistemi, infatti, la regola fondamentale è che il giudice deve limitarsi a *disapplicare la legge incostituzionale nel caso concreto*; onde il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi non ha, come in Austria, efficacia generale, *erga omnes*, ma soltanto efficacia speciale, *inter partes*, limitata cioè al caso concreto (« Individualwirkung »), — anche se è vero, però, che questa caratteristica è poi in buona parte eliminata negli Stati Uniti (specie quando si tratti di controllo esercitato dalla *Supreme Court*) in forza del principio dello *stare decisis*¹⁰, ed è, se non eliminata, per lo meno attenuata anche nel Messico, per via del limitato vincolo alla « giurisprudencia » della *Suprema Corte de Justicia* nonché dell'istituto della *suplicencia de la queja deficiente*, introdotto nel 1951¹¹.

§ 3. La soluzione adottata nell'ultimo dopoguerra in Italia e in Germania è, ancora una volta, in certo qual senso a metà strada fra quella adottata dal sistema americano — più concreto, più pragmatico, più legato alle immediate esigenze dei casi individuali —, e quella seguita al contrario dal sistema austriaco kelseniano, più teorico, più astratto, più gene-

⁹ Art. 107, frazione 2ª, della Costituzione federale messicana e art. 76 della *Ley orgánica de amparo*; a' sensi dei quali mai la sentenza dovrà « hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare »; cfr. in argomento ad es. H. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 188 ss., 378-379, 400.

¹⁰ Cfr., per tanti, KAUPER e WAGNER, *op. et locc. ult. citt.*

¹¹ Cfr. ancora FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 189 ss., 296-301, 403 s., 406-408, e v. già *supra*, cap. III, nota 35; sull'istituto della *suplicencia de la queja deficiente* cfr. J.V. CASTRO, *La Suplicencia de la Queja Deficiente en el Juicio de Amparo*, México, Editorial Jus, 1953 (a p. 59 s. l'autore definisce così l'istituto: « es la institución procesal constitucional, de carácter proteccionista y antiformalista y aplicación discrecional, que integra las omisiones — parciales o totales — de la demanda de amparo presentada por el quejoso, siempre a favor y nunca en perjuicio de éste, con las limitaciones y bajo los requisitos señalados por las disposiciones constitucionales conducentes »; vedi anche FIX ZAMUDIO, *op. ult. cit.*, p. 190).

rale. Sia in Italia che in Germania si ritiene infatti che la sentenza, con cui le Corti costituzionali dichiarano la incostituzionalità di una legge, abbia efficacia *erga omnes*, « Allgemeinwirkung », allo stesso modo che in Austria: onde la legge incostituzionale è tolta di mezzo per tutti e per sempre, e non meramente disapplicata in un caso concreto. Sia in Italia, che in Germania — e in questo Paese più decisamente ancora che in quello —, si esclude però che le sentenze di incostituzionalità esplichino la loro efficacia soltanto *ex nunc* o *pro futuro* come in Austria, e si afferma, invece, che si tratta in linea di massima di una efficacia operante *ex tunc*, ossia anche per il passato (efficacia, dunque, *retroattiva* delle sentenze delle Corti costituzionali tedesca e italiana). In altre parole, sia in Italia che in Germania si ritiene — come negli Stati Uniti d'America — che il mero fatto della incostituzionalità sia causa di *assoluta nullità* e quindi di inefficacia *ipso jure* delle leggi, prima ancora che questa incostituzionalità sia dichiarata solennemente e vincolativamente dalla sentenza della competente Corte costituzionale¹².

¹² Cfr. per tanti E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 135, 142-143; A.M. SANDULLI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, *ibidem*, pp. 307-308; anche H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München und Berlin, Beck, 1954, ad § 31, III, 2, c; D. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 133; ma vedi C. BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966. Veggasi pure C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, V (1950), parte I, pp. 296-298; sull'efficacia retroattiva delle pronunce di incostituzionalità rese dalla Corte costituzionale italiana, cfr. ora la sentenza della Corte costituzionale n. 127 del 29 dicembre 1966, in *Riv. dir. proc.*, XXII (1967), p. 128 ss., con nota di E.T. LIEBMAN; nello stesso senso, sia pure con un'inaccettabile limitazione molto criticata dalla dottrina, cfr. anche la sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 11 dicembre 1965, in *Riv. dir. proc.*, XXI (1966), p. 118 ss., con nota di L. BIANCHI D'ESPINOSA.

§ 4. E tuttavia, ancora una volta si deve prendere atto che anche sotto il profilo degli effetti, la stessa originaria contrapposizione fra il sistema americano e il sistema austriaco di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, si era già andata parzialmente attenuando per opera della *Bundes-Verfassungsnovelle* austriaca del 1929.

Come si è detto nel capitolo precedente, questa legge di revisione costituzionale del 1929 introdusse in Austria la legittimazione di due organi giudiziari superiori — l'*Oberster Gerichtshof* ed il *Verwaltungsgerichtshof* — a sollevare, davanti alla Corte costituzionale, le questioni di costituzionalità, limitatamente alle leggi rilevanti nel caso concreto pendente davanti ad essi. Ma come poteva questa nuova legittimazione conciliarsi con l'efficacia *costitutiva*, operante non retroattivamente, ma soltanto *ex tunc* o *pro futuro*, della pronuncia della Corte costituzionale?

Bisogna invero tener presente che nei processi « comuni » (civili, penali, amministrativi) pendenti davanti ai « normali » organi giudiziari, sempre si discute su diritti, su obblighi, su *status* o su responsabilità, derivanti da determinati fatti *avvenuti nel passato*. Questi fatti — contratti, atti illeciti, ecc. — in tanto sono produttivi di determinati obblighi o diritti e di determinati *status* e responsabilità, in quanto così abbia disposto una norma giuridica efficace al momento in cui i fatti stessi si verificarono (e pertanto in un momento *anteriore* alla fase della tutela giurisdizionale). Poniamo dunque il caso che quella norma giuridica fosse incostituzionale: in tal caso, nel sistema nordamericano (secondo l'interpretazione giurisprudenziale tradizionale) e ugualmente, oggi, nei sistemi italiano e tedesco, quella norma, proprio perché incostituzionale, era inefficace anche *prima* che la incostituzionalità fosse dichiarata in sede di *judicial review*: essa era, pertanto, inefficace anche rispetto ai fatti verificatisi prima del controllo giudiziario di costituzionalità. Nel sistema austriaco invece, la norma incostituzionale, come ripeto, è ritenuta perfettamente valida ed efficace fino al

momento in cui sarà pubblicata, senza forza retroattiva, la pronuncia della Corte costituzionale: di modo che i fatti, dedotti nei processi pendenti davanti all'*Oberster Gerichtshof* e al *Verwaltungsgerichtshof*, furono — all'epoca in cui si verificarono — validamente, efficacemente disciplinati dalla norma incostituzionale. Da tutto ciò discenderebbe la conseguenza, perfettamente logica e coerente in teoria ma evidentemente assurda e inaccettabile in pratica, che la pronuncia della Corte costituzionale non potrebbe esplicitare alcuna efficacia proprio rispetto a quei casi concreti pendenti davanti all'*Oberster Gerichtshof* od al *Verwaltungsgerichtshof*, nel corso dei quali sia sorta la questione di costituzionalità.

Proprio per ovviare a questa assurda conseguenza, il sistema austriaco così come fu riformato nel 1929 — che, come si ripete, è il sistema ancor oggi vigente in Austria — ha ammesso una parziale attenuazione della concezione, che era stata rigorosamente adottata invece nel 1920, secondo la quale alle pronunce della Corte costituzionale è negata qualsiasi retroattività. Il sistema riformato del 1929 ha ammesso, cioè, che — *limitatamente al caso concreto*, in occasione del quale sia sorta « in via di eccezione » la questione di costituzionalità — la legge contraria alla Costituzione debba, in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale, essere disapplicata anche rispetto ai fatti verificatisi precedentemente alla pronuncia medesima¹³. Lo stesso KELSEN, in uno scritto del 1929¹⁴, doveva

¹³ Cfr. ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, cit., p. 262; E. MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 463 (« im Falle der Inzidentkontrolle wirkt die Aufhebung aber auf die Rechtssache zurück, die Anlass zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens gegeben hat. Alle übrigen, bis zum Inkrafttreten der Aufhebung gesetzten Vollzugsakte der Verwaltung und der Gerichte werden durch die Aufhebung nicht berührt »); ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 134.

¹⁴ H. KELSEN, *Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 94 (Paris, 1929), p. 127; vedi GRANT, *El Control Jurisdiccional*, cit., pp. 85-86.

in realtà riconoscere che « *cet effet rétroactif de l'annulation est une nécessité technique parce que, sans lui, les autorités chargées de l'application du droit n'auraient pas d'intérêt immédiat et par suite suffisamment puissant à provoquer l'intervention du tribunal constitutionnel... Il faut les encourager à présenter ces requêtes en attribuant dans ce cas à l'annulation un effet rétroactif* ».

D'altra parte, come in Austria le esigenze pratiche hanno portato, nel 1929, ad una attenuazione del rigore teorico della dottrina della non-retroattività; così per altro verso anche negli Stati Uniti d'America, come già s'è accennato, e, similmente, in Germania e in Italia, le esigenze pratiche hanno indotto ad attenuare invece notevolmente la contrapposta dottrina della efficacia *ex tunc*, ossia della retroattività. Questa dottrina parte, come si è detto, dal presupposto che la legge incostituzionale sia *ad origine* nulla ed inefficace. Ciò significa che ogni atto — privato, come ad esempio un contratto, o pubblico, come ad esempio un atto amministrativo o una sentenza —, il quale abbia applicato quella legge (che, come ripeto, è una legge nulla e inefficace), manca di una valida base legale. Può però accadere che una legge sia stata per molto tempo pacificamente applicata da tutti, organi pubblici e soggetti privati: ad esempio, può accadere che un funzionario, eletto o nominato in base a una legge dopo molto tempo dichiarata incostituzionale, abbia lungamente operato in quella sua funzione; o che lo Stato per molti anni abbia riscosso un certo tributo, oppure che un soggetto privato abbia riscosso una pensione, o stipulato determinati contratti, sempre sulla base di una legge successivamente risultata incostituzionale; e così via esemplificando. *Quid* dunque se, ad un certo momento, una legge, per molti anni pacificamente applicata, venga poi ritenuta e dichiarata incostituzionale, con pronuncia avente, secondo la dottrina qui presupposta, effetti retroattivi? Potranno essere distrutti anche tutti gli effetti, che sono stati creati, senza una

valida base legale, da quegli atti pubblici e privati i quali hanno applicato precedentemente la legge stessa?

La risposta a questo quesito è stata, specie nella recente giurisprudenza delle Corti nordamericane — anche per l'efficace stimolo critico del realismo giuridico, che ha dimostrato come la Costituzione sia un « living document » soggetto ad evoluzioni di significato, onde ciò, che ad un certo momento di tale evoluzione può esser conforme o contrario alla Costituzione, può non esserlo ancora o non esserlo più in una fase diversa dell'evoluzione medesima — ispirata a criterî di grande e, a mio avviso, in complesso opportuna pragmaticità ed elasticità¹⁵; e criterî praticamente non troppo dissimili, almeno in parte, sono stati seguiti ora dalla legge o dalla giurisprudenza

¹⁵ Cfr. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, cit., p. 629 s.; GRANT, *El Control*, cit., p. 42 ss.; WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., pp. 102-103 dove è ricordato in argomento un incisivo dictum della *Supreme Court* americana (in *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371, 374 [1940]): « The past cannot always be erased by a new judicial declaration... These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified »; può ora vedersi, ad es., anche Noel T. DOWLING / Gerald GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*⁷, Brooklyn, The Foundation Press, 1965, pp. 53, 803 s. Sul complesso problema della retroattività delle sentenze in materia costituzionale nel diritto americano, rinvio per ampie informazioni e per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a due recenti studî comparativi, entrambi di notevole interesse: L.P. COMOGLIO, *Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, XXII (1967), p. 75 ss., e Wilhelm KNITTEL, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*, Bielefeld, Giesecking, 1965. Naturalmente il tema non può essere più che sfiorato da noi in questa sede: mi limiterò a ricordare quella che è, in materia, una recente e importantissima decisione, quella cioè della *Supreme Court* americana nel caso *Linkletter* contro *Walker* del 1965 (381 U.S. 618 [1965]); vedine ora la traduzione italiana in *Foro it.*, 92 [1967], parte IV, col. 38 ss.).

sia in Italia¹⁶ che in Germania¹⁷. In particolare, basti qui dire che in materia penale le Corti americane hanno sempre ritenuto — ed ora la legge tedesca e quella italiana espressamente dispongono — che, nonostante il passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, nessuno debba essere costretto ad espriare una pena, la quale sia stata inflitta in applicazione di una legge successivamente dichiarata incostituzionale. In materia civile, invece, e talora anche in materia amministrativa, si è preferito rispettare certi « effetti consolidati » (tra i quali emerge particolarmente l'autorità della cosa giudicata) prodotti da atti basati su leggi in seguito dichiarate contrarie alla Costituzione: e ciò in considerazione del fatto che, altrimenti, si avrebbero troppo gravi ripercussioni sulla pace sociale, ossia sull'esigenza di un minimo di certezza e di stabilità dei rapporti e situazioni giuridiche¹⁸.

¹⁶ Cfr. specialmente l'art. 30, commi 3° e 4°, della legge 11 marzo 1953, n. 87.

¹⁷ Si veda il § 79 del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* 12 marzo 1951; cfr. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 143.

¹⁸ Cfr. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 134 s.

Il tema degli effetti delle pronunce sulla legittimità costituzionale delle leggi comporta una quantità di complessi problemi, teorici e pratici, a molti dei quali non s'è nemmeno potuto accennare in queste pagine. Ricordo, ad esempio, il problema concernente la norma da applicarsi in luogo di quella dichiarata incostituzionale (sul quale cfr. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 134), il problema dell'efficacia delle pronunce di rigetto rese dalle Corti costituzionali (sul quale cfr. ad es. il nostro studio *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, XI [1956], parte I, p. 135 ss.), il problema dell'efficacia della parte motiva delle pronunce costituzionali (cfr. ENGELHARDT, *op. ult. cit.*, p. 137 s.), il problema della retroattività di una pronuncia divergente dalla precedente giurisprudenza (cfr. KNITTEL, *Zum Problem der Rückwirkung*, cit.), ecc. ecc. Si tratta, in massima parte, di problemi le cui soluzioni variano talmente da Paese a Paese, da rendere impossibile una loro sintetica inquadratura comparativa.

CAPITOLO VI

CENNO AD ALTRI PROBLEMI E CONCLUSIONE

SOMMARIO: § 1. Altri importanti aspetti e problemi del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, non trattati in questo volume. — § 2. Note conclusive.

§ 1. Prima di concludere il presente studio, vorremmo per lo meno accennare ad altri importanti, complessi e interessanti profili del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, che avrebbero dovuto essere analizzati in un'esposizione meno incompleta.

Avremmo dovuto, ad esempio, prendere in esame il fenomeno del controllo di costituzionalità sotto il profilo della *tecnica processuale*, sotto il profilo cioè delle caratteristiche fondamentali della procedura, e ciò almeno in quei sistemi giuridici, nei quali la legittimità delle leggi è controllata dal giudice in tipi speciali di procedimento, il che avviene particolarmente nei sistemi nei quali vige una forma di controllo « accentrato ». E allora il discorso avrebbe potuto anche portarsi su temi la cui discussione non mi sembra ancora esaurita, nonostante che la mia vecchia tesi, secondo la quale la « giurisdizione costituzionale » è una fra le grandi manifestazioni della giurisdizione non « contenziosa » ma, *lato sensu*, « volontaria » — tesi per vero accolta in Italia nientemeno che da Francesco CARNELUTTI —, sia sempre rimasta un'« opinione di minoranza »¹; anche se è vero però che la conseguenza fonda-

¹ Cfr. sull'argomento, anche per riferimenti ulteriori, la mia relazione su *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giurisprud. costituz.*, V (1960), p. 470 testo e nota 20, e p. 471 *sub c*, e in traduz. spagnola in ISTITUTO

mentale di quella tesi — che, cioè, le pronunce di rigetto del giudice costituzionale non creano la cosa giudicata —, è stata accettata poi in Italia dalla stessa Corte costituzionale².

Avremmo altresì dovuto, in una più completa esposizione, prendere in esame il fenomeno del controllo giudiziario delle leggi sotto il profilo dei delicatissimi problemi ch'esso presenta in materia di *interpretazione* delle norme costituzionali e di quelle ordinarie³. Interessante sarebbe stato altresì di portare la nostra analisi sul profilo della *penetrazione* ossia dell'*ampiezza* del controllo giudiziario delle leggi, il quale, nei Paesi da noi principalmente tenuti presenti (ossia, oltre all'Italia, specialmente gli Stati Uniti, l'Austria, la Germania, ed anche qualche altro Paese come la Svizzera, la Norvegia,

MEXICANO DE DERECHO PROCESAL, *Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal - Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, México, Editorial Stylo, 1960, p. 162 testo e nota 19 e p. 163 *sub c. V.* da ultimo E. VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, p. 83 ss.

² Cfr. il mio *Intervento* in ISTITUTO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL, *op. ult. cit.*, pp. 238-239, e in *Annali della Università di Macerata*, XXIV (1960), p. 140 ss.

³ Cfr. sull'argomento, ultimamente, ad es. Volker HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Bonn, Röhrscheid, 1963; anche il mio studio su *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico: Natura tendenzialmente discrezionale del procedimento di attuazione della norma costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, Padova, Cedam, 1958, p. 83 ss.; Ernst FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961; Otto KIRCHHEIMER, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 93 ss.; Herbert WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 73 (1959-60), p. 1 s., ristampato ora nel vol. di H. WECHSLER, *Principles, Politics, and Fundamental Law. Selected Essays*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961, p. 3 ss. Ricordo anche le profonde osservazioni di Tullio ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, XII (1957), p. 351 ss. (e nel vol. *Problemi giuridici* di T. ASCARELLI, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 139 ss.).

la Danimarca⁴, il Giappone, il Messico, ecc.), è un controllo che si estende tanto alla conformità *formale* quanto alla conformità *sostanziale* delle leggi con la Costituzione (« *förmliche und sachliche Vereinbarkeit der Gesetze mit dem Grundgesetz* »). Per la verità, questa estensione anche alla costituzionalità « sostanziale » delle leggi, è uno degli aspetti che direi senz'altro essenziali di ogni moderno effettivo sistema di controllo giudiziario della legittimità costituzionale delle leggi. Faccio comunque osservare come non sia mancato e non manchi qualche ordinamento, il quale si limita invece ad ammettere un controllo giudiziario sulla sola costituzionalità « formale », ossia sulla mera osservanza delle formalità essenziali che la legge prescrive per la formazione, promulgazione e pubblicazione delle leggi, senza però aggiungere anche un controllo sul *contenuto* delle leggi medesime. È ciò che accadeva in Italia prima del 1948, sotto il « flessibile » Statuto Albertino del 1848⁵; e perfino in Francia — dove, come si è visto, in linea di principio pur non esiste un controllo propriamente giudiziario sulla legittimità costituzionale delle leggi —, sembra ammessa però una lieve attenuazione di questo principio, nel senso che sembra per lo meno riconosciuto un controllo giudiziario sulla costituzionalità formale delle leggi: e precisamente, un controllo giudiziario « diffuso » e « incidentale » ossia spettante a *tutti* i giudici in occasione della deci-

⁴ Cfr. sul punto specifico, ossia sul controllo « formale » e « materiale » di costituzionalità in Norvegia, in Danimarca e in Svizzera, F. CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von H. MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 426, 428; M. IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, *ibidem*, pp. 514-515.

⁵ Cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, ristampa 1964; v. anche, ad es., Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi*, nel vol. *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, supplemento de *La Rassegna Mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1957, p. 4 s.

sione dei casi concreti di loro competenza. « Il semble — scrivono infatti due Colleghi francesi in uno studio recente⁶ — que les juges (français) », ai quali è appunto interdetto di « juger de la constitutionnalité 'matérielle' ou 'intrinsèque' des lois », « ne repoussent pas l'idée de contrôler l'inconstitutionnalité 'formelle' ou 'extrinsèque' des actes publiés sous l'intitulé de 'lois', c'est-à-dire de vérifier si la soi-disant loi a bien été votée suivant les règles constitutionnelles sur la procédure législative et promulguée régulièrement ». La scarsa importanza pratica di questo controllo giudiziario meramente formale, è peraltro subito riconosciuta dai due autori: « mais en tout cas — essi infatti si affrettano ad aggiungere —, la question ne se posera, en fait, que *très rarement* »⁷.

§ 2. Questi ed altri problemi — come quello, di grande importanza pratica ed anche ideologica, della pubblicità dei voti di dissenso, una pubblicità ch'è stata vietata purtroppo ai giudici costituzionali italiani, tedeschi ed austriaci, com'è noto⁸ — avrebbero dovuto essere discussi in questa sede, se la nostra esposizione avesse preteso di essere completa.

⁶ C. EISENMANN / L. HAMON, *La Juridiction Constitutionnelle en Droit français*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 241, 283.

⁷ Cfr. in argomento pure R. BERNHARDT, *Vergleichende Sachberichte: Normenkontrolle*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 734 testo e nota 89.

⁸ Va peraltro rilevato negli ultimi anni un forte allargamento del movimento in favore della pubblicità delle opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Cfr. i due recenti volumi: C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, e W. HEYDE, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters*, Bielefeld, Giesecking, 1966; cfr. anche K.H. NADELMANN, *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West-Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 13 (1964), p. 268 ss.; M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XVI (1962), p. 214 s.; Id., *Intervento*, nel volume collettaneo *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 400-402; FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 188-189; H.G. RUPP, *Zur Frage*

Ma la nostra ambizione, lungi da ogni pretesa di completezza, è stata piuttosto quella di far vedere, attraverso una sia pur sommaria e lacunosa indagine comparativa, come sia ormai universalmente sentita la grande attualità, l'importanza pratica e l'interesse scientifico di questo tema del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi. Il fenomeno su cui ci siamo soffermati in queste pagine, un fenomeno che abbiamo visto essersi andato estendendo in maniera impressionante nel mondo contemporaneo, si esprime invero in quello che certamente è uno dei più affascinanti fra gli istituti giuridici che mai siano stati inventati dall'ingegno dell'uomo, e certo uno dei più significativi dell'epoca in cui viviamo. In esso, come è stato rilevato già nella presentazione di questo volume, l'uomo ha cercato di comporre l'antica, profonda e sempre riemergente contrapposizione fra il diritto naturale e il diritto positivo, fra la giustizia e il diritto, il cui rapporto dialettico ha sempre costituito un fattore vitale della evoluzione giuridica. Finché il diritto non era incorporato tutto nella legge, si poteva considerare invalida la legge ingiusta. Poi, con il prevalere del « legalismo » sul « giusnaturalismo » dei secoli precedenti, sorsero, per lo meno, le premesse di un primo vastissimo controllo di *legalità* (*Cour de Cassation, Conseil d'Etat*). Ma l'esigenza di una giustizia al di sopra delle leggi si andò subito ripresentando con più concreta evidenza, sotto forma di « dichiarazioni dei diritti » e di « Costituzioni » aventi valore superiore alle leggi stesse. È appunto nella *garanzia di una superiore legalità*, che il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi trova la sua ragion d'essere: e si tratta di una garanzia che da molti è considerata ormai come un importante,

der Dissenting Opinion, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen, Mohr, 1966, p. 531 ss.; Taylor COLLE, *Three Constitutional Courts: A Comparison*, in *American Political Science Review*, 53 (1959), p. 969. Un primo positivo risultato di quel movimento si può già vedere nell'art. 5, comma 2°, del nuovo Regolamento generale della Corte costituzionale italiana, in *Gazz. uff.*, 19 febbraio 1966, n. 45, *ed. spec.*

se non necessario, coronamento dello Stato di diritto e che, contrapposta alla concezione dello Stato assoluto, rappresenta uno dei valori più preziosi del pensiero giuridico e politico contemporaneo.

La Costituzione vuol essere, nel diritto moderno, una forma legalistica di superare il legalismo, un ritorno al giusnaturalismo con gli strumenti del positivismo giuridico⁹. Un ritorno, però, che è anche consapevolezza del superamento dei vecchi schemi giusnaturalistici: da un diritto naturale inteso come *assoluto ed eterno* (e quindi *immobile*) valore, ad un giusnaturalismo *storico*, diritto naturale *vigente*¹⁰: un fenomeno, come ognuno vede, perfettamente parallelo a quello del passaggio dalla metodologia aprioristico-deduttiva di un astratto universalismo, al superamento delle chiusure nazionali del positivismo attraverso gli strumenti realistico-induttivi del metodo comparativo¹¹.

La norma costituzionale, pur essendo norma positiva, porta ad un riavvicinamento del diritto alla giustizia. In quanto norma naturalmente più generica, vaga, elastica, essa racchiude quei concetti di valore che postulano un'attuazione creativa, anzi accentuatamente creativa, e, in quanto tale, suscettiva di adeguarsi ai mutamenti, inevitabili, del « valore » medesimo.

⁹ « La problematica del diritto naturale oggi può essere affrontata solo sul terreno del costituzionalismo ». Così, acutamente, Nicola MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XVII (1963), p. 988.

¹⁰ Questa evoluzione in senso storicistico del giusnaturalismo, è uno dei più importanti e interessanti sviluppi del pensiero contemporaneo. Cfr., ultimamente, G. FASSÒ, *La legge della ragione*², Bologna, Il Mulino, 1966, p. 199 ss. e ivi ampî riferimenti. A p. 199 sottolinea giustamente il FASSÒ che « tutte le dottrine [giusnaturalistiche] che, comunque la concepissero — decreto di una volontà superiore, fatto di natura, ed anche dettame della ragione —, affermarono la validità di una norma anteriore e superiore a quelle poste dallo Stato, hanno, salvo eccezioni rarissime, inteso fino a pochissimo tempo fa tale norma come estranea alla storia, assoluta, immutabile, eterna ».

¹¹ Cfr. ancora la *Presentazione* di questo volume.

Invero, nella concezione moderna la norma costituzionale altro non è che il tentativo — forse impossibile, forse « faustiano », ma profondamente umano — di trasformare in diritto scritto i supremi valori, il tentativo di fermare, di « definire » insomma, in una norma positiva, ciò che per sua natura è inarrestabile, indefinibile, — *Assoluto*. La giustizia costituzionale è la garanzia di quella « definizione »; ma è anche, nello stesso tempo, lo strumento per renderla accettabile, adattandola alle concrete esigenze di un destino di perenne mutabilità.

Ai fini di questa « relativizzazione », di questa « positivizzazione » dell'Assoluto, l'ingegno creativo dell'uomo ha scoperto appunto nella giustizia costituzionale lo strumento più raffinato, più perfezionato, anche se soggetto, come tutti gli strumenti umani, ad errori, variazioni, manchevolezze. Riflettendo le caratteristiche della norma costituzionale alla cui attuazione concreta essa deve vegliare, la giustizia costituzionale, attraverso una interpretazione accentuatamente discrezionale (ma non per questo arbitraria), si fa *giurisdizione di equità costituzionale*¹², affidata ad un « organo sovrano »¹³ composto di giudici indipendenti e imparziali, tesi alla *umanizzazione di quell'Assoluto*, alla *concretizzazione di quei supremi valori*, i quali, racchiusi e cristallizzati nelle formule delle Costituzioni, sarebbero fredda e statica irrealtà. La giustizia costituzionale esprime insomma la vita stessa, la realtà dinamica, il divenire delle « Leggi fondamentali ».

¹² Cfr. il nostro studio su *L'attività e i poteri del giudice costituzionale*, cit.

¹³ Cfr. P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprud. costituz.*, II (1957), e ora in *Scritti di diritto costituzionale* di P. BARILE, Padova, Cedam, 1967, p. 226 ss.; G. LEIBHOLZ, *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, nel volume *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe, Müller, 1963, p. 61 ss., specie a p. 73 ss.; ID., *Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Einleitung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 6 (1957), p. 109 ss., specie a p. 118 s.

SUMMARY

This book sets out to apply the comparative method to the study of judicial review.

After distinguishing judicial review from types of control of constitutionality which are not judicial in nature and are to be found in France and in Socialist countries, an examination of some historical precedents is given. These are to be found, for example, in ancient Athens, medioeval Europe and 17th century England. It may be admitted, however, that judicial review, as it is known to-day, really came into being with Chief Justice Marshall's judgement in *Marbury v. Madison*.

A survey of the modern world reveals two types of systems. On the one hand judicial review may be exercised, as in the United States, by the ordinary judges in the normal course of concrete cases. Elsewhere Constitutional Courts have been created, and they alone are empowered to decide questions of constitutionality. Hence such questions are considered by a distinct legal body and are not resolved by the ordinary courts in the same way as any other point of law. Further differences may be found in the effects of a judgement of unconstitutionality, which may be either general or particular, retroactive or not. The reasons for this divergence are both practical and theoretical and are largely a reflection of the different approaches of the common law and the civil law.

These are some of the questions which this book considers; it is above all an attempt to underline the importance of judicial review in a modern conception of law and justice.

INDICE DEGLI AUTORI

*In ogni capitolo le opere sono citate integralmente soltanto la prima volta.
I numeri in grassetto rinviano alle citazioni integrali.*

- ABADAN, Y., **58**.
 ABE, T., **54**, 63, 78.
 ABRAHAM, H.J., **36**, 44, **82**.
 ADAMS, J., 48.
 ADAMS, J.C., V, **55**, 65, 66, 67, 83,
 84, **102**.
 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., V,
 57, 81.
 ANCEL, M., **67**.
 ANZILOTTI, D., VI.
 AQUINO, ved. TOMMASO D'.
 ARISTOTELE, 32, 34.
 ASCARELLI, T., **118**.
 AZRAK, A.Ü., **58**, 81, 87, **100**, **107**.
 AZZARITI, G., **12**, 19, **29**, 31, **51**,
 57, 62, 83, 87, **119**.

 BACHOF, O., **76**.
 BAGEHOT, W., 36.
 BALTA, T.B., **58**, **100**, **106**.
 BARILE, P., **80**, **123**.
 BARRET, Jr., E.L., **30**.
 BARTHÉLEMY, J., 5.
 BARTIN, E., VI.
 BATAILLER, F., **6**, 7, 23, **78**.
 BATTAGLINI, M., **5**, 14, 17, 19, **34**,
 35.
 BEÉR, J., **12**.
 BERNHARDT, R., **69**, **120**.
 BETH, L.P., **34**.
 BIANCHI D'ESPINOSA, L., **110**.
 BICKART, R., **39**.
 BISCARETTI DI RUFFÌA, P., **11**, **12**, 13,
 16, 17, 18, **30**, 31, **59**, **62**, **107**.

 BLACK, Jr., Ch. L., **60**.
 BLACKSTONE (Sir), W., 36.
 BLÜMEL, W., **58**, 69.
 BOBBIO, N., XI.
 BÖCKENFÖRDE, C., **110**.
 BONIFACIO, F., **80**.
 BRACON, H. de, 42.
 BRADLEY, A.W., **19**.
 BRATUS', S.N., **14**.
 BRISEÑO SIERRA, H., V.
 BROWN, B.F., **35**.
 BRUTON, J., **30**.
 BRUZELIUS, A., **55**.
 BUERSTEDDE, L., **6**, 7, 8.
 BUERSTEDDE, W. **82**, 84.
 BURDEAU, G., **5**.
 BURGOA, I., **5**.
 BUZAID, A., **50**.

 CAHILL, Jr., F.V., **76**.
 CALAMANDREI, P., **10**, **20**, 21, **22**,
 25, **51**, 60, 75, 76, **77**, **80**, **90**,
 118.
 CAPÍN MARTÍNEZ, L., V.
 CAPPELLETTI, M., V, VI, **2**, 3, **54**,
 55, **64**, **66**, 67, 71, **75**, **76**, 83,
 84, **99**, **100**, **102**, **117**, **118**,
 120, 123.
 CARNELUTTI, F., 117.
 CARRÉ, G.L.J., 84.
 CASTBERG, F., **55**, 65, 85, **90**, **119**.
 CASTRO, J.V., **109**.
 CATINELLA, S., **19**, **29**, 30, 46, 48,
 56, 77, 82.

- CERETI, C., 71.
 CHIOVENDA, G., 84.
 CHKHKVADZE, V.M., 12.
 CICERONE, 35.
 CODDING, J., G.A., 64, 79.
 COING, H., 35, 40.
 COKE (Sir), E., 27, 42, 43, 44, 47.
 COLE, T., 83, 121.
 COLLIARD, C.-A., 6, 7, 9, 60, 81, 82, 86.
 COMOGGIO, L.P., 114.
 CONSTANT, B., VIII.
 CORWIN, E.S., 33, 34, 35, 36, 37, 42, 43, 44, 48, 106.
 COTTA, S., 37, 38, 39, 42, 43, 44.
 CROSA, E., 33.
 CUCHE, P., 84.
- DAVID, R., 11, 16, 69, 78.
 DEENER, D., 34, 44, 56, 57, 69.
 DE FRANCISCI, P., 32, 33, 34.
 DEMOSTENE, 34.
 DENISOV, A., 14.
 DE PANGE, J., 35.
 DERATHÉ, R., 38.
 DE' SANTI, ved. GROTTANELLI DE' SANTI, G.
 DE TOCQUEVILLE, ved. TOCQUEVILLE, A., de.
 DE VRIES, H.P., 69.
 DIETZE, G., 5, 44, 56, 71, 77.
 DJORDJEVIC, J., 58.
 DOWLING, N.T., 91, 114.
 DUGUIT, L., 5, 77, 82.
 DUVERGER, M., 5, 6.
- ECKHOFF, T., 65, 84.
 ECONOMOU, D.P., 52.
 EDSALL, P.D., 90.
 EHRENBURG, V., 31, 32, 33.
 EHRMANN, H.W., 83.
 EINAUDI, M., 36, 40, 41, 47, 48, 82.
 EISENMANN, Ch., 7, 8, 77, 81, 82, 84, 86, 120.
 ELLUL, J., 5, 38.
- ENGEL, S., 6, 81, 82, 83.
 ENGELHARDT, D., 3, 8, 39, 47, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 62, 65, 81, 82, 83, 91, 92, 97, 98, 99, 100, 110, 112, 115.
 ENTRÈVES, ved. PASSERIN D'ENTRÈVES, A.
 ERMACORA, F., 87, 94, 108, 112.
 ESMEIN, H., 5.
 ESPINOSA, ved. BIANCHI D'ESPINOSA, L.
 ESPOSITO, C., 9, 68, 71, 76, 110, 119.
- FASSÒ, G., 35, 36, 37, 40, 122.
 FAVOREU, L., 7, 8, 9, 83.
 FAVRE, A., 55.
 FERRETTIANS, J.-P., 11, 12, 58.
 FIELD, O.P., 90.
 FIX ZAMUDIO, H., V, 2, 5, 25, 51, 54, 66, 100, 101, 109.
 FLAMMERMONT, J., 38.
 FLEINER, F., 64.
 FORSTHOFF, E., 118.
 FORTESCUE (Sir), J., 43.
 FRAGISTAS, C., VI.
 FRANCHI, G., 59.
 FREUND, P.A., 73.
 FRIESENHAHN, E., 60, 70, 97, 98, 100, 110, 115, 120.
 FURNO, C., 22.
- GARCÍA LAGUARDIA, J.M., 43.
 GIACOMETTI, Z., 54, 64, 65.
 GIERKE, O., von, 35.
 GIESEY, R.H., 39.
 GINSBURG, R.B., 55.
 GLASSON, E., 20.
 GÓMEZ LARA, C., V.
 GOUGH, J.W., 42, 43.
 GRANT, J.A.C., 28, 31, 45, 46, 47, 50, 53, 72, 73, 90, 92, 106, 112, 114.
 GROSSMANN, R.H., 48, 55, 65.
 GROTIUS, H., 36.

- GROTTANELLI DE' SANTI, G., **3**.
 GUETZÉVITCH, ved. MIRKINE-GUET-
 ZÉVITCH, B.
 GUNTHER, G., **91, 114**.
- HAAK, V., **118**.
 HALL, K.-H., **10**.
 HAMILTON, A., **60, 67, 70**.
 HAMON, L., **7, 8, 77, 81, 82, 84, 86, 120**.
 HAURIU, M., **5, 77**.
 HAYASHIDA, K., **53, 63, 72, 73, 103**.
 HAZARD, J.H., **16**.
 HERLITZ, N., **55**.
 HEYDE, W., **120**.
 HIGNETT, C., **32**.
 HOLDSWORTH, W.S., **43**.
 HONNOLD, J., **30**.
 HUFTEAU, Y.-L., **22, 23, 24**.
- IMBODEN, M., **54, 55, 64, 119**.
 ITO, M., **78**.
- JACKSON, R.H., **42**.
 JEDRYKA, Z., **14, 15, 16, 18, 19**.
 JÈZE, G., **5, 77**.
- KAHN, F., VI.
 KAPUR, J.L., **47**.
 KARIS, Th., **46**.
 KASTARI, P., **11, 12, 56, 58**.
 KAUPER, P.G., **92, 102, 103, 104, 108, 109, 114**.
 KELSEN, H., **52, 57, 76, 105, 112**.
 KHALFINA, R.O., **16**.
 KIRCHHEIMER, O., **76, 118**.
 KIRICHENKO, M., **14**.
 KIYOMIYA, S., **53, 63, 73, 78, 103, 108**.
 KNITTEL, W., **114, 115**.
 KOHLER, J., **40**.
 KOVÁCS, I., **15**.
 KRBEK, I., **58**.
 KUZNETSOV, I.N., **13**.
- LABAND, P., **71**.
 LACY, F.R., **59**.
- LAGUARDIA, ved. GARCÍA LAGUARDIA,
 J.M.
 LAMBERT, E., **24, 42, 85**.
 LARA, ved. GÓMEZ LARA, C.
 LECHNER, H., **110**.
 LEIBHOLZ, G., **54, 73, 103**.
 LEMAIRE, A., **39**.
 LEMASURIER, J., **5, 82, 86**.
 LIEBMAN, E.T., **21, 110**.
 LITTLETON (Sir), Th., **43**.
 LOCKE, J., **36**.
 LOYSEAU, Ch., **39**.
- MAGNUS, J., **74**.
 MAKI, J.M., **72, 78, 103**.
 MANCINI, P.S., VI.
 MARCIC, R., **2, 34**.
 MARSHALL, J., **29, 30, 48, 59, 70**.
 MASSART, E., **7, 82**.
 MASTELLONE, S., **39**.
 MATTEUCCI, N., **122**.
 MAURACH, R., **16**.
 McNELLY, Th., **78**.
 McWHINNEY, E., **29, 45, 46, 47, 52, 73**.
 MEDINA, I., V.
 MEHREN, A.T., von, **42, 78, 79, 103**.
 MELICHAR, E., **61, 70, 94, 95, 96, 112**.
 MERIKOSKI, V., **56**.
 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., **74**.
 MITSKEVICH, A.V., **14**.
 MOKICHEV, K.A., **11**.
 MONTESQUIEU, Ch. De Secondat, ba-
 ron de, **20, 39, 84**.
 MORTATI, C., **59, 120**.
 MOSLER, H., **7, 45, 52, 90, 106, 119**.
 MOSSA, L., **8**.
 MOUSKHÉLY, M., **12, 14, 15, 16, 18, 19**.
- NADELMANN, K.H., **120**.
 NATHANSON, N.L., **54, 78**.
- OTIS, J., **48**.

- PALADIN, L., **87**.
 PAOLI, U.E., **31, 32, 33**.
 PASSERIN D'ENTRÈVES, A., **33, 37**.
 PERROT, R., **9**.
 PETRÉN, G., **56**.
 PHILLIPS, G.G., **19**.
 PIERANDREI, F., **8, 62, 81, 85**.
 PIOVANI, P., **38**.
 PLATONE, **32, 34**.
 PLUCKNETT, F.T., **36, 43, 44**.
- RABEL, E., **VI**.
 RAMÍREZ, ved. TENA RAMÍREZ, F.
 RANKIN (Sir), G., **19**.
 ROELLECKE, G., **76**.
 ROUSSEAU, J.-J., **20, 36**.
 ROZMARYN, S., **11, 12, 13, 15, 16, 18, 30, 31, 59, 62, 107**.
 RUFFÌA, ved. BISCARETTI DI RUFFÌA, P.
 RUPP, H.G., **120**.
- SAARIO, V., **56, 91**.
 SABATINI, G., **21**.
 SALEMI, Jr., G., **57**.
 SAMOSHCHENKO, I.S., **14**.
 SANDULLI, A.M., **98, 110**.
 SAVIGNY, F.K., von, **VI**.
 SCHINDLER, Jr., D., **55**.
 SCHMID, C., **76**.
 SCHORN, H., **77**.
 SHAFIR, M.A., **14**.
 SHEBANOV, A.F., **11**.
 SHORINA, E.V., **14, 17**.
 SIERRA, ved. BRISEÑO SIERRA, H.
 SMITH, J.H., **46**.
 SOLUS, H., **9**.
 SORRENTINO, F., **3**.
 SPANNER, H., **52, 56, 77**.
 SRZENTIČ, N., **58**.
 STALIN, J.V., **12**.
 STORING, J. A., **65, 91**.
 STROGOVICH, M.S., **14**.
- TAFT, W.H., **73**.
 TENA RAMÍREZ, F., **2**.
 TISSIER, A., **20**.
 TOCQUEVILLE, A., de, **61, 103**.
 TOMMASO D'AQUINO, **37**.
 TOURNEUX, M., **38**.
 TROMBETAS, Th.P., **28, 104**.
 TZERMIAS, P., **58**.
- UOTILA, J., **56**.
- VASIL'EV, A.M., **11, 17**.
 VEDEL, G., **23, 77**.
 VESCOVI, E., **50, 74, 83, 118**.
 VIGORITI, V., **59**.
 VILE, M.J.C., **84, 85**.
 VINCENT, J., **84**.
 VON GIERKE, ved. GIERKE, O., von.
 VON MEHREN, ved. MEHREN, A.T., von.
 VON SAVIGNY, ved. SAVIGNY, F.K., von.
 VON WEBER, ved. WEBER, H., von.
 VYSHINSKY, A.Y., **11, 12**.
- WADE, E.C.S., **19**.
 WAGNER, W.J., **29, 46, 64, 83, 107, 108, 109, 114**.
 WALINE, M., **6**.
 WEBER, H., von, **39**.
 WECHSLER, H., **118**.
 WIGNY, P., **78, 83**.
 WILDHABER, L., **90**.
 WOLF, E., **55, 67**.
 WRIGHT, B.F., **43, 44, 52**.
 WRIGHT, C.A., **91**.
- ZAJTAY, I., **69**.
 ZAMORA, ved. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N.
 ZAMUDIO, ved. FIX ZAMUDIO, H.
 ZANOBINI, G., **83**.
 ZELLWEGER, E., **16**.
 ZWEIGERT, K., **76**.

Questo libro di Cappelletti ha quasi sessant'anni ma nonostante il trascorso del tempo mantiene la sua importanza e validità. Vuoi nella ricostruzione dell'impianto dei sistemi di giustizia costituzionale e la loro vocazione a tutela dei diritti di libertà, vuoi per la lezione che esprime su come si deve fare la comparazione. La quale, «come la storia, rappresenta per le scienze sociali, e quindi anche per il diritto, ciò che per le scienze naturali è la sperimentazione di laboratorio». Cappelletti è stato uno scienziato e un diffusore di cultura, non solo giuridica. Un uomo di frontiera, anzi senza frontiere. Con il suo continuo peregrinare in giro per il mondo, lasciando sempre solida traccia e vivida testimonianza del suo magistero. Anche per questo è stato un vero e grande comparatista, *one of precious comparatists*. Un processual-comparatista come lui stesso si definiva. Aveva una grandissima capacità di interpretare i segni dei tempi che scaturiva senz'altro dal genio delle sue doti intellettuali ma anche dalla grande lezione appresa dal suo Maestro Piero Calamandrei.

MAURO CAPPELLETTI (Folgarida, 1927 – Fiesole, 2004), fra gli allievi prediletti di Piero Calamandrei, di cui ha curato gli *Scritti Giuridici* (riediti dalla Roma Tre Press), è stato professore di diritto processuale civile prima all'Università di Macerata (1957-62) e poi, dal 1963, all'Università di Firenze, dove ha fondato e diretto l'Istituto di Diritto comparato. Ha insegnato all'Istituto Universitario Europeo (1976-1987) ed è stato *visiting professor* in numerose università straniere, specialmente negli Stati Uniti d'America. In particolare a Stanford dove è stato professore titolare, presso la *Law School*, di *International Legal Studies*. Ha presieduto l'Associazione Italiana di Diritto Comparato e numerose associazioni internazionali. Dopo la prima monografia, del 1955, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*; hanno fatto seguito, tra i tanti volumi, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile* (1957), *Processo e ideologie* (1969), *Giudici legislatori?* (1984), *Giudici irresponsabili?* (1988), *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee* (1994). Molte le opere pubblicate in lingua inglese, fra cui: *The Italian Legal System. An Introduction* (con J.H. Merryman e J.M. Perillo) (1967); *The Judicial Process in Comparative Perspective* (1988) e la curatela della monumentale ricerca pubblicata in quattro volumi e sei tomi: *Access to Justice* (1978-79).

TOMMASO EDOARDO FROSINI è professore di Diritto pubblico comparato nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, dove dirige il Dipartimento di Scienze giuridiche ed economiche. È stato vicepresidente del Consiglio Nazionale delle Ricerche. Autore di centinaia di saggi sulle maggiori riviste giuridiche e di decine di libri, fra gli ultimi: *Diritto senza confini*, Napoli 2022; *Liberté Egalité Internet*, 3° ed., Napoli 2023. Autore, con G. de Vergottini, del manuale *Diritto Pubblico*, 3° ed., Padova 2023, nonché curatore del manuale *Diritto pubblico comparato*, 2° ed., Bologna 2022.