

Presentazione

L'elaborazione e l'impostazione di questo volume si avvale dell'esperienza maturata e degli studi condotti dagli autori nell'ambito dell'Insegnamento e del Dottorato di Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali, quest'ultimo attivo ormai da diversi anni presso il Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università di Pisa, e ai fini della predisposizione, a cadenza triennale, degli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale.

La *Giustizia costituzionale* intende, secondo quanto preannunciato nell'ultimo volume degli *Aggiornamenti*, proporsi come un manuale e come tale, pur sempre attento alla concretezza dei temi ed al modo in cui il nostro sistema di giustizia costituzionale si è effettivamente realizzato, non più legato alla esposizione della giurisprudenza di un periodo specificamente preso in considerazione.

Il volume è destinato agli studenti e si propone quindi finalità essenzialmente di tipo didattico; da ciò la scelta di un testo scritto in uno stile il più possibile chiaro, lineare e del tutto privo di note, sia di carattere bibliografico che giurisprudenziale.

Nel giudizio sulle leggi in via di azione l'esame della nuova competenza della Corte costituzionale sugli statuti regionali e del nuovo sistema di impugnazione delle leggi regionali tiene conto delle interpretazioni fornite attraverso le prime applicazioni giurisprudenziali e delle previsioni della l. 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. legge La Loggia).

Nel giudizio sui conflitti tra poteri e sulla responsabilità del Presidente della Repubblica viene esaminata l'influenza della l. 20 giugno 2003, n. 140, contenente disposizioni in materia di immunità parlamentari e di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato (c.d. lodo Schifani).

Anche in linea con le esigenze derivanti dai nuovi ordinamenti didattici, si è cercato di contenere quanto possibile le dimensioni del volume, senza però con ciò dimenticare il livello universitario della preparazione necessariamente richiesta agli studenti di giustizia costituzionale.

Solo una verifica sul campo potrà dare la risposta di quanto si sia riusciti nell'intento, ed anche per questo siamo fin da adesso grati a coloro che vorranno farci pervenire rilievi o suggerimenti che consentiranno di eliminare almeno alcuni dei limiti che il manuale mostrerà.

Pisa, settembre 2003

Presentazione della sesta edizione

Questa sesta edizione del manuale di Giustizia costituzionale continua a ispirarsi all'idea originaria di un volume che si propone finalità essenzialmente di tipo didattico, scritto, per quanto ci siamo riusciti, in maniera chiara, lineare e privo di note, con gli accorgimenti che hanno via via consentito, nei nostri auspici, di rendere più agevole la lettura del testo, vale a dire i tioletti, la nota bibliografica, l'indice analitico. Il volumetto contenente gli atti normativi permette di reperire con immediatezza le fonti sulla giustizia costituzionale.

La necessità di ricorrere a una nuova edizione sta essenzialmente nella rapida evoluzione della materia, soprattutto in conseguenza dei cambiamenti intervenuti sul piano ordinamentale e sopranazionale, che non hanno mancato di evidenziare precise conseguenze sullo stesso ruolo della Corte.

Facendo solo qualche esempio potremmo segnalare il ribaltamento, circa la forma della pronuncia, del rapporto tra il ricorso alla sentenza rispetto alla ordinanza a vantaggio della prima ed il maggior utilizzo della udienza pubblica rispetto alla camera di consiglio; il ridimensionamento delle prospettive di sindacabilità dei regolamenti parlamentari nell'ambito del conflitto tra poteri dello Stato (sent. 262/17); le affermazioni in tema di limite della manipolatività del quesito referendario nel giudizio di ammissibilità (sent. 26/17).

Nella presentazione della quinta edizione (2016) avevamo in particolare sottolineato come il “pendolo” della natura della Corte pareva, negli ultimi anni, oscillare pericolosamente verso il polo politico a scapito di quello giurisdizionale, indicando una serie di pronunce a dimostrazione di tale andamento.

Nei due anni e poco più che sono seguiti, la tendenza può ritenersi confermata, mentre un aspetto nuovo che pare emergere è quello di una tendenza all’“accentramento” del controllo di costituzionalità delle leggi, la quale segna in certo senso una inversione di tendenza rispetto a precedenti, anche risalenti, atteggiamenti che al contrario andavano chiaramente verso una “diffusione”, specie attraverso una valorizzazione dell'attività interpretativa dei giudici comuni.

La suddetta tendenza all’“accentramento” potrebbe vedersi come una risposta da parte della Corte al rischio di trovarsi in qualche misura scavalcata o quasi sostituita, nel proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali, da parte dei giudici, vuoi attraverso la tecnica, da essa stessa fortemente sollecitata e valorizzata, della interpretazione conforme, vuoi tramite la instaurazione di un dialogo diretto con la Corte di giustizia e l'utilizzo del rinvio pregiudiziale, che è andato da tempo trasformandosi da istituto motivato dal fine di una uniforme interpretazione del

diritto dell'Unione europea a sostanziale controllo della conformità allo stesso del diritto nazionale. La Corte costituzionale in questi ultimi anni ha mostrato di voler reagire puntualizzando alcune precedenti affermazioni o portandovi importanti deroghe, sempre verso l'“accentramento”.

Nel primo senso è quella giurisprudenza che ha ridimensionato la celeberrima frase della sent. 356/96 (“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma *perché è impossibile* darne interpretazioni costituzionali”), modificandola nel senso che è sufficiente per il giudice motivare in modo plausibile la scelta di non seguire una interpretazione che supera i dubbi di costituzionalità e che la fondatezza delle diverse interpretazioni attiene al merito della questione.

Nel secondo senso va invece la decisione (269/17) con cui la Corte introduce una deroga alla precedente giurisprudenza, consolidata nel ritenere che in caso di “doppia pregiudizialità”, il giudizio della Corte di giustizia deve precedere quello costituzionale. Con la suddetta pronuncia la Corte sostiene invece che, qualora il problema della doppia pregiudizialità si ponga per contemporaneo supposto contrasto con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il giudice deve prioritariamente sollevare la questione di costituzionalità.

Come in parte già segnalato, il rapporto con le Corti d'Europa ha visto importanti pronunce, sia in relazione all'ordinamento eurounitario sia con riguardo all'ordinamento convenzionale e ai rapporti con la Corte Edu, in particolare con riguardo al valore ed al grado di vincolatività da riconoscere alle interpretazioni della Cedu ad opera della Corte di Strasburgo ed alla efficacia delle sue decisioni di condanna. In questi anni la Corte costituzionale (sent. 43/18) ha per la seconda volta parificato, *quoad effectum*, il mutamento giurisprudenziale della Corte Edu allo *ius superveniens* ai fini della restituzione degli atti al giudice *a quo*.

In relazione all'ordinamento eurounitario si è conclusa (per adesso) la vicenda “Taricco” (sent. 115/08), la quale ha visto farsi reale la possibilità che la Corte giungesse a dare applicazione ai c.d. controlimiti, dopo aver posto il problema in maniera decisa e quasi perentoria attraverso una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Il tutto in un quadro ancora fondamentalmente in evoluzione, segnato, in particolare, dalla attesa in ordine all'adesione dell'Unione europea alla Cedu e dalla entrata in vigore il 1° agosto 2018 del Protocollo XVI alla Cedu, che potrebbe condurre ad una situazione di “trippla pregiudizialità”.

Il volume è dedicato al ricordo di Alessandro Pizzorusso, a quasi tre anni dalla sua scomparsa, come piccolo segno di ringraziamento per il suo insostituibile insegnamento.

Pisa, ottobre 2018

Capitolo primo

Le origini della giustizia costituzionale, i modelli e le loro evoluzioni.

La genesi della Corte costituzionale italiana

SOMMARIO: Sezione I. *Le origini e i modelli di giustizia costituzionale.* – 1. L'emergere, negli Stati Uniti, del *judicial review of legislation*. – 2. Lo sviluppo, in Europa, di una nuova forma di controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi. – 3. L'evoluzione della giustizia costituzionale e il sorgere di modelli c.d. misti. – 4. La diffusione della giustizia costituzionale e il progressivo aumento delle competenze affidate ai relativi organi. – Sezione II. *La tutela dei diritti fondamentali degli individui, le modalità di accesso agli organi della giustizia costituzionale, il ricorso diretto del singolo.* – 1. La tutela dei diritti fondamentali degli individui offerta dai sistemi di giustizia costituzionale. – 2. Tutela dei diritti individuali e classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale. – 3. Le origini del ricorso diretto. – 4. La tipologia assunta dal ricorso diretto nelle varie esperienze. – 5. Il naturale adattamento degli istituti e il suo significato all'interno dei sistemi di giustizia costituzionale. – Sezione III. *La genesi della Corte costituzionale italiana.* – 1. Il dibattito in Assemblea costituente e l'esito dei lavori. – 2. La previsione costituzionale, la mancata attivazione della Corte fino al 1956, e le esperienze concretamente avutesi tra il 1948 ed il 1955. – 3. Le fonti sulla giustizia costituzionale.

Sezione I

Le origini e i modelli di giustizia costituzionale

1. L'emergere, negli Stati Uniti, del judicial review of legislation

Per spiegare le origini della giustizia costituzionale è necessario risalire all'età delle costituzioni rivoluzionarie, nordamericana e francese. È nella seconda metà del XVIII secolo, infatti, che si delineano i presupposti affinché di giustizia costituzionale in senso proprio si possa iniziare a parlare, ed in particolare è nel contesto del dibattito che si sviluppa prima della Convenzione di Filadelfia, e poi attorno al testo della Carta statunitense del 1787, che affiora per la prima volta l'idea di un controllo sulla conformità delle leggi ai superiori principi contenuti nella Costituzione.

L'idea del controllo di costituzionalità delle leggi

“Una legge contro la costituzione è nulla; una legge contro l’equità naturale è nulla (...). Le Corti esecutive non devono applicarla”. Così scriveva James Otis già nel 1761.

Alcuni
presupposti
teorici

Giuocano un ruolo favorevole in questa direzione alcuni elementi teorici fondamentali già acquisiti dai capi intellettuali del movimento di indipendenza nordamericano – che manca, invece, nella cultura europea del medesimo periodo storico – quali la matrice giusnaturalista della Costituzione e il principio (debitore, invero, dell’elaborazione di Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu) della separazione dei poteri statuali: la prima, infatti, concorre all’elaborazione del concetto di costituzione quale legge fondamentale in considerazione del suo contenuto, che recepisce i diritti di natura della persona umana sancendo la loro intangibilità e incomprimibilità ad opera dei pubblici poteri, ivi compresa l’attività del legislatore; il secondo determina, invece, il riconoscimento della differenza che corre tra potere costituente, capace di dar vita a una costituzione, e potere costituito, nell’ambito del quale è possibile collocare sia il potere giudiziario, sia quello esecutivo, ma anche quello legislativo, sottomesso al pari degli altri al potere costituente, e quindi non in grado di apportare modifiche alla costituzione vigente, almeno attraverso la legge ordinaria.

Nonostante la maturazione dei suddetti elementi – che si abbinano a un quadro sociale propizio per l’affermazione dell’indipendenza dei giudici, e quindi eventualmente anche per l’attribuzione agli stessi di una qualche forma di vigilanza sul rispetto della Costituzione da parte del legislatore, all’atto di interpretare le leggi prima di applicarle – nella Carta del 1787 non si perviene direttamente a tradurre l’idea di un *judicial review of legislation*, patrocinata, tra gli altri, da Alexander Hamilton; osta probabilmente a una tale soluzione la rigidità con la quale viene intesa la stessa separazione tra i poteri, che scoraggia le contaminazioni reciproche e quindi anche la previsione di bilanciamenti e controlli degli uni sugli altri. I Costituenti nordamericani, comunque timorosi dell’arbitrio del legislatore, auspicano piuttosto che gli organi giurisdizionali si conquistino un potere di supervisione sulle leggi (confidando nelle potenzialità logiche insite nella stessa Costituzione scritta), come quasi subito effettivamente avverrà.

La matrice
giurisprudenziale
del controllo di
costituzionalità

È sufficiente infatti attendere pochi anni affinché la Corte Suprema, essa sì direttamente prevista in Costituzione ma con un ruolo e con funzioni assai diverse da quelle che eserciterà in seguito, riesca a elaborare il primo modello di giustizia costituzionale, che sarà capace di influenzare grandemente tutta l’elaborazione successiva e di influire anche – come vedremo, opportunamente combinato con elementi tratti dalla modellistica che oltre un secolo più tardi si svilupperà in Europa – sulla configurazione in Italia di un organo che abbia, tra le sue attribuzioni fondamentali, proprio quella di controllare la costituzionalità delle leggi. La Corte Suprema nasce per la verità negli Stati Uniti d’America come organo giudiziario fondamentalmente di ultima istanza, competente cioè a riesami-

nare le controversie definitivamente decise da un qualunque giudice federale, oppure dai giudici statali, a determinate condizioni, oltre che a decidere in unica istanza su talune questioni di diritto pubblico; nel corso di una evoluzione secolare, però, essa riuscirà ad affinare strumenti processuali che le consentiranno di concentrarsi quasi esclusivamente su problemi di ordine costituzionale.

Il primo, fondamentale, passaggio di questa evoluzione, si determina nel 1803, allorché la Corte, presieduta dal giudice John Marshall, si trova a dirimere un caso (che diverrà poi universalmente noto come *Marbury v. Madison*), che le dà modo di introdurre nel corpo della sentenza un ragionamento il quale costituirà una vera e propria pietra miliare della giustizia costituzionale, e che vale la pena di riprendere analiticamente. La “dottrina” del giudice Marshall muove da due proposizioni alternative: o la costituzione è la legge suprema immodificabile con i mezzi ordinari, e allora la legge contraria alla costituzione non è una legge; oppure la costituzione si pone allo stesso livello delle leggi ordinarie e, come queste, è modificabile ogniqualevolta piaccia al legislatore. Se fosse vera questa seconda proposizione, le costituzioni scritte rappresenterebbero – si prosegue – un assurdo tentativo per limitare un potere (quello del legislatore) per sua natura illimitabile; ma siccome certamente gli artefici della costituzione hanno ritenuto di elaborare la legge fondamentale e suprema della nazione, la conseguenza non può che essere quella per cui un atto del potere legislativo che contrasti con la costituzione è da considerarsi nullo.

La “dottrina”
Marshall

La conclusione è il logico corollario di questo ragionamento: il giudice che si trovi a dover scegliere tra l'applicazione della legge con conseguente disapplicazione della costituzione e l'applicazione di quest'ultima con conseguente disapplicazione della prima, può scegliere soltanto la seconda strada, che è l'unica compatibile con i principi enunciati.

È per via di interpretazione che viene affermata quindi l'esistenza di un potere del giudice di controllare la costituzionalità delle leggi; ciò non ne sminuisce l'importanza, ma anzi ne esalta la valenza di principio informatore l'attività istituzionale di ciascun organo della giurisdizione – all'interno della quale l'applicazione delle norme ai casi di specie non può essere disgiunta dalla valutazione della legittimità costituzionale delle norme medesime – e dà fondamento al carattere “diffuso” del *judicial review of legislation*: l'enunciazione contenuta in *Marbury v. Madison* (poi estesa alla sindacabilità delle leggi degli Stati membri della Federazione con la decisione *McCulloch v. Maryland*, nel 1819) è dotata infatti di una formidabile capacità espansiva, abilitando ogni giudice federale e statale a esercitare il controllo, slegato esso com'è dalle competenze peculiari della Corte Suprema e viceversa coesistente e intimamente compenetrato ai compiti di una qualsiasi delle *courts*, quelle già esistenti e quelle che sarebbero poi state istituite dal Congresso. L'effetto di una eventuale valutazione nei termini di nullità della legge si riversa immediatamente sulla sorte del giudizio nel corso del quale il dubbio di costituzionalità è sorto

Il controllo di
costituzionalità
come potere
del giudice

– nel senso che il giudice dovrà necessariamente disapplicare la legge con riferimento al caso di specie – e può altresì retroagire, influenzando così su altri rapporti giuridici controversi, nei limiti però del principio *stare decisis*, e quindi nei limiti del carattere persuasivo che il precedente giudiziario possiede nel sistema statunitense.

La diversa
prospettiva del
controllo
politico sulle
leggi

L'Europa, a fine '700, risente di un clima politico-culturale notevolmente diverso da quello nordamericano, che impedisce di impostare un discorso analogo a quello della "dottrina" Marshall; in special modo la Francia, all'indomani della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, si appresta a vivere il periodo delle costituzioni rivoluzionarie pervasa dalle suggestioni dell'opera di Jean-Jacques Rousseau, che porta a considerare l'assemblea elettiva come depositaria della sovranità nazionale, in quanto specchiante la volontà generale degli individui in essa rappresentati, e perciò non suscettibile di limitazioni al proprio operato, né *a fortiori* passibile di controlli ad opera di soggetti non legittimati democraticamente.

Ciò nonostante, nella riflessione dei teorici si insinua l'idea di possibili forme di controllo politico delle leggi, destinate a soddisfare la stessa esigenza, propria del controllo giudiziario che si sta affermando negli Stati Uniti, di verificare la costituzionalità dell'attività del legislatore, anche se attraverso organi che presentano una struttura completamente diversa; una fondamentale proposta in tal senso si deve a Emmanuel-Joseph Sieyès, che nel 1795 propone, in un opuscolo stampato a Leipzig, l'inserimento in costituzione di un *jury constitutionnaire* che si occupi di vegliare al mantenimento del lascito costituzionale e di elaborare proposte per gli emendamenti che eventualmente possano servire a perfezionare la costituzione medesima; quest'organo viene concepito come un ramo dello stesso "corpo legislativo", incaricato di pronunciare sui reclami di violazione della costituzione presentati contro i decreti della "Legislatura", oltre che di fungere da laboratorio di possibili revisioni costituzionali.

Un "custode
politico" della
Costituzione

Il mito di onnipotenza dell'assemblea elettiva è quindi evidentemente temperato dalla consapevolezza che nel testo costituzionale sono sanciti fondamentali diritti di libertà civile, i quali devono essere tutelati eccezionalmente anche contro la legge, oltre che in generale contro gli atti dei pubblici poteri, e perciò il legislatore sovrano dovrebbe in qualche modo saper convivere con istanze di garanzia di principi superiori; ma l'impostazione di Sieyès viene dapprima attaccata nell'Assemblea nazionale francese, accolta in modo del tutto parziale nella Costituzione rivoluzionaria del 1795, e infine completamente trasformata nella successiva Costituzione del 1799, allorché al *Sénat conservateur* viene affidato il compito di mantenere o annullare gli atti denunciati come incostituzionali dal Tribunato (organo del potere legislativo) o dal Governo. Così l'attività effettiva dell'organo si rivelerà del tutto modesta, oltre che orientata verso un appoggio incondizionato a qualsiasi iniziativa di Napoleone Bonaparte (che utilizzerà tale consesso come strumento di legittimazione costitu-

zionale del proprio Governo), e si concluderà con l'abolizione dello stesso *Sénat* nel 1815. Merita, tuttavia, far risaltare l'originalità del pensiero che per la prima volta ha concepito un "custode politico" della costituzionalità degli atti pubblici, e che si pone come antesignano di scelte operate dai costituenti di alcuni paesi in epoche successive, in particolare dallo stesso Costituente francese: quest'ultimo, infatti, darà vita alla V Repubblica, nel 1958, inserendo nella Carta fondamentale la previsione di un *Conseil constitutionnel*, il quale nasce come istanza di natura politica destinata ad attenuare la sovranità parlamentare a favore delle attribuzioni del Governo, anche se negli anni perverrà ad assolvere pure la funzione di garante dei diritti e delle libertà delle persone, oltre che di organo regolatore del sistema istituzionale (v. *infra*, sez. II).

2. Lo sviluppo, in Europa, di una nuova forma di controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi

Fatta eccezione per la suddetta importante parentesi, gli Stati dell'Europa continentale si affacciano alle soglie del XIX secolo con il fardello delle proprie secolari tradizioni, dando vita alle monarchie costituzionali, nell'ambito delle quali non è pensabile di innestare veri e propri modelli di giustizia costituzionale; soprattutto, estremamente debole risulta la penetrazione, nella riflessione teorica ottocentesca, del principio di separazione dei poteri, perché si ritiene che esso consenta soltanto di concepire una limitazione alla pienezza dei poteri del Re e della sua amministrazione a favore del Parlamento, nel quale sono rappresentati i cittadini-borghesi, non rendendo viceversa possibile l'emersione di organi in grado di impostare verifiche relative alla legittimità costituzionale degli atti legislativi. Se manca l'intuizione di un organo *ad hoc*, preposto istituzionalmente allo svolgimento di un tale compito, meno che mai si può ipotizzare l'assunzione di funzioni di controllo in capo ai giudici, incardinati nell'apparato burocratico del potere esecutivo e quindi ancora lontani dal conseguimento di garanzie di autonomia e indipendenza del tipo di quelle cui siamo oggi abituati a pensare; contro l'opera dei giudici si mantiene, anzi, una diffusa diffidenza sociale, soprattutto in Francia, in considerazione del ruolo svolto dai *parlements* durante l'*ancien régime*, che li aveva portati a rivendicare anche funzioni normative.

I regimi dualisti ottocenteschi, all'interno dei quali la spartizione del potere si gioca tra il monarca e quella frazione del popolo che trova espressione attraverso l'assemblea elettiva, non determinano dunque un ampliamento dei poteri interpretativi del giudice, ma li vedono addirittura ridotti, obbligandolo ad applicare puntualmente la legge (come si usa dire, il giudice è soltanto la "*bouche de la loi*"). All'interno di tali regimi, inoltre, non si apprezza ancora il concetto di costituzione rigida e le implicazioni che da esso potrebbero derivare, in ordine alla costruzione di

*La debole
valenza del
principio di
separazione
dei poteri*

*Dal giudice
"bouche de la loi"
all'elaborazione
del concetto di
costituzione
rigida*

meccanismi di controllo della costituzionalità delle leggi: il merito di impostare e poi teorizzare compiutamente la distinzione tra costituzioni rigide e flessibili si deve infatti a studiosi anglosassoni (Tocqueville, Bryce, Dicey), la cui riflessione circolerà, e dapprima in forma ridotta, soltanto a partire dagli inizi del '900. Mancano, quindi, nell'Europa continentale, alcune tra le coordinate che si riveleranno più tardi fondamentali per comprendere i sistemi contemporanei di giustizia costituzionale, all'interno dei quali si riconoscerà la valenza superiore dei patti posti a fondamento della convivenza civile, affermandone la prevalenza gerarchica sulla legislazione ordinaria (questo è il tributo che si deve specificamente a James Bryce, secondo cui le norme delle costituzioni rigide sarebbero "poste al di sopra e al di fuori dell'azione del Parlamento, essendo state determinate da una autorità superiore che sola può modificarle"); per poi conseguentemente prevedere istituti di garanzia del rispetto delle costituzioni (per l'appunto, varie forme di controllo di costituzionalità delle leggi) e, in parallelo, procedure apposite per la modifica dei testi fondamentali.

Un modello
"accentrato" di
giustizia
costituzionale

In questo contesto può poi apprezzarsi il contributo che rende Hans Kelsen alla costruzione del modello europeo di giustizia costituzionale: la dottrina anglosassone non aveva ovviamente bisogno di spingersi nella teorizzazione di garanzie della prevalenza della costituzione sulle leggi, considerando l'ormai avanzato sviluppo della giustizia costituzionale negli Stati Uniti, che poteva giovare dell'operato dei giudici comuni; in Europa, non essendo viceversa immaginabile un analogo percorso, è necessario concepire un organo apposito che si occupi di valutare la compatibilità delle scelte del legislatore con le norme costituzionali, e questo è ciò che teorizza Kelsen, determinando l'introduzione nella Costituzione austriaca del 1920 di una Corte costituzionale (il *Verfassungsgerichtshof*, da cui l'origine della *Verfassungsgerichtsbarkeit*) abilitata a compiere il controllo di costituzionalità delle leggi, investendo se stessa di tale compito nel momento in cui si trovi a dirimere controversie tra i diversi titolari del potere statale, e in particolare tra il Governo centrale e i Governi dei *Länder*.

Si deve sottolineare come il grande giurista austriaco, almeno inizialmente, concepisca la costituzione non come insieme di principi fondamentali in ragione del loro ancoraggio a valori sostanziali e qualificanti l'assetto sociale dello Stato, ma in modo più formalistico come norma giuridica che funge da condizione di pensabilità dell'intero ordinamento (concepito, sulla scorta della Scuola Viennese, come sistema gerarchico organizzato per gradi, raffigurabile schematicamente come una scala sulla quale si collocano le diverse fonti del diritto), da porsi al vertice di esso in quanto comprendente le regole per la creazione delle altre regole del diritto, e quindi le norme sulla produzione giuridica, oltre che le norme che determinano gli organi e i procedimenti legislativi. L'affermazione dell'impostazione kelseniana in una costituzione europea non viene a significare, allora, il trionfo del giusnaturalismo nordamericano e nemmeno l'accoglimento dell'idea di costituzione rigida della quale si accennava preceden-

temente; essa, piuttosto, risulta determinante per l'enucleazione di un modello "accentrato" di giustizia costituzionale, nel quale uno e un solo organo abbia il compito di valutare la portata della legge, con effetti di carattere generale e astratto, e in modo del tutto indipendente dai riflessi che quella operazione logica in ipotesi potrebbe avere, ma che concretamente invece non possiede, sulla sorte di vicende di diritto sostanziale o processuale *in itinere*. Il risultato del controllo si proietta, infatti, soltanto in avanti, nel senso che non si producono effetti retroattivi, e la legge ritenuta in contrasto con i precetti costituzionali viene espulsa dall'ordinamento con efficacia *ex nunc*; da questo punto di vista il meccanismo è molto simile all'abrogazione (la Corte costituzionale viene infatti concepita come un "legislatore negativo"), a meno che la Corte valuti l'opportunità di mantenere la legge ancora in vigore per un periodo che non può però superare l'anno. L'impostazione di questa complessiva procedura è fondamentalmente positivista, e può vedersi anche come estensione dei modelli di giustizia amministrativa che da qualche tempo funzionavano in altri paesi dell'Europa continentale.

Il pensiero kelseniano presenta poi un'evoluzione che porterà l'autore a superare la teoria della costituzione come concetto completamente depurato da contenuti che consentano anche giudizi di valore, e quindi gli permetterà di non intendere più la giurisdizione, ivi compresa quella costituzionale, come un mero automatismo giuridico; in tale fase si colloca anche una polemica molto nota tra lo stesso Kelsen e Carl Schmitt, secondo la quale (sinteticamente) quest'ultimo, muovendo da una diversa opzione di politica costituzionale generale, rimprovera a Kelsen di aver messo in piedi un tentativo di "giurisdizionalizzare la politica" che rischia però di tradursi in una "politicizzazione della giustizia", dal momento che il giudice costituzionale – non disponendo di norme costituzionali di riferimento sufficientemente precise – viene a operare delle valutazioni che sono in buona parte svincolate da parametri giuridici. È chiaro che questa critica riposa su un'idea di costituzione ancora differente, come insieme cioè di principi, programmi, direttive essenzialmente rivolti al legislatore, e che viene a trasporre in un testo un concetto esistenziale quale quello della situazione e delle condizioni in cui si verifica la concreta unità di un popolo; tale impostazione non può che sfociare in una proposta radicalmente difforme in ordine alle garanzie che alla costituzione medesima possono apprestarsi, perché la crisi della costituzione non può unicamente identificarsi nei precetti legislativi che contraddicano la sua essenza, ed essere semmai risolta da una corte costituzionale, ma quella crisi si realizza più complessivamente con la comparsa dei nemici dell'unità del popolo, ai quali può rispondere soltanto un organo politico, quale il capo dello Stato dotato di poteri eccezionali.

Sfumando qui l'ultimo punto, quel che preme rilevare è la pluralità delle prospettive teoriche, e il loro elevato spessore intrinseco, che storicamente si sono poste e che concorreranno a fondare la giustizia costitu-

*La polemica tra
Kelsen e Schmitt*

*In sintesi: una
pluralità di
prospettive*

zionale in Italia e altrove, oltre che a caratterizzare la natura, intimamente complessa, delle corti e dei tribunali costituzionali contemporanei; si potrebbe dire che c'è del vero in tutte le elaborazioni sinteticamente ricordate, e che ogni percorso culturale intrapreso risulti infine essenziale per comprendere a fondo il ruolo che quegli organi esercitano e l'influenza che gli stessi determinano sul sistema dei pubblici poteri. Parlando della Corte costituzionale italiana, per le funzioni che le sono state attribuite dalla Carta del 1948 oltre che da successive leggi costituzionali, e per come poi essa le ha concretamente svolte, vedremo infatti che si tratta di un organo al contempo giurisdizionale e politico, che mescola nella sua attività dosi di giusnaturalismo con altre di positivismo giuridico, sia pure nel senso che verrà precisato e che la rende non integralmente assimilabile ad alcun altro attore istituzionale.

3. *L'evoluzione della giustizia costituzionale e il sorgere di modelli c.d. misti*

I modelli nordamericano ed europeo, che contrassegnarono le origini della giustizia costituzionale, hanno conosciuto, nel tempo, vicende differenti. Mentre quello statunitense ha sostanzialmente mantenuto inalterati i propri elementi essenziali, continuando a presentarsi ancor oggi con quelle caratteristiche che ne fanno un modello paradigmatico, quello austriaco, invece, andò rapidamente incontro ad alcune “contaminazioni”, già a partire dal 1929. L'anno stesso in cui, si noti per inciso, in Italia venne approvata la l. 4/29, il cui art. 23 affidava alla Corte di cassazione (ormai unificata per tutto il territorio nazionale) il compito di controllare, in via accentrata ma previa iniziativa diffusa, l'eventuale applicabilità di norme penali concernenti tributi non rispettose del dettato dell'art. 1 della medesima legge (pur se confinata sul piano meramente astratto, si tratta di una ipotesi che si pone non solo quale precedente del nostro attuale sistema di controllo incidentale, ma anche come il primo esempio europeo, pur se per soli pochi mesi rispetto a quello austriaco, di modello in qualche modo misto di giustizia costituzionale).

*Il modello misto
nella riforma
costituzionale
austriaca del
1929*

In Austria la riforma costituzionale del 1929 aveva stabilito la possibilità, per le supreme magistrature, di impugnare le leggi per un qualsiasi vizio di incostituzionalità, e successivamente, oltre alla previsione di un ricorso individuale per il controllo degli atti normativi, fu data la possibilità anche ai giudici di merito di secondo grado di adire il *Verfassungsgerichtshof*. La circostanza per cui quest'ultimo non poteva più esaurire in sé stesso le funzioni di promotore e di risolutore delle questioni di legittimità costituzionale, ma doveva operare dopo che si fosse attivato un altro organo giurisdizionale, ha dato vita a una modalità di controllo di costituzionalità accentrato a iniziativa diffusa che sarebbe stata adottata, in seguito, anche da numerosi altri sistemi, quanto meno a livello di schema generale.

Al di là, però, delle loro vicende concrete, questi modelli hanno rappresentato il punto di riferimento per i molti paesi che si sono via via dotati della giustizia costituzionale, fenomeno avvenuto con un'intensità e una rapidità tali da interessare, in un tempo tutto sommato circoscritto, la stragrande maggioranza degli ordinamenti giuridici statuali oggi esistenti.

Una prima tappa fondamentale di questa evoluzione si è avuta in Europa dopo il secondo conflitto mondiale, allorché le costituzioni di diversi paesi, e tra essi l'Italia, hanno inteso affiancare, alla rigidità delle nuove carte, e nel contesto di una sostanziale ispirazione al principio della separazione dei poteri, la previsione di uno strumento in grado di garantirne il rispetto contro i possibili attacchi da parte del legislatore ordinario, degli enti territoriali nei loro reciproci rapporti (negli Stati composti), o ad opera degli apparati di vertice dello Stato nelle loro interrelazioni. Coerentemente con la tradizione di *civil law* propria di molti di questi paesi, e con la conseguente assenza di una regola del precedente giudiziario (più o meno) vincolante, la scelta è per lo più stata nel senso di un sindacato di tipo accentrato, affidato a un organo (denominato corte o tribunale costituzionale) appositamente creato allo scopo di salvaguardare e garantire la superiorità e insieme la rigidità del testo costituzionale.

*L'ibridazione tra
il modello
nordamericano
e quello
austriaco*

Questa preferenza per il modello accentrato si è però in genere accompagnata – relativamente al profilo rappresentato dalla garanzia della superiorità della Costituzione e dalla necessità di assicurarne il rispetto da parte delle fonti del diritto a essa subordinate – al grande rilievo attribuito alla circostanza per cui dovessero essere i vari giudici operanti nel sistema, a partire dalle vicende concrete che essi erano chiamati a decidere, a investire delle questioni l'organo della giustizia costituzionale, in forza di un criterio di pregiudizialità della soluzione della questione di costituzionalità rispetto a un giudizio penale, civile, amministrativo o di qualunque altro tipo.

Proprio la combinazione dell'esistenza di un controllo accentrato ma originato da questioni sollevate dai singoli giudici, in maniera incidentale rispetto alla decisione del processo principale, unitamente alla previsione di effetti articolati e differenti delle pronunce dell'organo di giustizia costituzionale – talora *inter partes* talora *erga omnes*, soltanto *pro futuro* o anche retroattivi – sono elementi che hanno inizialmente condotto a classificare queste esperienze come “miste”. L'etichetta, a lungo mantenuta, traduceva il dato maggiormente caratterizzante, rappresentato dal fatto che questi sistemi erano in qualche modo frutto di una ibridazione tra i due modelli originari, nordamericano e austriaco, da ciascuno dei quali attingevano taluni elementi, per discostarsene invece su altri. Com'è naturale, peraltro, le differenti scelte operate da ciascun ordinamento e la combinazione di molteplici fattori hanno rapidamente condotto ad attribuire una utilità relativa a questa categoria, sollecitando la dottrina a proporre nuovi schemi di classificazione dei modelli di giustizia costituzionale.

4. La diffusione della giustizia costituzionale e il progressivo aumento delle competenze affidate ai relativi organi

*I sistemi di
giustizia
costituzionale di
seconda e di
terza
generazione*

Il successo delle esperienze di giustizia costituzionale introdotte nel secondo dopoguerra (c.d. sistemi di seconda generazione) e il prestigio acquisito in particolare da alcuni di questi organi, si pensi soprattutto alla corte tedesca o a quella italiana, hanno contribuito alla progressiva diffusione dell'istituto, in molti casi accompagnata da fenomeni di imitazione delle soluzioni fatte proprie in altri ordinamenti.

L'approdo a regimi democratici e l'approvazione, in diversi paesi, di nuovi testi costituzionali nella seconda metà del XX secolo si sono potuti giovare, sul punto, di quelle esperienze ormai consolidate e non hanno mancato di portare all'introduzione di forme di giustizia costituzionale, c.d. di terza generazione, che spesso hanno finito per giustapporre, in uno stesso contesto, modalità differenti di controllo e un insieme anche cospicuo di compiti e funzioni per l'organo di giustizia costituzionale. Si vedano in questo senso, attorno alla metà degli anni Settanta, soprattutto i casi di Portogallo, Spagna e Grecia.

*I sistemi di
giustizia
costituzionale di
quarta
generazione*

Questa tendenza si è ulteriormente accentuata sul finire del secolo scorso, ricevendo un forte impulso dalle vicende che hanno interessato i paesi dell'Europa centro-orientale, con la conseguente adozione, dopo il 1989, di molti nuovi testi costituzionali, contenenti di norma la previsione di organi *ad hoc* di giustizia costituzionale (c.d. di quarta generazione), cui è stato affidato un insieme assai variegato di funzioni.

Prima di considerare questo fenomeno e i cambiamenti che esso ha determinato sulla stessa classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale, una sorta di quadro riepilogativo della situazione si poteva esprimere essenzialmente nel modo seguente. Vi erano, da un lato, paesi i cui ordinamenti erano ispirati a principi addirittura incompatibili con l'introduzione di una qualche forma di giustizia costituzionale, e in particolare di controllo di costituzionalità delle leggi. Dall'altro, tra i paesi che lo ammettevano, una distinzione si imponeva tra quelli in cui era operante un controllo espresso in forme politiche o giurisdizionali, e in quest'ultimo caso, a seconda che venisse affidato a un organo costituzionale *ad hoc* ovvero a un organo che fosse al tempo stesso anche al vertice della gerarchia giudiziaria dell'ordinamento.

*L'eterogeneità
interna al
modello misto*

Fuori dai modelli archetipici, la stragrande maggioranza dei sistemi si presentava come "mista", con una più ampia diffusione di meccanismi di controllo accentrato della costituzionalità delle leggi, non tanto però "astratto" (e dunque svincolato dall'applicazione della legge ai casi concreti), quanto "concreto" e legato alla vicenda da cui originava il problema della legittimità costituzionale dell'atto normativo. In alcuni casi, poi, al compito, quantitativamente e di norma anche qualitativamente, più rilevante, costituito dal controllo di costituzionalità delle fonti del diritto subordinate alla costituzione, si affiancavano altre attribuzioni, legate

principalmente alla risoluzione dei conflitti ovvero ai giudizi sulle accuse contro i titolari delle massime cariche dello Stato.

Già così la classificazione di questi sistemi come misti finiva per essere generica e per assumere un significato poco più che descrittivo, rendendosi opportuno, di volta in volta, puntualizzare, in riferimento al sindacato di legittimità sulle leggi, se si era di fronte a un controllo accentrato o diffuso, preventivo o successivo, diretto (principale) o indiretto (incidentale), e, in ordine alle altre competenze affidate all'organo di giustizia costituzionale, quali esse fossero in concreto e in che rapporti si ponessero tra loro.

I limiti di questo approccio classificatorio si sono ulteriormente evidenziati a seguito dei fenomeni occorsi negli ultimi decenni, cui sopra si accennava. Sia pure con qualche generalizzazione, può osservarsi come due siano state le direttrici principali di questa evoluzione.

Da un lato, con specifico riferimento al sindacato di legittimità sulle leggi, molte esperienze hanno finito per caratterizzarsi per un alto grado di complessità: è sempre meno raro, infatti, imbattersi in sistemi che affiancano e, per così dire, mescolano in vario modo forme di controllo preventivo e successivo, astratto e concreto, principale e incidentale, naturalmente con rilievo diverso e con "rese" differenti dei vari strumenti (ma su questo torneremo *infra*, in connessione al profilo dell'adattamento degli istituti, nella sez. II).

L'evoluzione con riguardo al sindacato sulle leggi ...

Dall'altro lato, si registra sovente una maggiore varietà e ampiezza dei compiti affidati alle corti e ai tribunali costituzionali, specie in situazioni conseguenti all'azzeramento delle esperienze precedenti e in assenza di modelli avvertiti come sufficientemente forti o ideali cui ancorarsi. La forma giurisdizionale del procedere e degli atti, con le connesse garanzie, *in primis* di contraddittorio, l'estraneità alle logiche politiche soprattutto di maggioranza, la posizione di vertice dell'organo, la composizione calibrata, sono solo alcuni degli elementi che hanno in vario modo concorso a fare assai spesso degli organi di giustizia costituzionale dei veri e propri catalizzatori di attribuzioni aventi una rilevanza costituzionale. Il progressivo allentamento dei legami con i modelli originari, e in particolare con quello kelseniano, hanno portato dunque a scalfire la centralità del sindacato di costituzionalità degli atti primari, così come del ruolo arbitrale tra gli enti territoriali o tra gli apparati di vertice dell'ordinamento statale. Fino al punto di far dubitare se, nello stato attuale del costituzionalismo, possa ancora ragionarsi in termini di centralità di queste attribuzioni, relegando semplicemente al ruolo di "altre funzioni" tutte le rimanenti.

... e al ruolo arbitrale delle corti e dei tribunali costituzionali

Le indagini comparatistiche hanno mostrato il crescente coinvolgimento di molti organi di giustizia costituzionale in compiti ulteriori rispetto a quelli più tradizionali. Senza pretesa di esaustività, si possono evidenziare le funzioni di accertamento teso a garantire la continuità nella titolarità e nello svolgimento dei mandati di organi costituzionali mo-

La cospicua attribuzione di compiti "ulteriori"

nocratici o di componenti di organi collegiali. I giudizi sui reati commessi da determinate categorie di funzionari di vertice dell'ordinamento, spesso i titolari di alcune tra le più alte cariche dello Stato. La competenza su procedimenti elettorali, non soltanto presidenziali e parlamentari, ma talora persino amministrativi, con svariate funzioni, dal controllo di regolarità, alla convalida degli atti, alla decisione in ordine a eventuali ricorsi. Il coinvolgimento, a vario titolo, in procedimenti referendari, legislativi, o di revisione costituzionale. E ancora, compiti di verifica in ordine a espressioni tipiche del pluralismo sociale e ideologico, come ad esempio i controlli sulla struttura, sul funzionamento e sulle finalità dei partiti politici, fino a poterne decretare lo scioglimento, in caso di formazioni antisistema e pericolose per l'ordinato vivere civile, ecc.

Se è facile immaginare che il vario combinarsi di queste competenze conduce talora le corti e i tribunali costituzionali a pericolose sovraesposizioni, fino ad aperti conflitti con altri organi e poteri dello Stato, oltre tutto per solito inseriti, a differenza dei primi, nei circuiti rappresentativi, non meno agevole risulta cogliere l'incidenza di questi aspetti sulla configurazione complessiva dei sistemi di giustizia costituzionale e sulla possibilità di operare determinate classificazioni.

Sezione II

La tutela dei diritti fondamentali degli individui, le modalità di accesso agli organi della giustizia costituzionale, il ricorso diretto del singolo

1. La tutela dei diritti fondamentali degli individui offerta dai sistemi di giustizia costituzionale

La descritta evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale ha posto in evidenza alcune tendenze, tra cui, come detto, la più accentuata articolazione dei meccanismi di controllo della legittimità costituzionale delle leggi, da un lato, e, dall'altro, il coinvolgimento degli organi di giustizia costituzionale in una serie di compiti sempre meno legati al nucleo originario, fondamentalmente riconducibile alla funzione di garanzia dell'ordinamento (in particolare della coerenza del suo tessuto normativo rispetto ai principi costituzionali) e a quella arbitrale di risoluzione dei conflitti.

Il crescente rilievo della tutela dei diritti fondamentali

A ciò si deve aggiungere la circostanza per cui ogni concreta realizzazione di un particolare sistema di giustizia costituzionale è venuta sempre più spesso a essere connotata e valutata alla luce di un ulteriore elemento,

rappresentato dalla sua capacità di offrire tutela ai diritti fondamentali dei cittadini e più in generale dei soggetti operanti all'interno di quell'ordinamento.

Naturalmente la garanzia dei diritti individuali, anche di quelli costituzionalmente previsti e tutelati, non è affidata in via esclusiva agli organi della giustizia costituzionale. Spesso, poi, la disciplina di questi ultimi non prevede compiti diretti e specifici in tal senso, né puntuali modalità per far pervenire simili problematiche all'attenzione del giudice costituzionale.

Ciononostante, il sempre maggior rilievo riconosciuto, nel corso del tempo, alle capacità di un sistema di giustizia costituzionale di saper offrire tutela alle situazioni individuali, sia pure in modo indiretto (magari in conseguenza dell'esplicazione di altre funzioni, talora addirittura immaginate con finalità di tipo prettamente oggettivo), così come la sottolineatura del grado e dell'effettività di essa, hanno finito, tra l'altro, per attribuire una crescente importanza alle modalità di accesso al giudizio costituzionale. Se i modi di instaurazione di esso rappresentano, da sempre, un elemento che vale a configurare l'essenza stessa del giudizio, la legittimazione e dunque anche la presenza, o meno, di una qualche forma di ricorso diretto dei singoli all'organo di giustizia costituzionale ha finito per presentarsi, in tempi recenti, come uno dei fattori di più marcata differenziazione e di discriminazione tra un'esperienza e l'altra.

Le modalità di accesso al giudizio costituzionale

2. Tutela dei diritti individuali e classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale

Il maggior rilievo attribuito alla tutela dei diritti individuali e all'esistenza di meccanismi di accesso del singolo traduce una tendenza rafforzata con l'evoluzione della giustizia costituzionale, chiamata sempre più spesso e con maggior forza a garantire (in via mediata o immediata) la sfera dei diritti fondamentali dell'individuo, anche contro le violazioni perpetrate dai pubblici poteri.

A fronte di ciò, non si può ignorare che i meccanismi di tutela immediata – e tra essi, in particolare, la presenza del ricorso diretto – spesso consentono, come è stato detto (specie da Louis Favoreu), di saltare o di superare il giudice ordinario e persino di metterne in discussione le pronunce; circostanza che impone di valutare le conseguenze che la presenza dell'istituto determina nei rapporti tra il giudice costituzionale e l'autorità giudiziaria, sia in generale, sia con particolare riferimento ai momenti di interazione e collaborazione richiesti o imposti dalle altre competenze affidate alle corti e ai tribunali costituzionali.

Il ruolo assunto dal ricorso diretto ...

Del resto, è un dato non trascurabile quello per cui l'affermazione e il successo del ricorso diretto al giudice costituzionale esprimano in più di un caso, come altra faccia della medesima medaglia, una certa qual sfidu-

cia nei confronti dei giudici ordinari, ritenuti non del tutto capaci di proteggere le posizioni del singolo, quali previste e tutelate a livello costituzionale. Né è privo di significato il fatto che, soprattutto storicamente, alla base dell'introduzione dell'istituto vi sia stato, sovente, il desiderio di superare in maniera radicale un periodo di forte limitazione delle libertà individuali e dei diritti del singolo, quando non proprio la volontà di opporsi in modo netto e categorico a veri e propri regimi dittatoriali, che avevano finito per soffocare, pressoché totalmente, quelle esigenze.

... anche nella
classificazione
dei sistemi di
giustizia
costituzionale

Al di là, comunque, delle origini e delle particolari esperienze di questo o quell'ordinamento, la crescente importanza della legittimazione del singolo all'accesso, e del ricorso diretto in particolare, è un dato incontrovertibile degli ultimi decenni, e ne è testimonianza il fatto che esso ha finito per costringere la dottrina a rivedere o, quanto meno, ad aggiornare le tradizionali classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale.

L'impostazione
di Paladin

Vi sono posizioni (si veda, ad esempio, la ricostruzione operata da Livio Paladin) secondo cui, premesso che i diritti costituzionalmente proclamati e garantiti si prestano a essere violati in modi diversi e ad opera di atti di tipo diverso, occorre distinguere quei sistemi in cui la giurisdizione costituzionale delle libertà opera nei confronti di ogni possibile violazione (Germania, e, in certo modo, Spagna), da quelli in cui opera soltanto a rimedio di certe violazioni e non di altre (Svizzera e Austria), da quelli, infine, come l'Italia, in cui non si può ragionare di giurisdizione costituzionale delle libertà in senso tecnico, perché la Corte fornisce una garanzia di tipo indiretto, che si attua nella misura resa possibile dalla realizzazione di certi altri scopi. La circostanza che *Verfassungsbeschwerde* e *amparo* manchino produrrebbe – in questa ottica – vistose conseguenze per la giurisprudenza costituzionale, non potendosi affermare che il relativo organo sia realmente un tribunale per la garanzia delle libertà fondamentali del cittadino.

L'impostazione
di Rubio
Llorente

All'aspetto funzionalistico nell'esame comparato dei sistemi di giustizia costituzionale e all'accentuazione del rilievo dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali può essere ricondotta anche un'altra impostazione (quella di Francisco Rubio Llorente), i cui tratti salienti sono dati, in primo luogo, dall'idea del superamento di un controllo di tipo soltanto astratto, che trova certo una giustificazione nell'idea che appartiene alla legge, in virtù del principio di legalità, il compito di assicurare la sottoposizione alla costituzione dell'insieme delle decisioni amministrative e, soprattutto, giurisdizionali, ma che corrisponde a una visione estremamente semplicistica, soprattutto della vera relazione intercorrente tra il giudice e la legge stessa.

Da qui l'opportunità di adottare una nozione di giurisdizione costituzionale (non come controllo della costituzionalità della legge, ma) come avente per funzione quella di assicurare la costituzionalità dell'insieme delle attività dei pubblici poteri. Si osserverebbe, quindi, un superamento sempre più marcato della distinzione tra modelli nordamericano ed

europeo, a favore di quella tra modelli che tendono ad assicurare la costituzionalità della legge e modelli che tendono a garantire l'effettività dei diritti fondamentali. Alla possibile obiezione secondo cui i primi servono altresì come strumento di protezione dei diritti fondamentali si replica che in tal caso quest'ultimo non è il solo obiettivo perseguito né il più importante, risultando prevalente la garanzia della divisione costituzionale dei poteri. All'opposto, nei modelli centrati sui diritti fondamentali questi ultimi traggono la loro effettività direttamente dalla costituzione e il controllo di costituzionalità della legge appare allora come uno strumento, tra gli altri – quand'anche il più importante – per assicurarne la piena effettività.

Come conseguenza, ai modelli centrati sulla legge si contrapporrebbero quelli centrati sulla protezione dei diritti, che trovano una consacrazione paradigmatica, ma peculiare e *sui generis*, nei sistemi di *judicial review*; tra i due, ma funzionalmente più prossima ai secondi, si situerebbe la “questione di incostituzionalità” (allorché vi è un giudizio sulla validità generale della disposizione legislativa, ma a partire da una questione che concerne un caso concreto ed è sollevata pregiudizialmente dal giudice, d'ufficio o su domanda di parte). La massima garanzia di effettività dei diritti fondamentali si avrebbe però soltanto laddove esiste un ricorso concesso a chiunque contro la violazione di diritti costituzionalmente garantiti risultante da un'azione o da un'omissione dei pubblici poteri, dopo che siano state esperite, senza successo, tutte le vie possibili davanti al giudice ordinario.

Uno sguardo di insieme mostrerebbe la tendenza a un ampliamento della giurisdizione costituzionale fondata sulla difesa dei diritti. Ne sarebbero riprova il fatto che in quei paesi – Spagna e Germania, ma anche Italia e Portogallo – in cui la giustizia costituzionale incorpora strumenti propri di ciascun modello, a prevalere sono i meccanismi che proteggono direttamente i diritti costituzionali rispetto a tutti gli altri, ma anche la propensione a formulare in termini di diritti e non di competenze l'insieme delle controversie affrontate dal giudice costituzionale, e la constatazione, infine, per cui sono gli altri meccanismi previsti a risultare da più parti criticati e discussi, riconoscendosene, spesso, l'insufficienza.

La profonda evoluzione subita dai modelli tradizionali e la necessità di un loro superamento era stata segnalata, del resto, già da tempo, nella prospettiva di chi (Alessandro Pizzorusso) evidenziava che la realizzazione e il progressivo affinamento di sistemi incidentali ma accentrati ha finito per attribuire un carattere sempre più concreto al controllo eseguito dalle corti costituzionali, consentendo per questa via di avvicinarlo al giudizio su ricorso diretto.

Come conseguenza, la contrapposizione di maggior interesse sarebbe quella fra sistemi concreti (accomunati dal fatto che il giudizio di costituzionalità riguarda una disposizione in corso di applicazione e principalmente rivolti alla tutela delle situazioni giuridiche dei cittadini) e sistemi

*L'impostazione
di Pizzorusso*

astratti (accomunati dalla configurazione del giudizio costituzionale come una fase o un'appendice del procedimento di formazione di un atto normativo e principalmente volti al rispetto delle sfere di competenza dei vari enti). In questa cornice, non si manca, certo, di evidenziare il rilievo del ricorso del singolo, dal momento che proprio quell'accostamento – tra i ricorsi proposti direttamente al giudice costituzionale accentrato e i giudizi di costituzionalità ad esso rimessi da un giudice “diffuso” in virtù del rapporto di pregiudizialità – consente addirittura di ritrovare una più ampia unitarietà dei sistemi di garanzia della costituzione, e una prossimità complessiva al sistema nordamericano, la cui posizione si riafferma come molto più centrale di quanto normalmente si pensi; e, tuttavia, si ribadisce la possibilità di configurare la giurisdizione costituzionale come destinata alla protezione di diritti soggettivi anche con riferimento ai casi in cui un ricorso diretto a tutela dei diritti di libertà non sia previsto.

3. Le origini del ricorso diretto

Indipendentemente dalle ricadute in ordine ai modelli, il generale rilievo assunto dal ricorso diretto suggerisce un approfondimento del tema, anche attraverso alcuni riferimenti di ordine comparatistico.

Le coordinate all'interno delle quali esso origina sono rappresentate, da un lato, dalla proclamazione e dal riconoscimento, sempre più diffusi nei documenti costituzionali, di una serie di situazioni giuridiche soggettive cui è attribuito un particolare rilievo e una decisiva importanza per l'assetto stesso dell'ordinamento, e, dall'altro, dalla predisposizione di strumenti di tutela in forma giurisdizionale in grado di garantire efficacemente il godimento e l'eventuale ristabilimento di tali diritti e libertà anche a fronte di lesioni provenienti dai pubblici poteri mediante atti amministrativi, giurisdizionali e persino normativi.

*La tutela dei
diritti individuali
nei sistemi di
civil law e di
common law*

In generale, questi meccanismi di tutela si sono sviluppati secondo linee di tendenza assai diversificate nelle differenti tradizioni giuridiche e nei singoli ordinamenti, così come nei vari momenti storici, mentre è solo a un certo momento di questa evoluzione che si è assistito alla comparsa e alla successiva affermazione della giustizia costituzionale, e, più in particolare, del sistema europeo di controllo della costituzionalità delle leggi, con la diffusione di specifici organi cui affidare le relative funzioni (v. *retro*, sez. I). Progressivamente, questi organi, o quanto meno alcuni di essi, e sia pure con intensità variabile da paese a paese, hanno finito per collocarsi in una posizione di rilievo, e talvolta di primissimo piano, anche nella sfera della protezione dei diritti individuali, oltre che in quelle – per essi, almeno inizialmente, più consuete e tradizionali – di garanzia della legalità costituzionale, da un lato, e arbitrale dei rapporti tra i pubblici poteri e tra gli enti, dall'altro.

Il punto di partenza della problematica del ricorso diretto va dunque

rinvenuto nella particolare rilevanza dei diritti fondamentali dell'individuo, immediatamente discendente dalla natura del loro oggetto, ossia del bene protetto, e nei connessi obblighi di tutela da parte dello Stato. Le forme di questa tutela hanno percorso strade diverse nell'esperienza giuridica di *common law* e in quella di *civil law*. Nella prima, la tendenza ad affidare al giudice ordinario la competenza a disapplicare l'atto statutale illegittimo nel corso della concreta controversia della quale è investito ha mostrato la centralità di esso quale giudice del diritto soggettivo (anche di quello costituzionalmente garantito), prima ancora, forse, che organo della *judicial review*. Lo sviluppo dei modelli occidentali, per contro, ha in generale privilegiato la creazione di appositi organi di giustizia costituzionale, con riguardo ai quali, dal più tradizionale profilo del sindacato di costituzionalità delle leggi è venuto progressivamente enucleandosi, o ad esso, comunque, affiancandosi, il compito di annullare e rimuovere gli atti pubblici emanati in violazione delle disposizioni costituzionali poste a protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

È dunque all'interno di questa più vasta e complessiva evoluzione che a un dato momento si pone, in alcuni di questi ordinamenti, l'esplicita previsione della esperibilità di un ricorso diretto del singolo di fronte all'organo di giustizia costituzionale, quale completamento del capitolo delle garanzie giurisdizionali.

Le sue matrici storiche sono da rinvenire nell'*amparo* messicano e nella *Verfassungsbeschwerde* svizzera, austriaca e tedesca.

Le matrici storiche dell'istituto

Il Messico

L'esperienza messicana (dapprima con la Costituzione dello Stato di Yucatan nel 1841 e a seguire con la Costituzione Federale del 1857) rappresenterebbe il primo invero storico dell'istituto, indicato come *juicio de amparo*, che già etimologicamente delineava la finalità con la quale esso venne creato, quella cioè di *amparar* (e, dunque, *ante parare*, vale a dire difendere) i diritti fondamentali del cittadino verso lo Stato, attraverso una procedura tendenzialmente rapida e snella. Esso era configurato, nelle sue linee essenziali, come un procedimento da instaurare di fronte a un organo giurisdizionale federale (non soltanto, dunque, la Corte Suprema federale), ad opera del soggetto leso (la persona giuridica individuale o collettiva, generalmente privata, ma in taluni casi anche pubblica), che soffriva un pregiudizio personale e diretto, attuale o imminente in un diritto protetto dalla Costituzione da parte di un atto legislativo, amministrativo o giurisdizionale. Altri elementi caratterizzanti erano rappresentati dalla possibile sospensione dell'atto, dal fatto che la pronuncia era priva di efficacia *erga omnes*, e infine dal carattere contenzioso della procedura. Peraltro, già con l'incorporazione nella Costituzione Federale l'istituto venne a essere previsto, o forse, in verità, piegato, in una prospettiva di tutela più ampia e generica, e utilizzato in funzione di garanzia non soltanto della legalità costituzionale, ma anche, per così dire, di quella ordinaria, attraverso la possibilità di impugnare gli atti sia per violazione dei precetti costituzionali, sia per errata applicazione della legislazione di rango ordinario.

A questa esperienza, e alle sue successive evoluzioni, si sarebbero in seguito richiamati molti paesi, soprattutto dell'America centrale e meridionale, pur con elementi di diversità anche considerevoli (Brasile, Cuba, Colombia, ecc.).

L'area
germanica

Accanto a quella messicana, l'altra principale applicazione dell'istituto, destinata progressivamente a precisarsi e a tradursi in un vero e proprio ricorso costituzionale diretto del singolo, è invece rappresentata dall'attuazione registratasi nell'area germanica attorno alla metà del XIX secolo, a partire, soprattutto, dalle esperienze avutesi in Svizzera (la *Staatsrechtliche Beschwerde* contro atti legislativi, esecutivi e giurisdizionali, ma delle sole autorità cantonali), in Austria (la *Beschwerde* contro gli atti amministrativi) e in Germania (la *Verfassungsbeschwerde*, dapprima a livello teorico e poi secondo la previsione contenuta, in particolare, nelle Costituzioni di alcuni *Länder* nel primo dopoguerra, e successivamente a livello federale). In quest'ultimo caso, in particolare, il ricorso risulta esperibile nei confronti della violazione di uno dei diritti fondamentali tassativamente enunciati, e allorché sia esaurita ogni altra tutela (salvo che il tribunale decida di prescindere per l'importanza del caso e la gravità della lesione). Altra caratteristica importante del procedimento è il fatto che si preveda un esame preliminare e dunque un filtro di ammissibilità, la cui configurazione nel corso del tempo è andata incontro a significative trasformazioni, rappresentando ancor oggi uno degli elementi maggiormente dibattuti e controversi.

L'esperienza
spagnola

Riconducibile a entrambe le matrici ricordate, sia pure non contestualmente ma nei suoi diversi momenti, è poi l'evoluzione dell'ordinamento spagnolo, la cui esperienza di ricorso diretto ha finito per assumere grande importanza ai giorni nostri.

Se infatti gli artt. 105 e 121 della Costituzione repubblicana del 1931 (e la successiva legge del 1933 sul Tribunale delle garanzie costituzionali) si ispiravano direttamente all'*amparo* messicano, assai prossima alla *Verfassungsbeschwerde* tedesca è, invece, la previsione consacrata nella Costituzione del 1978 e nella legge organica sul Tribunale costituzionale dell'anno successivo.

Nella prima versione si stabiliva la possibilità di ricorrere al Tribunale delle garanzie costituzionali allorché gli organi competenti in primo grado avessero dichiarato inammissibile o respinto o non avessero deciso nel termine legale la richiesta d'*amparo* (in realtà tali organi non vennero creati e si applicò una diversa disciplina transitoria); degno di menzione è poi il fatto che legittimato a proporre il ricorso fosse non soltanto il soggetto leso, ma qualunque persona fisica o giuridica (in questa ipotesi, peraltro, la previsione di quella che può definirsi una vera e propria azione popolare si accompagnava alla prestazione di una cauzione); si trattò, in ogni caso, anche per le ben note vicende storiche del paese, di un'esperienza di giustizia costituzionale che nel suo insieme fu piuttosto marginale.

Non così per il ricorso d'*amparo* costituzionale sancito dalla nuova Costituzione (distinto da un ricorso d'*amparo* ordinario, pure previsto), che ha per lungo tempo trovato nei seguenti elementi i suoi aspetti maggiormente caratterizzanti: la legittimazione riconosciuta alla persona lesa, ma anche al *Defensor del Pueblo* (il difensore civico) e al pubblico ministero; il carattere sussidiario del ricorso; l'ambito di applicazione limitato a una serie di diritti costituzionali specificamente individuati; l'impugnabilità degli atti del potere esecutivo, del potere giudiziario e quelli del potere legislativo privi della forza di legge; la competenza a decidere affidata alle *Salas* del Tribunale, attraverso un procedimento di ammissibilità del ricorso, che ha peraltro subito varie modifiche nel corso del tempo.

4. La tipologia assunta dal ricorso diretto nelle varie esperienze

Senza poter qui compiere un'analisi dettagliata, si può tuttavia provare a tratteggiare la configurazione ricevuta dal ricorso diretto nelle principali applicazioni.

Quanto al Messico, dove nacque per tutelare le garanzie individuali nei confronti delle leggi e degli atti di qualsiasi autorità, nonché per proteggere, attraverso tale via, le sfere di competenza della federazione e degli stati, occorre dire che il giudizio d'*amparo* si è sostanzialmente trasformato in una sorta di federazione di strumenti processuali molto eterogenei. Detta evoluzione ha profondamente alterato l'originaria configurazione dell'istituto, che si è rapidamente trasformato da mezzo di tutela differenziata dei diritti fondamentali dell'individuo in mezzo di controllo della corretta applicazione delle leggi da parte dei giudici e della pubblica amministrazione.

*L'evoluzione
in Messico*

Estendendo lo sguardo all'America centrale e meridionale, va subito detto che la comune derivazione proprio dalla matrice messicana ha comportato che vi fossero, all'origine, una serie di elementi generalmente presenti nella previsione positiva del ricorso diretto ad opera di tutti i paesi di quest'area. Tra di essi, il fatto di rappresentare un procedimento che può duplicare o riprodurre altri già esistenti; l'ampiezza della sfera dei diritti protetti; la restrizione, per contro, alle sole violazioni causate da taluni poteri dello Stato, soprattutto l'esecutivo, accompagnata dal fenomeno di un progressivo allargamento del novero dei paesi che ne escludono (o limitano in maniera consistente) l'utilizzo avverso gli atti giurisdizionali, e dall'introduzione di meccanismi di controllo sulle norme che hanno finito per ridurre notevolmente l'uso dell'*amparo* in tale ambito; l'assenza, in generale, di filtri di ammissibilità; la possibilità, prevista come normale, di ottenere la sospensione dell'atto impugnato; l'ampia legittimazione al ricorso. Non mancano, tuttavia, elementi di diversità anche significativi: così, in via esemplificativa, si può ricordare che tra i diritti protetti non vi sono normalmente ricompresi quelli tutelati dall'*habeas corpus*, che si

*America
centrale e
meridionale*

esplicano secondo rimedi specifici; talora vi è una competenza diffusa in tema di *amparo*, talaltra di natura accentrata; la regola generale è nel senso della sussidiarietà del ricorso di *amparo*, esperibile solo dopo aver esaurito i rimedi ordinari, ma non ovunque; e così via.

Il sistema
tedesco

Con riferimento all'altra principale matrice dell'istituto, particolare interesse presenta il sistema tedesco, che si caratterizza, in generale, per l'attribuzione al Tribunale costituzionale federale di una serie di competenze molto articolate.

Con specifico riferimento al ricorso diretto, primo e più immediato connotato della *Verfassungsbeschwerde* è sicuramente l'ampiezza del novero degli atti avverso i quali esso è dato, comprendente quelli del potere legislativo, esecutivo e giudiziario, salvo limitatissime eccezioni. Tassativo è l'elenco dei diritti, anche se la giurisprudenza ha finito per estenderne considerevolmente la portata, fino a potersi censurare ogni applicazione di una norma formalmente o materialmente incostituzionale. Devono essere esaurite le vie legali comuni (principio di sussidiarietà), ma con possibili eccezioni, valutabili discrezionalmente dal Tribunale costituzionale: nel caso di ricorso dotato di un "senso generale" (misurato dal numero dei cointeressati e dei casi pendenti, ma anche dal carattere non solo locale della questione), ovvero nel caso di ricorrente cui una decisione in ritardo recherebbe uno "svantaggio grave e irrimediabile" (misurato in genere anche dal rango dei diritti coinvolti). È poi previsto che il procedimento si snodi attraverso una pluralità di fasi, con conseguente riduzione del numero dei ricorsi che giunge all'esame del Tribunale costituzionale.

Il grande
numero dei
ricorsi

L'inconveniente più grave che si è posto da un punto di vista pratico è rappresentato dall'altissimo numero di ricorsi individuali, cui non si è riusciti a porre rimedio nonostante alcune riforme del sistema; si sottolinea altresì la sostanziale trasformazione del Tribunale costituzionale in un'ulteriore istanza di giudizio, se solo si considera che pervengono migliaia di casi all'anno, che circa il 5% del totale delle pronunce dei giudici viene impugnato per questa via, e che tendono inevitabilmente ad aumentare i ritardi nella decisione dei ricorsi.

I pregi
riconosciuti
all'istituto

Al contrario, gli aspetti di maggior pregio sono individuati nel suo porsi quale coronamento dello stato di diritto, pur se con una valenza quasi forse più simbolica che concreta, mediante la possibilità offerta all'individuo di rendersi nella maniera più diretta fattore attivo della vita del diritto e dello Stato, nell'atto stesso in cui si fa difensore dei suoi supremi interessi, cioè della sua libertà; nel contributo alla progressiva trasformazione della giustizia costituzionale tedesca, passata da un modello di giustizia dello Stato (*Staatsgerichtsbarkeit*) a un modello di giustizia dei diritti fondamentali (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*); nello strumento offerto al Tribunale costituzionale ai fini della definizione della portata e del contenuto dei diritti fondamentali degli individui; nell'ausilio alla predisposizione di un sistema di garanzie contro le violazioni arbitrarie dei diritti da