

Marta Giacomini

# L'accesso incidentale in Italia e in Francia

Contributo all'analisi del  
controllo di costituzionalità



**Giappichelli**

## PREFAZIONE

Uno degli approcci più proficui per la comprensione di un sistema costituzionale, delle sue norme e delle sue procedure è il confronto con quelle di sistemi affini e, talvolta, anche con quelli molto dissimili. È in generale lo sguardo rivolto al diverso che ci rende più consapevoli di ciò che l'abitudine e la familiarità consegna ad una evidenza a-problematica. La comparazione, come ha scritto Paolo Grossi, acuisce la criticità dello sguardo.

Il lavoro di Marta Giacomini si concentra su un tema preciso: l'accesso incidentale come paradigma dell'evoluzione del giudizio di legittimità costituzionale. Il lavoro, che vede la luce dopo una profonda attività di ricerca all'*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne* e uno *stage* presso il *Conseil constitutionnel*, ha il pregio di contribuire, in modo significativo, all'avanzamento delle conoscenze concernenti lo sviluppo, gli adattamenti e le alterazioni del controllo in via incidentale nella sua espressione, più consolidata, quella della Corte costituzionale italiana e in quella, più recente, introdotta nell'ordinamento d'Oltralpe, nel 2008, con la *question prioritaire de constitutionnalité*.

Non è necessario diffondersi sulla rilevanza del tema, basta ricordare che le vie che permettono di accedere all'organo di garanzia di una Costituzione rigida sono di importanza decisiva per intendere il funzionamento e la natura stessa del controllo da parte di un organo "passivo", il quale non può avocare a sé il sindacato delle norme di legge.

Questo lavoro dimostra efficacemente come le differenze nei tempi e nei modi e, quindi, nella procedura, abbiano radici lontane nella vicenda politica dei due Paesi nonché quanto sia rilevante l'interdipendenza tra due fattori tra loro inscindibili: il contesto storico e la previsione di un determinato modello di controllo di costituzionalità.

L'Autrice sceglie condivisibilmente di introdurre la propria indagine con una disamina critica e comparata delle ragioni in virtù delle quali è stata data preferenza al modello incidentale kelsenianamente delineato e che hanno indotto, nel 1948, l'Italia e, nel 2008, la Francia ad affidare il controllo di costituzionalità delle leggi ad un organo giurisdizionale *super partes*. La Francia assume evidentemente un ruolo centrale specie per i vari tentativi che, solo

dopo cinquant'anni dall'istituzione del *Conseil constitutionnel*, sono riusciti a rompere gli ostacoli che si opponevano al controllo di norme entrate nell'ordinamento positivo affiancandosi a quello delle leggi ancora in *statu nascenti*!

L'analisi critico-ricostruttiva evidenzia che l'idea del controllo di costituzionalità deriva, in linea di principio, dall'esperienza introdotta da Kelsen nella Costituzione repubblicana austriaca del 1920 e ha implicato la fine del dogma della sovranità inappellabile della legge e l'opzione della rigidità della Costituzione che stabiliva quella che, con una metafora spaziale, si chiama la superiorità delle norme costituzionali, patrimonio comune delle forze politiche costituenti, rispetto alle leggi espressione delle maggioranze elettorali per loro natura inevitabilmente di parte.

L'incidentalità viene qui esaminata come archetipo, utilizzato in maniera funzionale per indagare le dinamiche, gli sviluppi e gli adattamenti del controllo incidentale italiano e francese giungendo a risultati innovativi.

Eguale ricca di originali spunti di riflessione è la seconda parte del lavoro che, prendendo in esame il ruolo del filtro nel controllo di legittimità costituzionale, mette a confronto, con metodo comparato e induttivo, il ruolo assolto dai giudici di filtro argomentando approfonditamente quanto i criteri di rinvio, previsti per la *question prioritaire de constitutionnalité*, influiscano sul modo di intendere l'incidentalità sino a definire «maieutico» il dialogo tra le *hautes juridictions* francesi e il *Conseil constitutionnel*.

In questa breve prefazione non è possibile rendere conto del carattere significativo di tutti gli elementi di indagine presenti in questo accurato lavoro monografico, che si contraddistingue per l'assai solido apparato bibliografico nonché per la capacità di analisi sistematica, di interpretazione e di comparazione degli istituti giuridici, che prescinde dalla mera esegesi delle disposizioni normative.

Rilevanti sono le osservazioni dell'ultima parte del lavoro riguardanti l'allargamento delle ipotesi di accesso alla giustizia costituzionale (legate ad alcuni aspetti critici della via incidentale) e alla compresenza di elementi di concretezza e di astrattezza (nel giudizio del *Conseil constitutionnel* e alla Corte costituzionale) che potrebbero condurre ad una inedita categoria, che supera la tradizionale coppia oppositiva di controllo astratto e concreto. Va sottolineata anche l'opportuna attenzione rivolta dall'Autrice al processo in forza del quale la *question prioritaire de constitutionnalité* ha, ormai, definitivamente trasformato l'organo voluto da De Gaulle per proteggere l'esecutivo nei confronti del potere del Parlamento, in un organo nei fatti giurisdizionale, che protegge i diritti e le libertà dei cittadini.

Al di là delle somiglianze, l'analisi delle differenze tra le procedure del

controllo incidentale nei due Paesi in esame permette di formulare un'ampia rimeditazione critica cogliendo con logicità, puntualità e rigore metodologico le dinamiche proprie dell'incidentalità.

Pasquale Pasquino

Professor in Politics and Law at New York University



# INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'oggetto dell'indagine e il metodo della ricerca.

## 1. Premessa

Il ricorso in via incidentale rappresenta una tipologia di accesso alla giurisdizione costituzionale che, dal secondo dopoguerra, è ampiamente circolata, concorrendo a definire l'archetipo (kelseniano) del modello europeo (continentale) di giustizia costituzionale<sup>1</sup>.

Nel corso del tempo, il controllo di costituzionalità in via incidentale ha avuto degli adattamenti conseguenti, da un lato, agli effetti dell'ibridazione tra i sistemi accentrati e diffusi e tra quelli astratti e concreti, dall'altro lato, all'influenza della realtà storica, culturale, politico-istituzionale nella quale si realizza<sup>2</sup>. Dall'analisi di tali dinamiche si nota come, nella prassi giurisprudenziale, alcuni caratteri costitutivi del giudizio incidentale siano mutati, definendo un archetipo dell'incidentalità implementato da elementi, processua-

---

<sup>1</sup>La variabilità dei requisiti che caratterizzano i sistemi di giustizia costituzionale e l'accesso incidentale rappresentano caratteri fondamentali, poiché individuano un modello europeo di giustizia costituzionale. L'incidentalità è, infatti, un elemento caratteristico del modello europeo che permette ai giudici comuni di «ribellarsi» alle leggi incostituzionali, rivolgendosi al giudice speciale per il legislatore». Così T. GROPPI, *Introduzione: alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in M. Olivetti, T. Groppi, G. Zagrebelsky (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, p. 16.

<sup>2</sup>Cfr. G. DRAGO, voce *Justice constitutionnelle*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, spec. pp. 902 e 906: «*La justice constitutionnelle a pour objet d'assurer la suprématie de la Constitution sur les autres normes juridiques, selon une procédure de type juridictionnelle: il importe ensuite d'en souligner les grandes tendances contemporaines puis de proposer une conception fonctionnelle et procédurale de la justice constitutionnelle [...] Les tendances contemporaines de la justice constitutionnelle accompagnent le développement du constitutionnalisme. Celui-ci s'oriente dans plusieurs directions*». Le «*plusieurs directions*» corrispondono alle interferenze con l'ambiente nelle quali si diffondono e che prendono in esame aspetti giuridici e culturali come «*les droits fondamentaux, les systèmes juridiques nationaux résistent, en op posant leurs particularités culturelles, historiques*».

li e fattuali, che influiscono sul controllo di costituzionalità e che sono forieri di una maggiore elasticità delle regole del giudizio<sup>3</sup>.

In questa prospettiva l'accesso incidentale, alla Corte costituzionale e al *Conseil constitutionnel*, rappresenta il paradigma delle interazioni tra la stabilità e il mutamento del modello<sup>4</sup>. La questione di legittimità costituzionale e la *question prioritaire de constitutionnalité* mostrano due forme di ricorso incidentali, a tratti tangenti, che riproducono un *tertium genus* rispetto ai noti modelli americano e austriaco.

Se, fino al 2008, il controllo di costituzionalità della legge, svolto dalla Corte e dal *Conseil*, si poteva comparare sulla base del dato temporale connesso al momento dell'accesso – *a priori* nel sistema francese, *a posteriori* in quello italiano –, l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) è fonte di nuovi rilevanti spunti di comparazione e di riflessione sulla circolazione dei modelli<sup>5</sup>. La QPC ha, infatti, previsto una procedura di controllo della legge che, pur replicando l'esperienza italiana<sup>6</sup>, conserva dei caratteri qualificanti sia sotto il profilo soggettivo – riservando questo strumento alle parti per la tutela dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti – sia sotto quello oggettivo – subordinando l'accesso incidentale ad un sistema a doppio filtro che coinvolge non solo il giudice *a quo*, ma anche la *Cour de cassation* e il *Conseil d'État*–.

<sup>3</sup>Cfr. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, spec. pp. 16 e 21, il quale afferma che l'incidentalità corrisponde ad un «canone» e non ad un «modello» in quanto «porta radicate al proprio interno delle costitutive ambiguità, delle irrisolte alternative teoriche, che lo avvicinano di più ad un canone [...] capace di legare insieme l'incerta genesi della giustizia costituzionale, l'originaria, talvolta radicale, indeterminatezza dei suoi contenuti e dei suoi percorsi, la sua evoluzione, il suo progressivo consolidamento nelle diverse fasi della stessa fino a giungere alle più recenti trasformazioni».

<sup>4</sup>La giustizia costituzionale è «un luogo in cui ci si incontra, ci si capisce, si mettono a fuoco problemi comuni, non necessariamente sempre nella stessa prospettiva». Così G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale italiana*, in P. Pasquino, B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e le altre Corti). How constitutional Courts make decisions*, Milano, 2009, p. 59.

<sup>5</sup>La giustizia costituzionale è «un terreno comparatistico per così dire privilegiato, dato il verificarsi di un processo di tendenziale convergenza». Così L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, n. 1/1984, p. 8.

<sup>6</sup>Cfr., in tal senso, F. LAFFAILLE, *Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010, pp. 51 ss.; J.J. PARDINI, *Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne: ab origine fidelis*, in *Pouvoirs*, n. 137/2011, pp. 101 ss.; M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2014, pp. 40 ss.

## 2. L'oggetto dell'indagine e il metodo della ricerca

A dodici anni dall'introduzione della QPC<sup>7</sup>, la presente ricerca si propone di riflettere sulla fisionomia dell'accesso incidentale, al *Conseil constitutionnel* e alla Corte costituzionale, indagandone la sua evoluzione e il suo adattamento rispetto al modello originariamente previsto.

La scelta di esaminare l'esperienza italiana e francese si giustifica per l'incidenza che alcuni profili, processuali e fattuali, hanno assunto sul controllo di costituzionalità svolto dalla Corte costituzionale e dal *Conseil constitutionnel*. In effetti, il ricorso in via incidentale, introdotto in Italia con la legge costituzionale n. 1/1948 e in Francia con la *loi constitutionnelle* n. 2008-724<sup>8</sup>, è stato il prodotto di una commistione di elementi eterogenei e ha subito delle alterazioni in conseguenza di una sorta di «moto oscillatorio»<sup>9</sup> degli stessi fattori che ne condizionano il funzionamento.

Lo studio muove, in particolare, dal riconoscimento dell'esistenza di un profondo legame tra due fattori, la necessità storica e il controllo di costituzionalità, che rende il secondo elemento sensibile all'evoluzione del primo.

Così, per riconoscere le reciproche interazioni e le influenze tra la realtà storico-sociale e le norme che disciplinano il controllo di costituzionalità<sup>10</sup>, la prima parte del presente studio sarà dedicata ad una ricognizione critica della genesi che ha condotto prima l'Italia e poi la Francia ad introdurre il ricorso in via incidentale. Si ritiene, infatti, che l'analisi dei contesti in cui la giustizia costituzionale ha avuto origine possa fornire una chiave di lettura per individuare le soluzioni adottate, la loro espansione e le reciproche influenze, oltre che per coglierne gli orientamenti comuni.

---

<sup>7</sup> Il nuovo sistema di giustizia costituzionale non ha preso avvio nel 2008 ma il 1° marzo 2010. La *question prioritaire de constitutionnalité* è difatti entrata in vigore con la promulgazione *loi organique* n. 2009-1523 – *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* – del 10 dicembre 2009, che ha modificato l'*ordonnance* n. 58-1067 del 7 novembre 1958 sull'organizzazione e il funzionamento del *Conseil constitutionnel*.

<sup>8</sup> Cfr. *Loi constitutionnelle* n. 2008-724, 23 luglio 2008, *Loi de modernisation des institutions de la Ve République*.

<sup>9</sup> Così A.M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*, in G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema «accentrato» di costituzionalità*, Napoli, 2020, pp. 29 ss.

<sup>10</sup> Cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus civile*, n. 4/2016, p. 298, il quale sostiene che «la teoria e la pratica giuridica incontrano una necessaria integrazione. Ma non nel senso in cui si parla di integrazione fra le tradizionali fonti del diritto, come modo di mettere a confronto e, se possibile, di conciliare, due dati oggettivi, ma come riconoscimento di un atteggiamento comune, di un convergente modo di intendere la scienza giuridica, che è essenzialmente una scienza pratica, non più come una scienza pura di norme (ammesso che lo sia mai stata), ma come uno sguardo rivolto ai valori prevalenti nel contesto sociale».

Come si avrà modo di rilevare, la ricostruzione delle cause che hanno portato all'affermazione della *question prioritaire de constitutionnalité* sarà più ampia rispetto all'introduzione dell'accesso incidentale alla Corte costituzionale. La ragione di questa scelta risiede nel fatto che, diversamente dall'Italia, le fonti che regolano il sistema di giustizia costituzionale francese sono state il risultato di un tortuoso e tormentato percorso di distacco dal modello rivoluzionario originario e oggetto di numerose novelle che hanno inciso sul modo con cui si svolge il controllo di costituzionalità e sul ruolo del *Conseil constitutionnel*.

La seconda parte della ricerca sarà, invece, destinata all'esame della dinamica processuale che caratterizza l'incidentalità costituzionale in Italia e in Francia. Questi due sistemi accentrati tendono sempre più spesso ad oscillare tra un potenziamento dei poteri attribuiti ai giudici di filtro e, al contempo, di quelli conferiti alla Corte e al *Conseil*. Tali implicazioni sono di fondamentale importanza poiché hanno rilevanti effetti sulla giurisdizione costituzionale nel suo complesso e, in specie, sui rapporti tra i giudici di rinvio e l'organo di giustizia costituzionale.

Alla luce dell'esperienza italiana e francese, la terza parte sarà, infine, dedicata ai mutamenti del giudizio incidentale e ai progressivi assestamenti che hanno interessato, in vario modo, il giudizio incidentale. A tale riguardo, si farà riferimento ad una nozione ampia di incidentalità, comprensiva delle coordinate processuali che immettono gli elementi fattuali di una determinata controversia nel giudizio di legittimità costituzionale inducendo, peraltro, il superamento della dicotomia tra controllo di costituzionalità astratto e concreto.

Per indagare questi fenomeni si analizzeranno le norme che regolano il ricorso incidentale. Questo approccio, di diritto positivo<sup>11</sup>, permetterà di evidenziare come le regole che governano il diritto costituzionale processuale acquisiscano significato al contatto con l'esperienza e di rivelare la loro elasticità<sup>12</sup>. L'esame delle fonti non potrà, allora, trascendere dal contesto sociale e politico nel quale si realizzano. Le norme decontestualizzate non sarebbero infatti né comprensibili né comparabili<sup>13</sup>. Il recente esempio france-

---

<sup>11</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Sur le positivisme juridique*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, 1961, p. 56.

<sup>12</sup> Cfr. X. MAGNON, *Orientation théorie et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel: réflexions et tentative de reconstruction*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, 2007, p. 238, il quale afferma che è necessario «déterminer le champ des possibles du devoir être, mais aussi [de] l'éclairer notamment par ce qu'il est dans la pratique».

<sup>13</sup> Così S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2006, p. 608.

se e il più risalente italiano mostreranno, così, come il tessuto normativo e l'elaborazione giurisprudenziale siano inclini ad adattarsi al mutare della realtà sociale, culturale e istituzionale e, allo stesso modo, come tale realtà incida sugli istituti giuridici.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale e degli aspetti processuali che ne condizionano il giudizio sarà, inoltre, fondamentale per indagare i mutamenti e gli assestamenti dell'incidentalità nonché le sue implicazioni sul controllo svolto dal Giudice costituzionale e sul ruolo assunto dai giudici di filtro<sup>14</sup>. I profili di diritto costituzionale processuale italiano e francese saranno esaminati secondo un'interpretazione unitaria, cercando di comprendere se la variabilità di alcuni caratteri dell'incidentalità possa avere un impatto nel lungo periodo, ovvero se si tratti di un fenomeno contingente.

In queste prospettive di indagine, la comparazione sarà essenziale per evidenziare non solo le assonanze e le dissonanze dei due ricorsi incidentali<sup>15</sup> ma, altresì, come la riproduzione di un modello adottato in un determinato contesto, storico e politico, conduca ad esiti che, in virtù delle diverse culture costituzionali, non sono sempre omogenei<sup>16</sup>. La componente comparativa della riflessione giuridica permetterà, invero, di non assolutizzare un certo, specifico, diritto positivo, bensì di relativizzare talune problematiche aprendo l'indagine ad esperienze giuridiche esterne al diritto domestico<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> L'accesso incidentale ha influenzato una nuova prospettiva della giustizia costituzionale, che deve condurre ad una rinnovata introspezione metodologica seguendo la via del «diritto costituzionale processuale». Così G. TUSSEAU, *Plaidoyer pour le droit processuel constitutionnel*, in *Constitutions*, n. 4/2012, p. 585.

<sup>15</sup> In effetti, non appena si passa da «un esame “macrocomparatistico”, per modelli, ad un esame di dettaglio sui singoli profili», anche gli istituti che sembrerebbero sovrapponibili mostrano «evidenti smagliature e non sempre facilmente comprensibili diversificazioni». Così P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, p. 716.

<sup>16</sup> Cfr. G. ROLLA, *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, in *Giur. cost.*, n. 5/2013, spec. p. 3991, il quale precisa che la circolazione giuridica rappresenta una «condizione di vitalità» per gli ordinamenti costituzionali.

<sup>17</sup> Sulla rilevanza del metodo comparato cfr., tra gli altri, S. CASSESE, *Il sorriso del gatto*, cit., p. 605, il quale sostiene che la comparazione sia un metodo fondamentale perché dimostra «la relatività dei sistemi giuridici e decostruisce il mito delle risposte esatte».



## CAPITOLO PRIMO

# IL FENOMENO DELL'INCIDENTALITÀ NEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE ITALIANO E FRANCESE: L'ORIGINE

SOMMARIO: 1. L'accesso incidentale come modello *sui generis*: premessa. – 2. L'accesso incidentale nell'ordinamento giuridico italiano come (im)previsto nella legge costituzionale n. 1/1948. – 3. L'accesso incidentale nell'ordinamento giuridico francese come parabola conclusiva dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: l'istituzione del *Conseil constitutionnel*. – 4. *Segue*: Il *bloc de constitutionnalité*. – 5. *Segue*: Il controllo *a priori* e le relative criticità. – 6. *Segue*: La *saisine parlementaire*. – 7. Dal controllo *a priori* all'accesso incidentale *à la française*. – 8. *Segue*: La via incidentale francese per la tutela dei diritti e delle libertà.

### 1. *L'accesso incidentale come modello sui generis: premessa*

Il giudizio in via incidentale è il risultato di un'ibridazione dei sistemi di giustizia costituzionale<sup>1</sup>. Questo fenomeno ha trovato la sua maggior manifestazione in Europa quando, dal secondo dopoguerra, in molti Paesi, è stato introdotto il controllo di costituzionalità delle leggi che ha dato preferenza ad un modello intermedio tra quello statunitense, del *judicial review of legislation*, e quello austriaco, della *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

È consolidato che questi due fondamentali modelli di giustizia costituzionale, che traggono rispettivamente il proprio fondamento dal celebre caso *Marbury v. Madison*<sup>2</sup> e dall'elaborazione del pensiero di Kelsen<sup>3</sup>, si distinguono

---

<sup>1</sup> Cfr. L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, cit., pp. 14 ss. L'Autore riferisce un fenomeno di «circolazione» e di «ibridazione» di sistemi che, pur vertendo su modalità di accesso al Giudice costituzionale differenti, conducono ad un avvicinamento dei modelli.

<sup>2</sup> La Corte *Marshall*, con il caso *Marbury v. Madison* del 1803, ha notoriamente una portata storica poiché ha tracciato i caratteri del sistema di sindacato diffuso che coinvolge ciascun giudice nel controllo di costituzionalità sulle leggi, disapplicandole qualora siano in contrasto

no per l'organo cui è attribuito il controllo di costituzionalità e per la modalità di accesso al Giudice costituzionale. Nel primo modello, ciascun giudice ha il potere di disapplicare le leggi incostituzionali attraverso un ricorso di tipo incidentale; nel secondo è, invece, un organo *ad hoc* ad avere il potere di annullarle con effetto *ex nunc* a seguito di un ricorso di tipo principale<sup>4</sup>.

Nel corso degli anni, le differenze tra questi due sistemi di accesso si sono, però, attenuate<sup>5</sup>. L'introduzione del giudizio di costituzionalità in via in-

---

con la Costituzione. Per un approfondimento sul sindacato di costituzionalità statunitense cfr., tra i molti, P. BIANCHI, *Giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, U.S.A., Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia, Torino, 2000, spec. pp. 1 ss. L'Autore evidenzia come la sentenza *Marbury v. Madison* abbia postulato un principio dotato di capacità espansiva che giustifica il carattere diffuso del controllo, abilitando ugualmente le Corti federali inferiori ad esercitarlo al pari delle giurisdizioni statali. In relazione all'innovazione e all'eco che tale decisione ha riportato nel panorama europeo si rinvia, senza pretesa di esaustività, agli studi di M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931, pp. 28 ss.; D. ALFANGE, *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review: in Defense of Traditional Wisdom*, in S.C.R., 1993, pp. 329 ss.; B. CHRISTOPHER, *Marbury v. Madison: How History Has Changed John Marshall's Interpretation of the Constitution – A Response to Winfield H. Rose Budzisz*, in P.S., n. 7/2004, pp. 385 ss.; B. BARBISAN, *Nascita di un mito. «Marbury v. Madison» e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008.

<sup>3</sup> Cfr. H. KELSEN, *La garante juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in RDP, n. 1/1928, pp. 197 ss. e H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, spec. pp. 293 ss.

<sup>4</sup> La letteratura sui modelli e i sistemi di giustizia costituzionale è pressoché sconfinata. Nell'ambito della dottrina giuridica italiana cfr., tra i molti, le opere di M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle Leggi nel diritto comparato. Studi di diritto comparato*, Milano, 1968; A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, n. 3/1982, pp. 521 ss.; L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, cit., pp. 7 ss.; P. CARROZZA, voce *Corti*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989, pp. 430 ss.; P. CARROZZA, *La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, pp. 449 ss.; L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009; L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019 e, nell'ambito della letteratura giuridica francese si rinvia, in particolare, agli studi condotti da Louis Favoreu: L. FAVOREU, *Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle*, in AIJC, n. 4/1988, pp. 51 ss.; L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, 1992, pp. 16 ss.; L. FAVOREU, *Le modèle européen de la Cour constitutionnelle*, in DF, n. 268/1994, pp. 9 ss.

<sup>5</sup> La ripartizione tra il modello americano e quello austriaco presupponeva la giustizia costituzionale come un fenomeno legato esclusivamente al controllo della legge in forza di una presunta eterogeneità tra i sistemi europei. Questa tendenza non convinse, però, parte della dottrina, che suggerì di descrivere i modelli distinguendo le procedure di controllo della legge concrete da quelle astratte e i sistemi concentrati sul controllo di costituzionalità della leg-

cidentale ha, infatti, condotto – come dinanzi accennato – ad un'ibridazione tra i due modelli di giustizia costituzionale recependo elementi qualificanti di entrambi<sup>6</sup>: da un lato, come nel sistema austriaco, il potere di controllare la costituzionalità delle leggi è affidato ad un apposito organo costituzionale<sup>7</sup>; dall'altro, come nel sistema statunitense, i giudici comuni possono sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>8</sup>.

In questa prospettiva, si nota che una rilevante esperienza di ibridazione è

---

ge da quelli incentrati sulla salvaguardia dei suoi diritti fondamentali. Sull'opportunità di superare i tradizionali schemi di classificazione binaria cfr., tra gli altri, M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, pp. 41 ss.; F. RUBIO LLORENTE, *Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe*, in *AIJC*, n. 12/1996, pp. 11 ss.; F. FERNANDEZ-SEGADO, *La faillite de la bipolarité «modèle américain-modèle européen» en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, n. 52/2004, pp. 471 ss.; G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bologna, 2009; G. ROLLA, *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, 2012, pp. 42 ss.; M. CARPENTIER, *Pour de nouveaux «modèles» de justice constitutionnelle*, in *RIDC*, n. 1/2016, pp. 1 ss.

<sup>6</sup>L'accesso in via incidentale manifesta «nitidamente la convergenza tra i due archetipi della giustizia costituzionale – quello americano e quello kelseniano – dal momento che per tale via i giudici ordinari, che nei sistemi accentrati sono sprovvisti del potere di decidere sulla costituzionalità delle leggi, vengono coinvolti nel compito di vigilare sul rispetto della Costituzione, essendo loro affidate la fase introduttiva e la fase esecutiva del giudizio di costituzionalità» (Così M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 27). È stato, peraltro, evidenziato come tale forma di accesso alla giustizia costituzionale abbia un buon funzionamento qualora tra il Giudice costituzionale e il giudice di rinvio si instauri un dialogo collaborativo con un mutuo riconoscimento dei compiti. Cfr., in tal senso, V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *AA.VV.*, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, pp. 503 ss.

<sup>7</sup>Sul modello austriaco cfr., tra gli altri, A. GAMPER, F. PALERMO, *The constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, in *JCL*, n. 3/2008, pp. 64 ss.

<sup>8</sup>L'ibridazione si riscontra con evidenza nei sistemi di giustizia costituzionale dove i tradizionali schemi di classificazione del modello accentrato si aprono a forme di convivenza con la *judicial review*, mentre quelli diffusi registrano una tendenza dei Giudici costituzionali a “monopolizzare” l'esercizio della giurisdizione costituzionale. Cfr., in tal senso, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, cit., pp. 521 ss.; L. FAVOREU, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, 1982, pp. 462 ss.; L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, cit., pp. 7 ss. e, più recentemente, S. GAMBINO, *La giurisdizione costituzionale delle leggi. L'esperienza italiana nell'ottica comparata (con particolare riguardo al giudizio in via incidentale) ed in quella eurounitaria*, in S. Gambino (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale*, Milano, 2012, pp. 1 ss.; S. CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2016, pp. 994 ss.; G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, 2021, pp. 267 ss.

quella della giustizia costituzionale italiana e francese<sup>9</sup>, la cui disciplina è il prodotto di un susseguirsi di interventi normativi, approvati in tempi e con intenti differenti<sup>10</sup>, con la peculiarità di stabilire un punto di equilibrio tra la concezione politica e quella giurisdizionale<sup>11</sup>.

L'attuale impianto del controllo di costituzionalità italiano ha mosso i primi passi dai lavori della fase costituente, per essere definito dalle leggi costituzionali n. 1/1948 e n. 1/1953, nonché dalla legge ordinaria n. 87/1953, le quali prevedono che – come nel sistema austriaco – il sindacato di costituzionalità delle leggi sia riservato ad un apposito organo costituzionale e – come nel sistema statunitense – che siano i giudici comuni a rinviare la questione di legittimità costituzionale.

In Francia, invece, l'ibridazione tra il modello austriaco e statunitense si rintraccia nella *loi constitutionnelle* n. 2008-724, che affianca – al già esistente controllo preventivo, accentrato e astratto – una forma di accesso incidentale peculiare<sup>12</sup> in cui le supreme giurisdizioni assumono un ruolo focale nella procedura incidentale al *Conseil constitutionnel*<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup>È stato sulla scia del modello europeo di controllo di costituzionalità che, in Francia come in Italia, il controllo di costituzionalità ha maturato dei caratteri autonomi rispetto ai noti modelli di riferimento. In proposito cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 24 ss.; P. PASQUINO, *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2002, pp. 359 ss.; F. FERNÁNDEZ-SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo: il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, Bologna, 2010, pp. 89 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»: profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012, pp. 18 ss.

<sup>10</sup>Gli organi di giustizia costituzionale rappresentano «istituzioni nuove, o relativamente nuove, dotate di una “naturale” forza espansiva rispetto alle altre istituzioni [...] che nascono da una matrice culturale comune e cioè dal tentativo operato dal costituzionalismo del secondo dopoguerra teso ad irrobustire l'impianto classico della democrazia rappresentativa con istituti immaginati in funzione di garanzia contro il ripetersi delle esperienze che segnano le vicende europee tra le due guerre». Così P. CARETTI, E. CHELI, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/1984, p. 33.

<sup>11</sup>In questo senso cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato. Studi di diritto comparato*, Milano, 1968, pp. 109 ss. e G. AZZARITI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria (del Giudice costituzionale come giudice comune)*, in *Foro it.*, n. 1/2000, p. 34.

<sup>12</sup>Si tratta di «un nouveau moyen de droit pour de nouvelles pratiques du droit» (così D. ROUSSEAU, J. BONNET, *L'essentiel de la QPC. Mode d'emploi de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2012, p. 11) e di «une nouvelle voie de droit» (così B. MATHIEU, *La question prioritaire de constitutionnalité: une nouvelle voie de droit. À propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et la décision du Conseil constitutionnel n. 2009-595 DC*, in *La semaine juridique*, n. 52/2009, p. 54).

<sup>13</sup>Cfr. D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridiction-*

## 2. *L'accesso incidentale nell'ordinamento giuridico italiano come (im)previsto nella legge costituzionale n. 1/1948*

Nell'Assemblea costituente italiana vi fu, com'è noto, un ampio dibattito sia sull'opportunità di introdurre un sindacato di costituzionalità delle leggi sia sulle modalità del suo funzionamento<sup>14</sup>.

La discussione prendeva le mosse da una scelta preventiva a favore della rigidità della Costituzione<sup>15</sup>, che poteva realizzarsi attribuendo il controllo di costituzionalità o ai giudici comuni, introducendo una tutela giudiziaria del nuovo sistema di diritti e di libertà che stava maturando, ovvero ad un'istituenda Corte costituzionale che avrebbe potuto fungere da «elemento di saldatura»<sup>16</sup> della forma di governo.

Da una parte dell'Assemblea costituente vi era una certa resistenza, che si coglie dagli atti della costituente e dal contenuto di alcune norme costituzionali, come l'art. 137 della Costituzione che rinvia ad una legge costituzionale e ad una legge ordinaria la definizione del modello di giustizia costituzionale.

Tale ostilità era giustificata da, almeno, due ordini di ragioni.

---

*nel?*, in RDP, n. 3/2009, p. 4. L'Autore ritiene che il fenomeno sia evidente nella revisione costituzionale apportata dalla *loi constitutionnelle* n. 2008-724, che ha favorito l'avvicinamento del sistema francese al modello kelseniano attraverso un «*arrimage complexe au modèle européen de justice constitutionnelle*». A conferma che l'ibridazione dei due modelli di riferimento caratterizza anche il sistema francese si rinvia alle riflessioni di E. CHELI, *La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia*, in *Seminario Astrid*, in <https://www.astrid-online.it>, 27 maggio 2009.

<sup>14</sup> Sulle fasi di elaborazione del modello susseguite durante i lavori dell'Assemblea costituente italiana cfr., tra gli altri, U. DE SIERVO, *Verso la nuova Costituzione: indice analitico dei lavori dell'Assemblea costituente: spoglio sistematico delle riviste giuridiche dell'epoca*, Bologna, 1980, pp. 15 ss.; F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 1996, pp. 71 ss.; P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Atti del Convegno di Imperia, 12-13 maggio 1995*, Torino, 1996, pp. 7 ss.

<sup>15</sup> Sulla garanzia della rigidità costituzionale cfr. G. SILVESTRI, voce *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 129, per il quale «La Costituzione, intesa come fondamento assiologico sostanziale di tutto l'ordinamento, è sempre, *lato sensu*, rigida. Intesa come fondamento assiologico anche formale, è rigida solo se esista una qualche forma di controllo di costituzionalità» e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, spec. p. 256. L'Autore osserva che vi è un vero e proprio nesso di derivazione logica tra la Costituzione scritta, rigida e la giustizia costituzionale, tanto che «l'esserci o meno sindacato di costituzionalità delle leggi [...] dipende dall'esserci o non Costituzione di tipo rigido, con la connessa differenziazione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie».

<sup>16</sup> Così E. CHELI, *Prefazione*, in G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, p. 11.

Innanzitutto, l'Italia non aveva ancora sperimentato una forma di giustizia costituzionale. Fino al 1948, la giurisdizione costituzionale era devoluta ai giudici comuni nell'ambito delle rispettive attribuzioni e ciascun giudice poteva svolgere il riscontro di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative da applicare, potendo dunque rifiutare l'applicazione, nel caso concreto, di quelle ritenute non conformi alla Costituzione<sup>17</sup>. La giurisdizione costituzionale era una funzione nuova, legata alla novità della rigidità della Costituzione e del decentramento regionale<sup>18</sup>.

In secondo luogo, esattamente come si sarebbe temuto in Francia un decennio più tardi, vi era la diffusa convinzione che l'introduzione di una Corte costituzionale minasse il principio di superiorità del Parlamento e la connessa sovranità popolare<sup>19</sup> e che, al contempo, rallentasse il percorso di riforme delle quali l'Italia aveva assoluta necessità<sup>20</sup>.

Nonostante questi ostacoli, il dibattito si concluse – anche grazie a Piero Calamandrei che, per la sua formazione, ebbe un ruolo determinante<sup>21</sup> – con

<sup>17</sup> Cfr. A.M. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur. cost.*, n. 1/1961, pp. 3 ss.

<sup>18</sup> Cfr. P. CARETTI, E. CHELI, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, cit., p. 33, i quali osservano come la riflessione sulla creazione di un organo di giustizia costituzionale maturasse dal tentativo di «irrobustire l'impianto classico della democrazia rappresentativa con istituti immaginati in funzione di garanzia contro il ripetersi delle esperienze che segnano le vicende europee tra le due guerre».

<sup>19</sup> Sul timore di affidare ad un organo di natura giurisdizionale il controllo della legge cfr. P. TOGLIATTI, *Discorsi alla Costituente*, Roma, 1973, p. 64, che sottolinea: «sulla costituzionalità delle leggi non può deliberare che l'Assemblea nazionale, il Parlamento non potendo accettare altro controllo che quello del popolo. La progettata Corte potrà essere formata dagli uomini più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale, ma, per non essere eletti dal popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento». Sul punto cfr. altresì E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/1951, pp. 5 ss., secondo il quale «la creazione della Corte Costituzionale [...] contiene un motivo profondo di dubbia compatibilità col tipo classico del Governo parlamentare; voglio dire l'esistenza e poi il modo di formazione di una autorità la cui caratteristica principale è di essere superparlamentare. Il fatto stesso che il Parlamento non sarebbe più la suprema autorità dello Stato, ma verrebbe assoggettato ad una specie di subordinazione verso un'altra autorità, mi sembra che abbia l'effetto di spostare il centro di gravità del sistema. Si dirà che qui la competenza dell'Alta Corte si conterrà rigidamente nella soluzione puramente obiettiva di un punto di diritto. Ma chi può credere ad una separazione totale del diritto dal fatto?».

<sup>20</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Alle origini del modello italiano di giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale. Italia, Francia e Spagna*, Napoli, 2012, pp. 95 ss.

<sup>21</sup> Sull'influenza di Piero Calamandrei sulla formazione delle norme costituzionali che disciplinano la Corte costituzionale cfr., tra gli altri, P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande mae-*

la previsione di un organo cui attribuire il controllo di legittimità formale e sostanziale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, così da garantire effettività al nucleo dei valori della Costituzione<sup>22</sup>.

La Corte costituzionale fu una delle maggiori novità dell'ordinamento italiano<sup>23</sup>. L'unico precedente poteva ravvisarsi nell'Alta Corte per la Sicilia, un organo istituito con il regio decreto legislativo del 15 maggio 1946, n. 455<sup>24</sup>, cui era, peraltro, conferito il controllo di legittimità costituzionale delle leggi approvate dell'Assemblea regionale siciliana, nonché il controllo di compatibilità delle leggi e dei regolamenti dello Stato rispetto allo Statuto della Sicilia<sup>25</sup>. Malgrado la posizione che stava andando a ricoprire per l'attuazione del modello di giustizia costituzionale italiano, la Corte costituzionale esercitò però le sue funzioni solo a partire dal 1956<sup>26</sup>.

---

stro, 1990, Milano, pp. 343 ss. (il quale sostiene che, nella formazione della Corte costituzionale, l'azione di Calamandrei sia stata determinante); G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studio sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, pp. 259 ss. (secondo il quale il giudizio sulle leggi italiane ricalcò i punti fondamentali della concezione di Calamandrei della giustizia costituzionale modellata sui canoni kelseniani tipici dello Stato di diritto costituzionale liberal-democratico del primo dopoguerra); E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Bari, 2007, pp. 15 ss. (che afferma come, grazie a Calamandrei, vi sia stato un riconoscimento dello Stato sulle macerie della dittatura e della guerra).

<sup>22</sup> Dal dibattito dell'Assemblea costituente emergeva chiaramente la necessità di istituire un organo preposto alla difesa della Carta costituzionale garantendo, altresì, effettività al suo nucleo di valori attraverso la teoria dei limiti, sia *quoad formam* che *quoad substantiam*, alla revisione costituzionale. Cfr., a tale riguardo, A. SPADARO, *La Giustizia costituzionale italiana: da originario limite a moderno strumento della democrazia (pluralista). Cinque proposte*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella Giurisprudenza costituzionale, atti del Seminario di Macerata del 5-6 maggio 1994*, Torino, 1996, spec. p. 311.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, pp. 910 ss.; A.M. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., pp. 2 ss.

<sup>24</sup> Successivamente convertito nella legge costituzionale n. 2/1948.

<sup>25</sup> Per una ricognizione sul controllo di costituzionalità antecedente all'accesso incidentale alla Corte costituzionale cfr. A. PIZZORUSSO, voce *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, pp. 43 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 224 ss.; F. ROSELLI, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo Statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2/1986, pp. 476 ss.; J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990, pp. 190 ss.; M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997, pp. 27 ss.

<sup>26</sup> Le ragioni di questo ritardo risiedono in quello che Calamandrei definì «ostruzionismo di maggioranza» all'attuazione della Costituzione che comportò notevoli ritardi per l'istituzione di diversi organi. Così P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, n. 2/1953, pp. 129 ss.

Sull'inizio dell'attività della Corte costituzionale cfr., tra gli altri, A. SIMONCINI, *L'avvio*

Raggiunto l'accordo sull'istituzione della sede per il controllo di costituzionalità, si doveva definire il modello cui riferirsi.

Dall'analisi del dibattito dell'Assemblea costituente si rilevano numerosi contrasti sull'individuazione delle modalità di accesso alla Corte<sup>27</sup>, specie per il timore di coinvolgere i giudici comuni nel controllo di costituzionalità dopo gli esiti dell'amministrazione della giustizia durante il periodo fascista<sup>28</sup>.

Dagli atti della costituente emerge che, nella scelta tra il controllo diffuso e quello accentrato, si confrontarono diverse prospettive. La discussione si incentrava, in particolare, sull'analisi di tre relazioni presentate dai deputati Piero Calamandrei, Giovanni Leone e Gennaro Patricolo<sup>29</sup> alle quali si aggiunse quella di Luigi Einaudi, a favore di un controllo di tipo diffuso affidato ai giudici per la garanzia dei diritti<sup>30</sup>.

---

*della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3066 ss.; E. DE NICOLA, *La Corte inizia la sua attività*, in *AA.VV.*, 1956-2006 *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Tomo I, Roma, 2006.

<sup>27</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, p. XXXV; E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, n. 5/1973, pp. 485 ss.

<sup>28</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, cit., p. 132, il quale evidenzia come «le incertezze sul modello, emerse prima nella Commissione Forti e poi in quella dei Settantacinque, portarono ad una discussione confusa e poco coerente, in cui confluiva la diffidenza della cultura europea verso il sistema americano del controllo diffuso, ma anche la consapevolezza, avvertita particolarmente da Calamandrei, di non potersi limitare ad un controllo astratto, svincolato dall'applicazione giudiziaria della legge».

<sup>29</sup> Piero Calamandrei suggeriva un controllo di tipo incidentale subordinato al realizzarsi di tre ipotesi. La prima riteneva che la questione di costituzionalità fosse sollevata su istanza di parte o d'ufficio e il giudice potesse decidere con una pronuncia con valore *inter partes*. La seconda ipotesi voleva che, qualora il giudice non avesse potuto risolvere il dubbio di costituzionalità, si sarebbe sospeso il giudizio e si sarebbe sollevata la questione alla prima sezione della Corte. L'ultima ipotesi suggeriva che persino la parte potesse eccepire la questione contro la sentenza pronunciata dal giudice. L'elaborazione di Giovanni Leone presupponeva, invece, un'azione di nullità, rivolta alla legge e ai regolamenti e agli atti amministrativi, che poteva essere proposta entro un termine perentorio da parte di taluni organi costituzionali, dal cittadino o da un giudice nel corso di un giudizio. La Corte di giustizia costituzionale poteva dichiarare la nullità dell'atto con effetto retroattivo con la possibilità di dettare norme transitorie valide fino a tre mesi dopo la pubblicazione della sentenza. Infine, Gennaro Patricolo proponeva un giudizio di validità e un giudizio di costituzionalità delle leggi, la cui distinzione non risultava di chiara evidenza, con il riconoscimento di diverse modalità di accesso e la possibilità per la stessa Corte di intervenire d'ufficio.

<sup>30</sup> Sui dibattiti sorti per la scelta della modalità di accesso alla Corte costituzionale cfr., per tutti, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, spec. pp. 79 ss.; G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, cit., pp. 108 ss.; A. GIOVANNELLI, voce *Assemblea costituente*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1988, pp. 7 ss.

Dai lavori preparatori svolti dalla Commissione dei Settantacinque al testo approvato in aula, il procedimento incidentale ebbe un rinvio discontinuo alternandosi a modalità di accesso alla Corte sia in via principale sia in via incidentale. Sebbene le ipotesi di ricorso diretto sembrassero la scelta istituzionale più coerente con l'interesse astratto alla legalità costituzionale, nel dibattito il ricorso incidentale ricoprì una posizione di rilievo e questa forma di accesso venne definita, il 31 dicembre del 1948, in forza di un «frettoloso compromesso»<sup>31</sup> tra il relatore Costantino Mortati e il governo De Gasperi<sup>32</sup>. Fu il c.d. emendamento Arata a decidere di rinviare ad una legge ordinaria la scelta delle modalità di accesso alla Corte.

La lentezza di attuazione del modello di accesso incidentale alla Corte costituzionale si dovette a ragioni politiche, connesse alla conflittualità tra la maggioranza e l'opposizione, e a ragioni giuridico-istituzionali, tant'è che il procedimento incidentale non venne menzionato nella Costituzione ma nell'art. 1 della legge costituzionale n. 1/1948 e, successivamente, precisato dagli artt. 23 ss. della legge ordinaria n. 87/1953<sup>33</sup>.

L'elemento essenziale che si rileva dalla lettura combinata della legge costituzionale del 1948 e della legge ordinaria del 1953 è che il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi debba svolgersi in due fasi: la prima davanti ad una autorità giurisdizionale e la seconda dinanzi alla Corte costituzionale, realizzando così il modello suggerito da Costantino Mortati.

### 3. *L'accesso incidentale nell'ordinamento giuridico francese come parabola conclusiva dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: l'istituzione del Conseil constitutionnel*

Se, dopo la fine della Seconda guerra mondiale, in Italia era stata decisa

---

<sup>31</sup> Così E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021, p. 14.

<sup>32</sup> Sul punto cfr. P. PASQUINO, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, in S. Rodotà (a cura di), *Diritto e culture della politica*, Roma, 2004, pp. 39 ss. e, più recentemente, M. BENVENUTI, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana (ovvero dei problemi e delle prospettive del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale come sineddoche)*, in *Nomos*, n. 1/2017, pp. 1 ss.

<sup>33</sup> Cfr. G. VOLPE, *L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., p. 23. L'Autore sostiene che il rinvio della disciplina riguardante l'accesso al giudizio di costituzionalità ad una successiva legge ordinaria e costituzionale aveva una finalità «ostruzionista e dilatoria nei confronti dell'attuazione della Corte» rischiando di indebolire la sua attività di controllo.