

1. *Inquadramento storico*

1.1. *Le matrici storiche e teoriche dell'esperienza italiana di giustizia costituzionale*

Costituisce un'opinione diffusa e condivisa quella per cui le esigenze di difesa della costituzione siano «antich[e] tanto quanto la riflessione sui problemi più importanti della convivenza tra gli esseri umani» (Zagrebel'sky, Marcenò, 2018, I, 7), mentre le soluzioni adottate – ossia gli istituti di giustizia costituzionale propriamente detti – sono acquisizioni contemporanee. Ciò in tanto appare vero in quanto tutto sommato recenti sono le soluzioni date ai termini dello sdoppiamento, su un piano tanto concettuale quanto operativo, di due distinti livelli normativi: l'uno sovraordinato e intestato, per l'appunto, alla costituzione, vocato alla stabilità¹ e modificabile solo con un consenso ultramaggioritario; l'altro subordinato e riferito alla legge, atto espressione per autonomia non tanto della «volontà generale»², come voleva l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 in Francia, quanto piuttosto dell'indirizzo politico variamente determinato.

Così, le prime vicende storiche del controllo di costituzionalità della legge si accompagnano tutte alla fondamentale dicotomia tra la costituzione e la legge. In questa prospettiva, secondo uno dei padri fondatori della Costituzione statunitense del 1787, Hamilton, «una costituzione è, in effetti, e così deve essere considerata dai giudici, una legge fondamentale... Qualora dovesse verificarsi discordanza insanabile fra la legge costituzionale e quella ordinaria, si dovrà, naturalmente, dar preferenza a quella verso cui siamo legati da obblighi maggiori; in altre parole alla legge ordinaria si dovrà preferire la Costituzione» (Hamilton, 1788, 585). Nel volgere di qualche anno, il medesimo assunto viene ripreso, sviluppato e applicato, pur nel silenzio della disciplina costituzionale di riferimento, dalla Corte suprema degli Stati Uniti d'America nel celebre caso *Marbury v. Madison* del 1803, nel quale, per la prima volta, si rileva un contrasto tra la Costituzione in quanto «legge superiore e fondamentale»³ e un determinato atto legislativo e, conseguentemente, si conclude nel senso che «un atto del potere legislativo contrastante con la Costituzione è invalido»⁴.

¹ Cheli, 1996, 9; Zagrebelsky, Marcenò, 2018, I, 17.

² «Volonté générale».

³ «Superior, paramount law».

⁴ «An act of the Legislature repugnant to the Constitution is void» (SCUS, 5 U.S., [1 Cranch] 177, *Marbury v. Madison* [1803]).

Da un analogo presupposto, ma per trarne conseguenze ordinamentali di segno diverso, sorge e si dispiega la riflessione di uno dei protagonisti della Rivoluzione francese, Sieyès. Questi, dopo avere osservato l'ascesa e la discesa prima della Costituzione francese del 1791 e poi dell'Atto costituzionale francese del 1793, sostiene che una costituzione «la cui esecuzione sia fondata solo sulla buona volontà [sia] come una casa il cui pavimento posi sulle spalle di quanti la abitano. Inutile dire quel che succederà presto o tardi» (Sieyès, 1795b, 819). A tal fine, egli formula nel 1795 una compiuta proposta per l'istituzione di una «giuria costituzionale» (Sieyès, 1795a, 796), a cui assegnare, in quanto «depositario conservatore dell'ATTO COSTITUZIONALE» (Sieyès, 1795b, 832), il controllo di costituzionalità della legge. Tale sollecitazione, però, non è recepita nella Costituzione francese del 1795, anche a causa della composizione pletorica dell'organo all'uopo individuato⁵ e di una certa mescolanza tra funzioni di garanzia costituzionale e di revisione costituzionale⁶. Ciò nondimeno, la prospettiva allora avanzata di istituire un organo accentrato e specializzato per il giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi resta un punto di riferimento per lo sviluppo degli odierni istituti di giustizia costituzionale.

Quando nel Regno di Sardegna viene concesso lo Statuto albertino del 1848, esteso nel 1861 al Regno d'Italia, è proprio il rapporto irrisolto tra il plesso costituzionale e il plesso legislativo a spiegare retrospettivamente l'assenza di qualunque forma di controllo di costituzionalità della legge. L'origine ottriata di tale documento costituzionale, in uno con la subitanea dialettica tra il Re e la Camera dei deputati, ne consente, infatti, un'evoluzione in senso flessibile⁷. Per questo, le occasioni nelle quali l'autorità giudiziaria (più precisamente, la Corte di cassazione) si spinge a scrutinare e a censurare un atto normativo di rango primario risultano del tutto eccezionali, oltre che legate a profili di ordine prettamente formale⁸. Piuttosto, il tema del controllo di costituzionalità della legge da parte dell'autorità giudiziaria ha un ultimo sussulto nel c.d. periodo costituzionale transitorio, allorché la Corte di cassazione dichiara prima l'illegittimità⁹ dell'art. 2 d.m. Agricoltura e foreste 26.7.1944¹⁰ (il c.d. decreto Gullo) e, successivamente, l'«incostituzionalità» dell'art. 4, co. 2, d.lgs.P.C.m. 44/1946, rat. con l'art. unico l. 4437/1952, per «violazione del fondamentale principio della divisione e coordinazione dei sommi poteri dello Stato»¹¹. Ma qui si è già nel pieno della stagione costituente italiana (§ 1.2.1).

⁵ Sieyès, 1795b, 832.

⁶ Sieyès, 1795b, 834.

⁷ Bignami, 1997, 5 ss.

⁸ Cass. RM, sent. 28.6.1886; S.U., sent. 16.11.1922.

⁹ Cass., S.U., sent. 668/1946; Rigano, 1982, 217 ss.

¹⁰ GU 40/1944, 256.

¹¹ Cass., S.U., sent. 1212/1947.

Nel frattempo, anche nell'inquieta Europa continentale tra le due guerre mondiali il giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi si fa strada, traendo alimento, per un paradosso solo apparente, dalla matrice democratica dei nuovi ordinamenti giuridici che vanno faticosamente instaurandosi. In una temperie nella quale la costituzione diventa lo strumento per eccellenza del tentativo di ricondurre le dinamiche politiche e il conflitto sociale all'interno di una cornice giuridica condivisa, senza per questo negarli o imbrigliarli, la questione del rispetto di una legalità superiore e, dunque, di chi e di come sia vocato a farla valere si presenta come ormai ineludibile. Così, in quella stagione attraversata dalle avventure (e dalle disavventure) della Costituzione tedesca del 1919 (la c.d. Costituzione di Weimar) e della Costituzione austriaca del 1920, è nella riflessione del giurista austriaco Kelsen che si trova la formulazione più compiuta del controllo di costituzionalità della legge¹². Lo specifico organo di garanzia costituzionale a cui tale attribuzione viene intestata svolgerebbe, a tal fine, il ruolo di «legislatore negativo... E proprio questa sua funzione somiglia a quella di un qualunque altro tribunale; essa è principalmente applicazione e solo in misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisdizionale» (Kelsen, 1928, 174). Pertanto, tutti i possibili contrasti tra la costituzione e la legge vengono configurati come vizi di ordine formale, con la conseguenza per cui, spettando al Parlamento sia la funzione legislativa ordinaria che quella di revisione costituzionale, «una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata con legge costituzionale» (Kelsen, 1928, 154).

Questa posizione viene recisamente avversata dal giurista tedesco Schmitt, in una polemica, ad un tempo, drammatica e appassionata su chi debba svolgere il ruolo di “custode della costituzione”. Schmitt lo identifica nel Presidente del *Reich*¹³, mentre Kelsen, in tutta risposta, insiste nell'attribuzione del relativo potere ad una «*giurisdizione costituzionale*, cioè... un *tribunale indipendente*» (Kelsen, 1930-1931, 239), riferendosi in concreto alla Corte di giustizia costituzionale austriaca, che egli stesso aveva contribuito ad effigiare. Si tratta, in tutta evidenza, di una controversia che è ben presente ai costituenti italiani e fa da sfondo a tutte le discussioni le quali, anche sotto questo profilo, alimentano il compromesso decidente da cui scaturisce la Carta repubblicana del 1947.

¹² Kelsen, 1928, 174.

¹³ Schmitt, 1931, 240 ss.

1.2. *La genesi della Corte costituzionale*

1.2.1. *L'Assemblea costituente*

L'Assemblea costituente comincia a delineare i tratti della “futura” Corte costituzionale all'interno della II sezione della II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione nel gennaio del 1947¹⁴, avendo sotto gli occhi le esperienze giuridiche degli Stati Uniti d'America e dell'Austria (§ 1.1), entrambe dotate di una costituzione rigida, ma, al contempo, ben diverse quanto ai caratteri fondamentali dei rispettivi istituti di giustizia costituzionale. Al netto dell'influenza effettiva dei predetti ordinamenti stranieri, vi sono due punti fermi che accompagnano, l'uno in positivo e l'altro in negativo, tutto il dibattito costituente. Il primo attiene al consenso pressoché unanime – al di là di qualche schermaglia dialettica da parte di esponenti socialisti¹⁵ e comunisti¹⁶, nonché della strenua opposizione di figure autorevoli, ma un po' fuori dal tempo¹⁷ – quanto all'introduzione del giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi. Il secondo consiste nell'intendimento parimenti diffuso e, nuovamente, quasi¹⁸ da tutti condiviso di sottrarre la relativa competenza ai giudici comuni e di dare vita e corpo, quale «custode supremo della costituzione» (Ruini, in AC, I, LXXXVII), ad un'istituzione di nuovo conio¹⁹: la Corte costituzionale.

Ciò nondimeno, a parte questi due elementi di inquadramento generale, che chiariscono molto, ma non spiegano tutto, non vi è identità di vedute tra i costituenti né sulla struttura né sulla funzione del novello organo costituzionale²⁰. In particolare, i motivi di dissenso sulla prima risultano talmente profondi e persistenti da determinare una fondamentale in-decisione sulla seconda, la quale traguarda la stessa approvazione della Carta repubblicana del 1947 e, anzi, si trascina ancora lungo tutta la I legislatura repubblicana (§ 1.2.2). Tale è la ragione per la quale i commentatori offrono, nell'insieme, un giudizio negativo del dibattito costituente sul controllo di costituzionalità della legge²¹, ritenendosi che «il disegno complessivo che risulta dagli articoli della Costituzione... non dic[a] quasi nulla... circa il concreto assetto che tale con-

¹⁴ Bonini, 1996, 33 ss.

¹⁵ Nenni, in AC, sed. 10.3.1947, I, 305.

¹⁶ Togliatti, in AC, sed. pom. 11.3.1947, I, 330.

¹⁷ Nitti, in AC, sed. ant. 8.3.1947, I, 271; Orlando, in AC, sed. 10.3.1947, I, 297; Nitti, in AC, sed. ant. 28.11.1947, V, 4203 ss.; D'Orazio, 1981, 58 ss. e 111 ss.; Pizzorusso, 1981, 72.

¹⁸ Einaudi, in AC, Comm. Cost., a.p., sed. pom. 1.2.1947, VI, 289.

¹⁹ Mezzanotte, 1979, 99 ss.; Pizzorusso, 1981, 65; Lamarque, 2012, 17.

²⁰ Azzariti, 1950, 144.

²¹ Bonini, 1996, 13-14; Bignami, 1997, 91.

trollo avrebbe dovuto assumere» (Pizzorusso, 1981, 65). In verità, questa severa notazione risulta solo in parte condivisibile, come si vedrà, per cui la discussione di allora merita comunque di essere tutt'oggi scandagliata²², anche solo per squadrare i problemi teorici e applicativi – secondo una formula controversa ma efficace²³, su cui si avrà modo di tornare (§ 3.2.1.1) – della «giustizia nella legislazione» (Codacci Pisanelli, in AC, sed. ant. 28.11.1947, V, 4213 e 4215; Grossi, 2018, 10, virgolette nell'originale).

Il dibattito costituente sulla Corte costituzionale muove da tre distinti progetti presentati, rispettivamente, da Calamandrei²⁴, Leone²⁵ e Patricolo²⁶; tutti sono accomunati dall'esistenza di un organo di garanzia costituzionale, ma ciascuno si distingue sia per la composizione che per il funzionamento²⁷. Sulla base dei tratti largamente comuni di essi, il Progetto di Costituzione approvato dalla Commissione per la Costituzione dell'Assemblea costituente intende istituire la «Corte costituzionale» e collocarla, secondo un impianto rimasto inalterato anche nell'articolato finale, all'interno della sezione I del titolo VI della parte II, intestata alle «garanzie costituzionali». In particolare, l'art. 128 del Progetto di Costituzione disciplina espressamente le modalità di svolgimento del controllo di costituzionalità della legge, introducendo all'uopo un giudizio in via incidentale su impulso dei giudici comuni, ma anche un ricco e variegato giudizio in via principale, azionabile dal Governo, da cinquanta deputati, da ciascun Consiglio regionale e da almeno 10 mila elettori. Ben diversa rispetto al testo definitivo è, invece, la composizione della Corte, secondo l'art. 127 del Progetto di Costituzione: i giudici costituzionali verrebbero tutti scelti dall'organo parlamentare e, nella misura di un quarto, sarebbero cittadini senza alcuna particolare competenza giuridica. Infine, a dimostrazione della parzialità e, dunque, della fragilità della soluzione allora prescelta, a mente dell'art. 129 del Progetto di Costituzione, si rinvierebbe la determinazione del loro numero a un secondo momento.

Già da questi rapidi richiami emerge con chiarezza quanto il testo infine approvato dall'Assemblea costituente risulti, sotto plurimi profili, ben diverso e assai più scarno di quello consegnatole dalla Commissione per la Costituzione. Le ragioni di un procedimento approvativo avvenuto, come si è già avuto modo di dire²⁸, per sottrazione e non per accrescimento sono due ed entram-

²² Battaglini, Mininni, 1964, 131 ss.; Pizzorusso, 1981, 64 ss.

²³ Tesauro, in APC, I leg., sed. 31.1.1951, 25776-25777; Mezzanotte, 1979, 72 ss.

²⁴ Calamandrei, 1946, 200 ss.

²⁵ Leone, 1946, 214 ss.

²⁶ Patricolo, 1946, 222 ss.

²⁷ Rigano, 1982, 237 ss.

²⁸ Benvenuti, 2017, 9.