

# Giustizia costituzionale

# Protezione della Costituzione

- Coessenziale alla formazione della costituzione è la predisposizione di strumenti diretti a garantirne l'osservanza e la **stabilità**.
- Posto che «costituzione» significa, appunto, anche **stabilità** dell'assetto politico e costituzionale, si comprende l'importanza della sua tutela e delle garanzie che la inverano.
- Vi è una **varietà** delle modalità escogitate per garantirla.

# L'oggetto della tutela

- Coerentemente con la concezione corporativa dello Stato, la difesa della costituzione si risolve molte volte in quella della difesa dei relativi profili materiali.
- **Territorio e popolazione** (cost. tedesca 1871, austriaca 1920; messicana 1917; francese 1958; LF tedesca 1949). Rispecchia la **concezione tradizionale per cui il pericolo alla sicurezza, integrità e indipendenza dello Stato dal rischio di aggressioni poste in essere da altri Stati.**
- Anche della **indipendenza esterna** (cost. olandese 1887; messicana 1917; francese 1916) e **interna** rispetto a atti eversivi che mirano ad attentare l'ordine costituzionale (LF tedesca: incostituzionalità dei partiti politici e decadenza dai diritti di libertà di chi ne abusa per combattere l'ordine costituzionale).
- In verità, ciò che si difende sono i **principi fondamentali che caratterizzano la forma di stato**, e le **istituzioni** che caratterizzano l'ordinamento.

# Modalità di autoconservazione dell'ordinamento e delle istituzioni

- **Criteri di strutturazione dell'ordinamento:** ad esempio, la separazione dei poteri, l'attribuzione a organi collegiali dell'esercizio di funzioni pubbliche con possibilità di esercitare al loro interno attività ostative all'adozione di atti incostituzionali (ostruzionismo).
- **Modalità formali destinate alla tutela:** rigidità e connessi procedimenti di modifica del testo, limiti alla revisione, attivazione di organi e procedimenti che la garantiscano rispetto ad altri organi o in modo globale o rispetto a determinati atti di questi.

1) Forma di controllo globale è il **Diritto di resistenza**, a garanzia contro gli abusi posti in essere dal governo (cost. Maryland 1767, Virginia 1776, Vermont 1777; Francia 1789 e 1793; LF tedesca 1949). Implica l'intervento popolare a difesa della costituzione qualora gli altri meccanismi formalmente predisposti non siano in grado di salvaguardarla. Può essere **passiva** (inosservanza dei comandi incostituzionali) o **attiva** (reazione a comportamenti incostituzionali che giungo fino all'insurrezione). È sempre **collettivo e diretto contro lo Stato tiranno**. È residuale: laddove ogni rimedio giuridico non sia più consentito. È una forma di opposizione proceduralmente anticostituzionale ma che tenta di ripristinare la legalità costituzionale.

2) Forma di controllo sugli atti adottati da organi costituzionali i **controlli** previsti per verificarne la conformità a costituzione. Possono essere svolti da organi titolari dei poteri di indirizzo politico o da organi privi di tali competenze: **controllo di costituzionalità**.

- Normative destinate alla protezione del potere costituito: previsione di **delitti politici** e meccanismi sanzionatori in caso di loro commissione.

# Controllo di costituzionalità (ampio)

- In prima approssimazione, l'espressione designa un raffronto, da chiunque operato (giudice, organo *ad hoc*, lo stesso legislatore, ecc.) tra norme costituzionali o considerate tali e altre norme (di solito a questa sottordinate).
- Definizione molto ampia, che ha in sé taluni pregi:
  - 1) Contiene in sé il concetto di **raffronto** (parametro-oggetto): rigidità garantita e giustiziabilità della Costituzione;
  - 2) Comprende anche forme di controllo che non sono esercitate secondo forme o modalità di tipo contenzioso-giurisdizionale, ma secondo criteri di tipo "politico" (o perché non sono esercitate in forme giurisdizionali; o perché gli organi che esercitano tale funzione non hanno natura giurisdizionale).
  - 3) Non si basa né sull'organo, né sull'attività, ma sulla funzione: che è di **protezione e supremazia della costituzione**.

# Definizione (ristretta)

- Riscontro, da parte di un organo giurisdizionale che opera in posizione di terzietà, tra norme costituzionali (formalizzate e rigide) e norme sotto-ordinate. L'effetto è quello di espungere le norme contrastanti dall'ordinamento giuridico.
- Esclude il **controllo esercitato dagli stessi legislatori** (controllo esercitato da soggetto politico e in forme non giurisdizionali), da **organi che pur essendo in posizione di terzietà, non hanno natura giurisdizionale o non esercitano il controllo in forme giurisdizionali**, e anche la c.d. **mera delibazione di costituzionalità** (quella che il Capo dello Stato esercita in sede di rinvio, promulgazione o sanzione delle leggi).

# Conclusioni

- Rendere giustiziabili (*justiciable*), portandoli a raffronto con le statuizioni contenute negli atti di rango costituzionale/*higher law/fundamental law* atti o comportamenti dei poteri pubblici (organi costituzionali dotati di potere normativo, ma non solo), al fine di accertare se detti poteri hanno esercitato le proprie attribuzioni nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione medesima;
- Sono definizioni coerenti con le prime manifestazioni “storiche” della giustizia costituzionale. Il problema è il **controllo del potere pubblico conferito dalla costituzione ai rappresentanti del popolo**: se si può esercitare, da parte di chi e a quale titolo senza debordare dai limiti stabiliti dal popolo stesso nella Costituzione.

# Antichi precedenti

- Le varie teorie della legge fondamentale succedutesi nel corso del tempo conobbero alcune traduzioni nel diritto positivo; in particolar modo furono talvolta stabilite a presidio di quelle norme, che oggi denomineremmo “costituzionali”, persino specifiche azioni giudiziarie.
- La superiorità della *politéia* (ossia l’ordinamento complessivo, insomma la “costituzione”) rispetto alle leggi (*nómoi*) venne teorizzata da **Aristotele**, ma addirittura un particolare rimedio processuale, detto *grafè paranómon*, assicurò nel diritto attico che i decreti dell’Assemblea cittadina (*psefísmata*) fossero conformi ai *nómoi*.
- Nel diritto romano, le opere di **Cicerone** sulla superiorità del *jus civile* rispetto alle altre forme di produzione giuridica vengono evocate con riferimento alla teoria della legge superiore; taluno poi si richiama all’*adscriptio*, con la quale il *jus* veniva dichiarato *sacrosanctum*, per paragonare tale formula a una sorta di dichiarazione di costituzionalità.

# Cosa presuppone

- **Supremazia** della Costituzione: assicura la stabilità e la perpetuazione nel tempo delle regole sulle quali si basa la pacifica convivenza e l'organizzazione del potere pubblico.
- **Carattere normativo** della Costituzione: prevalenza su norme di rango inferiore, che non possono contraddirla e se la contraddicono, si applica la Costituzione.
- Di qui deriva il carattere di **norma giuridica fondamentale**, dalla quale sarebbe scaturito quello di **rigidità** con fissazione di limiti alla revisione della medesima, revisione che si realizza in forme aggravate rispetto a legge. È già una forma di garanzia: cui si affianca il controllo di costituzionalità, che può essere su atti (leggi) ma anche su organi e che è preordinato alla protezione della Costituzione.

# Sistemi di classificazione (1)

- **OGGETTO** : sindacato di tipo **formale** (irregolarità intervenute nel procedimento di formazione) e **materiale** (l'atto, formalmente regolare, contrasta con disposizioni costituzionali quanto al contenuto).

- **SOGGETTO CHE ESERCITA IL CONTROLLO:**

## controllo politico:

Il **culto della volontà generale** rende inconcepibile un controllo di costituzionalità delle leggi a vantaggio della **supremazia parlamentare**: Regno Unito, Paesi Bassi (art. 120 Cost. divieto di esercitare il controllo di costituzionalità), Finlandia (commissione parlamentare); Norvegia (art. 83 Cost.: il Parlamento può chiedere alla Corte suprema una opinione su qualsiasi questione giuridica concernente l'approvazione di una nuova legge); Svezia (cap. VIII, art. 18 Cost.: *Lagrådet* – comitato legislativo consultivo composto da magistrati della Corte Suprema e della Corte Suprema Amministrativa – si pronuncia in via preventiva sulla compatibilità con le leggi fondamentali delle delibere legislative pendenti presso il *Riksdag*; il parere non è vincolante ma ha incidenza e influenza il successivo controllo diffuso).

2) Si affida l'esercizio delle funzioni in cui si concreta la giustizia costituzionale a organi non giurisdizionali.

3) Il controllo ha carattere meramente preventivo, endo-procedimentale, come in Francia. Ciò per ragioni:

– storiche: diffidenza verso i giudici e loro potere. Messa al bando del *gouvernement des juges*, per diffidenza verso i Parlamenti di antico regime: **divieto di interpretazione della legge** (decreti del 16-24 agosto 1790).;

–ideologiche: separazione dei poteri e primazia del potere legislativo sottratto a controlli eteronomi;

–pratiche: l'assenza del controllo di costituzionalità tutela contro le illegalità dell'esecutivo e del giudiziario.

# Il Capo dello Stato come controllore?

- Un ulteriore tipo di controllo politico è proposto da C. Schmitt (in polemica con Kelsen): il **Capo dello Stato**, come **Custode della Costituzione**, con funzioni relative al controllo di costituzionalità.
- Nessun ordinamento liberal-democratico assegna in via esclusiva al Capo dello Stato il compito di difendere la costituzione avverso leggi o atti con essa confliggenti.
- Il più delle volte concorre a tale funzione: mediante ricorso, nonché in connessione all'esercizio del potere di messaggio, in sede di promulgazione-sanzione, potendo in tali ipotesi opporre la propria volontà (veto) a quella del parlamento per ragioni di costituzionalità.
- Sanzione è un vero concorso all'esercizio della funzione legislativa: è insuperabile il rifiuto della stessa. Vedi UK e Belgio, ove per convenzione costituzionale il Monarca non esercita più tale veto (in UK dal 1707).
- Veto o rinvio superabile: mediante nuova deliberazione delle camere. A maggioranza semplice (Francia, Italia, Romania); a maggioranze qualificate (Grecia, Perù, Bulgaria, Rep. Ceca; 2/3: Argentina, Polonia).

# Stato socialista

- Ciò che si oppone alla creazione di un organo *ad hoc* di giustizia costituzionale non è la separazione dei poteri (che, in quanto strumento di conservazione e di garanzia a vantaggio della sola classe borghese egemone, non trova qui applicazione), ma il **principio di unità del potere statale**.
- Il potere è interamente concentrato nelle mani dei *Soviet*. In più, opera il **principio della doppia dipendenza** (ogni *Soviet* è controllato orizzontalmente dai propri elettori e verticalmente dal *Soviet* di livello superiore; il relativo *Presidium* e consiglio è controllato orizzontalmente dal *Soviet* che lo nomina e verticalmente da quello superiore): s'impedisce in tal modo la configurabilità di organi di controllo "esterni" alle assemblee. Queste approvano sia leggi ordinarie, sia le leggi costituzionali.
- Non è coerente con detto modello il controllo di costituzionalità "esternalizzato". Non è coerente la possibilità che si diano corti costituzionali; non è incompatibile l'attribuzione di tale potere di controllo alla medesima assemblea rappresentativa o all'organo più ristretto della stessa, il *praesidium*: Romania (1965), Bulgaria, (1971), RDT (1968), Ungheria (1972), Albania e Polonia (1976), URSS e Cuba (1977), Cina (1978).

# Segue: Stato socialista

- Alcuni ordinamenti, però, hanno istituito delle Corti costituzionali (Jugoslavia a livello federale e statale dal 1963 e 1974; Cecoslovacchia Corte costituzionale federale dal 1968; Polonia, dal 1982; Ungheria. dal 1983).
- **Jugoslavia.** La Costituzione del 1963 prevedeva corti costituzionale a livello federale e nelle sei repubbliche (dal 1974 anche nelle province autonome di Kosovo e Voivodina). Controlli concreti, astratti, ricorso individuale. L'ultima parola era però riservata alla assemblea rappresentativa.
- **Polonia.** Con la revisione costituzionale del 1982 e legge sul TC del 1985 si introduce una Corte composta da 12 giudici. Controllo astratto e concreto su leggi e atti amministrativi di organi centrali e superiori della amministrazione. La dichiarazione di incostituzionalità non comportava l'annullamento della legge, ma l'obbligo del parlamento di riconsiderarla e di renderla conforme alla decisione del TC. La decisione poteva essere a maggioranza dei 2/3 dei parlamentari.
- In realtà, non hanno esercitato un effettivo controllo di costituzionalità, ma una funzione meramente declamatoria dei principi assunti a fondamento del regime. La ragione risiede nella circostanza che, com'è noto, la costituzione era una mera enunciazione di programmi politici (costituzione-programma).
- **Cecoslovacchia.** La Corte costituzionale non fu mai istituita. Con l. cost. 1/1991 si è prevista una Corte costituzionale per la Repubblica federale ceca e slovacca in funzione fino al 31 gennaio 1992 (anno scioglimento della federazione).

# Iran

- **Costituzione del 1979:** già nel Preambolo si ha la **piena immedesimazione** tra principi giuridici e religiosi. **Stato teocratico:** il diritto religioso è in costituzione e ai religiosi è attribuito un ruolo politico attivo.

Art. 2: elenco dei principi sui cui si basa la repubblica islamica e indicazione del Corano come legge fondamentale.

Art. 4: **la shari'a è fonte suprema del diritto.** La disposizione si applica in modo assoluto a tutti gli articoli della Costituzione.

Art. 72: è illegittima la legislazione contraria alle direttive della religione ufficiale.

Art. 170: vi è l'obbligo per i giudici di disapplicare le regole che contrastino con legge islamica.

Il clero ha il compito di vagliare la legislazione parlamentare. La funzione è esercitata dal Consiglio dei guardiani. Art. 91: **tutela la costituzione e i principi islamici assicurando che nessun atto approvato dal Parlamento sia con essi in contrasto.**

# Francia

- Curiosa contraddizione: da una parte, le teorie di Montesquieu e Rousseau sul ruolo meramente dichiarativo del giudice impedivano ogni serio tentativo di affidare loro il controllo delle leggi; dall'altra, le dottrine dell'illuminismo rivoluzionario trovavano consacrazione nella divisione dei poteri e nella tutela delle libertà, protette dalla costituzione rigida. **È la storia di un rifiuto (Drago) fondato sul legicentrismo e sulla sovranità parlamentare.**
- **Cosa tempera l'onnipotenza del legislativo: l'idea che nella costituzione vi siano principi e diritti fondamentali.**

# L'evoluzione storica

- Un controllo avrebbe dovuto pur esserci. Si propongono soluzioni spurie:
  - a) Affidamento a organi appartenenti allo stesso potere legislativo;
  - b) Affidamento a organi chiamati a intervenire nel procedimento legislativo.
- Dal 1789 la problematica è presente nel dibattito politico e giuridico.

# *Jury constitutionnaire*

- Proposto da Sieyès: composto da 108 membri rinnovabile per un terzo ogni cinque anni contemporaneamente al rinnovo del legislativo, come **ramo dello stesso corpo legislativo**.
- Da notare che i membri erano tratti dalle assemblee legislative precedenti, una volta cessato il mandato, perché chi ha partecipato alla formazione delle leggi è il più qualificato a difendere la costituzione e a migliorare le altre.
- Funzioni:
  - 1) il sindacato di costituzionalità. Ricorso delle minoranze e cittadini. Sanzione: nullità e possibilità di deferire gli autori della legge a un tribunale in caso di emersione di responsabilità penali;
  - 2) elaborazione di proposte ed emendamenti per “perfezionare” la costituzione;
  - 3) decisione, sulla base dell’equità naturale, ogni volta che un tribunale non trovasse la soluzione a una controversia.

**Non accolto : troppo complesso e troppo prematura come idea.**

# 1795-1852

- *Costituzione del 1795*: si conferisce tale compito al Consiglio degli Anziani, che può annullare le deliberazioni legislative approvate dal Consiglio dei 500.

- *Sénat conservateur* della Costituzione del 1799:

**Composizione** (art. 18): 80 membri nominati a vita e inamovibili, ineleggibili ad altre cariche pubbliche.

**Funzioni** (art. 21): « Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement: les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes ».

In più, interpreta la costituzione e con il senato-consulto dell'anno X ha anche funzioni di revisione costituzionale.

Può essere adito dal tribunato (approva i disegni di legge prima di inviarli a *corps législatif*) e dal governo.

- Confermato dalla **Costituzione** del 1852: il *Sénat* è guardiano del patto fondamentale e delle libertà pubbliche (art. 25); si oppone alle leggi che potrebbero attentare alla costituzione, alla religione, ai culti, ecc. (art. 26); annulla o conferma gli atti deferitigli (art. 29).

# Costituzione della IV Repubblica

- *Comité Constitutionnel.*
- **Carattere preventivo del ricorso, organo con garanzie di terzietà alquanto labili.**
- **Composizione squisitamente politica.** 13 membri, fra cui il Presidente della Repubblica (che lo presiede), i Presidenti dei due rami del Parlamento, sette membri eletti dalla Assemblea Nazionale e tre dal Consiglio della Repubblica (camera alta). Rinnovati a ogni sessione annuale in proporzione dei gruppi.
- **Nessun requisito tecnico-professionale, che è rimesso all'apprezzamento delle assemblee.**
- **Funzioni** (art. 91 Cost.): conciliative e non decisorie. Verificava, su richiesta congiunta del Presidente della Repubblica e del Presidente del Consiglio della Repubblica (*saisine*: art. 92), e previa delibera a maggioranza assoluta del Consiglio della Repubblica, **se le leggi approvate da Assemblea Nazionale comportassero una revisione costituzionale.** Cosa significa: l'*Assemblée Nationale* non oltrepassa i propri compiti se approva una legge contraria alla costituzione. Salvaguardia pienamente sovranità parlamentare. **Verifica più che controllo.**
- **In presenza di dubbi di conformità, l'Assemblea Nazionale deve deliberare e, se conferma la decisione, attivare revisione. Se, invece, la legge è ritenuta conforme: promulgazione entro 10 gg.**
- È evidente che il controllo è pienamente politico: il Presidente era eletto dal Parlamento, come i presidenti dei due rami; anche i restanti membri lo erano.
- Nessuno aveva un reale interesse a sottoporre all'organo di giustizia costituzionale la questione della costituzionalità di una legge: un solo caso.

# Costituzione 1958: il *Conseil constitutionnel*

- **Argomenti a favore della natura “politica”:**

1) composizione (art. 56): 9 membri nominati per 9 anni (rinnovato per 1/3 ogni 3 anni) a vita: 3 dal Presidente della Repubblica (dal 2008: controllo da parte delle commissioni competenti Assemblea Nazionale e senato); 3 dal Presidente dell'Assemblea Nazionale; 3 dal Presidente del Senato; Più membri di diritto, gli *ex-Presidenti*.

2) Assoluta discrezionalità degli organi nella scelta. Il Presidente è nominato dal presidente della Repubblica (per prassi tra i consiglieri di nomina presidenziale).

3) Non è richiesto alcun requisito di professionalità: non necessariamente giuristi.

4) **controllo preventivo e astratto, che si esercita in via d'azione.** L'intervento si colloca prima della promulgazione e si situa all'interno del procedimento legislativo: confermato da Cons. const. 85-197 del 23 agosto 1987: se il Presidente rinvia per una nuova deliberazione parlamentare una legge censurata dal *Conseil*, la legge da approvare non è una legge nuova, ma è una fase del procedimento legislativo già in corso.

# Costituzione 1958: il *Conseil constitutionnel* (2)

- **Argomenti a favore della natura “giurisdizionale”:**
  - 1) **si pronuncia su una questione di diritto:** vi è la ben nota operazione di raffronto tra costituzione e legge.
  - 2) presuppone un conflitto, una “lite”, tanto nel contenzioso elettorale, quanto nella contestazione del risultato elettorale, quanto in caso di *saisine* e di *fin de non-recevoir* (cfr. artt. 37 e 41).
  - 3) Le decisioni hanno autorità di cosa giudicata (art. 62, c. 2, Cost.) e non sono suscettibili di ricorso – anche in materia elettorale –; si impongono a poteri pubblici e ad autorità amministrative e giurisdizionali con effetti *erga omnes*.

# Funzioni

- Al *Conseil constitutionnel* spetta vigilare sulla regolarità delle elezioni del Presidente della Repubblica, dei deputati e dei senatori, delle operazioni di referendum, nonché fornire il proprio parere sull'assunzione dei poteri eccezionali da parte del Presidente della Repubblica ex art. 16 cost. Sopra tutto, esso svolge il **controllo preventivo** obbligatorio sulle leggi organiche e i regolamenti parlamentari, e quello facoltativo sulle leggi e sui trattati (cui si è aggiunta, dal 2008, anche una forma di **controllo incidentale** successivo e concreto).
- Inizialmente, la decisione di costituzionalità poteva venire promossa solo dal Presidente della Repubblica, dal Primo Ministro, dai Presidenti dei due rami del Parlamento. Ciò comportava una palese **strozzatura nell'accesso**, atteso che raramente uno di essi aveva un reale interesse a bloccare una proposta di legge.
- Sino al 1974, il controllo esercitato dal *Conseil constitutionnel* sulle leggi ha perciò rivestito carattere episodico, anche perché il parametro delle decisioni era limitato: infatti ricomprendeva solo il testo della costituzione *stricto sensu* inteso, ma non il preambolo, con esclusione dunque della disciplina delle libertà, appena accennata nel *corpus*.

# L'evoluzione

- Un radicale **cambio di rotta** nella giustizia costituzionale in Francia si ebbe dagli **anni '70**. Dapprima, con una celebre decisione del 16 luglio 1971, il *Conseil constitutionnel* incorporò nel cosiddetto *bloc de constitutionnalité* (ossia i parametri del giudizio) il **preambolo** della costituzione e, con esso, le carte dei diritti ivi richiamate.
- Il *Conseil* dichiarò che le leggi dovevano essere conformi non solo alle disposizioni della costituzione del 1958, ma che tra i parametri erano ricompresi anche i principi e le disposizioni del preambolo del 1958, e, in virtù del richiamo da questo operato ai testi precedenti, anche principi e disposizioni del preambolo del 1946 (ricco di enunciazioni sui diritti sociali), e alla storica Dichiarazione del 1789 (in materia soprattutto di diritti individuali), oltre che i principi fondamentali delle leggi della Repubblica.
- In tal modo, da mero controllore delle sfere di competenza delineate nel testo del '58 (e in particolare da custode del predominio governativo), da «cane da guardia del Governo» (Prélot), da «cannone puntato contro il Parlamento (Eisenmann), il *Conseil constitutionnel* poté trasformarsi in giudice pieno della costituzionalità delle leggi, anche con riferimento alla violazione dei diritti e delle libertà, dato che il preambolo del 1946 e la dichiarazione del 1789 proprio di questi si occupavano.
- Con legge costituzionale del 29 ottobre 1974, il **potere di adire il *Conseil*** venne inoltre assegnato anche a **sessanta deputati o a sessanta senatori**; cosicché le minoranze parlamentari, valendosi con l'introduzione della *saisine parlementaire* della facoltà di investire di una questione di legittimità costituzionale il *Conseil constitutionnel*, concorsero a una inusitata crescita quantitativa e qualitativa del sindacato di costituzionalità. Dal canto suo, il *Conseil* si dotò di un'ampia gamma di strumenti processuali e sostanziali (tra cui la dilatazione della tipologia delle pronunce).

# Le ultime innovazioni

- Il dogma dell'intangibilità della legge approvata e in vigore fu violato da una riforma dell'art. 74 cost. (L. cost. n. 724 del 23 luglio 2003), che abilita le **Collettività d'oltremare** a modificare leggi in contrasto col loro statuto, se il *Conseil constitutionnel* ne abbia verificato la violazione delle competenze.
- Nel 2008, una **revisione costituzionale** ha affidato anche alla Corte di cassazione e al Consiglio di Stato il potere di proporre questione di incostituzionalità avverso **leggi già efficaci** assunte in violazione di diritti e libertà costituzionali. La legge organica attuativa (N. 2009-1523 del 10 dicembre 2009) e il Regolamento di procedura del 18 febbraio 2010, che assicura il contraddittorio e la pubblicità delle udienze, hanno ulteriormente avvicinato il sistema francese a quelli altrove operanti, senza nondimeno minarne del tutto alcune caratteristiche peculiari.
- Anche la Francia si iscrive ormai nel novero degli ordinamenti che mescolano i vari modi di fare giustizia costituzionale.

# Sistemi di classificazione (3)

- **CONTROLLO GIURISDIZIONALE:** a sua volta distinto in
- **Diffuso (o giudiziario):** qualunque giudice è legittimato a compiere il controllo di costituzionalità delle leggi, ai fini di una sua eventuale disapplicazione ove essa sia ritenuta dal giudice stesso incostituzionale. Il controllo è concepito come una fase dell'ordinaria attività processuale da svolgere nell'esercizio di qualunque funzione giurisdizionale a opera di qualunque giudice.
- Si ricollega – ma non sempre – con precedente vincolante (pensiamo a Paesi Latino-americani, Svizzera, Paesi Nordici).
- **Concentrato (o autonomo):** In tali ipotesi si ha una funzione speciale (esercitata, il più delle volte, nelle forme o qualificata come giurisdizionale) distinguibile da ogni altra perché assegnata alla competenza:
  - a) o di un organo *ad hoc* (qui elementi parlamentanti e giudiziari nella selezione);
  - b) o da una speciale composizione dell'organo della giurisdizione (qui elementi giudiziari).
- Elaborato, com'è noto, da Hans Kelsen, ma vi fu l'apporto di altri autorevoli giuristi anteriori, in particolare, Jellinek.

# Accesso

- **incidentale:** Presuppone un processo davanti a un giudice. **Rapporto di pregiudizialità fra la decisione sulla q/c e la decisione che definisce il giudizio.** Può essere conosciuta dallo stesso giudice del giudizio principale (modello diffuso) o dall'organo *ad hoc* (accentrato), sollevata d'ufficio e/o su istanza di chi è parte di una controversia concreta nel momento in cui deve farsi applicazione della legge di cui si contesta la legittimità. La dichiarazione non è il risultato di una valutazione astratta e generale, ma è resa in vista della – e riguardo alla – sua applicazione che essa dovrebbe ricevere nel giudizio. Necessariamente successivo e concreto.
- **Principale (o in via d'azione):** si prospetta una q/c come *thema decidendum* separato e autonomo dalla risoluzione di un caso concreto. Si manifesta come un ricorso presentato all'organo di giustizia costituzionale. È evidente che esclude filtri (di rilevanza, non manifesta infondatezza) da parte di un organo giurisdizionale; ma non esclude (come nel ricorso individuale) il carattere sussidiario del ricorso. Modelli più classici: impugnazione delle minoranze parlamentari; impugnazione di leggi ed atti equiparati da parte dello Stato federale (o centrale) o da parte degli enti sub-statali (conflitto intersoggettivo su atti legislativi); da parte degli individui (ricorso diretto: in Belgio; *Verfassungsbeschwerde*: Germania e Austria; *Amparo*: Spagna).

# IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE: LE ORIGINI

- In Inghilterra, c'è una elaborazione complessa di limiti al potere regio che utilizza le risorse di un diritto consuetudinario a forte radicamento nella società, per giungere ad affermare che il Re è sottoposto a Dio e alle leggi che lo fanno sovrano. **Subordinazione del potere politico, dei governanti, al diritto, alla *lex terrae*** (come ricorda Bracton *Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege quia lex facit legem*).
- Si afferma l'idea che la ***law of the land*** (*common law*) sia fonte di legittimazione del potere del sovrano; il potere sovrano è subordinato al diritto.

# La superiorità della *law of the land* e il limite agli atti del potere pubblico

## Case of Proclamation (1611) 12 Co Rep 7

- Ci si chiedeva se il Re potesse emanare decreti per: 1) proibire erezione nuovi edifici a Londra; 2) proibire di ricavare amido dal frumento.
- Per il Cancelliere Ellesmere, si sarebbe potuto: il Re può emanare qualunque decreto è in conformità al proprio giudizio e per il bene dei suoi sudditi in qualunque campo non vi fosse già un precedente. L'atto di prerogativa regia – che non si fonda sulla *common law* – può creare diritto e quindi un precedente.
- Secondo i Giudici: 1) l'ampiezza delle prerogative regie può essere determinata dalle corti; 2) **il sovrano non può creare un precedente**, ma solo fare ciò che la legge del Paese lo autorizza a fare. **Non può modificare né il *common law*, né il diritto legislativo, né le antiche usanze del Regno.** Ciò, perché il diritto inglese è formato da tre parti: *Common Law*, diritto legislativo, consuetudine. Il decreto non è alcuna di esse.
- ***Il Re non può mutare, by proclamation, il common law.***

# Segue

## **Prohibitions del Roy (1607) 12 Co Rep 63**

- Il Re non può ordinare arresti o detenzioni arbitrarie.
- La giustizia è dispensata dalle corti in nome del Re, ma non secondo le sue vedute, ma solo in conformità al diritto inglese e alle sue antiche usanze.
- Se la *Court of Common Pleas* erra, vi può rimediare il *King's Bench* e poi la *House of Lords* riunita in Alta Corte.

# E contro il potere legislativo, quali rimedi esperire?

- **Dr Bonham's Case – The Case of the College of Physicians (1610) 77 ER 638 (Common Pleas)**
- Si verte in merito alla legittimità dello statuto dei *Royal College* dei medici e di una legge del parlamento (14 & 15 Hen. VIII) che aveva confermato la lettera patente 10 Hen VIII, con la quale si era dotato il collegio di poteri sanzionatori: per esercitare la professione medica a Londra si deve iscritto al Collegio; in caso contrario, il collegio può sanzionare con multa e anche arresto.
- Nell'aprile 1606, Thomas Bonham viene convenuto davanti al *College of Physicians* – esaminato, viene trovato imperito nell'arte medica e sanzionato. In più, gli viene interdetto l'esercizio della professione fino a che non sia stato ammesso al *College*. Egli, tuttavia, continua ad esercitarla; nel mese di ottobre del 1606, è nuovamente convenuto davanti al Collegio, ma non si presenta e il processo in contumacia prosegue fino alla sua condanna a una multa e all'arresto. Nel mese di novembre, presentatosi spontaneamente, avverte di essere laureato presso l'Università di Cambridge: il *College*, pertanto, non ha giurisdizione su di lui. Ciò nonostante, viene tratto agli arresti e detenuto in prigione. Di qui, mediante una azione di *false imprisonment*, conviene egli in giudizio i gerenti del *College*.
- Nel giudizio davanti alla *Court of Common pleas*, è il Giudice Coke ad affermare il principio per cui la legge **contraria alla common law e alla ragione è nulla** (void). Invero, il Collegio non aveva tali poteri sanzionatori verso non autorizzati all'esercizio della professione; e, in ogni caso, anche se li avesse avuti, sarebbero stati usati non correttamente. Invero, **la legge attributiva dei poteri è contraria a un principio fondamentale del common law**: nessuna parte può essere giudice nel processo in cui è parte. Va evidenziato, infatti, che metà delle multe andavano al re, metà al *college* – parte e giudice, dunque, allo stesso tempo.
- In definitiva: la common law, che è monopolio del potere giudiziario, rappresenta la legge fondamentale del Regno. In essa vanno fatti rientrare tutto ciò che i giuristi americani fecero poi entrare nel concetto di costituzione: tanto il *Bill of Rights*, quanto il *Frame of Government*.
- T. F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard L.R.*, 1926, 40(1): 30-70, 32-34.

# L'eredità di Coke

- **Il controllo di costituzionalità non attecchisce nel Regno Unito. Tuttavia, l'impostazione sperimentata da Coke attecchisce nelle colonie.**
- Più precisamente alcuni principi "sperimentati" nel Regno Unito sono parte del patrimonio giuridico che i coloni in USA. Si tratta di principi della costituzione inglese metabolizzati dai coloni e che in USA diventano punti cardinali:
  - 1) I diritti civili comportano un contenimento del potere politico entro i confini del diritto. è richiesto che, affinché un comportamento sia illegittimo, esso sia espressamente vietato dalle leggi;
  - 2) Vi sono principi essenziali e radicati nel *common law* che costituiscono nel loro complesso la *higher law* come legge superiore del Paese che si impone a giudici e parlamento. È un effetto del *Bonham's Case*, il **"remote germ of thought that evolved into judicial review of legislation in the British Empire and in the United States was brought into the world by Sir Edward Coke, Chief Justice of the Court of Common Pleas in England, in the course of his opinion in *Dr. Bonham's Case*, in 1610."**
  - 3) *Law paramount* deriva anche dalla supremazia delle leggi sul potere politico già teorizzato da Bracton e Fortescue.
  - 4) L'idea di una Carta costituzionale: *colonial charters* che risalgono fino al 1649: **Agreement of the People e Instrument of government**
  - 5) L'autorità dello stato riposa sui governati
  - 6) Parentesi di Cromwell: esperienza dell'unica costituzione scritta: *Instrument of Government* (1653-1660).

# Controllo diffuso negli USA

- Anche se il sindacato di costituzionalità delle leggi non è previsto dal testo costituzionale degli Stati Uniti d'America, esso lo riconosce dunque implicitamente, stabilendo una gerarchia delle fonti normative, al vertice della quale è posta la Costituzione come “suprema legge del Paese” e, sopra tutto, attribuendo la funzione giudiziaria federale alla Corte suprema e alle altre corti, di cui indica in modo dettagliato la sfera delle attribuzioni. Si tratta della c.d. *supremacy clause*, enunciata all'art. VI, cl. 2, Cost.

# segue

- Il background politico-giuridico consente di spiegare come il controllo di costituzionalità abbia potuto affermarsi in giurisprudenza già nei primi anni di applicazione della Carta federale: ciò avvenne nel noto caso ***Marbury v. Madison***, deciso nel 1803 dalla Corte suprema presieduta dal Chief Justice John Marshall

# Segue ...

- Sconfitti nelle elezioni del 1800, i Federalisti, prima di abbandonare i loro uffici, nominarono numerosi giudici di pace. Tuttavia John Marshall, allora Segretario di Stato del Presidente uscente John Adams, non riuscì a notificarle per tempo. Assunta la carica, il Presidente subentrante Thomas Jefferson, antifederalista, diede ordine a James Madison (nuovo Segretario di Stato), di non inoltrare taluni decreti, fra i quali quello di tale Marbury. Questi chiese alla Corte suprema di emettere una ingiunzione a carico di Madison, sulla base della competenza a essa attribuita dalla sez. 13 del Judiciary Act (1789). La Corte – alla cui presidenza era stato chiamato proprio J. Marshall – dichiarò la sez. 13 del Judiciary Act in contrasto con l'art. III, sez. 2, della Costituzione federale dove, fra i poteri della Corte suprema, non trovasi previsto quello invocato da Marbury: così, censurando l'amministrazione Jefferson, Marshall fece riconoscere, nel contempo, il potere di sindacato della Corte.

# Il controllo negli USA

- Il sistema statunitense è segnalato quale “modello” per il carattere **diffuso** del controllo di costituzionalità, e cioè per la circostanza che **ciascun giudice è abilitato a sindacare la conformità delle leggi alla costituzione** nell’esercizio della sua ordinaria attività giudicante; la Corte Suprema non detiene infatti il monopolio della *judicial review*, bensì lo esercita quale organo di vertice del sistema giudiziario degli Stati Uniti.
- La Corte Suprema si pronuncia come giudice di ultima istanza sui ricorsi che provengono dalle Corti distrettuali e dalle Corti federali di circuito con due riti alternativi: tramite **writ of certiorari** (o “di verifica”), di gran lunga il più importante, o mediante *certification of questions*. La *judicial review* può altresì interessare con procedure particolari le sentenze delle più alte Corti statali che abbiano risolto un caso in base al diritto federale. Sempre più, negli ultimi decenni, la Corte Suprema s’è trasformata comunque in una vera e propria Corte costituzionale, e cioè in un organo dotato di competenze specializzate: ciò anche in seguito alle riforme procedurali che, nel 1988, hanno di fatto **eliminato** la sua **giurisdizione di appello** – un rito che aveva natura obbligatoria – anche con riguardo alle Corti federali, consentendole di scegliere a sua discrezione il proprio *docket*, vale a dire le questioni di costituzionalità da decidere. Non solo, e soprattutto: la costituzione attribuisce in modo tassativo alla *Supreme Court* la c.d. giurisdizione originaria: ossia essa giudica, in primo e **unico grado, le controversie nelle quali uno Stato sia parte in giudizio**, regolandone le competenze e i rapporti con la Federazione.
- Ciò attesta che **il c.d. modello statunitense non è affatto puro**: storicamente, la prima e più importante competenza delle Corti costituzionali, compresa quella statunitense, è stata infatti quella di disciplinare i rapporti tra centro e periferia: in questo senso **il sistema degli Stati Uniti è (anche) accentrato**, né più né meno di quello austriaco che tratteremo tra un attimo.

# Circolazione del modello USA

- Anche in **Canada**, la Corte Suprema non esercita in posizione di monopolio il **Constitution Act del 1867** (e successivi emendamenti), i giudici sono nominati dal Governatore generale, mantengono la carica sino al settantacinquesimo anno d'età, *during good behaviour*, e possono essere rimossi solo dallo stesso Governatore, su istanza del Senato e della Camera dei Comuni. Dall'anno della sua istituzione, il 1875, la Corte Suprema ha esaminato importanti casi di rilevanza costituzionale, dal secondo dopoguerra sopra tutto su due campi cruciali e strettamente connessi per la vita del Canada: la tutela delle minoranze, e l'evoluzione del federalismo, complicata dal problema del Québec.
- In **Australia**, il grado di accentramento del controllo di costituzionalità, che pure qualsiasi giudice può esercitare nei confronti delle leggi federali o statali, appare maggiormente accentuato, anche in virtù dei poteri conferiti all'Alta Corte d'Australia dal *Commonwealth of Australia Constitution Act* del 1900. La *High Court* può essere adita quale ultimo grado della giurisdizione ordinaria, e come negli Stati Uniti esercita giurisdizione di primo grado sulle controversie tra Stati o loro residenti, o che coinvolgano rappresentanti esteri, o relative a trattati, ecc.
- In **Irlanda**, il controllo di costituzionalità – rispettivamente in primo e in secondo grado – compete alla *High Court* e alla Corte Suprema. In particolare, la *High Court* è l'unica Corte di prima istanza a essere investita del potere di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi.
- La codificazione in testi costituzionali o legislativi di taluni istituti o procedure della *judicial review* statunitense si rinvia anche in molti paesi dell'**Asia** e dell'**Africa**, già soggetti al dominio coloniale inglese (dove quindi, accanto a modi indigeni di far diritto, ha attecchito il *common law*): come ad es. il Kenya, l'Uganda, la Nigeria. Il procuratore generale dello Stato o il procuratore generale della Federazione (*Commonwealth*) possono esercitare una specifica azione relativa a vizi di legittimità costituzionale nei confronti, rispettivamente, di leggi federali che invadono competenze legislative statali, e di leggi statali che debordano dalle materie riservate esclusivamente alla Federazione stessa.

# *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana

- Chi dev'essere il custode della Costituzione?
- Kelsen risponde che la verifica di conformità delle leggi alla Costituzione deve essere operata da un organo organizzato in tribunale, la cui indipendenza sia garantita dall'inaffidabilità. Circa la forma del controllo, lo studioso praghese esclude la garanzia preventiva, che non potrebbe essere affidata a un tribunale. Non resterebbe dunque che istituire un controllo repressivo. Esso non costituisce una invasione del potere legislativo, poiché il tribunale costituzionale non esercita una vera funzione giurisdizionale: annullare una legge significa infatti «porre una norma generale», sia pure di segno negativo (insomma, un *contrarius actus*), cosicché il tribunale che ha il potere di annullare le leggi «è di conseguenza organo del potere legislativo» .

# Segue ...

- Nell'ordinamento federale austriaco, le competenze erano ripartite tra Bund e Länder in modo alquanto complesso: in alcune materie sia la potestà legislativa che quella esecutiva appartenevano alla sola Federazione; in altre il centro legiferava, competendo agli enti periferici eseguire; c'erano poi materie nelle quali la competenza legislativa dei Länder era concorrente, spettando solo a essi quella esecutiva, nonché, infine, materie residuali, di esclusiva competenza dei Länder.
- Con lo scopo precipuo di assicurare il rispetto della Costituzione federale e delle competenze di Bund e Länder, venne istituito un Tribunale costituzionale federale (Verfassungsgerichtshof) , formato da sedici membri , eletti a vita per metà dalla camera rappresentativa della popolazione (il Consiglio nazionale), e per l'altra metà dal Consiglio federale (camera rappresentativa delle autonomie). La composizione del Tribunale costituzionale era tale da garantirne l'indole neutrale, consentendo il realizzarsi della prima condizione richiesta dalla teoria kelseniana: l'indipendenza e la terzietà, caratteristiche della giurisdizione.

# L'ibridazione dei modelli classici: il controllo incidentale di costituzionalità

- Italia e Germania hanno dato vita a sistemi originali sia sotto il primo sia sotto il secondo profilo. Da una parte hanno ibridato le caratteristiche principali dei due modelli reputati originari, generando un modello nuovo (il controllo di costituzionalità da parte di un organo apposito, su incidente processuale promosso dai giudici ordinari) ; dall'altro, nei rispettivi ordinamenti hanno mantenuto anche un percorso della giustizia costituzionale aderente all'archetipo kelseniano; in più, l'Italia ha conservato per lungo tempo anche una forma di controllo preventivo .
- La soluzione "incidentale", promossa negli anni '40 da Italia e Repubblica Federale Tedesca, ha riscosso molto successo, e a sua volta ha circolato, giungendo a influenzare, oltre alla Spagna e a molti ordinamenti dell'Est europeo, persino la V Repubblica francese (e già prima le sue colonie).
- La "via intermedia" battuta negli ordinamenti sopra citati consiste in ciò: l'organo chiamato a rendere giustizia costituzionale è unico e "specializzato", come in Austria; ma, al pari che negli Stati Uniti, ciascun giudice è interessato all'esercizio del controllo di costituzionalità: egli può, e in certe circostanze anzi deve, operare un preliminare giudizio di conformità alla Costituzione della legge da applicare in un caso concreto e, se solo ha il dubbio (o la ragionevole certezza) che vi sia contrasto, investe della questione la corte costituzionale. Ecco la ragione del nomen attribuito a questo modello, definito "incidentale" poiché si ancora a un incidente o eccezione processuale, e non a un ricorso diretto.

# Germania

- In **Germania** il controllo di costituzionalità sulle leggi svolto dal Tribunale costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*) è di due tipi.
- Il **controllo “concreto”** verte sull’interpretazione della Legge fondamentale in seguito a controversie sulla portata di diritti e doveri di un organo supremo federale o di altri interessati. Ogni qualvolta un Tribunale reputi incostituzionale una legge, dalla cui validità dipende la decisione, il processo deve essere sospeso e la questione di costituzionalità deferita al Tribunale costituzionale del *Land*, se si tratta della violazione della costituzione di un *Land*, o, se si reputa violato il *Grundgesetz*, al Tribunale costituzionale federale.
- Il c.d. **controllo “astratto”** non ha invece origine da un procedimento giudiziario, prescinde da un interesse sotteso del quale si chiedi la tutela in un giudizio ordinario, mira a un mero raffronto tra disposizioni di grado diverso, perché venga valutata oggettivamente la conformità di quelle inferiori alla superiore. Esso si realizza nella forma del giudizio su ricorso del Governo federale, del governo di un *Land* o di un terzo dei componenti del *Bundestag*, quando ritengano una norma dello Stato centrale o del *Land* incostituzionale per la sua incompatibilità formale o sostanziale con il *Grundgesetz* (o con altre norme federali).
- Un largo impiego è stato fatto anche della **Verfassungsbeschwerde**, l’azione (o ricorso) di costituzionalità per lesione di diritti individuali, già conosciuta dalle costituzioni bavaresi del 1818, del 1919 e del 1946. Al contrario che in Francia, la minoranza parlamentare rifugge dall’abusare delle vie giurisdizionali per proseguire in sede di giudizio costituzionale la lotta politica. Anche il contenzioso giuridico tra *Bund* e *Länder* e tra *Länder* non è nutrito: la formula “cooperativa” del federalismo tedesco sollecita a evitare scontri giudiziari e a ricercare in loro vece concertazioni preventive.

# Spagna

- In **Spagna** la prassi ha privilegiato di gran lunga l'accesso diretto rispetto a quello ancorato a un'eccezione processuale. Al Tribunale costituzionale – che l'art. 1 della corrispondente legge organica (LOTC) definisce «interprete supremo della costituzione», cosicché le sue interpretazioni sono vincolanti nei confronti di qualsiasi potere, compreso il Tribunale supremo – spetta giudicare sull'incostituzionalità di leggi e disposizioni con forza di legge, sottopostegli con tre diverse modalità.
- Una è rappresentata dall'accesso in via **incidentale**: come in Italia e in Germania, esso si realizza quando un organo giudiziario ritenga, nel corso di un processo, che una norma con forza di legge applicabile al caso, dalla cui validità dipende la sentenza, possa essere contraria alla costituzione. La seconda è costituita dal **ricorso diretto** presentato dal Presidente del Governo, dal *Defensor del Pueblo*, da cinquanta deputati o cinquanta senatori, dagli organi collegiali ed esecutivi delle Comunità autonome. Infine, il *Tribunal Constitucional* può essere adito con **recurso de amparo**, mediante il quale ciascuna persona fisica o giuridica, nonché il *Defensor del Pueblo* e il pubblico ministero, possono denunciare la violazione di gran parte dei diritti o libertà fondamentali disciplinati dalla costituzione.
- Complessivamente considerata, l'esperienza spagnola appare assai istruttiva per i comparatisti: le due principali recezioni operate – il controllo incidentale (da Italia e Germania) e il controllo *a priori* (dalla Francia) – hanno attecchito poco o nulla; il più significativo crittotipo, radicato nella cultura iberica e latino-americana (e cioè il ricorso d'*amparo*, pur disegnato sul modello della *Beschwerde* tedesca) si è invece affermato a tal punto, da soffocare almeno in parte altre tecniche e modi di operare il controllo di costituzionalità.

# Svizzera

- Nella **Confederazione elvetica**, il Tribunale federale non può esercitare il proprio sindacato sulle leggi e i decreti generali della Confederazione. L'art. 189 u.c. stabilisce infatti che «Gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere impugnati presso il Tribunale federale. Le eccezioni sono stabilite dalla legge». La limitazione alle competenze del Tribunale federale è criticata da parte della dottrina, la quale rileva come i diritti costituzionali dei cittadini siano minacciati, di solito, più dalle leggi federali che da quelle cantonali. Peraltro, la giurisprudenza ha mitigato i limiti imposti dalla costituzione, e ha ammesso, oltre che sentenze-monito su leggi federali, la disapplicazione di queste ultime se assunte in violazione di trattati internazionali. Al Tribunale costituzionale competono inoltre rilevanti attribuzioni connesse all'assetto federale dell'ordinamento, e soprattutto le decisioni sui conflitti di competenza (legislativa, ma anche amministrativa o giudiziaria) tra Confederazione e Cantoni e fra Cantoni. Gli atti federali che possono essere vagliati dal Tribunale sono, pertanto, solo i decreti non soggetti a referendum, alcune ordinanze del Consiglio federale, e qualche altro.

# Sistemi di classificazione (4)

- **SISTEMI MISTI:** coesistono un organo a carattere accentrato (Corte o Tribunale costituzionale) o sale specializzate di una corte suprema, cui sono attribuite determinate funzioni; e vi concorrono anche gli organi giurisdizionali comuni, esercitando forme di sindacato diffuso: Portogallo, Russia, Paesi Baltici, Messico, Grecia, ecc.
- Qui si rileva anche la distinzione tra **indole monopolista e concorrenziale di un sistema**

# Portogallo

- Fuori dall'area del *common law*, un controllo parzialmente diffuso si ha in **Portogallo**, ove è data però la possibilità di adire il *Tribunal Constitucional* contro la decisione del giudice che disapplica la legge. La costituzione portoghese del 1976, infatti, da un lato vieta ai giudici di «applicare norme che violino le disposizioni della costituzione o i principi in essa contenuti», sancendo così la diffusione del controllo (art. 204); dall'altro, istituisce un *Tribunal Constitucional*, competente a conoscere l'incostituzionalità delle leggi e di altri atti, anche di enti periferici, in via preventiva (su richiesta del Presidente della Repubblica, peraltro limitata a specifiche ipotesi), come pure successiva: in tale secondo caso, oltre che su ricorso contro le decisioni dei Tribunali che rifiutino di applicare norme reputate incostituzionali o assunte in violazione di leggi rinforzate o di statuti autonomi o di leggi generali, anche su impugnazione di svariati organi dello Stato o delle Regioni, tra i quali un decimo dei membri dell'Assemblea della Repubblica (art. 280).

# La varietà latinoamericana

- In **America latina**, sopravvive ancora il controllo diffuso di costituzionalità da parte dei giudici, che tuttavia solo in **Argentina** rappresenta l'unica modalità per sindacare la legge incostituzionale (a parte i conflitti interorganici o intersoggettivi, concentrati nella Corte suprema).
- In altri casi, il controllo è stato concentrato in un organo *ad hoc* (Bolivia, dove è assegnato al *Tribunal Constitucional*), o nella sola Corte Suprema (Uruguay) o in quest'ultima e nella sua *sala constitucional* (Paraguay, Venezuela). Si hanno poi: un sistema di controllo giudiziale diffuso nei tribunali ordinari e di controllo concentrato nel Tribunale Supremo (Brasile); un sistema di controllo giudiziale diffuso nei tribunali ordinari e di controllo concentrato nel Tribunale costituzionale (Colombia); un sistema di controllo giudiziale dualista, diffuso nei tribunali ordinari e concentrato da parte dei rispettivi Tribunali costituzionali (Perù, Ecuador); un sistema di doppio controllo concentrato nel Tribunale Costituzionale (preventivo) e nella Corte Suprema (repressivo) (Cile).
- Si è parlato di «*concepción iberoamericana difuso-concentrada*», pur difettando un modello unitario. Per aggirare il problema della efficacia *inter partes* delle decisioni dei giudici ordinari è stato sufficiente introdurre in qualche caso il semplice correttivo di conferire alle decisioni di incostituzionalità della Corte suprema effetto vincolante nei confronti degli organi inferiori. In tutti questi casi, e in altri che presentano risvolti analoghi, sembra trovare sviluppo una **concezione della giustizia costituzionale anomala** rispetto a tutte le altre sin qui considerate.
- La disapplicazione della legge incostituzionale da parte dei giudici non basta più, anche se non si abbandona l'idea che tra due leggi in conflitto debba prevalere la superiore (la costituzione) e che il giudice debba applicare quella: occorre però che le decisioni siano vincolanti per tutti, siano esse assunte da *salas* dell'organo di vertice del potere giudiziario, o da appositi Tribunali costituzionali.

# Soggetti e tipologia del controllo

- SOGGETTI COINVOLTI

Ordinamenti chiusi: tassativamente solo enti o organi dello stato.

Ordinamenti aperti: anche i giudici e anche agli individui.

**Concreto**: il controllo di costituzionalità è esercitato su disposizioni o norme che devono trovare applicazione in una fattispecie sottoposta all'esame di un giudice o comunque con riferimento a una situazione di fatto a causa della quale il ricorrente ha interesse a ottenere la dichiarazione di costituzionalità.

**Astratto**: il controllo di costituzionalità viene esercitato su disposizioni o norme che sono impugnate a prescindere dalla sussistenza di una controversia nella quale si deve fare applicazione della norma.

# Tempo ed effetti

**Controllo preventivo:** prima dell'entrata in vigore della norma oggetto del giudizio (che può essere una legge organica, un regolamento parlamentare, una delibera legislativa, un trattato internazionale, ecc.).

Effetto necessariamente *erga omnes*, assicura al meglio la certezza del diritto, implica la sospensione dell'entrata in vigore della norma.

**successivo:** ha ad oggetto leggi, leggi organiche, atti del potere esecutivo, ecc. già in vigore. Non necessariamente quando la legge è oggetto di applicazione: in astratto può esserlo, ma può essere sollevato anche in via d'azione.

**Estensione degli effetti:** generale (*erga omnes*) e speciale (*inter partes*).

## Estensione temporale degli effetti:

**DICHIARATIVO:** non annulla, ma si dà atto di una nullità preesistente; che, sulla base dell'interpretazione più corretta della Costituzione, c'è un'incompatibilità, la legge è sempre stata invalida e sempre lo sarà. Necessariamente retroattiva.

**COSTITUTIVO:** è annullamento di atto invalido ma efficace.

# Funzioni della giustizia costituzionale

- Funzioni **garantista** (controllo di costituzionalità delle leggi) e **arbitrale** (risoluzione di conflitti tra organi e poteri).
- I due modelli sono rappresentati, rispettivamente, dalla *judicial review of legislation* degli USA (inderogabile e immediata applicazione del primato della norma fondamentale) e dalle competenze arbitrali di: *Reichsgericht* austriaco del 1867, Tribunale federale svizzero che dal 1874 annulla le leggi cantonali in contrasto con la costituzione e le leggi federali, *Staatsgerichtshof* di Weimar (1919).
- L'indole particolare delle Corti Costituzionali e la loro terzietà hanno suggerito di conferire loro anche una serie di funzioni che richiedono l'esercizio di un ruolo imparziale.
- Una prima classificazione è per tipologia di funzioni: protezione dei diritti fondamentali; funzioni arbitrali intersoggettivi e interorganici; funzioni di giustizia politica: grave violazione, da parte di un organo costituzionale, dei doveri che sono connessi alle sue attribuzioni; in materia elettorale (sulla elezione del capo dello Stato, elezioni politiche, *referendum*).

# Alcune funzioni “ulteriori”

Vi sono sistemi che attribuiscono alle CC o TC le funzioni tradizionali (common law, Nord Europa, America latina) e sistemi che vi annettono funzioni ulteriori (sistemi continentali).

**Germania:** Su proposta del *Bundesrat*, del Governo federale, del Governo di un *Land* il BVerG è adito per dichiarare la perdita dei diritti fondamentali (18 GG) di singoli che ne abusano per combattere/abbattere l'ordinamento fondamentale liberale e democratico: libertà di stampa, di insegnamento, riunione, associazione, segreto epistolare, postale, diritto di proprietà o di asilo.

Per dichiarare l'incostituzionalità dei partiti politici (21, II, GG) che, per finalità perseguite o comportamento degli aderenti, si prefiggono di danneggiare o sovvertire l'ordinamento costituzionale democratico e liberale o mettere in pericolo l'esistenza della RFT. È decretata a maggioranza qualificata del Senato. Le conseguenze: scioglimento, sequestro patrimonio, perdita mandato dei rappresentanti. (1952: Partito socialista dell'Impero – neonazisti; 1956: Partito comunista tedesco). Anche in Portogallo, Bulgaria, Romania, Croazia, Slovenia, Ceca e Slovacchia, Georgia, Albania, Polonia, ecc.

Contenzioso elettorale e relativo alle consultazioni popolari (come il *referendum*): Italia, Francia, Germania, Grecia, Portogallo, Lituania Slovenia, Romania, Bulgaria, Moldavia, Cile, ecc.

Giustizia politica: Italia Germania Austria, USA, Albania, Lituania, Croazia, Cile, Corea, Honduras, ecc.

Controllo per omissione (ha solo effetto dichiarativo con trasmissione decisione a organi competente).

Funzione di consulenza: Canada, Guatemala, Bolivia, India.