

Interpretazione e Costituzione nell'ottica del comparatista.

Una riflessione *

di

Saverio Regasto*

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. I caratteri dell'interpretazione costituzionale.- 3. L'interpretazione e i modelli del controllo di costituzionalità.

1. Premessa

Il lavoro che segue, come il titolo già indica, si interessa di uno dei temi maggiormente dibattuti dalla dottrina, con un andamento ciclico, in verità, l'interpretazione della Costituzione.¹

Sembra opportuno chiarire, con una certa approssimazione, il cosa debba intendersi, almeno nelle intenzioni di chi scrive, con la locuzione appena citata. Vi è chi, nel diritto comparato, ha sostenuto che possa correttamente parlarsi di interpretazione della Costituzione solo “quando deve darsi una risposta ad una domanda di diritto costituzionale che, alla luce del testo della norma fondamentale, non offre una soluzione chiara e soddisfacente”.² In altre parole, quando la norma si applica, per la prima volta, a un nuovo presupposto di fatto, quello che in realtà si produce non è una ‘interpretazione’, ma, invece, una attualizzazione della norma stessa.³

* Il lavoro è destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Brescia (saverio.regasto@unibs.it)

¹ Cfr., per tutti, la monumentale opera di A. VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione* (a cura di F. PEDRINI e L. VESPIGNANI), che, fra gli altri ha il prezioso pregio di ricostruire l'intero dibattito dottrinario sul tema.

² Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1978, pp. 20-21.

³ Quella particolare visione, cioè, che molti (e autorevoli) studiosi del nostro Paese indicano con il termine ‘prassi’.

Per altro verso, la 'semplice' sussunzione di un presupposto di fatto in un precetto costituzionale non implica, secondo l'orientamento più moderno della dottrina e della giurisprudenza, alcun lavoro di interpretazione in senso stretto. In tale ipotesi, ormai solo oggetto di ricerca storica, ma non per questo ancora affascinante e utile per la comprensione del dibattito odierno, risiede il limite dei metodi classici dell'interpretazione che come è noto, fa quasi esclusivamente riferimento alla comprensione 'statica' e 'asettica' della norma oggetto di analisi.

Al contrario, quando la norma da interpretare (nel senso dell'attualizzazione) è la Costituzione e tenuto conto della naturale indeterminatezza contenuti nei suoi precetti (quasi sempre qualificati come concetti 'politici' e 'ideologici' e giammai 'giuridici') l'operazione di sussunzione richiede una particolare specificazione (non solo come motivazione dell'atto) alla quale finisce per darsi una 'valenza' non diversa dalla norma oggetto del processo interpretativo. Il fenomeno, designato dalla dottrina tedesca con il termine 'concretizzazione', giunge a presupporre una autentica creazione di un sistema di norme subcostituzionali che opererebbe come una nuova norma cornice per le successive funzioni di sussunzione. Ove, poi, secondo alcuni orientamenti dottrinari d'oltreoceano, al giudice (costituzionale) fosse esclusivamente riservata la funzione di 'interprete autentico' (naturalmente non nella accezione che alla locuzione si dà nel linguaggio giuridico del nostro Paese) le norme subcostituzionali finirebbero per porsi in condizione di concorrenza con la stessa Costituzione.

Va da sé che il procedimento con il quale si riempiono di contenuto i principi giuridici indeterminati e, *a fortiori*, i principi costituzionali, non può esplicarsi come un mero fenomeno di meccanica applicazione della norma. Si deve ammettere, infatti, che il concetto di interpretazione costituzionale è decisamente più ampio. Lo si utilizza, normalmente, per designare non solo il processo di specificazione per l'organo (politico, giudiziario o quasi-giudiziario) che la propria Costituzione configura come 'interprete autentico', la Corte costituzionale, altro tribunale ordinario, ovvero sovranazionale, ma anche per designare la vitalità e l'applicazione della Costituzione per gli altri organi dello Stato, per i gruppi sociali,

economici e politici, nonché per i cittadini, perché lo scopo di partecipare i precetti costituzionali a tutti e a ciascuno dei cittadini (e non solo ai giuristi e ai giudici) è ciò che determina “la vita reale della norma fondamentale”.⁴ Ciò si impone poiché deve, oggettivamente, darsi per scontata la necessità di una continua e incessante ‘attualizzazione’ della norma costituzionale, per rinnovare un patto che, diversamente, importerebbe insopportabili e inopportuni interventi di riforma e revisione.⁵ Il crescere e il ‘conformarsi’ di una società ad una ‘cultura’ costituzionale omogenea (ancorché libera e pluralista) implica, paradossalmente, che gli interpreti (ma anche i critici) di una Costituzione mai possano essere ‘altri’ per il mero fatto di essere, a loro volta, figli e creature di questa società. Il problema generico, o globale, dell’interpretazione costituzionale diviene, così, utilizzando le emblematiche parole di Stern, «il problema cardine dell’interpretazione come fenomeno giuridico», la questione, cioè, della sopravvivenza stessa delle regole di convivenza civile e delle correlate società.

2. I caratteri dell’interpretazione costituzionale

Il nostro ambizioso scopo è, ad un tempo, ampio e limitato. Nasce da una idea che unisce entrambi i concetti di interpretazione: per una parte della dottrina l’interpretazione della Costituzione rappresenterebbe un fenomeno del tutto peculiare. Esso, infatti, da un lato presuppone un continuo dialogo con l’interprete autentico in termini strettamente giuridici, utilizzando, perciò, i metodi classici dell’ermeneutica; dall’altro rende oltre modo necessario tenere nella massima considerazione il fenomeno dell’interpretazione come vitalità costituzionale proprio per *giustificare la vitalità del testo costituzionale*, operando, di conseguenza, una ‘arbitraria’ conversione nel linguaggio giuridico di forme culturali e storiche, di ‘valori’ e di idee che hanno permeato lo sviluppo della nostra come di altre società occidentali.

⁴ Così si esprime P. HÄBERLE, *Verfassung als Öffentlicher Prozess*, München, 1978.

⁵ Che pare a chi scrive una delle principali patologie delle più o meno recenti vicende politico-istituzionali del nostro Paese.

Sembra quanto mai opportuno ricordare, peraltro, che nella teoria generale del diritto l'interpretazione della norma è qualcosa di concettualmente distinto dalla ricerca della norma applicabile, dalla attuazione della norma o, ancora, dalla integrazione della norma, nonostante tutto ciò finisca per realizzarsi, all'occhio del profano, in un medesimo atto volitivo.

Consideriamo, altresì, che in tutti i sistemi con una giurisdizione costituzionale l'interpretazione giudiziale crea e formula norme 'derivate' dalla Costituzione, tanto in maniera espressa, quanto implicitamente. Daremo il significato di interpretazione non tanto alla determinazione del significato giuridico della norma — ciò che realmente è interpretazione in un senso giuridico stretto — quanto allo studio delle origini di tali norme subcostituzionali. Volendo rimanere fedeli alla teoria generale del diritto più che di interpretazione, allora, dovrebbe parlarsi, più correttamente, di "applicazione giudiziale della Costituzione".

Non vi è chi non veda, oggi, l'impossibilità di rifiutare una tale convenzione terminologica, nel momento in cui si sente la necessità di mettere a confronto esperienze costituzionali diverse.

Se, al contrario, non la accettassimo, allora dovremmo ammettere che abbracciando nell'esperienza anglosassone l'interpretazione anche l'insieme del fenomeno applicativo della norma fondamentale, nei Paesi di *Common Law* (ma a ben vedere anche in Italia e in Germania) ermeneutica e applicazione della Costituzione non rappresentano concetti ascrivibili al medesimo processo logico. Anzi, più precisamente e paradossalmente, vi sarebbero Paesi che applicano la norma fondamentale senza interpretarla e, altri, che la interpretano senza applicarla!

Non v'è dubbio che una riflessione sulle norme subcostituzionali giudiziali presenta una dinamica distinta rispetto alla teoria classica dell'interpretazione. Infatti le norme stesse solo in casi particolari sono enunciabili a partire dall'attuazione della norma primaria. Ciò implica, a ben vedere, la possibilità, tutt'altro che remota, della creazione *ex novo* di una norma e, ancora, la possibilità di un rapporto di relativa indipendenza fra norma interpretata e norma 'creata',

senza alcun nesso di causa-effetto e senza la necessità di una puntuale argomentazione.

In un sistema in relativo equilibrio, quale quello statunitense per esempio, tutta la normazione subcostituzionale chiarisce il senso della norma fondamentale e l'interprete-giudice, che ha l'obbligo di applicare quest'ultima al caso concreto, opera creando la legittimità e la validità della norma subcostituzionale in guisa che essa sia funzionale alla norma primaria, senza nutrire particolare attrazione per il suo significato e senza la necessità di esaminarla-bilanciarla alla luce delle altre reali norme del testo costituzionale, ovvero delle virtuali norme subcostituzionali che meglio darebbero attuazione alla norma primaria.

Nell'ottica molto sommariamente qui descritta, si può ragionevolmente affermare che, nel più vasto ambito della teoria generale del diritto e dello Stato, vi è una idea di interpretazione comune ad almeno tre Paesi – diversi ma incredibilmente vicini – nel significato più sopra chiarito.

In questo senso un ruolo fondamentale è giocato dagli organi deputati all'interpretazione della Costituzione – nella accezione di cui si è detto – e dalle regole che essi seguono mentre svolgono la loro sempre più complessa attività. Sarebbe, d'altra parte, ingenuo pensare e pretendere che l'interpretazione della Costituzione non debba incidere anche sulla 'naturalzza' politica e giuridica dell'organo che è incaricato del controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Ne costituisce, al contrario, il suo nucleo forte. A sommosso avviso di chi scrive, nel moderno diritto costituzionale un rilievo particolare deve essere dato alla metodologia di elaborazione delle norme subcostituzionali, piuttosto che allo studio della posizione della Corte rispetto agli altri organi o, se si vuole, all'analisi delle tipologie di decisione.⁶

⁶ Assistiamo, dunque, a una sempre maggiore rilevanza delle tecniche e delle logiche decisionali dei giudici costituzionali rispetto alle riflessioni, di sicuro importanti, sulla classificazione delle decisioni assunte o sul ruolo di una Corte nella forma di governo di un determinato Paese. Cfr., A. VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora*, cit.

È di tutta evidenza, infatti, che il problema del carattere politico o meno della giurisdizione costituzionale rappresenta, in definitiva, il problema dell'interpretazione costituzionale.

A tal proposito appare opportuna la scelta dell'approccio comparato, sottolineando, laddove fosse stato necessario, le reciproche influenze e tenendo sempre ben presente uno dei capisaldi di chi pone in evidenza diversità e similarità fra esperienze costituzionali, quello secondo cui nessun modello oggetto di indagine può rappresentare un ideale da imitare, un insieme da esportare, in una parola, la perfezione.

Riflettere sull'interpretazione della Costituzione significa, oggi, prendere in considerazione non tanto (e non solo) le regole dell'ermeneutica di ciascun Paese, ché ciò fornirebbe una visione 'statica' e irrealistica della complessità dei rapporti fra le norme, quanto, piuttosto, le modalità e le 'tecniche' utilizzate dagli organi deputati al controllo di legittimità costituzionale delle leggi, per 'riempire' di significato quelle proposizioni giuridiche a volte così tanto indeterminate che, nell'insieme, costituiscono la norma fondamentale.

Ed è oltremodo difficoltoso proporre un approccio di diritto comparato che metta insieme realtà spesso tutt'altro che simili come possono essere, ad esempio, l'Italia, la Germania e gli Stati Uniti d'America. Il tentativo è quello di dare una risposta, certo non esaustiva, ad una duplicità di quesiti che nella dottrina più sensibile aleggiano da più tempo. In primo luogo, quello di un progressivo, per alcuni, anzi, inesorabile, avvicinamento fra il sistema di *Common Law* e quello di *Civil Law* e, in secondo luogo, quello legato, in modo più o meno forte, alla circostanza della influenza delle decisioni giurisprudenziali (costituzionali) di alcuni Paesi (Stati Uniti d'America), sulle decisioni di altri (Italia e Germania).

In questo intricato contesto ha assunto particolare rilievo, da qualche tempo, la questione della c.d. teoria dei valori e quella della consequenziale giurisprudenza dei valori.⁷

⁷ Cfr., ancora per tutti A. VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora*, cit.; per la giurisprudenza dei valori negli Stati Uniti d'America si veda J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, New Haven, 1981, la cui traduzione e cura in lingua italiana è in corso di stampa a cura di chi scrive.

Ma mentre oltreoceano, forse anche a causa della particolare struttura dell'ordinamento giuridico, tale questione ha incontrato, in particolar modo da un punto di vista filosofico, almeno nell'ultimo scorcio del secolo passato, molta fortuna (non senza feroci critiche), in Germania (se si esclude il non lungo periodo del c.d. metodo interpretativo scientifico-spirituale) e in Italia si è registrato un andamento altalenante che fa pendere il piatto della bilancia, per usare una metafora forse non del tutto appropriata, più dalla parte dei critici che non da quella dei difensori della teoria dei valori.⁸ Tuttavia, e senza voler sembrare presuntuosi, registriamo, a tal riguardo, rispetto ad altri Paesi, anche una sorta di difficoltà etimologica quando, dal nostro punto di vista, cerchiamo di collocare i valori rispetto al significato che in Italia si deve dare ai principi, alle disposizioni e alle norme. In questo molto particolare senso una chiarificazione si imporrebbe come necessaria. Se, in buona sostanza, come sembra del tutto usuale, possano ritenersi, nel nostro ordinamento, principi e valori (o, se si vuole, valori e norme) come sinonimi e, di conseguenza, se possano invocarsi questi in luogo di quelli quando si tratta di interpretare la Costituzione. O se, per concludere, più correttamente, debba specificarsi il 'valore' del valore rispetto al 'valore' del principio.

3. L'interpretazione e i modelli del controllo di costituzionalità

L'interpretazione costituzionale, nel senso dell'attualizzazione della norma fondamentale, è di sicuro (anche) variabile dipendente delle tecniche e delle logiche con cui si esercita il controllo di costituzionalità delle leggi nei diversi ordinamenti, secondo le classificazioni che, tuttavia, non segnalano a pieno le convergenze e le divergenze della giurisprudenza "prodotta" dalle varie Corti.

Si appalesa come opportuno un richiamo, sintetico e breve, ai caratteri del controllo di costituzionalità nei Paesi oggetto di indagine e alle peculiarità proprie (se si vuole anche di ordine storico-politico) che quegli ordinamenti giuridici sono andati sviluppando almeno nel corso dell'ultimo cinquantennio.

⁸ Cfr., da ultimo, G. PINO, *Interpretazione costituzionale e teoria della Costituzione*, Modena, 2019.

«Con l'espressione 'giustizia costituzionale' si suole indicare quel complesso di attività giuridiche — spesso attribuite alla competenza di un apposito organo dello Stato denominato 'Corte costituzionale' — le quali presentano la comune caratteristica di realizzare forme di garanzia dell'attuazione della costituzione vigente e di costituire lo sviluppo ed il completamento della garanzia che nei confronti degli atti della Pubblica amministrazione furono introdotte in attuazione del principio dello 'stato di diritto', così da estenderne almeno tendenzialmente la portata anche all'operato degli organi politici e legislativi».⁹

Due dei Paesi a cui facevamo più sopra cenno (Italia e Germania) — non v'è dubbio — presentano, dal punto di vista della storia costituzionale, molti punti in comune, non foss'altro che per le drammatiche vicende politiche che hanno colpito entrambi nella prima metà di questo secolo. Se, come è vero, in questa sede la finalità è quella di fornire un quadro abbastanza chiaro delle strutture e del funzionamento che attengono all'esercizio della tutela della Costituzione, è anche vero che doveroso sembra essere un accenno al più generale discorso comparato fra la Costituzione italiana del 1948 e la *Grundgesetz* (d'ora innanzi GG) — Legge Fondamentale — di Bonn dell'anno successivo.

In effetti, come è stato più volte ricordato dagli storici del diritto costituzionale, la GG di Bonn e la nostra Costituzione hanno, innanzi tutto, un elemento comune: il particolare rilievo attribuito alle libertà e ai diritti fondamentali come precisa esigenza politico-istituzionale di contrapposizione ai regimi fascista e nazista che della negazione delle libertà, sia borghesi che socialiste,¹⁰ facevano — almeno in linea teorica — un principio cardine.

⁹ Così A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1983, pag. 1. Numerosissimi sono gli studi sul concetto di giustizia costituzionale. In questa sede ci limitiamo a citare, per tutti, M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1979; G. LOMBARDI (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

¹⁰ Sul punto cfr. C. AMIRANTE, *La Rivoluzione del 1917 e la sua influenza sulle costituzioni contemporanee*, in *Atti del Convegno su "Oriente ed Occidente: due esperienze a confronto"*, celebrativo del Settantesimo Anniversario della Rivoluzione d'Ottobre, Palermo, 1987, *brochure*.

Eppure, nei rispettivi elenchi di diritti fondamentali si rispecchiano due procedimenti di elaborazione notevolmente diversi; in secondo luogo due livelli e percorsi considerevolmente dissimili per ciò che attiene la riacquisizione della sovranità nazionale; in terzo luogo, due culture politico-istituzionali e due tecniche di organizzazione amministrativa nettamente differenziate.

Dal primo punto di vista, è qui opportuno, almeno, ricordare che nella Costituzione repubblicana si riflettono le esperienze di una ricca elaborazione politica maturata nell'esilio, al confino e nella breve ma 'reattiva' fase di preparazione della Costituzione stessa; mentre nell'esperienza tedesca è facile cogliere — a partire dall'analisi delle Costituzioni dei *Länder* — quell'influenza radicale di un movimento di autentica opposizione al regime nazista e di rifondazione democratica delle istituzioni statali che successivamente andrà in parte perduta. Infatti "dall'esame poi dei rispettivi *Grundrechtskataloge* [delle Costituzioni dei *Länder*] risulta evidente il loro carattere di reazione alla dittatura sia nelle garanzie della più ampia libertà di azione della persona umana, sia nel rifiuto perentorio di ogni arbitrario intervento dei poteri pubblici e di ogni arbitraria discriminazione tra individuo ed individuo, sia nella rafforzata tutela della libertà personale mediante un sistema di garanzie giurisdizionali particolarmente rinforzato".¹¹

Dal secondo punto di vista, non si può ignorare che mentre la Costituzione repubblicana è frutto di un compromesso e di un incontro politico fra partiti tutti formalmente legittimati a dare il loro contributo, così non è certo un caso che i diritti fondamentali riproducono, coscientemente, il compromesso di Weimar, la GG risente in modo evidente dello 'statuto d'occupazione' imposto dalle potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale.¹² L'atteggiamento quasi antitetico, sia

¹¹ Cfr. C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Costituzione di Bonn e nella Costituzione italiana*, Napoli, 1966, pag. 45. L'Autore "rivisiterà" il problema successivamente arricchendolo — se così può dirsi — della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (BVG) che parzialmente "correggerà" gli orientamenti "politici" dei costituenti di Bonn, in *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale Tedesca*, Roma-Cosenza, 1980.

¹² Sul significato dell'esperienza weimariana nella storia del diritto costituzionale cfr., almeno, F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, Milano, 1985, ed *ivi* la bibliografia particolarmente ricca e minuziosa. In lingua tedesca si segnalano K. D. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*,

rispetto alla Costituzione di Weimar che all'elenco dei diritti fondamentali delle Costituzioni dei *Länder* — della GG — per un verso risente delle culture istituzionali delle potenze occupanti e per un altro del particolare regime del territorio tedesco.¹³

Infine, i costituzionalisti tedeschi che collaborarono prima nel progetto di *Herrenchiemsee*, poi nella stesura finale, da una parte furono costretti ad accettare le raccomandazioni delle potenze occupanti, che si traducevano in un preciso modello costituzionale e dall'altra riprodussero il clima politico e ideologico della zona di occupazione occidentale. In questo contesto, infatti, l'esigenza di un inevitabile riferimento a principi, istituzioni e 'valori' del costituzionalismo occidentale di stampo liberale, se escludevano, per esempio, la chiara ed inequivocabile espropriazione delle imprese coinvolte nel nazismo (come invece era previsto da alcune Costituzioni dei *Länder*), implicavano principi costituzionali e diritti fondamentali nei quali il richiamo all'etica e a motivi ecumenici e religiosi prevalesse nettamente su una esplicita ripulsa politica e sociale del regime e della cultura nazionalsocialista.¹⁴

Tradotto in termini di 'architettura costituzionale', ciò significava una innegabile opzione per clausole generali quali la dignità dell'uomo, il libero sviluppo della persona umana e il principio dello stato democratico e sociale destinato a sostituire, polemicamente, il complesso dei diritti sociali della Costituzione del 1919.¹⁵ Questa

Villingen Schwarzwald, 1960; F. K. FROMME, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, Tübingen, 1960.

¹³ Il problema è analizzato, anche alla luce degli ulteriori sviluppi di politica internazionale, in K. KAISER, *La Germania tra Est e Ovest*, Bologna, 1969 dotato di una solida bibliografia di riferimento.

¹⁴ Cfr. P.H. MERKL, *Die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, 1957; H. NAWIASKY, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 1950; F. HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, 1956. In lingua italiana e con particolare riferimento alle diverse reazioni "politiche" contro il nazismo, anche con riferimento al rigurgito della fine degli anni '80, cfr. C. STERN, *Ulbricht*, Milano, 1971, spec. p. 127 ss; B. SPINELLI, *Presente e imperfetto della Germania Orientale*, Roma-Bologna, 1972, p. 11 ss; C. POZZOLI (a cura di), *Germania: verso una società autoritaria*, Bari, 1968; P. BRÜGGE, *La patria a destra*, Bari, 1968;

¹⁵ Cfr., al riguardo, R. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, Berlin 1962, p. 20-22; T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, *Die unantastbare Menschenwürde als Grundlage eines Wertsystems*, in *GG Kommentar*, Berlin, 1966. In lingua italiana v. C. AMIRANTE, *Diritti*

scelta, integrata — comunque — da un complesso e articolato meccanismo di garanzie costituzionali, delle quali basti qui ricordare gli amplissimi poteri della Corte costituzionale federale (se comparati con quelli dell'esperienza italiana) e il ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) davanti a essa riconosciuto a ogni cittadino per qualsiasi caso di violazione di un diritto fondamentale, si tradurrà in un'arma sottile e allo stesso tempo pervasiva nelle mani della dottrina, dei giudici costituzionali e degli altri giudici di superiore giurisdizione.¹⁶

La Corte costituzionale italiana e il *Bundesverfassungsgericht* esercitano il controllo di costituzionalità delle leggi, utilizzando, per tale attività, un sistema di regole che fondono insieme elementi tipici del c.d. *judicial review of legislation* americano con il c.d. *Verfassungsgerichtsbarkeit* di origine austriaca. È necessario premettere però che alla nostra Corte non è riconosciuto il potere di controllo sulla regolarità delle elezioni per il Parlamento nonostante le proposte avanzate in sede di formazione della carta fondamentale.¹⁷ L'attribuzione di tale potere di controllo, che si colloca

fondamentali, cit.; P. SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, in *Dir. Soc.*, 1979, n. 2, p. 197 ss; S. ORTINO, *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano, 1966; E. FRIESENHAHN, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica federale Tedesca*, Milano, 1973; e, da ultimo, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, voce dell'*Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le scelte costituzionali fondamentali dell'Italia e della Germania nel 1947-49 considerate dopo un quarantennio di attuazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, I, 3. L'Autore citato da ultimo fa notare che «La prima impressione che nasce dal raffronto così fugacemente condotto sulle procedure di formazione delle due Costituzioni conduce istintivamente a rilevare che, mentre il testo italiano derivò da una meditata e libera scelta di tutti i cittadini che, per la prima volta nella storia costituzionale dell'Italia moderna, venivano chiamati a partecipare, attraverso i propri diretti rappresentanti, alla sua formulazione (giacché lo Statuto del Re Carlo Alberto, che pur aveva retto il Regno d'Italia per circa un secolo, era stato concesso unilateralmente dal Sovrano al suo piccolo Stato Sardo nel 1848, di 'certa scienza e regia autorità'), la *Grundgesetz* germanica si pose, bensì, come il risultato di una elaborazione popolare (la terza per lo Stato federale tedesco dopo quelle della 'Paulskirche' di Francoforte del 1848 e della Costituente di Weimar del 1919), ma in condizioni assai particolari e non del tutto favorevoli».

¹⁶ Soccorre qui l'acuta analisi di C. AMIRANTE nel Suo *Diritti fondamentali*, cit. e, in special modo, in *La Costituzione come 'sistema di valori' e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale*, in *Pol. dir.*, 1, 1981.

Più in generale cfr. W. LEISNER, *La giustizia costituzionale in Germania oggi*, in G. LOMBARDI (a cura di), *Costituzione...*, cit. e nella medesima raccolta l'Intervento di H. STEINBERGER; D. SCHEFOLD, *Corte costituzionale e sistema parlamentare nella Repubblica federale Tedesca*; A. CERRI, *La Corte costituzionale nel sistema costituzionale vigente*, entrambi in C. AMIRANTE (a cura di), *La Corte costituzionale in Italia e nella RFT fra legislatore e giudice*, Cosenza 1984.

¹⁷ Cfr. l'intervento dell'On.le CODACCI-PISANELLI all'Assemblea Costituente, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Costituzione della Repubblica*, V, p. 4215, seduta del 28 novembre 1947.

nella migliore tradizione dottrinarica austriaca, è invece avvenuta nella Legge Fondamentale di Bonn nei confronti del Tribunale Costituzionale Federale.

Sembra dunque opportuno richiamare da una parte l'analisi, da un punto di vista storico, delle teorie del controllo della costituzionalità e, dall'altra, porre in evidenza e in risalto le particolari attribuzioni del *Bundesverfassungsgericht* rispetto a quelle della nostra Corte.

Un importante precedente è rinvenibile nella introduzione del controllo della costituzionalità negli Stati Uniti d'America ove è conosciuto, come si è già avuto modo di dire, con la locuzione *judicial review of legislation*.¹⁸

Tuttavia tale principio, enunciato già nel *Federalist*, non trovò utile collocazione nella Costituzione americana del 1787. Come è noto esso venne affermato, in via di interpretazione giudiziale, nella famosa sentenza del giudice Marshall per essere esteso a tutti gli Stati membri della Federazione nel 1819, mediante l'applicazione della decisione *McCulloch vs. Maryland*.¹⁹

Come è stato autorevolmente sostenuto, la dottrina americana darebbe luogo ad un controllo di costituzionalità delle leggi di tipo diffuso, dichiarativo e incidentale. «Diffuso perché qualunque giudice è legittimato a compiere il controllo di

¹⁸ Cfr. C. E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, New York 1928; C. G. HAINES, *The american doctrine of judicial supremacy*, 1973 (ristampa anastatica della seconda edizione del 1932); R.G. MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago, 1960; fra i contributi in lingua italiana, cfr. G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, 1973; S. CATINELLA, *La Corte Suprema Federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1934; M. PATRONO, *Sistema dei "Regulatory Powers" e Corte suprema federale*, Milano, 1974 e, infine, S. GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità. Il caso francese*, Torino, 1988, il quale riporta a p. 110 l'ormai famoso ragionamento logico del Giudice Marshall, nella sua Sentenza *Marbury vs. Madison* del lontano 1803: «O la Costituzione è una legge superiore a tutto, immutabile di fronte a procedure ordinarie o, al pari di altri atti, essa può essere modificata allorché piaccia al legislatore di modificarla. Se la prima parte di questa alternativa è vera, allora un atto contrario alla Costituzione non è una legge, se la seconda parte è vera, le costituzioni scritte costituiscono degli assurdi tentativi da parte del popolo di limitare un potere che per sua natura è illimitabile».

¹⁹ Fu A. HAMILTON nel paragrafo 78 del *Federalist* a sostenere che, poiché l'autorità della legge si fonda nella Costituzione, «no legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this would to be affirm, that the deputy is grater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid» in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Federalist*, pag. 398, tr. it. M. D'ADDIO, G. NEGRI (a cura di), *Il federalista*, Bologna, 1980.

costituzionalità delle leggi che deve applicare (...) Dichiarativo, perché il giudice che disapplica una legge in quanto incostituzionale, non la 'annulla' ma si limita a dare atto che, in base alla interpretazione da lui adottata della legge stessa e della costituzione, esiste incompatibilità fra esse (...) Incidentale perché la pronuncia di incostituzionalità della legge non rappresenta il risultato di una valutazione astratta e generale della sua portata, bensì è resa con stretto riferimento all'applicazione che essa deve ricevere nel giudizio nel corso del quale la decisione è resa».²⁰ Con ciò spiegando effetti, sotto il profilo dell'efficacia, in maniera del tutto simile al giudizio di merito rispetto al quale essa è strumentale, in guisa che una decisione di tal genere assumerebbe efficacia *inter partes*, piuttosto che *erga omnes*.²¹

La cultura giuridica europea di fine Settecento (ma anche, in verità, dell'800) "resistette" molto alla introduzione di un controllo di costituzionalità delle leggi. Particolarmente importante, al riguardo, è l'esempio delle esperienze inglese e francese.²²

²⁰ Così A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 7 ss. Cfr. altresì M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit.

²¹ Senza sottacere che in quell'ordinamento — notoriamente di *Common Law* — vige il c.d. principio dello *stare decisis* che pur non assumendo i caratteri rigidi della tradizione anglosassone, esercita un ruolo ben più rilevante di quello che, ad esempio, ad esso è riconosciuto nei paesi dell'Europa continentale, meglio conosciuti come ordinamenti di *Civil Law*. Cfr. almeno G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1971; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974.

²² Una analisi eccezionalmente esaustiva della genesi francese di tale teoria trovasi nei primi capitoli di S. GAMBINO, *Sistema delle fonti*, cit.

«Venendo ad esaminare più in dettaglio come il problema si è presentato in alcuni paesi le cui vicende hanno esercitato una vasta influenza, converrà ricordare innanzi tutto l'esempio inglese, caratterizzato dal fatto che nella storia di questo paese la configurabilità di una gerarchia delle fonti del diritto era stata prospettata come concreto problema politico-giuridico già nel corso del XVII secolo. Prima della rivoluzione del 1688 era stata infatti enunciata ed applicata sul piano giurisprudenziale la dottrina del *Chief Justice* Edward Coke secondo la quale il diritto giudiziario, cioè la *common law*, doveva prevalere sul diritto di formazione parlamentare, cioè sugli *statutes*, e sul diritto consuetudinario, con conseguente potere-dovere del giudice di disapplicare gli *statutes* e le consuetudini contrarie alla *common law*. Questa impostazione fu però rovesciata dopo la rivoluzione del 1688 che aprì la via alla affermazione della sovranità del Parlamento e della sua supremazia, sia nei confronti della Corona sia del potere giudiziario, e di conseguenza ogni qual volta, nei secoli successivi, si prospettò l'eventualità di introdurre una qualche forma di *judicial review* essa fu respinta come una minaccia portata alla sovranità del Parlamento, con la conseguenza che l'ordinamento costituzionale inglese conserva così ancora oggi i caratteri di una costituzione flessibile.

Ciononostante, l'introduzione del controllo nei Paesi dell'Europa continentale trova il suo punto di forza culturale non già nella esperienza nordamericana — per la quale l'ispirazione giusnaturalistica della Costituzione collocava quest'ultima al livello di legge "superiore" — quanto piuttosto in considerazioni essenzialmente 'positivistiche' che rappresentano la base attraverso la quale è stata costruita la c.d. 'teoria pura del diritto'.²³

Il controllo di costituzionalità, così come fu definito dalla scuola kelseniana e che si affermò nel 1920 in Austria (non a caso nel Paese del suo fondatore), può essere detto di tipo accentrato, costitutivo, principale.

«Accentrato perché il compito di sindacare la costituzionalità delle leggi era negato alla generalità dei giudici e degli operatori giuridici e riservato, invece, ad un organo apposito (...) Costitutivo, perché le pronunce con cui fosse accertata l'incostituzionalità di una legge ne determinavano 'l'annullamento' *ex nunc*, senza pregiudicare le applicazioni che la legge avesse eventualmente ricevuto in passato (...) Principale, perché la pronuncia eventualmente dichiarativa dell'incostituzionalità della legge non si presentava in alcun modo collegata ad una concreta applicazione di essa, ma veniva sollecitata mediante un ricorso tendente ad ottenere un controllo astratto della compatibilità della legge con la Costituzione».²⁴

Non si può sottacere che in un sistema così organizzato finiva per assumere sostanziale rilevanza la regola che prescriveva i soggetti legittimati a impugnare le leggi dinanzi all'organo abilitato al controllo.

Numerose sono state in questo secolo le innovazioni costituzionali nell'Europa continentale; molte di esse riguardano, come è ovvio, l'introduzione di meccanismi preposti alla difesa della carta fondamentale. Altrettanto diverse, in verità, le scelte

Altro esempio assai importante è quello offerto dall'ordinamento francese all'epoca della III Repubblica, nell'ambito del quale un analogo rifiuto del controllo di costituzionalità delle leggi in nome della sovranità nazionale esercitata dagli organi rappresentativi poté affermarsi nonostante il carattere rigido della costituzione del 1875». Questo è il quadro che A. PIZZORUSSO fornisce per ciò che riguarda le esperienze di Inghilterra e Francia in tema di controllo della costituzionalità delle leggi, in *Garanzie costituzionali*, cit., p. 19.

²³ Come si sa, la teoria pura del diritto è dovuta a H. Kelsen del quale cfr., almeno, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967; *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966; *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985; *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano 1952.

²⁴ Così si esprime A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 24.

dei costituenti, in modo particolare in confronto alle 'opzioni organizzatorie' (americana e austriaca) più sopra sommariamente descritte. Per trarre alcune, sia pure frettolose, conclusioni possiamo dire che *a)* in via preliminare, vi sono Paesi che escludono che si possa dar luogo ad un controllo di costituzionalità delle leggi essenzialmente per due ordini di motivazioni. Con il primo disconoscono la configurazione di una gerarchia delle norme (Inghilterra); in secondo luogo, perché non ammettono che tale attività possa essere attribuita ad organi non rappresentativi, quali, normalmente, sono quelli giudiziari; *b)* da questa ipotesi è necessario distinguere quella che vede affidato il sindacato a un apposito organo, strutturato in maniera sostanzialmente politica, ma che effettua il controllo esclusivamente in via preventiva; *c)* fra quegli ordinamenti che riconoscono, in diritto positivo, forme 'ortodosse' di controllo della costituzionalità è necessario approntare una partizione che vuole da una parte quelli che tendono a configurarlo come un aspetto (sia pure *sui generis*) della ordinaria attività giurisdizionale (*judicial review* americano) e dall'altra quelli che ne fanno una funzione distinta sia dal potere legislativo che da quello giurisdizionale. I paesi che adottano questa ultima soluzione sogliono essere, ulteriormente, distinti a seconda che l'organo preposto all'attività sia creato *ad hoc*, ovvero rappresenti, nel contempo, nell'ambito del sistema, anche il vertice della gerarchia giudiziaria.

Infine, nonostante la innegabile fortuna che ha accompagnato la brillante tesi kelseniana del controllo della costituzionalità, per la quale espressione ideale era rappresentata dal controllo di tipo 'astratto' — cioè del tutto indipendente dalla applicazione delle norme di legge nei casi concreti — possiamo senza tema di smentita affermare che molto raramente la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in questo senso intesa, ha trovato la sua piena attuazione nei modelli che abbiamo sinora descritto. I costituenti, al contrario, hanno preferito, nell'approntare sistemi procedurali di controllo accentrato, l'utilizzazione di forme miste, nelle quali controlli di carattere concreto si affiancano a casi di controllo astratto (giudizi incidentali e giudizi principali).

Nonostante il controllo di costituzionalità delle leggi sia relativamente recente (e connaturato al concetto di Costituzione rigida) e le modalità con cui esso si dispiega nei vari Paesi siano abbastanza diversificate nel senso a cui si è fatto cenno, l'esistenza stessa di un controllo di costituzionalità svolge per sua natura una funzione maieutica della interpretazione delle carte fondamentali, proponendo e riproponendo significati nuovi e più ampi alle disposizioni nella logica della necessaria e ineludibile attualizzazione delle Costituzioni.

dirittifondamentali.it