

IL PROCESSO DI IBRIDAZIONE DEI SISTEMI
ACCENTRATI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE.
NOTE DI DIRITTO COMPARATO

Giancarlo ROLLA

SOMMARIO: I. *Considerazioni preliminari.* II. *La formazione dei prototipi: la contrapposizione tra difesa politica della Costituzione e judicial review.* III. *La formazione dei prototipi: judicial review v Verfassungsrechtsberkait.* IV. *Il successo di un ibrido: la questione di costituzionalità.* V. *L'apertura degli ordinamenti nazionali all'ordinamento internazionale e l'incidenza sulle relazioni tra le giurisdizioni.* VI. *Verso una attenuazione del carattere accentrato della giustizia costituzionale.*

I. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

La quasi totalità degli ordinamenti costituzionali dell'Europa e delle Americhe può essere ascritta alla medesima "famiglia giuridica" in quanto ha avuto nella sua evoluzione un riferimento nel costituzionalismo: cioè in quel movimento culturale che ha recepito i valori delle grandi rivoluzioni liberali, traducendoli in norme dotate di funzione prescrittiva.¹ Di conseguenza, si ispira oggi a principi comuni, quali la tutela dei diritti fondamentali, la limitazione del potere, il principio di legalità, la separazione dei poteri, il riconoscimento del valore normativo della Costituzione, l'attribuzione alla legge di un ruolo primario nel sistema delle fonti del diritto.

Tuttavia, le esperienze che sono confluite nel costituzionalismo, pur possedendo un'unitarietà di fondo, si sono sviluppate lungo percorsi distinti,

¹ Sulle basi storiche e teoriche del costituzionalismo: Blanco Valdes, R., *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994; Jiménez Asesio, R., *El constitucionalismo*, Oñati, 2001; Floridia, G., *La costituzione dei moderni*, Torino, 1991; Fioravanti, M., *Costituzionalismo: percorsi di storia e tendenze attuali*, Bari, 2009. Con riferimento all'America latina: Soberanes Fernández, J. L. (ed.), *El primer constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 1992; Rolla, G., "La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, pp. 329 e ss.

dando vita a diverse tradizioni costituzionali. Basti considerare che la tradizione che si richiama alla rivoluzione francese riconosce la supremazia giuridica della legge sulle altre fonti del diritto, in quanto espressione della volontà generale; così come introduce un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali, come emerge dalla nota formulazione dell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 secondo cui ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata non ha Costituzione. Mentre il costituzionalismo di derivazione statunitense, impegnato a evitare il rischio di una "tirannia democratica", prefigura un'organizzazione costituzionale basata sul federalismo, sull'equilibrio tra i poteri e su forti strumenti di controllo; inoltre, dal riconoscimento della superiorità del potere costituente rispetto a quelli costituiti fa derivare sia la preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi, sia l'ammissibilità di un controllo giudiziario di legittimità costituzionale.

A sua volta, la tradizione costituzionale del Regno Unito si caratterizza per una forte originalità nel perseguire le finalità generali del costituzionalismo. Infatti, tale ordinamento costituzionale appare il frutto di un'esperienza storica a sé stante, qualora si consideri, per un verso, il ruolo assegnato alle consuetudini ed alla convenzioni costituzionali e, per un altro verso, la permanenza del principio della *sovereignty of Parliament*, inteso nella duplice accezione per cui le Camere possono approvare ed abrogare qualsiasi legge, mentre non si può disapplicare una legge approvata dal Parlamento.

Anche le tradizioni costituzionali dell'America Latina hanno partecipato appieno "del pensamiento filosófico e político del mundo moderno y civilizado", ma secondo un percorso originale, nel senso che le soluzioni costituzionali introdotte nella fase dell'indipendenza contenevano dei significativi elementi di differenziazione rispetto alla coeva esperienza europea. Il che ha consentito di sostenere che l' "Europa es la matriz, pero la América latina es una realidad propia".²

I legami duraturi che hanno unito l'America latina al diritto europeo a causa dell'esperienza coloniale e l'influenza del costituzionalismo liberale nordamericano, mescolandosi con un'autonoma elaborazione culturale, hanno favorito il formarsi di soluzioni eterogenee. Come è emblematicamente testimoniato, ad esempio, dalla traiettoria che ha caratterizzato la formazione dell'istituto del *recurso de amparo* mexicano, in cui la capacità di infiltrazione sotterranea manifestata dalla tradizione giuridica del periodo

² García Belaunde, D., "Existe un espacio público latinoamericano?", *Estudios constitucionales*, 2003, p. 66. Anche: Gross Espiell, H., "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, p. 149.

coloniale — in particolare, l'*amparo colonial*, la *justicia mayor* del Regno di Aragón o il giudizio di responsabilità prospettato durante i lavori della Cortes di Cádiz — si fonde, in un contesto aperto all'influenza di culture esterne, con la forza attrattiva esercitata sia dal pensiero costituzionale francese (difesa politica della Costituzione, responsabilità degli eletti), sia da quello nordamericano (*judicial review*) e inglese (*habeas corpus*).³

La caratteristica per cui molti ordinamenti concretizzano i medesimi principi optando per soluzioni diversificate si riverbera anche sul diverso modo con cui è stato affrontato nel tempo e nello spazio il tema cruciale di come assicurare il “valore” delle Costituzioni, reprimendone le lesioni. Tutti gli ordinamenti sopra richiamati sono accomunati dal riconoscimento della primazia delle Costituzioni, dalla superiorità giuridica delle Carte costituzionali rispetto alle altre fonti: ciò in quanto contengono le norme che fissano l'insieme dei principi che caratterizzano la forma politica dello Stato e codificano una propria visione della società e delle sue relazioni con i poteri pubblici.⁴

Siffatta acquisizione è evidente in quei sistemi che riconoscono il valore normativo delle disposizioni costituzionali e le collocano gerarchicamente al vertice del sistema delle fonti: per cui, secondo il principio enucleato, per prima, dalla Corte suprema degli Stati Uniti d'America nessuna legge contraria alla Costituzione può essere valida.⁵ Ma il vincolo per tutti i pubblici poteri di rispettare la Costituzione era presente anche in quegli ordinamenti che evidenziavano la prevalente natura “politica” delle Costituzioni, come testimonianze, tra l'altro, l'intenso dibattito che si è sviluppato nel corso del secolo XIX in America latina sui meccanismi istituzionali idonei a controllare rispetto delle Costituzioni da parte dei pubblici poteri.⁶

³ Per maggiori riferimenti si rinvia a Rolla, G., *La tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2012. A propósito dell'influenza del costituzionalismo liberale durante la fase dell'indipendenza in América Latina: Fix-Zamudio, H., “Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina”, in Fix-Zamudio, H., *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, 1988, pp. 131 e ss.

⁴ Sulla problematica della rigidità costituzionale, con riferimento alle Costituzioni ottocentesche: Pace, A., *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995, e “La causa della rigidità costituzionale”, *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, pp. 295 e ss.

⁵ Sul valore normativo delle Costituzioni rimangono fondamentali i contributi di: Crisafulli, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1954; García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985.

⁶ Come testimonianza la circostanza che lo stesso Bolívar, nel suo messaggio del 26 maggio 1826 al Congresso costituente di Bolivia, abbia evidenziato la necessità di introdurre forme di controllo della costituzionalità degli atti dei pubblici poteri. Sul pensiero politico e istituzionale di Bolívar: Roza Acuña, E., *Bolívar: obra política y constitucional*, Madrid, 2007.

Su di un piano diverso rispetto alla posizione di preminenza delle Carte costituzionali all'interno del sistema delle fonti si pone, invece, la tematica dell'effettività delle prescrizioni costituzionali,⁷ o della revisione costituzionale.⁸

II. LA FORMAZIONE DEI PROTOTIPI: LA CONTRAPPOSIZIONE TRA DIFESA POLITICA DELLA COSTITUZIONE E *JUDICIAL REVIEW*

L'evoluzione dei modi in cui si esercita la “difesa” della Costituzione è avvenuta sulla base della contrapposizione tra “prototipi” differenti. In una prima fase — che ha caratterizzato il costituzionalismo ottocentesco — il confronto si è sviluppato all'interno di un' alternativa principale ispirata dalla rivoluzione nordamericana e da quella francese.

Quest'ultima, pur consapevole che la legge possa essere ingiusta e contraria ai diritti dell'individuo, manifestò una netta contrarietà ad affidare ai giudici un controllo sull'attività del legislatore: la funzione essenziale della giurisdizione consisteva, a suo avviso, nel dare attuazione alla volontà del legislatore, i giudici dovevano essere la “bocca” attraverso cui la legge parla. Se mai, il compito di assicurare il rispetto della Costituzione si sarebbe dovuto assegnare — in ossequio al principio della sovranità nazionale — ad un organo politicamente rappresentativo, se non direttamente al corpo elettorale. Da ciò l'idea iniziale di riservare al corpo elettorale il potere non solo di nominare i ministri e di eleggere i deputati, ma anche di esercitare una censura sulle leggi e di attivare la revisione costituzionale.⁹ Mentre altre proposte attribuivano — di volta in volta — tale competenza al Senato, a un “tribunale di censori” o a una *jurie constitutionnaire*.¹⁰

⁷ Le Costituzioni di quel periodo erano concepite alla stregua di un manifesto, come “un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban”. Inoltre, il succedersi di colpi di Stato, di moti e di rivoluzioni determinò “la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional”. Così: Gros Espiell, H., *El constitucionalismo latinoamericano...*, cit., 149.

⁸ Ad esempio, Tocqueville distingueva in proposito tra ordinamenti che consideravano le Costituzioni immodificabili (le Carte francesi della prima metà dell'800), altri che sottoponevano la revisione a particolari procedure (Stati Uniti d'America), altri ancora che attribuivano al Parlamento il potere di variare il contenuto del testo della Costituzione (Regno Unito). Vedi: Tocqueville, A., *La democrazia in America*, Torino, 1884, pp. 103 e ss.

⁹ Ad esempio, l'art. 27 della Costituzione francese del 1793 (mai entrata in vigore) riconosceva il diritto di censura contro tutte le leggi e qualsiasi atto del legislatore contrario alla Costituzione.

¹⁰ Tale organo, individuato da Sieyès, avrebbe dovuto essere costituito da 108 membri di derivazione parlamentare che, annualmente, si rinnovano per un terzo attraverso la co-

Siffatto approccio ha influenzato a lungo il pensiero costituzionale francese al punto che la Costituzione del 1946 prevedeva ancora l'istituzione di un Comitato costituzionale —composto di sette membri eletti dall'Assemblea nazionale, da tre membri eletti dal Consiglio della Repubblica e da tre membri di diritto (il Presidente della Repubblica e i due Presidenti delle Camere)— con il compito di segnalare all'Assemblea legislativa l'eventuale incostituzionalità di una legge.¹¹ Mentre, lo stesso *Conseil constitutionnel*, introdotto con la riforma costituzionale del 1958, sembrò inizialmente allinearsi alla tradizione francese, piuttosto che alle coeve esperienze di giustizia costituzionale presenti in Europa.¹²

Sulla scia dell'influenza esercitata dal pensiero istituzionale francese l'idea di prevedere meccanismi di difesa politica della Costituzione incontrarono un notevole seguito nel dibattito costituzionale in Spagna e in America Latina.

In Spagna, la Costituzione di Cadice del 1812 imponeva al Parlamento di prendere in esame i casi di violazione della Costituzione, di assumere le determinazioni necessarie a evitare il loro ripetersi, nonché di sanzionare

optazione. Tra le sue competenze vi era quella di presentare periodicamente delle proposte di riforma della Costituzione e, soprattutto, quella di assicurare la tutela dei diritti lesi dal legislatore. In dottrina: Blanco Valdés, R., *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994; Battaglini, M., *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957; Calamo Specchia, M., "Il fondamento storico e teorico del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia", *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, pp. 83 e ss.; Chanolland, D., *Aux origines du controle de constitutionnalité*, Paris, 2003.

¹¹ Costanzo, P., *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009, p. 53.

¹² Ne sono testimonianza sia i modi di nomina dei componenti —oltre agli ex Presidenti della Repubblica ne fanno parte nove membri secondo criteri assai discrezionali dai Presidenti della Repubblica, del Senato e dell'Assemblea nazionale—, sia le limitate competenze attribuite—il controllo di costituzionalità (obbligatorio sui regolamenti parlamentari e sulle leggi organiche, facoltativo sulle leggi ordinarie) nella formulazione originaria era soltanto preventivo e poteva essere attivato dai vertici politici dello Stato (Presidente della Repubblica, Primo ministro, Presidenti dei due rami del Parlamento).

Un sostanziale avvicinamento del controllo di costituzionalità da parte del Consiglio costituzionale alle forme europee di giustizia costituzionale si è avuto con l'introduzione anche in Francia dell'istituto della questione di costituzionalità, anche se il procedimento si differenzia significativamente dalle esperienze italiana, tedesca e spagnola: innanzitutto, il parametro non è costituito genericamente da tutte le disposizioni costituzionali, ma è limitato ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantite. In secondo luogo, la questione perviene all'esame del Consiglio costituzionale solo dopo aver superato un doppio filtro: non solo quello del giudice *a quo* —che deve verificare la consistenza del dubbio di legittimità costituzionale—, ma anche quello esercitato dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato cui compete la decisione finale se investire della questione il giudice costituzionale. Si veda: León Alonso, M., "La cuestión prioritaria de constitucionalidad: un nuevo desafío para la justicia constitucional francesa", *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 10, 2012.

le conseguenti responsabilità. Mentre, secondo l'art. 70 del progetto di Costituzione federale della prima Repubblica spagnola del 1873, il Senato avrebbe dovuto esercitare un potere di veto costituzionale nei confronti delle leggi del Congresso ritenute lesive dei diritti personali, politici o degli altri diritti fondamentali: quest'organo, infatti, in caso di accertata violazione, poteva sospendere la promulgazione della legge per un periodo di tre anni.¹³

Per un altro verso, in America Latina, nella fase storica immediatamente seguente alla conquista dell'indipendenza, il compito di vigilare sul rispetto delle norme costituzionali fu riservato a organi interni al potere legislativo (ad esempio nella Costituzione politica della Bolivia del 1826, della Costa Rica del 1821, del Brasile del 1824, del Perù del 1823, del Messico del 1836) ovvero a organi consultivi come il Consiglio di Stato (ad esempio, la Costituzione ecuadoriana del 1851). Egualmente, in alcune Costituzioni, il difensore della Costituzione fu individuato in un organo monocratico: come nel caso, ad esempio, del *Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana* del 22 ottobre 1814, il quale riconosceva il diritto di ogni cittadino di presentare reclami al Capo dello Stato contro le violazioni dei diritti fondamentali.¹⁴

In passato, forme di controllo politico a difesa della Costituzione furono introdotte anche in alcuni sistemi costituzionali europei: senza richiamare l'esperienza — tutt'altro che commendevole — del ricorso di *contrafuero*, istituito in Spagna nel 1968 sotto la vigenza del regime franchista, secondo il quale si poteva presentare al Capo dello Stato, nella sua qualità di supremo organo dello Stato, un ricorso contro atti ritenuti lesivi dei principi fondamentali dell'ordinamento — si può segnalare la Costituzione portoghese del 1976 affidava al Consiglio della rivoluzione — organo presieduto dal Presidente della Repubblica e composto dai vertici delle forze armate, la competenza a controllare sia le leggi che le omissioni legislative.

Oggi, il controllo politico della Costituzione appare recessivo e opera, in diversi ordinamenti, non in alternativa, ma come strumento complementare alla giustizia costituzionale. Ad esempio, in Finlandia, compete tuttora alla Commissione affari costituzionali del Parlamento formulare un parere vincolante sulla conformità delle proposte di legge alla Costituzione e agli ac-

¹³ Sánchez Agesta, L., *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Madrid, 1984; Ruiz Lapeña, R. M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, 1982, pp. 1 e ss.; Fernández Sarasola, I., *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Madrid, 2004; Iacometti, M., "Il progetto di Costituzione federale della I Repubblica spagnola del 1873", *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia...*, cit., pp. 373 e ss.

¹⁴ Fernández Segado, F., "Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 1997, pp. 82 e ss.

cordi internazionali in materia di diritti dell'uomo. Mentre nell'ordinamento italiano sono previsti tuttora alcuni controlli non giurisdizionali di costituzionalità delle leggi: le Commissioni affari costituzionali delle due Camere sono competenti ad esprimere un parere in ordine ai profili di costituzionalità relativi ai diversi disegni di legge; egualmente, prima della pubblicazione della legge, all'atto della promulgazione, il Presidente della Repubblica può chiedere con messaggio motivato alle Camere una nuova deliberazione qualora nutra dei dubbi di costituzionalità in merito ad alcune parti della legge promulganda.

Ben più duratura fu la forza propulsiva esercitata dal prototipo nordamericano di *judicial review*.

Mentre Sieyès proponeva la necessità di “un corpo di rappresentanti con la missione specifica di giudicare sui reclami contro le inattuazioni della Costituzione”,¹⁵ quasi contemporaneamente —sull'altra sponda dell'Oceano Atlantico— Hamilton, uno dei “padri fondatori” della Costituzione degli Stati Uniti d'America, sosteneva nel *Federalist* (n.78) l'esigenza di porre dei freni all'“onnipotenza” del Parlamento e riteneva che tale funzione dovesse essere esercitata dai giudici in ossequio al principio del potere limitato o meglio della sua variante nordamericana (*checks and balances*).

A suo avviso, un organo giurisdizionale poteva contrastare gli eventuali abusi del legislatore dichiarando “nulli tutti gli atti contrari all'evidente intendimento della Costituzione”.¹⁶ In tal modo, il pensiero costituzionale nordamericano si differenziava tanto dalla tradizione francese, quanto dalle teorie costituzionali dell'*ex* madre patria, ove vigeva il principio della *sovereignty of Parliament*.

Il prototipo statunitense di giustizia costituzionale si sviluppò conseguentemente assumendo i caratteri di un sindacato diffuso (competete a tutti i giudici disapplicare le norme non compatibili con la Costituzione), concreto (il controllo si deve manifestare nell'ambito di un giudizio relativo a *cases and*

¹⁵ Sieyès, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, 1990, p. 262.

¹⁶ Tale principio sarà successivamente sviluppato dalla Corte suprema degli Stati Uniti d'America la quale, in occasione della controversia *Marbury v. Madison* del 1804, ha conseguenzialmente affermato che “è compito e dovere rigoroso del potere giudiziario dichiarare la volontà della legge. Coloro che applicano una norma legislativa a casi particolari devono necessariamente esaminarla e interpretare. Se due leggi sono in conflitto, la Corte deve decidere sulla efficacia di ciascuna di esse. Così, se una legge è in contrasto con la Costituzione e tanto la legge quanto la Costituzione si riferiscono ad un caso particolare in modo che la Corte è obbligata a deciderlo o conformemente alla legge, non tenendo conto della Costituzione, o conformemente alla Costituzione, non tenendo conto della legge, la Corte deve stabilire quale delle due norme in conflitto deve essere applicata... quindi la Costituzione e non l'atto ordinario deve essere applicata nei riguardi del caso cui entrambi si riferiscono”.

controversies) ed eventuale (la Corte può sia selezionare i casi (*certiorari*), sia astenersi dal giudicare su questioni di natura propriamente politica, in modo da non alterare il principio della separazione dei poteri (*political question*)).¹⁷

La forza attrattiva dell'esperienza costituzionale degli Stati Uniti d'America favorì in alcuni ordinamenti dell'America latina l'introduzione di forme di *judicial review*: come nel caso dell'Argentina, del Messico e del Brasile.¹⁸ Tuttavia, in via generale, si può affermare che il peculiare *humus* culturale in cui è fiorito il prototipo della *judicial review* ha fatto sì che lo stesso faticasse a diffondersi oltre i confini territoriali: dovette, infatti, misurarsi con la forza di resistenza di contrastanti culture costituzionali, come il principio della *sovereignty of Parliament* negli ordinamenti di *common law* o l'influenza delle teorie francesi sulla difesa politica della Costituzione nell'Europa continentale. Di conseguenza, non sembra inesatto affermare che il "modello" statunitense di giustizia costituzionale ha inciso più sul piano culturale che su quello dell'effettiva circolazione costituzionale.

Solo in tempi più recenti si sono determinate condizioni più favorevoli a una sua diffusione. Innanzitutto, negli ordinamenti appartenenti all'ex *Commonwealth* si diffusero codificazioni fornite di rango costituzionale (Canada, Australia, Israele) che hanno aperto la strada a un sindacato giurisdizionale di costituzionalità; così come esperienze che si ispirano alla *judicial review* non mancano neppure in Europa. Si pensi ai paesi scandinavani, ove il potere dei giudici di disapplicare le leggi contrarie a Costituzione si afferma in Norvegia e in Danimarca sin dalla fine del secolo XIX; mentre nel caso della Svezia l'acquisizione è più recente, dal momento che tale competenza —introdotta da un *leading case* della Corte suprema del 1964— fu codificata con una revisione costituzione del 1969, che riconosce il dovere dei giudici e degli organi pubblici di non applicare nei casi concreti le norme contrarie alla Costituzione. Anche in Finlandia l'art. 106 della Costituzione impone

¹⁷ Kentz, S., *The Supreme Court and the idea of constitutionalism*, Philadelphia, 2009; Kennit Hall, L., *The Supreme Court and judicial review in American history*, Washington, 1985; Rehnquist, W., *The Supreme Court: how it was, how it is*, New York, 1987; Cappelletti, M., *The significance of judicial review of legislation in the contemporary world*, Tübingen, 1969; Ball, T. D., *The historical origins of judicial review (1536-1803): the duty to resist Tyranny*, Levinston, 2005; Barbisan, B., *Nascita di un mito: Washington 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2009.

Un'analisi completa del ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America si ha in: The Oliver Wendell Holmes Devise, *History of the Supreme Court of the United States*, New York, 2010.

¹⁸ Si veda per riferimenti generali: Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Montevideo, 2000, pp. 12 e ss.

ai giudici la disapplicazione delle disposizioni di legge in contrasto con la Costituzione.¹⁹

In Grecia, infine, la competenza dei giudici a non applicare una legge in evidente contrasto con la Costituzione ha un'origine risalente nel tempo: già nell'800 la Corte di cassazione si era ritenuta competente, prima, a sindacare i vizi formali delle leggi, poi, a disapplicare le norme incostituzionali; quindi la Costituzione del 1927 statui l'obbligo per i giudici di non applicare le leggi contrarie alla Costituzione, confermato nella Costituzione del 1975, il cui art. 95 afferma che "i tribunali sono tenuti a non applicare una legge il cui contenuto sia contrario alla Costituzione".²⁰

III. LA FORMAZIONE DEI PROTOTIPI: *JUDICIAL REVIEW V. VERFASSUNGERICHTSBARKAIT*

Lo schema alternativo tra *judicial review* e difesa politica della Costituzione proprio del costituzionalismo del XIX secolo perde di vitalità nel secolo successivo, soprattutto per il diffondersi nell' Europa continentale di una diversa forma di controllo di costituzionalità (la *Verfassungsgerichtsbarkeit*), che ebbe la sua realizzazione pratica, prima nell'ordinamento costituzionale cecoslovacco, quindi, nella Costituzione austriaca del 1920. Alla sua istituzione contribuì in misura significativa l'apporto teorico fornito da due autorevolissimi giuristi (Jellinek e Kelsen) i quali — sia pure in periodi diversi — concordavano sulla necessità di individuare meccanismi in grado di tutelare l'ordinamento giuridico da comportamenti *contra constitutionem* dei pubblici poteri (*in primis*, di quello legislativo), pur divergendo nell'individuazione della strumento più idoneo.²¹

Così come non va trascurata neppure l'esperienza del *Tribunal de garantías constitucionales* della Seconda Repubblica spagnola, il quale, oltre a rappresentare la prima effettiva esperienza di giurisdizione costituzionale in Spagna, si segnala sia per la scelta di affidare a un organo istituito *ad hoc* la competenza a sindacare la conformità alla Costituzione delle leggi, sia per una prima anticipazione dell'accesso in via incidentale al giudizio di costituzionalità.²²

¹⁹ Tamburrini, V., "I paesi con controllo diffuso di costituzionalità delle leggi", in Olivetti, M. e Groppi, T. (edi.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, pp. 369 e ss.

²⁰ *Ibidem*, pp. 370 e ss.; Perifanaki Rotolo, V., "La Corte suprema speciale nella Costituzione greca del 1975", *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1979, pp. 98 e ss.

²¹ Il Kelsen era favorevole all'istituzione di un giudice costituzionale *ad hoc*, mentre Jellinek optava per un'autorità giurisdizionale già esistente, il Tribunale dell'Impero. In proposito si veda: Jellinek, G., *Una Corte costituzionale per l'Austria* (a cura di E. Palici Di Suni), Torino, 2013.

²² L'art. 100 della Costituzione statuire che quando un giudice doveva applicare una norma che considerava contraria alla Costituzione doveva sospendere il procedimento e

La caratteristica principale di tale sistema può essere —a nostro avviso— individuata nella volontà di non aderire interamente a nessuno dei due “prototipi” che si erano confrontati nel secolo precedente, pur non disdegnando di prendere ispirazione dalle particolarità di ciascuno di essi. Il sistema “austriaco” di giustizia costituzionale, per un verso, si differenzia dalle forme di controllo politico in quanto riserva tale compito ad un organo di natura giurisdizionale; ma, per un altro verso, prevede l’istituzione di un giudice *ad hoc*, evidenziando una marcata volontà di differenziare il controllo di costituzionalità da quello di legittimità.

Nella sua impostazione originaria, questo sistema si caratterizzava come accentrato e astratto: il primo elemento era enfatizzato dal divieto, contenuto nell’art. 89 della Costituzione austriaca del 1920, per i giudici di controllare le leggi dopo la loro promulgazione. Il carattere astratto, a sua volta, conseguiva dal fatto che il giudice costituzionale poteva essere attivato soltanto attraverso un ricorso proposto dagli organi supremi o dai governi (federali e statali) a garanzia del riparto delle competenze tra i diversi livelli istituzionali. Inoltre il ricorso poteva essere presentato soltanto entro i tre anni successivi all’entrata in vigore della legge. Per accentuare, infine, la caratterizzazione della giustizia costituzionale quale “legislatore negativo” la normativa assimilava gli effetti delle sentenze di illegittimità a quelli dell’abrogazione legislativa.²³

Il controllo astratto di costituzionalità sperimentato in Austria ha manifestato una forte capacità espansiva in Europa, sulla base di successive ondate costituenti: dapprima ispirò la Costituzione italiana (1948) e della Repubblica federale tedesca (1949); quindi, alla fine degli anni ’70, favorì l’istituzione di Tribunali costituzionali in Spagna e in Portogallo non appena si consolidarono in tali paesi regimi democratici. Infine, esperienze similari furono innestate in alcuni ordinamenti dell’Europa orientale, in seguito alla crisi dei regimi comunisti.²⁴

consultare il *Tribunal de garantías constitucionales*. Per un approfondimento di tale esperienza si rinvia a: Oliver Araujo, J., *El sistema político de la Constitución Española de 1931*, Palma, 1991; Ruiz Lapeña, R., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, 1982; Bassols Coma, M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid, 1981.

²³ Se nei sistemi di *judicial review* la funzione di giustizia costituzionale si esercita nell’ambito di un processo, nella *Verfassungsgerichtsbarkeit* il controllo di costituzionalità è attivato attraverso l’istituto del ricorso, che poteva essere presentato, entro un lasso di tempo predefinito, da un ventaglio predeterminato di organi costituzionali di natura prevalentemente politica. Essi possono essere sia preventivi —intervengono, cioè, nella fase di integrazione dell’efficacia di una fonte— che successivi all’entrata in vigore dell’atto.

²⁴ Mazza, M., *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padova, 1999; Misto, M., “La giustizia costituzionale nei paesi dell’Europa centro orientale”, in Olivetti, M. e Groppi, T. (edi.), *op. cit.*, pp. 283 e ss.

Una significativa diffusione di sistemi concentrati di giustizia costituzionale si è avuta anche in America latina. La prima esperienza nel continente americano fu individuata dalla dottrina nel Tribunale di garanzie costituzionali e sociali di Cuba, che si ispirò probabilmente al *Tribunal de Garantías Constitucionales* della Costituzione della Seconda Repubblica spagnola. Come quest'ultimo, anche il *Tribunal* cubano ebbe una vita travagliata e breve: previsto dalla Costituzione del 1940 e attivato in seguito all'approvazione della legge organica del 1949, fu sospeso in seguito al colpo di Stato del generale Batista (1952); ripristinato dal governo rivoluzionario cubano nel 1959, venne definitivamente soppresso nel 1976.²⁵

Tale organo, che tecnicamente costituiva una *Sala specializzata* del Tribunale supremo di giustizia, sommava insieme tanto la competenza astratta —cioè il controllo di costituzionalità, che poteva essere attivato sia con ricorso diretto, sia in virtù di una questione di legittimità prospettata da un giudice— quanto quella concreta —decidendo sui ricorsi di *amparo* a salvaguardia dei diritti costituzionalmente garantiti e sui ricorsi di appello avverso i provvedimenti di *habeas corpus*—.

Sulla scia di tale prototipo sono stati attivati in molti ordinamenti sistemi accentrati e astratti di giustizia costituzionale, sia pure attraverso un articolato *patchwork* di soluzioni costituzionali,²⁶ nel senso che l'organo competente a esercitare il controllo di costituzionalità sulle leggi poteva essere sia esterno al potere giudiziario (Cile, Ecuador, Guatemala e Perù), che interno all'ordine giudiziario (Bolivia e Colombia); ovvero una *Sala specializzata*, autonoma all'interno della Corte suprema (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Venezuela).²⁷

I due prototipi si caratterizzano per evidenti tratti distintivi; così come si differenziano a proposito del rapporto che, al loro interno, si instaura tra

²⁵ Sull'esperienza cubana del *Tribunal de garantías constitucionales* si veda: García Belaunde, D., *El Tribunal de garantías constitucionales y sociales*, Lima, 2002.

²⁶ Sulle caratteristiche generali della giustizia costituzionale in America Latina: Palomino Manchego, J. F., "Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica", in Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, 2003, t. I, p. 407; Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en America Latina*, Montevideo, 2000, pp. 5 e ss., e "Du contrôle politique au contrôle juridictionnel. Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, núm. XX, 2004, pp. 11 e ss.; Praeli, E., "Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2000, pp. 43 e ss.; Nogueira Alcalá, H., "Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI", *Ius et Praxis*, núm. 2, 2003, pp. 59 e ss.; Fix-Zamudio, H., "La justicia constitucional en América Latina", *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, 1991; Ferrer Mac-Gregor, E., *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Mexico, 2002.

²⁷ Ferrer Mac-Gregor, E., *Los tribunales constitucionales...*, cit., pp. 65 e ss.

sindacato di legalità e di costituzionalità e per la natura delle relazioni che intercorrono tra il giudice costituzionale e quello comune.

In merito al primo profilo, va considerato che nell'impostazione nord-americana il controllo di costituzionalità coincide sostanzialment, con quello di legalità e, in un contesto di Costituzione rigida, presuppone che il giudice —in quanto sottoposto alla Costituzione al pari di tutti gli altri poteri— non solo debba attribuire alle disposizioni un significato costituzionalmente compatibile, ma anche non possa applicare una norma evidentemente contraria al dettato costituzionale. Nei sistemi di *judicial review* la necessità di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione è parte integrante del controllo di legalità e rappresenta uno dei canoni di interpretazione che i giudici debbono utilizzare; d'altra parte, tale attività ermeneutica può essere considerata manifestazione di un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni, in base alla quale il testo legislativo "fa sistema" con le norme costituzionali.

La problematica dell'interpretazione conforme a Costituzione si pone, invece, in modo differente negli ordinamenti ove operano sistemi astratti e accentrati di giustizia costituzionale: in questo caso il controllo di costituzionalità è separato da quello di legalità e viene riservato a un potere esterno a quello giudiziario. Di conseguenza, l'autonomia interpretativa del giudice si deve confrontare con il monopolio interpretativo che i Tribunali costituzionali per quanto concerne la conformità delle norme alla Costituzione. In questo caso, il sistema rivela un'intrinseca difficoltà nel tracciare una linea di demarcazione tra le due giurisdizioni: si parla, in proposito, di *debilidades inherentes* al modello kelseniano.²⁸ Ciò in quanto i contrasti appaiono difficilmente eludibili e, di conseguenza, la funzionalità del sistema dipende, più che da norme volte a tracciare rigidi confini tra sindacato di legalità e di costituzionalità, dalla sua capacità di instaurare meccanismi di collaborazione tra le giurisdizioni.²⁹

In secondo luogo, il sistema "austriaco" e quello nordamericano di giustizia costituzionale esprimono un diverso atteggiamento rispetto al ruolo dei giudici all'interno dell'equilibrio tra i poteri.

Se il prototipo nordamericano attribuisce ai giudici il compito di verificare il rispetto della Costituzione da parte dei pubblici poteri, per contro

²⁸ Rubio Llorente, F., "Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos", *Revista Española Derecho Constitucional*, 2003, p. 53.

²⁹ A proposito della difficoltà nelle relazioni tra giurisdizione ordinaria e costituzionale nei sistemi accentrati, si vedano le mie considerazioni in: Rolla, G., "L'interpretazione adeguatrice tra Tribunale costituzionale e giudici comuni in Spagna", *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 1865 e ss.

l'affermazione in Europa di un sistema di giustizia costituzionale imperniato sull'istituzione di un organo *ad hoc* manifestava tanto l'intenzione di superare le teorie della difesa politica della Costituzione, quanto un atteggiamento di sfiducia nei confronti del potere giudiziario: ritenuto incapace di assicurare il sostanziale e pronto rispetto dei nuovi principi costituzionali.

Sul piano teorico, le critiche all'adozione di sistemi di *judicial review* si fondavano sul rischio di un'eccessiva politicizzazione della funzione giurisdizionale, che dovrebbe consistere in una mera e impersonale applicazione della legge in ossequio al principio espresso dall'art. 10 della legge francese del 16 agosto 1790, il quale vietava ai giudici di prendere parte, direttamente o indirettamente, all'esercizio del potere legislativo. Così come evocavano i limiti che sarebbero conseguiti alla discrezionalità politica del legislatore qualora il controllo fosse affidato ad un organo non elettivo, né rappresentativo della volontà popolare: il controllo di costituzionalità veniva equiparato a un vero e proprio "processo al legislatore".

Su di un piano sostanziale, invece, le obiezioni alla *judicial review* si concentravano sull'azione conservatrice che l'ordine giudiziario potrebbe esercitare nei confronti dell'azione degli organi rappresentativi e sulla sua capacità di depotenziare il significato innovativo delle disposizioni costituzionali: in alcune realtà costituzionali la scelta di riservare il controllo di costituzionalità a un giudice speciale istituito *ad hoc* esprimeva un atteggiamento polemico verso la capacità dei giudici di valorizzare i principi introdotti dal potere costituente. Come è stato affermato in fase di avvio dell'esperienza italiana di giustizia costituzionale, "tutti coloro che hanno vissuto l'esperienza di quegli anni nei quali la Corte di cassazione, spesso assecondata dal Consiglio di Stato, ha usato la sua abilità ermeneutica assai più nel senso dell'inattuazione che dell'attuazione della norma costituzionale" erano restii ad attribuire all'ordine giudiziario il controllo di legittimità costituzionale delle leggi.³⁰

IV. IL SUCCESSO DI UN IBRIDO: LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ

Gli ordinamenti costituzionali, pur essendo plasmati dalla cultura del proprio paese, non possono tuttavia considerarsi autosufficienti: l'apertura ad altre esperienze rappresenta una condizione di vitalità. Tale esigenza alimenta il fenomeno della "circolazione giuridica", il quale è animato da esigenze funzionali nel senso che un istituto, un principio, una procedura si affermano in altri ordinamenti in virtù della loro efficacia, degli esiti positivi e del rendimento che hanno prodotto nel contesto originario.

³⁰ Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, p. 77; Anche: Rolla, G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, pp. 232 e ss.

Tuttavia, nel diritto costituzionale la circolazione produce due effetti importanti: per, un verso, non genera dei cloni —nel senso che una soluzione costituzionale adottata in un contesto geografico, culturale e politico differente determina esiti non sempre omogenei a causa della specificità delle distinte culture costituzionali—; per un altro verso, fa venire meno l'originaria "purezza" del prototipo, dando vita a un "ibrido".³¹

Questo fenomeno è particolarmente evidente nella giustizia costituzionale dal momento che i tradizionali schemi di classificazione binaria (sistemi diffusi, accentrati; concreti, astratti), pur conservando una certa utilità sotto il profilo didattico, si rivelano incapaci di cogliere il dinamismo del sistema. Infatti —come tenteremo di sottolineare nelle pagine che seguono— i sistemi "accentrati" si aprono a forme di convivenza con la *judicial review*, mentre quelli "diffusi" registrano una tendenza delle Corti Supreme a "monopolizzare" l'esercizio della giurisdizione costituzionale.³²

Un'esperienza di ibridazione oramai risalente nel tempo e che ha manifestato un'ampia capacità di diffusione è rappresentata da quei sistemi in cui l'accesso al giudizio del Tribunale costituzionale ha luogo prevalentemente attraverso una questione di costituzionalità presentata da un giudice comune nel corso di un processo. A quest'ultimo è affidato il compito di svolgere un'attività preliminare, di delibazione, non solo per impedire che pervengano al giudizio del Tribunale costituzionale questioni prive di adeguata base giuridica, ma anche per affidare direttamente al giudice il compito di risolvere il "dubbio di costituzionalità" nell'ambito della sua attività interpretativa, attribuendo alle norme legali un significato compatibile con la Costituzione.³³

³¹ Pegoraro, L., "La circulación, recepción y libridación de los modelos de justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, pp. 393 e ss.

³² Sull'opportunità di superare le classificazioni di natura bipolare: Fernández Segado, F., "Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale", in Bagni, S. (ed.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, 2013; Rubio Llorente, F., "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa", *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pp. 161 e ss.; Tusseau, G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bologna, 2009; Rolla, G., *La tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2012, pp. 42 e ss.

³³ Del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale come esperienza di ibridazione dei modelli più antichi parla ad esempio: Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998, p. 27. Nello stesso senso: Aragon Reyes, M., "El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978", *Revista de estudios políticos*, núm. 7, 1979, p. 174.

Per riferimenti generali sui sistemi di giustizia costituzionale in via incidentale: Gambino, S., "La giurisdizione costituzionale delle leggi. L'esperienza italiana nell'ottica comparata (con particolare riguardo al giudizio in via incidentale) ed in quella eurounitaria", in Gambino, S. (ed.), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale*, Milano, 2012.

Il giudizio in via incidentale rappresenta un punto di contatto sia tra i sistemi accentrati e diffusi —dal momento che l'organo competente a decidere è unico, come nel modello kelseniano, però ciascun giudice può essere coinvolto nel processo costituzionale come negli Stati Uniti—; sia tra quelli astratti e concreti. A questo proposito, il carattere della concretezza deriva dallo stretto legame che unisce —attraverso il necessario requisito della rilevanza— la decisione della Corte al “caso concreto” che ha generato il processo; però, il giudizio del Tribunale costituzionale —in virtù del valore *erga omnes* delle sue decisioni di accoglimento e della portata di precedente della sua giurisprudenza— conserva i caratteri dell'astrattezza, essendo finalizzato prioritariamente a garantire la coerenza dell'ordinamento, impedendo che continui a essere applicata una norma suscettibile di ledere le disposizioni della Costituzione: ciò avviene in base al.³⁴

Tale forma di accesso alla giustizia costituzionale funziona egregiamente se si realizzano determinate condizioni. Innanzitutto, se tra le due giurisdizioni si instaura un “rapporto comunicativo”, se non una vera e propria capacità di dialogo;³⁵ pur essendo ciascuna di esse portatrice di istanze differenti, è necessario che si abbia un mutuo riconoscimento, una tacita “divisione dei compiti”.

I principi di diritto e l'interpretazione delle norme costituzionali fornite dal Tribunale costituzionale debbono essere utilizzate dai giudici comuni in sede di interpretazione delle disposizioni costituzionali; a sua volta, il Tribunale costituzionale, al momento di risolvere una questione di costituzionalità, dovrebbe valutare la disposizione di legge non per la sua portata astratta, bensì per il significato che risulta della sua concreta operatività nell'ordinamento giuridico: dovrebbe, cioè, fare riferimento al “diritto vivente”.³⁶

In secondo luogo, è opportuno che tra le due giurisdizioni si realizzi una sorta di “gioco di squadra” tra il Tribunale costituzionale (che si propone di rendere l'ordinamento giuridico omogeneo ai valori ed ai diritti codificati nella carte costituzionali) e i giudici (che sono interessati a far rimuovere

³⁴ Rubio Llorente, F., “Tendencias actuales de la jurisdicción...”, *cit.*, p. 165.

³⁵ Circa i rapporti tra giudici *a quo* e giudice costituzionale si rinvia ai lavori di: Gardino, A., *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi*, Milano, 1988; Onida, V., “L'attuazione della Costituzione tra magistratura Corte costituzionale”, *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, t. IV; AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990.

³⁶ Sulla nozione di diritto vivente *cf.* Anzon, A., “La Corte costituzionale e il diritto vivente”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, pp. 300 e ss.; Pugiotto, A., *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano, 1994; Zagrebelsky, G., “La dottrina del diritto vivente”, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

quelle norme la cui applicazione impedirebbe di risolvere secondo giustizia (e secondo Costituzione) il caso oggetto del giudizio).³⁷

Il controllo di costituzionalità in via incidentale, che ha ricevuto una prima stabile affermazione nell'ordinamento italiano e in quello della Repubblica federale di Germania, ha ampiamente circolato —stante i suoi pregi e la sua duttilità— contaminando le principali esperienze di giustizia costituzionale. Attualmente, è presente in Europa in quegli ordinamenti che storicamente si rifanno al c.d. “sistema austriaco” e che intendono aprirsi a forme di *judicial review* (Italia, Repubblica federale di Germania, Austria, Spagna, Belgio e, in misura più cauta, in Francia); mentre nell'Europa orientale è previsto negli ordinamenti costituzionali della Repubblica ceca, della Polonia, della Croazia, della Slovenia.

Dall'Europa la questione di legittimità costituzionale è “emigrata” anche in ordinamenti appartenenti ad altri continenti: esperienze interessanti si hanno, ad esempio, in alcuni paesi dell'America Latina (Bolivia, Cile, Costa Rica, Uruguay, Paraguay, Honduras) e —con riferimento all'Africa— in Sudafrica.

V. L'APERTURA DEGLI ORDINAMENTI NAZIONALI ALL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E L'INCIDENZA SULLE RELAZIONI TRA LE GIURISDIZIONI

A nostro avviso, nel corso degli ultimi decenni, la scienza del diritto costituzionale è stata significativamente influenzata da due fenomeni: per un verso, ha rafforzato la sua natura di disciplina di diritto positivo, a base giurisprudenziale proprio per la rilevanza delle giurisdizioni (ordinarie e costituzionali, nazionali e sovranazionali) nella determinazione del contenuto legale delle disposizioni costituzionali.³⁸ Per un altro verso, ha in-

³⁷ Sugli effetti formalmente o sostanzialmente vincolanti della giurisprudenza dei Tribunali costituzionali si rinvia a: Rolla, G., *Indirizzo politico...*, cit., pp. 278 e ss., e “L'interpretazione adeguatrice tra Tribunale costituzionale e giudici comuni in Spagna”, *Estudios constitucionales*, núm. 2, 2010, pp. 601 e ss.; Anzón, A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995.

³⁸ La circostanza che il diritto costituzionale, al pari degli altri settori della scienza giuridica, abbia una importante base giurisprudenziale rappresenta un carattere consolidato degli ordinamenti di *common law* e in quelli nordamericani, ove si ritiene che la giurisprudenza della Corte suprema produca effetti normativi, in ossequio ad una regola che annovera le decisioni giudiziarie tra le fonti del diritto; rappresenta, invece, una novità relativamente recente nei paesi ove vigono sistemi accentrati di giustizia costituzionale, i quali inseriscono alcuni tipi di sentenze nel catalogo delle fonti del diritto. In alcuni casi (Spagna) il valore normativo della giurisprudenza dei Tribunali costituzionali è direttamente disciplinato dalla Costituzione, in altri (come, ad esempio, l'Italia) è la conseguenza dei particolari tipi di sentenze adottate dai Tribunali e della loro autorevolezza.

corporato nel proprio oggetto —tradizionalmente limitato allo studio degli ordinamenti interni— anche le relazioni con alcuni sistemi sovranazionali. Gli effetti di tali novità sulla giustizia costituzionale sono di segno opposto: la prima è in buona misura il risultato della diffusione e del crescente ruolo della giustizia costituzionale, mentre la seconda costituisce la causa di innovazioni nel controllo di costituzionalità, di nuove possibilità di ibridazione.

La progressiva osmosi tra ordinamenti nazionali e sovranazionali si è sviluppata attraverso tappe successive, ma con una certa linearità. In un primo momento è stata favorita dall’inserzione nelle Costituzioni nazionali di apposite clausole di apertura, che attribuiscono alle dichiarazioni internazionali (specialmente) in materia di diritti fondamentali una particolare forza giuridica.³⁹ Quindi, si è prodotto un salto di qualità con la formazione sistemi “geografici” o sovranazionali, come l’Unione europea, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e la Convenzione interamericana dei diritti dell’uomo: la cui peculiarità consiste nella circostanza che si tratta di atti internazionali che presentano una natura qualitativamente diversa dagli ordinari trattati internazionali, e che sono dotati di specifici meccanismi a tutela della loro effettività capaci di vincolare i poteri nazionali.

Questo fenomeno —normalmente qualificato con l’espressione *multilevel constitutionalism*—⁴⁰ determina degli effetti quanto mai interessanti nell’ambito

³⁹ In merito a tale tecnica di codificazione mi sia consentito rinviare a: Rolla, G. (ed.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010.

Con riferimento all’America Latina, si può affermare che la quasi totalità delle Costituzioni degli Stati aderenti alla Convenzione americana dei diritti dell’uomo contengono norme di apertura all’ordinamento internazionale, le quali si differenziano —se mai— in relazione alla forza giuridica che l’ordinamento attribuisce ai trattati e alla convenzioni internazionali in materia di diritti umani. Infatti, i testi costituzionali optano per un ventaglio di soluzioni che va dalla loro equiparazione alle norme costituzionali —come nel caso di Nicaragua, Ecuador, Venezuela e Argentina— al considerarli parte del c.d. “blocco di costituzionalità” —come in Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, Colombia—. In altri casi, le disposizioni internazionali rappresentano un criterio di interpretazione obbligatorio per i pubblici poteri —come nel caso dell’ordinamento peruviano—, ovvero concorrono alla formazione della disciplina legale dei diritti: in proposito, si può segnalare l’art. 13 della Costituzione del Messico, il quale dispone che le leggi del Congresso e i trattati firmati dal Presidente della Repubblica con l’approvazione del Senato, saranno leggi della Repubblica.

⁴⁰ L’espressione “multilevel constitutionalism”, che ha incontrato un certo successo nei più recenti scritti della dottrina costituzionalistica, è stata introdotta per rappresentare sinteticamente due distinte problematiche istituzionali: in senso lato, per rappresentare l’impossibilità di ancorare il diritto costituzionale al solo fenomeno statale in una fase di intensa “globalizzazione” non solo economica, ma anche culturale, politica e dei processi decisionali; in un significato più specifico per esprimere le problematiche connesse all’inserimento degli Stati all’interno di sistemi sovranazionali “geograficamente circoscritti” (come nel caso

del diritto costituzionale: favorisce un'interpretazione evolutiva ed estensiva delle disposizioni costituzionali, le quali possono essere specificate e implementate dalla normativa e dalla giurisprudenza internazionali; contribuisce in un determinato ambito geografico alla creazione di un diritto "comune"; favorisce la circolazione di comuni principi giurisprudenziali.

In particolare, le norme contenute nelle Convenzioni sovranazionali in materia di diritti fondamentali hanno progressivamente modificato la loro natura giuridica, passando da una situazione iniziale in cui la giurisprudenza appariva restia ad assumerle come parametro per valutare la legittimità della normativa nazionale a un'altra in cui veniva loro riconosciuto (a seconda degli ordinamenti) una funzione di "ausilio interpretativo", un ruolo di "interpretazione privilegiata", sino a divenire parametro per valutare la conformità alla Costituzione di una norma legale.⁴¹

In una prospettiva di *multilevel constitutionalism* si richiede non solo un "armonizzazione" tra le normative nazionali e sovranazionali, ma anche un avvicinamento tra le giurisdizioni circa il significato da attribuire alle disposizioni costituzionali o legali. Si tratta di qualcosa di più incisivo della mera ricerca di un "dialogo" (espressione che, anche etimologicamente evidenzia un'esigenza la cui soddisfazione è rimessa alla volontà discrezionale dei diversi soggetti), che si traduce in un dovere giuridico per le giurisdizioni che formano parte del sistema multilivello di cooperare per conseguire un *idem sentire* circa il significato da attribuire alle disposizioni di rango costituzionale.

Ne deriva una trasformazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale che consente di avvicinare i rapporti tra le giurisdizioni nazionali e quelle sovranazionali a quelli che — negli ordinamenti federali — regolano le relazioni tra i giudici costituzionali statali e federali: in entrambe le situazioni, infatti, si dà vita — come è stato brillantemente affermato — a un "sis-

dell'Unione europea e, sia pure in minore misura, della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo).

In dottrina: Pernice, I., "Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and «Multilevel Constitutionalism»", in Reidel, E. (ed.), *German Reports on Public Law*, 1998, pp. 40 e ss.; Walker, N., "Multilevel Constitutionalism: looking beyond the German Debate", *London School of Economics. Europe in Question*, 2009, p. 8.

Anche nella dottrina italiana è frequente il riferimento linguistico al *multilevel constitutionalism*. Vedi, a titolo di esempio: D'Ignazio, G., *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011; Bilancia, P. e Pizzetti, F. (edi.), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; Cardone, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

⁴¹ Rolla, G. (ed.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali...*, cit.

tema di giustizia costituzionale a due istanze” sia pure retto da “certi principi comuni ed omogenei”.⁴²

Tanto gli ordinamenti federali quanto quelli multilivello necessitano di regole generali che consentano ai diversi livelli istituzionali di considerarsi parte di un unico sistema. Sotto il profilo delle fonti del diritto, tale esigenza unitaria si traduce nel principio di prevalenza del diritto federale o sovrananzionale,⁴³ ma anche nel riconoscimento che, in caso di mancato coordinamento tra la giurisdizione federale (sovrananzionale) e quella statale, i contrasti interpretativi debbano essere rimessi e affidati alla decisione “finale” del Tribunale costituzionale federale o della Corte sovrananzionale.

Con riferimento al sistema nordamericano di giustizia costituzionale è stato opportunamente evidenziato che esso “è strutturato come diffuso, ma il suo funzionamento è accentrato” nel senso che “l’attenzione degli operatori è indirizzata alla parola risolutiva della Corte suprema”;⁴⁴ ma rovesciando —ai fini del nostro discorso— il ragionamento, si può evidenziare una tendenza secondo la quale, nei sistemi multilivello, si ricerca nella giurisprudenza del giudice sovrananzionale la “parola risolutiva” per risolvere questioni di costituzionalità.

Due profili di questo fenomeno —ancora in *itinere*— meritano, a nostro avviso, qualche considerazione.

Innanzitutto, la determinazione del contenuto legale delle disposizioni costituzionali, specialmente quelle relative al riconoscimento dei diritti fondamentali, è sempre di più il risultato della combinazione di una pluralità di apporti, che possono provenire sia dall’attività ermeneutica della dottrina, sia dall’applicazione dei principi generali, sia dalla tradizione giuridica o dall’ordinamento internazionale.

Il novero delle fonti utilizzabili si è progressivamente incrementato: sul piano delle fonti legali è ampio l’apporto delle c.d. “fonti interposte” —di

⁴² Come acutamente sottolinea: Schefold, D., “Convergenze e divergenze tra le Corti europee e le Corti tedesche in tema d’interpretazione dei diritti fondamentali”, in Rolla, G. (ed.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali...*, cit., pp. 189 e ss.

⁴³ Basti considerare, con riferimento all’Unione europea, alla *primauté* del diritto comunitario nei confronti di quello degli Stati membri, ovvero —a proposito delle esperienze federali— alle disposizioni costituzionali che sanciscono la supremazia della normativa federale. Ad esempio, negli Stati Uniti d’America, l’art. VI della Carta costituzionale dichiara che il diritto federale costituisce la *supreme law of the land*; gli artt. 5 e 31 della Costituzione argentina affermano la supremazia dell’ordinamento federale rispetto a quello provinciale; l’art. 31 della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania afferma che il diritto federale prevale sul diritto dei Länder; mentre nella Confederazione svizzera, in caso di contrasto tra diritto della Federazione e dei Cantoni, deve essere applicato il primo.

⁴⁴ Bianchi, P., “La giustizia costituzionale negli Stati Uniti”, in Luther, J. et al. (edi.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 83.

quelle, cioè, che concorrono alla formazione del blocco di costituzionalità—; a esse si è aggiunta innanzitutto la *doctrina* dei Tribunali costituzionali, la quale trascende il caso concreto e, vincola la giurisdizione comune: come si è evidenziato all’inizio del presente paragrafo è crescente anche negli ordinamenti di *civil law* l’apporto di fonti desunte dall’esperienza giuridica la cui produzione è alimentata dalla dottrina, dal diritto straniero e comparato, dalla tradizione e—in particolare— dall’attività della giurisprudenza dei tribunali sovranazionali.⁴⁵

All’interno di tale fenomeno va distintamente considerata la tendenza dei giudici di utilizzare *rationes decidendi* ricavate dalla giurisprudenza di Tribunali costituzionali o di Corti supreme di altri paesi ovvero l’adesione alla giurisprudenza della Corti sovranazionali. Nel primo caso, i giudici richiamano nelle proprie decisioni le esperienze straniere per una duplice finalità: da un lato, al fine di meglio argomentare un *revirement* giurisprudenziale, dall’altro lato, per rafforzare ad *adiuvandum* una determinata interpretazione del dettato costituzionale. In altri termini, il richiamo al diritto straniero serve prevalentemente ad arricchire la motivazione, sia per rendere più persuasiva l’argomentazione, sia per migliorare la trasparenza del procedimento logico attraverso il quale si è formata la decisione.⁴⁶

Diversamente, all’interno degli ordinamenti sovranazionali—come quello europeo e interamericano— il rapporto è qualitativamente diverso; infatti, i tribunali nazionali non possono prescindere in sede di interpretazione costituzionale dal “diritto vivente” costituito anche dalla giurisprudenza sovranazionale. A esso, inoltre, debbono attingere per risolvere fattispecie non adeguatamente regolate dal diritto «vigente» in ambito nazionale. In altri termini, si richiede l’adozione di un metodo comparativo, che consenta in un ambito geografico giuridicamente circoscritto di attribuire alle disposizioni un significato legale ragionevolmente condiviso.

In secondo luogo, l’apertura degli ordinamenti nazionali ai sistemi sovranazionali tende ad attribuire alle *rationes decidendi* della Corte europea, della Corte di Giustizia e della Corte interamericana la natura di “precedente vincolante”.⁴⁷ L’istituto dello *stare decisis*—come è noto— ha il suo

⁴⁵ Landa, C., “Los precedentes constitucionales”, in Haberle, P. e García Belaunde, D. (edi.), *El control del poder*, México, 2011, t. II, p. 178.

⁴⁶ Groppi, T. e Claire Ponthoreau, M. (edi.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013.

⁴⁷ A titolo di esempio: Landa, C., “Los precedentes constitucionales”, in Haberle, P. e García Belaunde, D. (edi.), *op. cit.*, pp. 194 e ss.; Kerpel, M. e Laura, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial nortamericano*, Madrid, 2001; Bocanegra Sierra, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982; Rubio Llorente, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.

fondamento tanto nel principio di eguaglianza nell'applicazione della legge, dal momento che casi identici o equivalenti non possono essere risolti in modo contraddittorio, quanto nell'esigenza di sicurezza giuridica, dal momento che rende prevedibile un comportamento futuro. Risponde anche a un ideale astratto cui l'interprete si deve ispirare, consistente nel fare della giurisprudenza una "successione armoniosa di pronunce coerenti".⁴⁸

Nel rapporto con la propria giurisprudenza o con quella di giudici del medesimo livello (precedente orizzontale) il vincolo del precedente trova fondamento in un dovere di coerenza, nell'obbligo di nono disattendere le *rationes decidendi* con le quali sono state risolte situazioni identiche o assimilabili; in questo contesto un mutamento di giurisprudenza si giustifica se inteso come correzione di un errore insito nel precedente.

Diverso è, invece, il significato della regola del precedente negli ordinamenti in cui si introduce una sorta di gerarchia funzionale tra le giurisdizioni (sistemi accentrati di giustizia costituzionale, ordinamenti federali, sistemi costituzionali multilivello): in questi contesti, infatti, il precedente (verticale) assolve a un compito di unificazione del diritto, che consiste non solo nell'attività di espellere le interpretazioni contrarie al precedente, ma anche in un'azione "nomotetica", di determinazione del contenuto legale delle disposizioni costituzionali. Su tale caratteristica delle giurisdizioni nei sistemi complessi si fonda il riconoscimento del valore vincolante sia della giurisprudenza costituzionale, che di quella sovranazionale.

Questi fenomeni, come una sorta di infiltrazione sotterranea, stanno trasformando i caratteri del controllo di costituzionalità negli ordinamenti multilivello, dando vita a una interessante forma di ibridazione che avvicina il modo di operare dei tribunali sovranazionali a quelli delle Corti supreme quando agiscono in qualità di giudici costituzionali.

VI. VERSO UNA ATTENUAZIONE DEL CARATTERE ACCENTRATO DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Negli ordinamenti che si sono ispirati a un sistema accentrato di giustizia costituzionale, il "monopolio" dei Tribunali costituzionali quali interpreti

22, 1988, pp. 9 e ss.; Treves, G. (ed.), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1971; Pedrazza Gorlero, M., "Introduzione ad una ricerca sul precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale", in Pedrazza Gorlero, M. (ed.), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padova, 2008, pp. 1 e ss.; Bin, M., *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Padova, 1995; Taruffo, M., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; Vincenti, U., *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998; Anzon, A., *Il valore del precedente nel giudizio delle leggi*, Milano, 1995.

⁴⁸ Pedrazza Gorlero, *op. cit.*, p. 2.

della Costituzione sembra contrastato dalla crescita di nuove competenze acquisite dai giudici comuni in materia di interpretazione e di applicazione delle disposizioni costituzionali: con la conseguenza che il carattere originario della giustizia costituzionale di tradizione “europea” —peraltro già intaccato dallo sviluppo delle questioni incidentali di costituzionalità— si modifica a vantaggio di una progressiva (anche se non sempre codificata) compartecipazione dei giudici comuni all’esercizio della giurisdizione costituzionale.

Questa tendenza è alimentata da una pluralità di fenomeni ascrivibili sia all’incidenza —come evidenziato nel paragrafo precedente— della progressiva integrazione tra gli ordinamenti, sia a dinamiche interne agli ordinamenti.

Con riferimento alla primo caso, si può richiamare l’obbligo per i giudici *a quibus* di sollevare una questione di legittimità costituzionale solo una volta appurata l’impossibilità di fornire, nonostante l’ausilio della normativa (e giurisprudenza) sovranazionale un’interpretazione della norma legale conforme a Costituzione; così come è rilevante la competenza dei giudici comuni ad applicare il diritto dell’Unione europea e ad esercitare un controllo di convenzionalità della normativa interna.

Negli ordinamenti che, aderendo all’Unione europea, fanno parte del sistema comunitario la partecipazione dei giudici comuni all’esercizio del controllo di costituzionalità è arricchita, da una duplice concomitanza: i “vincoli” costituzionali derivanti dall’appartenenza all’Unione, da un lato, la competenza dei giudici nazionali a disapplicare le norme interne contrarie con il diritto comunitario.

Il sistema costituzionale dell’Unione europea si basa sul riconoscimento della primazia del diritto comunitario nei confronti di quello degli Stati membri: tale principio, affermato dal Trattato dell’Unione e ripetutamente confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia,⁴⁹ è stato codificato anche nelle Costituzioni degli Stati aderenti all’Unione.⁵⁰ Inoltre, l’incidenza dei vincoli comunitari sui sistemi costituzionali nazionali è stata raffor-

⁴⁹ Tra i molti: Toriello, F., *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000; Groppi, T., “La «primauté» del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, *El Estado constitucional contemporáneo*, México, 2006, pp. 411 e ss.; Celotto, A., “La prevalenza del diritto comunitario sul diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, 2007, pp. 113 e ss.

⁵⁰ A titolo di esempio, possiamo richiamare —oltre all’art.117 della Costituzione italiana— l’art. 55 della Costituzione della Francia, l’art. 66 della Costituzione dell’Olanda, l’art. 25 della Costituzione della Repubblica federale tedesca, l’art. 9 della Costituzione austriaca, l’art. E dei Principi fondamentali della Costituzione di Ungheria, l’art. 10 della Costituzione della Repubblica cecca.

zata, sotto l'esigenza di assicurare l'equilibrio della finanza pubblica, con l'inserimento nei testi costituzionali di apposite norme che hanno costituzionalizzato l'obbligo del "pareggio" o dell' "equilibrio" dei bilanci statali, riservando ad appositi organi (normalmente di natura giurisdizionale) la competenza a verificarne il rispetto.⁵¹

Siffatto primato predetermina l'incostituzionalità delle norme interne, sia precedenti che successive, contrastanti con la normativa comunitaria e con i "vincoli" derivanti dall'appartenenza all'Unione europea: ma l'acceramento di tale contrasto non è riservato ai Tribunali costituzionali, bensì a tutti i pubblici poteri e, *in primis*, ai giudici nazionali attraverso la disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella comunitaria.

Tale innovazione costituzionale si è rivelata particolarmente incisiva nel Regno Unito, dal momento che l'*European Communities Act* —incorporando i trattati comunitari nel diritto inglese con la stessa forza giuridica delle altre fonti del diritto— affida ai giudici il compito di garantire l'efficacia diretta del diritto comunitario (*Section 2*) e impone alle corti l'obbligo di rispettare la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee (*Section 3*). Si introduce, in tal modo, una deroga importante al principio costituzionale della *sovereignty of Parliament*, che la tradizione costituzionale del Regno Unito aveva nel tempo interpretato nel duplice senso della superiorità della legge parlamentare rispetto alla *common law* e del divieto per qualsiasi autorità di mettere in discussione la validità delle leggi del Parlamento.⁵²

Non pare forzato affermare che, quando si tratta di applicare la normativa dell'Unione, i giudici comuni divengono i depositari del vincolo costituzionale del rispetto della prevalenza del diritto dell'Unione; e perseguono tale obiettivo con procedure avvicinandosi ai meccanismi di *judicial review* (sindacato diffuso, concreto, con effetti *inter partes*).

Per contro, quando un contenzioso deve essere risolto utilizzando le norme della Convenzione europea e di quella interamericana, i giudici non solo sono tenuti a utilizzare quale parametro di costituzionalità o criterio privi-

⁵¹ La legge n. 1 del 2012 di revisione della Costituzione italiana ha introdotto l'obbligo costituzionale di assicurare "l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico". Previsioni costituzionali equivalenti erano state introdotte in precedenza anche nella Repubblica federale di Germania, in Francia, in Spagna e Ungheria. Per riferimenti alla dottrina italiana: AA. VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri*, 2011; Bifulco, R., "Il pareggio di bilancio in Germania", *Rivista AIC*, núm. 3, 2011.

⁵² Leyland, P., *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005, pp. 17 e ss.; Young, A., *Parliamentary sovereignty and the Human rights Act*, Portland, 2009; Barber, N. W., "The after life of Parliamentary sovereignty", *International Journal of Constitutional Law*, 2001, pp. 144 e ss.; Goldsworthy, J., *The sovereignty of Parliament: history and philosophy*, Oxford, 1999.

legiato di interpretazione le Carte sovranazionali, ma debbono anche conformarsi alle decisioni dei rispettivi organi giurisdizionali, le cui decisioni possiedono non solo l'autorità di *res iudicata*, ma anche di "cosa interpretata". Se la prima qualità obbliga lo Stato condannato ad attuare le sentenze definitive nelle controversie in cui è parte,⁵³ la seconda attribuisce alle *rationes decidendi* delle Corti sovranazionali un valore *erga omnes*, che obbliga i giudici nazionali a interpretare la normativa in materia di diritti in modo "convenzionalmente corretto".

Tale vincolo si giustifica, per utilizzare il ragionamento della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, con l'esigenza che, quando uno Stato ha ratificato un trattato come la Convenzione, i suoi giudici —in quanto organo dello Stato— sono ad essa sottoposti ed obbligati a vegliare affinché gli effetti delle disposizioni della Convenzione non vengano vanificati da norme contrarie.⁵⁴

Conformemente, in America Latina, prevale un orientamento favorevole a vincolare la giurisprudenza dei giudici nazionali a un rapporto di coerenza con le decisioni della Corte interamericana. Basta richiamare, a titolo di esempio, l'esperienza della Sala costituzionale della Costa Rica, che argomenta con frequenza in conformità a quanto stabilito dalla giurisprudenza internazionale; oppure l'orientamento consolidato della Corte suprema dell'Argentina, la quale, già prima della revisione costituzionale del 1994, aveva affermato che le disposizioni della Convenzione sono gerarchicamente superiori alle norme interne e vincolanti per i tribunali.⁵⁵

A sua volta, l'esperienza europea evidenzia come le giurisdizioni nazionali —sia pure con distinguo o attraverso particolari percorsi argomentati-

⁵³ Pirrone, P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; AA.VV., *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague, 1999; Lambert Abdelgawad, E., *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 2008; Quiroga León, A., "Las sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos y la cosa juzgada en los tribunales nacionales", *Estudios constitucionales*, 2006, pp. 393 e ss.; Ferrer Mac-Gregor, E., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional", *Interpretación constitucional*, México, 2005, pp. 521 e ss.; Fix-Zamudio, H., "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", *Justicia, libertad y derechos humanos*, San José, 2003, pp. 201 e ss.; María de Colmenares, C., "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de derecho interno del Guatemala", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2001, pp. 67 e ss.

⁵⁴ Vedila de convención e commentata da: Pedro Sagües, N., "Obligaciones internacionales y control de convención-lidad", *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 117 e ss.

⁵⁵ Hernández Valle, R., "L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo da parte dei supremi tribunali e dei tribunali costituzionali dell'America Latina", in Rolla, G. (ed.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali...*, cit., pp. 73 e ss.

vi— accettino di fatto il vincolo interpretativo derivante dalla giurisprudenza della Corte europea. In Francia —nonostante alcune affermazioni tese a ribadire che i giudici nazionali possiedono un potere di interpretazione autonomo e sovrano— sono assai frequenti i casi in cui l'ordinamento giudiziario modifica i propri orientamenti alla luce delle decisioni del giudice sopranazionale;⁵⁶ mentre una situazione simile sembra prodursi nella Repubblica federale di Germania, ove si nota una differenza tra le posizioni di principio —tese ad affermare che, stante il rango soltanto legislativo della Convenzione europea nell'ordinamento tedesco, non sussiste un vincolo giuridico diretto per il giudice rispetto alle decisioni della Corte europea— e lo sviluppo giurisprudenziale concreto il quale va nella direzione di una progressiva armonia tra l'ordinamento nazionale e quello europeo.⁵⁷

In Spagna, poi, l'utilizzazione della giurisprudenza europea in materia di diritti fondamentali è agevolata dalla formulazione dell'art. 10.2 della Costituzione, secondo cui le norme relative ai diritti fondamentali debbono essere interpretate in conformità ai Trattati ed agli Accordi ratificati dalla Spagna. Cosicché l'utilizzazione della giurisprudenza della Corte europea —tanto come norma interposta nei giudizi di costituzionalità e nei procedimenti per la tutela dei diritti fondamentali, quanto come parametro per un'interpretazione conforme a Costituzione da parte dei giudici— è frequentemente promossa dal giudice costituzionale.⁵⁸

A sua volta, in Austria, la Convenzione europea, stante la sua natura costituzionale, è con frequenza utilizzata come parametro per i ricorsi individuali a tutela dei diritti; mentre in Olanda, alla luce della previsione dell'art. 94 Cost. per cui non sono applicabili le disposizioni incompatibili con i trattati o le decisioni di organizzazioni di diritto pubblico internazionale che vincolino ogni persona, la normativa e la giurisprudenza europee sono direttamente utilizzate dai giudici nei processi in cui entra in gioco la tutela dei diritti. Inoltre, in Svizzera, ove è, tra l'altro, previsto un ricorso diretto per violazione dei trattati, la giurisprudenza è orientata a consentire di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella della Convenzione europea.

⁵⁶ Deffains, N., "L'applicazione della Convenzione dei diritti dell'uomo nelle giurisdizioni francesi", in Rolla, G. (ed.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali...*, cit., pp. 239 e ss.

⁵⁷ Schefold, D., "Convergenze e divergenze tra le Corti europee e le Corti tedesche in materia di interpretazione dei diritti fondamentali", in Rolla, G. (ed.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali...*, cit., pp. 189 e ss.

⁵⁸ Tur Ausina, R., "L'utilizzazione da parte del Tribunal supremo e del Tribunal constitucional della giurisprudenza comunitaria e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti", in Rolla, G. (ed.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali...*, cit., pp. 267 e ss.

Al momento, la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ritiene che si debbano utilizzare le decisioni della Corte europea ai fini della costruzione del “diritto vivente”: infatti, a suo avviso, la giurisprudenza della Corte europea vincola in modo assoluto e incondizionato gli organi giurisdizionali interni: i giudici comuni quando procedono all’interpretazione della legge interna in senso conforme alla Convenzione e alla valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità; la Corte costituzionale quando è impegnata nella risoluzione dei dubbi di costituzionalità che le vengono rivolti.⁵⁹

Ma nel medesimo tempo, la giurisprudenza della Corte costituzionale non consente ai singoli giudici di esercitare un controllo di convenzionalità che pervenga alla disapplicazione nei casi concreti delle norme legislative contrarie alla normativa europea. La portata di siffatta impostazione è, tuttavia, attenuata dalla successiva precisazione del giudice costituzionale che, ribadendo l’obbligo in capo al giudice comune di tentare un’interpretazione della normativa nazionale conforme alla Convenzione europea così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, afferma che, solo quando il contrasto appaia insanabile in sede interpretativa, il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità.⁶⁰

Alla luce di questa sommaria ricognizione si nota, quindi, un’ampia propensione a valorizzare la posizione del giudice come “custode” della convenzionalità/costituzionalità del diritto interno.

Inoltre, su di un piano differente, nei sistemi che prevedono un controllo di costituzionalità attivato in via incidentale, la partecipazione dei giudici a una funzione di giustizia costituzionale è favorita dal consolidamento dell’obbligo di “interpretazione conforme”.⁶¹

Il principio che le leggi si devono presumere conformi a Costituzione rappresenta una premessa dello Stato costituzionale contemporaneo; di conseguenza, la ricerca di una possibile interpretazione compatibile con le disposizioni costituzionali costituisce un’operazione logica che compete a tutti gli operatori giuridici, ma in particolar modo ai giudici, in quanto interpreti qualificati del diritto.⁶² Questa tecnica interpretativa tende a coniugare la su-

⁵⁹ Sentenza núm. 39 del 2008

⁶⁰ Sentenza núm. 311 del 2009

⁶¹ AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010; Sorrenti, G., *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; D’Amico, M. e Randazzo, B. (cdi.), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009.

⁶² L’esigenza per tutti di esercitare interpretazioni conformi a Costituzione ha, in genere, una base giurisprudenziale, ma non mancano ordinamenti (come la Spagna) in cui trova una formalizzazione normativa. Infatti, secondo il comma 3 dell’art. 5 della LOPJ, il giudice può proporre la questione di incostituzionalità di una determinata disposizione soltanto “quando

premia della Costituzione con la conservazione delle disposizioni di legge e si propone di rafforzare la sicurezza giuridica, in quanto si evitano i vuoti normativi prodotti da un'eventuale sentenza di incostituzionalità.

Pertanto, i giudici sono parte attiva del controllo di costituzionalità non solo perché costituiscono la principale "porta di accesso" al sindacato di costituzionalità della legge, ma anche in quanto utilizzano le norme costituzionali come criteri per l'interpretazione sistematica dell'ordinamento giuridico vigente.

Ovviamente tra l'interpretazione del giudice comune e quella del Tribunale costituzionale permangono rilevanti differenze: non solo con riferimento all'incidenza degli effetti sul sistema delle fonti, ma anche a proposito dei rapporti istituzionali tra i due soggetti. Dinanzi ad una disposizione suscettibile di interpretazioni diverse (di cui una conforme ed un'altra sicuramente contraria alla Costituzione) il giudice comune deve necessariamente optare per la prima, mentre il Tribunale costituzionale può scegliere all'interno dell'alternativa tra conservare la disposizione affermando una sua determinata interpretazione (sentenza adeguatrice) ovvero conservare la disposizione impedendo con effetti *erga omnes* l'utilizzazione di un'interpretazione contraria alla Costituzione (sentenza interpretativa di accoglimento).⁶³

Il rapporto intercorrente tra l'attività interpretativa dei giudici comuni e del giudice costituzionale è assai delicato, poichè ogni disposizione è teoricamente suscettibile di una "doppia interpretazione conforme": quella previa (operata dai giudici comuni) e quella successiva (da parte del Tribunale costituzionale). Inevitabilmente, quindi, il sistema deve trovare un suo equilibrio attraverso una condivisa ripartizione di compiti tra le due giurisdizioni;⁶⁴ ma

por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional".

In merito al ruolo dell'interpretazione nell'applicazione delle disposizioni della Costituzione: AA. VV., *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, 1997; Carrillo, M., "La aplicación judicial de la Constitución", *Revista Española Derecho Constitucional*, 2004, pp. 73 e ss.; Carmona Tinoco, J., *La interpretación judicial de la Constitución*, Madrid, 1996; La Fuente Balle, J., *La jurisdiccionalización de la interpretación constitucional*, Madrid, 2000.

⁶³ Tale distinzione era già stata colta con la solita sottigliezza da: Crisafulli, V., "Questioni in tema di interpretazione costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria", *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 929 e ss. Si veda anche: Ortiz Herrera, S., "Articulación del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la labor interpretativa de la Constitución. Especial referencia a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional", *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, núm. 12, 1997, pp. 633 e ss.

⁶⁴ Come aveva con chiarezza intuito: Calamandrei, P., "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 46, allorchè ritiene che per l'efficace esercizio del sindacato di legittimità costituzionale sia necessario che "tra Autorità giudiziaria e Corte costituzionale regni sin da principio buona armonia e identità di criteri".

il conseguimento di tale risultato appare assai difficile, essendo numerose le variabili in gioco. Ad esempio, dinanzi ad una disposizione suscettibile di esprimere una pluralità di norme il Tribunale costituzionale può scegliere alternativamente se rendere applicabile la norma conforme a Costituzione ovvero se impedire l'utilizzazione dell'interpretazione non conforme; così come, dinanzi ad un'interpretazione del giudice *a quo* non condivisa, il giudice costituzionale può optare tra il "sollecitare" (con ordinanza) il giudice comune a utilizzare autonomamente l'interpretazione conforme per risolvere il caso concreto ovvero "costringerlo" a seguire il significato costituzionale corretto individuato dal Tribunale.

Inoltre, l'incidenza dell'interpretazione dei Tribunali costituzionali sull'autonomia interpretativa dei giudici comuni si modula in modi differenti sulla base della competenza che il giudice costituzionale esercita. È evidente che il controllo di legalità ordinaria e quello di costituzionalità si pongono su piani distinti e non sono suscettibili di entrare in conflitto in tutti i casi in cui il giudice costituzionale esercita un sindacato di tipo preventivo.

Si tratta, tuttavia, di situazioni circoscritte, mentre nella maggior parte dei casi tra la giurisdizione costituzionale e quella comune si instaura una relazione all'interno della quale si annidano spesso i germi di effetti perturbatori l'ordinario fluire dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto:⁶⁵ anche se è nella disponibilità dei Tribunali costituzionali l'utilizzo di alcuni tipi di pronunce che consentono di limitare la possibilità di conflitti e le interferenze, come nel caso delle decisioni "correttive" e delle sentenze interpretative di rigetto. Con le prime il giudice costituzionale non affronta il merito della questione, ma si limita a rilevare che una determinata interpretazione data dal giudice non è corretta; con le seconde, invece, la Corte affronta la questione nel merito, dichiarandola non fondata, in quanto è possibile attribuire alla disposizione impugnata un significato normativo differente da quello accolto dal giudice o dal ricorrente.

L'impatto sulle giurisdizioni dei tre fenomeni sopra evidenziati (sindacato di convenzionalità, ruolo dei giudici comuni nell'applicazione del diritto dell'Unione europea, vincolo dell'interpretazione conforme a Costituzione) promuove — a nostro avviso — una tendenza verso una progressiva attenuazione del carattere accentrato della giustizia costituzionale, nono siamo, tuttavia, in presenza di un nuovo "modello", in quanto si possono avere situazioni variegate.

⁶⁵ Un intreccio che è assai forte nei giudizi sui ricorsi diretti a tutela dei diritti fondamentali, meno problematico nelle questioni di costituzionalità. Per più approfonditi riferimenti, sia dottrinali che giurisprudenziali: Rolla, G., *L'interpretazione adeguatrice tra Tribunale costituzionale...*, *cit.*, pp. 601 e ss.

Si oscilla tra i casi in cui si ha un forte accentramento e una stretta gerarchia e altri caratterizzati —invece— da una partecipazione diffusa all’esercizio della “giurisdizione costituzionale”, passando per soluzioni intermedie.

La prima ipotesi si registra, soprattutto, negli ordinamenti che riconoscono ai Tribunali costituzionali la competenza in materia di ricorsi diretti nei confronti degli atti e delle omissioni dei giudici, suscettibili di ledere diritti fondamentali dell’individuo. In tal caso, infatti, si attribuisce alle sentenze del Tribunale costituzionale la capacità non solo di modificare la decisione avverso la quale è stato presentato il ricorso, ma anche di vincolare *pro futuro* i giudici all’interpretazione del giudice costituzionale. Sul versante opposto, quali esempi di giurisdizioni “diffuse”, si possono indicare le esperienze in cui i giudici comuni possono disapplicare la normativa nazionale in caso di contrasto con il diritto europeo (come in Francia).

Infine, si collocano in una posizione intermedia quei sistemi accentrati di giustizia costituzionale in cui si instaura una ripartizione dei compiti tra il giudice costituzionale e le giurisdizioni ordinarie: nel senso che, per un verso, i giudici debbono utilizzare la normativa (e la giurisprudenza) costituzionale e la normativa (e giurisprudenza) sovranazionale per risolvere casi concreti sulla base di un’interpretazione conforme; diffusa mentre, per un altro verso, è riservata al giudice costituzionale la competenza a dichiarare la non conformità alla Convenzione europea di norme dell’ordinamento nazionale. In altri termini, il medesimo parametro è utilizzato da giurisdizioni diverse con effetti differenti: dai giudici comuni per pervenire ad un’interpretazione delle norme conforme a Costituzione (e a Convenzione), con effetti *inter partes*; dai Tribunali costituzionali per annullare una norma con effetti *erga omnes*.