

# Capitolo I

## *Modelli e classificazioni; profili storici*

SOMMARIO: 1. Modelli e classificazioni. – 1.1. Premessa. – 1.2. Modelli e critica dei modelli. – 1.3. Classificazioni rigide e *fuzzy*. – 2. Profili storici: *higher law* e controllo della legge. – 2.1. Antecedenti. – 2.2. Oltre Cocks: il riaffermarsi del controllo metafisico. – 3. Definizioni.

### **1. Modelli e classificazioni**

#### **1.1. Premessa**

Nel suo senso più stretto, la giustizia costituzionale è peculiare solo della forma di Stato liberale e liberal-democratica, o se si preferisce del c.d. Stato costituzionale. Il concetto è preminentemente occidental-centrico, al pari di tanti altri appartenenti al lessico giuridico europeo e nordamericano, e come tale verrà trattato (in prevalenza) in questo libro. Si lega all'idea di costituzione e della sua garanzia, dei modi più efficaci perché essa sia rispettata. Per questa ragione, dove c'è frattura tra costituzione come testo formale supremo e cultura giuridica sottostante, anche il controllo di costituzionalità, ove previsto, rappresenterà una mera formula di stile. È il caso della Cina, anche se si parla apertamente di giustizia costituzionale persino nello studio di ordinamenti che assoggettano non solo la legge, ma pure la costituzione, a fonti trascendenti, quale la *Shari'a*, vera norma-base dell'Islam.

Peraltro, la giustizia costituzionale non è un elemento imprescindibile nel DNA del costituzionalismo classico, dove fu rifiutata nelle patrie europee (Regno Unito, anche ora, e Francia, sino a pochi anni fa), mentre negli Stati Uniti d'America prese piede davvero – a parte alcune sentenze coloniali e *Marbury vs Madison* – solo a fine '800; neppure l'Olanda la conosce; in Italia e Germania si è affermata solo nel II dopoguerra, e nel Nord d'Europa – oltre che in Giappone – adesso c'è, ma è poco utilizzata.

Anche se in vaste regioni del mondo la giustizia costituzionale rappresenta il 47° cromosoma (addirittura potenzialmente dannoso per il sistema, dove impiantato artificialmente e non generato “in natura”), e pur se, persino oggi, qualche raro ordinamento dove è radicato il diritto occidentale non la incorpora, essa co-

munque permea l'odierno costituzionalismo. Anzi, la sua pervasività sta addirittura minando le basi del costituzionalismo classico, sostituendo alla legittimazione diretta e alla *accountability* delle scelte politiche quella indiretta propria dei giudici<sup>1</sup>.

## 1.2. Modelli e critica dei modelli

L'accostamento diacronico allo studio della giustizia costituzionale interseca ineludibilmente quello sincronico. I sistemi di giustizia costituzionale evolvono, come evolvono gli ordinamenti complessivi: chi ieri rifiutava l'idea di un giudice delle leggi "terzo", indipendente, può giungere a prevederlo; chi ne accentuava una stretta derivazione politica, può allentarla; chi optò per la giurisdizionalizzazione del controllo, può mitigarla a vantaggio di strumenti e forme discrezionali di esercizio; chi ne contemplava un esercizio ristretto, esercitato da pochi soggetti, può allargare il ventaglio dell'accesso. Di volta in volta, possono crescere o diminuire gli spazi interpretativi assegnati ai giudici, o ad altri soggetti che con modalità non giurisdizionali sono incaricati di garantire la costituzione.

La giustizia costituzionale va dunque studiata per quello che è *ora*, e non (solo) per la sua adesione alle tipologie costruite dalla dottrina in base a modelli (e talora a luoghi comuni) spesso usurati perché trasformati nel tempo e perciò inidonei a offrire strumenti epistemologici validi e categorie classificatorie comprensive della variegata realtà. Come è stato osservato<sup>2</sup>, ciascun ordinamento costituirebbe quasi una monade, evidenziando caratteristiche proprie sotto tutti i profili suscettibili di essere presi in considerazione: da quello soggettivo (controllo diffuso *vs* controllo accentrato) a quello modale (tipologie di accesso alla giustizia); da

---

<sup>1</sup> Una raffinata analisi critica in G. TUSSEAU, *Deux dogmes du constitutionnalisme*, in AA.VV., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Dalloz, Paris, 2018, p. 835 ss., che ricorda (p. 864) la «importance croissante de l'activité des juges constitutionnels de par le monde», con richiamo a T. VALLINDER, *When the Courts Go Marching In*, in C.N. TATE, T. VALLINDER (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York U.P., New York, 1995, p. 13 ss.

<sup>2</sup> G. TUSSEAU, un cui saggio nella versione francese significativamente si intitola «*Contre les "modèles" de justice constitutionnelle*». (Il corsivo è mio.) Esso non nega, come sembra evocare, l'utilità di costruire modelli. Piuttosto, rappresenta un attacco all'idea che i sistemi di giustizia costituzionale "giurisdizionale" siano tributari di *due* modelli – quello statunitense e quello kelseniano. Vedi G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les "modeles" de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bup, Bologna, 2009, trad. sp. *Para acabar con los "modelos" de justicia constitucional. Un ensayo de crítica*, Porrúa, México, 2011. Di G. TUSSEAU v. anche – con una parziale revisione delle tesi espresse nel saggio citato – *Oltre i "modelli" di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista*, in S. BAGNI (ed.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bup, Bologna, 2013, p. 23 ss., trad. sp. *Más allá de los "modelos" de justicia constitucional, hacia una comparación pragmatista*, in S. BAGNI (ed.) *Justicia constitucional comparada*, Porrúa, México, 2015, p. 21 ss.

quello degli esiti (tipo di efficacia delle sentenze) a quello funzionale (qual è il bene protetto), e via dicendo<sup>3</sup>. È vero pure che nessun costituente o legislatore “compra a scatola chiusa”, ed è raro che qualcuno dica: «importiamo il modello americano» o «importiamo il modello austriaco», oppure quello francese, senza avere in mente ben altre esigenze. Il diritto positivo dimostra che senz’altro le motivazioni dell’una o dell’altra soluzione pratica adottata in materia di controllo di costituzionalità sono più profonde del mero desiderio di riferimento a un modello, come puntualmente nota Tusseau<sup>4</sup>.

E tuttavia, non di rado, l’imitazione è dovuta proprio al prestigio complessivo di un ordinamento straniero considerato *leader* e/o al buon esito di un istituto ivi operante. Non bisogna poi dimenticare le velocità diverse alle quali viaggiano i formanti. Come la luce di una supernova deflagrata resta visibile, in lontananza, per milioni di anni, così le ricostruzioni dottrinali e i modelli da esse creati, an-

---

<sup>3</sup> Non solo: Tusseau ci ricorda anche che, nei vari ordinamenti, le caratteristiche individuate negli archetipi americano e austriaco, e che sembrerebbero caratterizzarli unitariamente, non sempre “viaggiano in comitiva”: ovvero, sono frequenti i casi in cui le caratteristiche “americane” si mescolano con quelle “austriache”; l’astrattezza si rinviene talvolta nei modelli diffusi, la concretezza in quelli accentrati; l’efficacia dichiarativa o costitutiva non rappresenta un’esclusiva di un tipo o dell’altro, ecc. Per non dire che persino nei prototipi i tratti salienti sono presenti solo in larga misura, né mancano le eccezioni.

<sup>4</sup> Utili basi di partenza sono le tante pubblicazioni – per lo più collettanee, come A. TUNC, *ET AL.* (eds), *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Larcier, Bruxelles, 1973 – che raccolgono scritti su specifiche esperienze nazionali (solo a volte preceduti da un approfondito inquadramento comparativo e ricostruttivo). In aggiunta ad altri che saranno segnalati nel corso del libro, si vedano, focalizzati su esperienze regionali: per l’Europa C. STARK, A. WEBER (eds), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2 voll., Nomos, Baden-Baden, 1986; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli, 2010; per l’Africa, G. CONAC (ed.), *Les cours suprêmes en Afrique*, I, *Organisation, finalités, procédure*, Economica, Paris, 1988; per l’Asia, T. GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge U.P., Cambridge-New York, 2003. Sull’Est europeo, M. VERDUSSEN (ed.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant-Lgdj, Bruxelles-Paris, 1997; G. DE VERGOTTINI (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell’Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 2000; W. SADURSKI (ed.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague, 2002. Con ricche informazioni storiche e bibliografiche, M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova, 1999. Sull’America latina, per l’illustrazione di singoli sistemi: C. RESTREPO PIEDRAHITA (ed.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Un. Externado, Bogotá, 1984; J.M. LÓPEZ ULLA (ed.), *La justicia constitucional en Iberoamérica. Chile, Bolivia, Colombia y Cuba*, Uca, Cádiz, 2011; vari saggi raccolti in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Estudios de derecho constitucional latinoamericano*, Adrus, Arequipa, 2012. Anche con proposte di modellistica: E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Querétaro, 2002; H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Tendencias de la jurisdicción en los Tribunales Constitucionales de América del Sur en la alborada del siglo XXI*, in J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (eds), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, 2 voll., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, II, p. 347 ss.; A. RAMOS TAVARES, *Justiça constitucional e democracia na América Latina*, Fórum, Belo Horizonte, 2008.

corché meritevoli di estinzione alla luce delle analisi empiriche, continuano a produrre effetti (e a essere evocati) nei formanti dinamici<sup>5</sup>. La dottrina diffonde il suo influsso sul formante legislativo. Le ricostruzioni fatte dai professori non passano inosservate nelle assemblee costituenti e nei Parlamenti, che si parli di forma di governo, di decentramento territoriale o, appunto, di giustizia costituzionale<sup>6</sup>. Anche le Corti costituzionali non rifuggono dai richiami al diritto comparato<sup>7</sup>, con riferimenti sia a ordinamenti concreti, sia a classi o modelli elaborati dalla dottrina<sup>8</sup>. Ciò suggerisce di non rinunciare allo strumentario fondamentale del

---

<sup>5</sup> L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, p. 173 ss., trad. sp. *Derecho constitucional comparado*, I, *La ciencia y el método*, Astrea-Unam, Buenos Aires-México, 2016, p. 246 ss.

<sup>6</sup> Sul dialogo tra Parlamenti, v. C. DECARO, N. LUPO (eds), *Il "dialogo" tra parlamenti*, Luiss U.P., Roma, 2009; L. SCAFFARDI (ed.), *Parlamenti in dialogo*, Jovene, Napoli, 2011. Ad es., l'intero dibattito sulla revisione del Titolo V della costituzione italiana è stato costellato di richiami, spesso a sproposito, delle esperienze federali tedesca, della Svizzera, degli Stati Uniti, nonché di quelli che venivano chiamati "modelli" catalano e scozzese. Cfr. il mio *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale*, in *Il dir. della regione*, n. 5-6, 2007, p. 59 ss., e in AA.VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, 5 voll., Giappichelli, Torino, 2010, V, p. 2465 ss.

<sup>7</sup> Sulla circolazione per via giudiziaria v.: U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1999; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001; M.-C. PONTTHOREAU, *Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel*, in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 168 ss.; G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Comparative Law Before the Courts*, British Inst. Intern. and Comp. Law, London, 2004; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *The Judge as Comparatist*, in *Tulane L.R.*, n. 80, 2005, p. 11 ss.; ID., *Judicial Recourse to Foreign Law*, Ucl Press, London, 2006; G. ALPA (ed.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Giuffrè, Milano, 2006; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006; D. MAUS, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*, in *Rev. fr. dr. const.*, n. 2, 2009, p. 675 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, il Mulino, Bologna, 2010. T. GROPPI, M.-C. PONTTHOREAU (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford, 2013; P. MARTINO (ed.), *I giudici di common law e la (cross) fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014; T. GROPPI, *El uso de precedentes extranjeros por parte de los tribunales constitucionales*, in S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 voll., Tirant lo Blanch-México, México, 2017, II, p. 953 ss.

Inoltre (oltre a scritti più datati): L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato*, Clueb, Bologna, 2006; ID., *La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 1, 2007, p. 73 ss., e in *Palestra Trib. Const.*, n. 7, 2007, p. 697 ss.; S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (eds), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, 2 voll., I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, e II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>8</sup> In particolare sull'influsso della dottrina, S. RAGONE (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Cepe, Madrid, 2015; G. AGUILAR CAVALLO (ed.), *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Triángulo, Santiago de Chile, 2017;

comparatista<sup>9</sup>: lo studio della circolazione delle idee e degli istituti, le cause e gli esiti delle imitazioni, che pure in materia di giustizia costituzionale rappresentano gli obiettivi di ogni indagine preordinata a razionalizzare l'esistente<sup>10</sup>.

---

P. PASSAGLIA (ed.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015; P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *La ciencia*, cit., II, p. 1275 ss.; J. RIVERO EVIA, R. SÁNCHEZ GIL, *Una manifestación del derecho intercultural: el uso de fuentes extranjeras en las sentencias*, ivi, I, p. 639 ss.; H. MIRANDA BONILLA, *La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica*, ivi, II, p. 1125 ss.; G.A. FIGUEROA MEJÍA, *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de justicia mexicana*, Porrúa, México, 2017 (e ivi L. PEGORARO, G.A. FIGUEROA MEJÍA, *Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales*, anche in *Bol. mex. der. comp.*, n. 147, 2016, p. 137 ss.); la parte I dell'*Ann. dir. comp. st. leg. 2015*, "Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)" (e ivi, p. 5 ss., L. PEGORARO, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza*). Oltre a L. PEGORARO, *Judges and professors: The Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts' Decisions*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Courts and Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2015, p. 329 ss.; L. PEGORARO, G.A. FIGUEROA MEJÍA (eds), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Cec Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016 [e ivi ID., *Tribunales constitucionales. Cortes supremas y profesores en Iberoamérica*, p. 13 ss., trad. it. *Corti costituzionali, Corti supreme, Professori: le citazioni dottrinali nella giurisprudenza del mondo (con particolare riferimento all'America latina)*, in S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (eds), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, cit., I, p. 22 ss.]; L. PEGORARO, L. ESTUPIÑÁN ACHURY, Ó. HERRERA BEDOYA (eds), *La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana*, 128 *Universitas Jurídica* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cdj.

<sup>9</sup> Tra i libri che offrono inquadramenti sistematici e propongono modelli da un punto di vista genuinamente comparatistico, in aggiunta alle varie opere segnalate *passim*: M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984 (anche in ID., *Le pouvoir des juges*, Puum-Economica, Paris, 1990); ID., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon, Oxford, 1989; L. FAVOREU, J.A. JOLOWICZ, *Le contrôle juridictionnel des lois*, Economica-Puam, Paris, 1986; G. HARUTYUNYAN, A. MAVCIC, *The Constitutional Review and its Development in the Modern World*, Haya-gitak, Yerevan-Ljubljana, 1999; M. AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005; J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2007; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007. Altri scritti utili sulle classificazioni dei modelli sono: in castigliano, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*, in D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO (eds), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 45 ss.; in italiano, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1982, p. 521 ss.; ID., *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, voce dell'*Enc. dir.*, *Annali I*, Giuffrè, Milano, 2007; J.A. AMAYA, *Control de constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012; S. BAGNI, *Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale*, in ID. (ed.), *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 11 ss.

<sup>10</sup> Sulla possibilità di trapianti v. A. WATSON, *Society and Legal Change*, 2ª ed., Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977, trad. it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *Legal Transplants*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974 (2ª ed. Un. of Georgia, Athens, 1993), trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche*, Esi, Napoli, 1984; *contra*, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Puf, Paris, 1999 (3ª ed. mise à jour, 2009), e soprattutto ID., *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht journ. eur. comp. law*, n. 4, 1997, p. 111 ss., e in *Ankara L.R.*, n. 2, 2007, p. 177 ss. Adde L. PE-

Posto che la linea di partenza delle classificazioni e della modellistica non può essere altro che il diritto positivo, e dunque ha ragione Tusseau quando denuncia l'errore di ricostruire il polimorfismo del mondo sulla base di qualcosa che è solo *presupposto*, e non *posto* (l'esistenza di un'idea platonica di modelli), come riordinare l'esperienza positiva della giustizia costituzionale alla luce di elementi nuovi e diversi, senza essere costretti dall'ansia di fare richiamo, ancora come sempre, ai prototipi elaborati in Francia, negli Stati Uniti e in Austria?

Alcuni autori si sono chiesti se non valga la pena proporre modi diversi e alternativi per classificare: l'esito delle classificazioni può essere infatti differente a seconda di quale elemento si prenda in esame, e di volta in volta i sistemi analizzati possono essere ascritti all'una o all'altra classe a seconda dell'elemento prescelto. Si tratta insomma di sottoporre a verifica la congruenza degli elementi pertinenti, e di far affiorare la principale caratteristica che deve avere qualsiasi classificazione: appunto, la pertinenza<sup>11</sup>.

In tal modo, l'ordinazione delle esperienze positive non darà risultati univoci: un sistema apparterrà all'una o all'altra classe, a seconda dell'elemento considerato<sup>12</sup>. È questo lo scotto da pagare alla moltiplicazione delle esperienze, che non possono più essere lette solo in chiave di derivazione dagli archetipi, ma vanno riordinate, sulla base della situazione attuale, in relazione agli elementi prevalenti di volta in volta considerati. Nel prosieguo del libro l'analisi di tali elementi sarà dunque svolta muovendo dal diritto positivo, prestando attenzione anche alle dinamiche evolutive; acquisiremo così gli elementi utili per procedere a una nuova proposta di classificazione.

### 1.3. *Classificazioni rigide e fuzzy*

Va scartata l'idea che per studiare la giustizia costituzionale possano adempiere al loro compito le classificazioni tradizionali. Esse presentano due proprietà basate sulla logica, oltre a una terza, ancorata a un elemento di natura soggettiva, la

---

GORARO, *Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos*, in E. FERRER MAC-GREGOR, A. HERREIRA GARCÍA (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, p. 33 ss., anche in L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 95 ss., e in [www.derechoydebate.com](http://www.derechoydebate.com), 2017; ID., *Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes*, in AA.VV., *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, 7-13 de octubre de 2012, e in *An. iberoam. just. const.*, n. 17, 2013, p. 257 ss.

<sup>11</sup> Vedasi G. TUSSEAU, voce *Classificazioni*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 41 s., trad. sp. *Glosario de Derecho Público Comparado* (a cura di E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012, p. 29 s.

<sup>12</sup> Né più né meno di quando si dividano, ad es., gli alunni di una classe in maschi o femmine, promossi o bocciati, in corso o fuori corso, ecc.: può accadere che qualcuno condivida tutte le caratteristiche di un gruppo, altri no, con varianti innumerevoli.

pertinenza. «Le categorie individuate devono anzitutto essere reciprocamente esclusive, deve essere cioè possibile procedere alla classificazione dell'insieme degli oggetti, in modo che nessun elemento rientri simultaneamente in più categorie [...]. Le categorie devono essere inoltre congiuntamente esaustive, nel senso di non lasciare alcun oggetto da classificare al di fuori di esse [...]»<sup>13</sup>. Appaiono abbastanza chiari i limiti di questa metodologia classificatoria, rigida e non sempre idonea a studiare le scienze sociali.

Pare essere più utile la *fuzzy sets theory*, che si basa su classi dai contorni vaghi e sull'idea che gli oggetti possano appartenere a una classe solo in misura parziale, mescolando il risultato dicotomico perseguito dalle teorie classiche: usare queste ultime per perseguire la precisione può condurre a perdere di vista il loro vero significato. «Gli insiemi *fuzzy* – ricorda S. Baldin – concepiscono la collocazione incerta, estendendo il paradigma dell'appartenenza mediante la nozione del “grado di appartenenza”, laddove l'insiemistica tradizionale invece stabilisce una soglia esatta rispetto alla quale un oggetto può appartenere o meno a una classe»<sup>14</sup>.

Non solo, come afferma Tusseau, ciascun “modello” di giustizia costituzionale è più o meno politico, più o meno giurisdizionale, più o meno accentrato o più o meno diffuso, ecc.; sopra tutto, aggiungo, ciascun “sistema” può inglobare modalità più o meno politiche, più o meno giurisdizionali, o anche modalità solo esclusivamente politiche al lato di altre solo esclusivamente giurisdizionali, oppure solo esclusivamente accentrate (es.: conflitti tra enti territoriali), al lato di altre esclusivamente decentrate. Lo stesso vale se utilizziamo altri elementi, come ad es. il bene perseguito (tutela delle competenze e tutela delle libertà), oppure il parametro (tutela della costituzione e tutela del suo “nucleo duro”), o l'oggetto (controllo della legge e controllo di altre fonti o atti), ecc. Solo in casi marginali, le classificazioni dei sistemi saranno duramente dicotomiche.

## 2. Profili storici: higher law e controllo della legge

### 2.1. Antecedenti

La sovrapposizione tra i sistemi è ancora più intricata se, alle ascisse della comparazione orizzontale, si sovrappongono le ordinate di quella diacronica. Lo studio della giustizia costituzionale, più che all'arte della fotografia, che nell'obietti-

<sup>13</sup> G. TUSSEAU, voce *Classificazioni*, cit., p. 41 s.

<sup>14</sup> S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2012, p. 3 ss.; ID., *The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach*, in *La ciencia*, cit., I, p. 129 ss. Sulle classificazioni nel diritto comparato v. per ultimi E. MOSTACCI, A. SOMMA (eds), “Classificazioni e ricerca comparatistica”, sez. monografica di *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2017, p. 1059 ss.

vo fissa un momento preciso, si avvicina a quella del cinema, che ne narra gli sviluppi. Il suo evolversi, e la straordinaria importanza che essa assume negli ordinamenti contemporanei, può essere compresa solo se la si percepisca con sensibilità storica oltre che comparatistica<sup>15</sup>.

Come è stato scritto, «Contribuisce all'idea di legge fondamentale un duplice (ma non sempre concorrente) ordine di ragioni. Da un lato, la convinzione, sia di derivazione filosofica, sia di derivazione religiosa, della superiorità di leggi che trovano fondamento su principi non transeunti, e anzi inviolabili, perché espressione della coincidenza tra leggi degli uomini e leggi di Dio. Dall'altro, la superiorità di leggi che sono il risultato di lunghi e complessi "asestamenti" tra i vari poteri e i vari ceti: asestamenti che trovano esito più spesso in consuetudini ma anche in documenti formali, come ad es. la *Magna Charta*»<sup>16</sup>.

Le teorie della legge fondamentale formulate nel corso del tempo conobbero alcune trasposizioni nel diritto positivo; ciò che più conta, furono talvolta stabilite a presidio di quelle *norme*, che oggi denomineremmo "costituzionali", persino specifiche azioni giudiziarie. Non solo la superiorità della *politéia* rispetto ai *nómoi* venne teorizzata da Aristotele, ma addirittura un particolare rimedio processuale, detto *grafè paranómon*, assicurò nel diritto attico che i decreti dell'Assemblea cittadina (*psefismata*) fossero conformi alle leggi (*nómoi*)<sup>17</sup>. Nel diritto romano, le opere di Cicerone sulla superiorità del *jus civile* rispetto alle altre forme di produzione giuridica vengono evocate con riferimento alla teoria della legge superiore; taluno poi si richiama all'*adscriptio*, con la quale il *jus* veniva dichiarato *sacrosanctum*, per paragonare tale formula a una sorta di dichiarazione di costituzionalità<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Sulla nascita del controllo di costituzionalità v. E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1995; R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARI-CONI (eds), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica*, Esi, Napoli, 2012.

<sup>16</sup> Si allude qui soprattutto alle idee formulate dalle distinte correnti giusnaturalistiche, di ispirazione sia religiosa, sia laica (specialmente Grozio, Pufendorf, Locke). Vedi G. MORBIDELLI, *Costituzioni e costituzionalismo*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 120.

<sup>17</sup> E.S. CORWIN, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, in *Harv. L.R.*, n. 22, 1928-29, trad. it. *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano*, Neri Pozza, Vicenza, s.d., p. 23 ss.; P.J. RHODES, *Nomothesia in Classical Athens*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (eds), *L'educazione giuridica*, 2 voll., Esi, Napoli, 1995, II, *Modelli storici e contemporanei*, p. 5 ss.; M.H. HANSEN, *The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Public Action against Unconstitutional Proposals*, Odense U.P., Odense, 1974, trad. it. *Grafè paranómon*, Giappichelli, Torino, 2001. Sulla distinzione, operata da Aristotele, tra *politéia* – «fondamento dello Stato in quanto organo spirituale dotato di una propria forza ed espressione di valori identificanti la comunità», e *nómoi*, «cioè le leggi emanate sulla base della *políteia*», v., con richiami a McIlwain e a Jellinek, G. MORBIDELLI, *Costituzioni e costituzionalismo*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2ª ed., Monduzzi, Bologna, 1995, p. 46.

<sup>18</sup> Cfr. ancora E.S. CORWIN, *L'idea di "legge superiore"*, cit., p. 28 ss. e spec. p. 32.

Non c'è spazio per soffermarsi sull'evoluzione dell'idea di legge superiore nel diritto romano e in quello comune, nel corso dei secoli successivi, e ai connessi tentativi di positivizzare il *jus naturale*<sup>19</sup>; vanno però ricordati alcuni importanti documenti espressi in Inghilterra dal movimento rivoluzionario dei Livellatori: i tre *Agreements of the People* rappresentarono, durante la “Gloriosa Rivoluzione”, progetti non realizzati di costituzioni parzialmente immutabili; nel medesimo contesto storico, l'*Instrument of Government* di Oliver Cromwell fu una carta “concessa”, sottratta alla revisione da parte di qualsiasi autorità<sup>20</sup>.

Il più immediato precedente del moderno controllo di costituzionalità delle leggi è considerato da quasi tutti il famoso caso *Bonham*, discusso davanti al Tribunale dei *Common Pleas* nel 1610. In esso il magistrato inglese sir Edward Coke fece proprie le teorie di Bracton e Fortescue – i quali volevano il Monarca sottoposto alla *lex terrae* – esponendo la propria nozione di “legge fondamentale” e sostanzialmente identificandola con i principi del *common law*. In tale causa, il Collegio medico di Londra si dichiarò incompetente a irrogare sanzioni nei confronti di tale Bonham, per avere egli esercitato la professione medica nella città senza la specifica autorizzazione richiesta da quel Collegio; Coke pose però in dubbio la legittimità della legge invocata a sostegno della pretesa punitiva, sentenziando: «[...] in molti casi il diritto comune può servire da parametro per controllare le leggi del Parlamento e qualche volta dichiararle prive di efficacia: infatti, quando una legge del Parlamento contrasti con la comune giustizia e ragione o sia ripugnante e inattuabile, è possibile appunto contestarne la legittimità sulla base del diritto comune e, se del caso, dichiararla nulla». Il *common law* – monopolio del potere giudiziario – rappresentava secondo Coke sia la legge fondamentale del Regno sia l'incarnazione della ragione: essa racchiudeva in sé tutto ciò che, molti anni dopo, i giuristi americani fecero rientrare nella loro idea di *constitution*: tanto il *bill of rights*, quanto il *frame of government* (e cioè, i diritti individuali dei cittadini come pure la struttura organizzativa del governo)<sup>21</sup>.

In Inghilterra tuttavia il duplice conflitto tra il Parlamento e il Sovrano, e tra il potere giudiziario e quello legislativo, si risolse con la vittoria di quest'ultimo, cosicché, nonostante alcuni richiami nel secolo successivo<sup>22</sup>, la dottrina di Coke

---

<sup>19</sup>E.S. CORWIN, *L'idea di “legge superiore”*, cit., p. 34 ss.; v. altresì – anche per la bibliografia – A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, rist. Giuffrè, Milano, 1982, spec. p. 319 ss.

<sup>20</sup>Così A. REPOSO, *I prototipi: dal Bonham's case al judicial review of legislation negli Stati Uniti d'America*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 847. Cfr. altresì N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, rist. il Mulino, Bologna, 1996, p. 98 s.

<sup>21</sup>A. REPOSO, *I prototipi*, cit., p. 848.

<sup>22</sup>M. NICOLINI, “Cap. I, §§ 4-6”, in S. BAGNI, M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, in corso di pubblicazione, segnala i seguenti significativi docu-

venne presto abbandonata e con essa il principio che la volontà delle assemblee rappresentative possa essere sottoposta alle decisioni dei giudici. In suo luogo, attecchì l'idea dell'onnipotenza del Parlamento, così ben espressa dalla nota formula di De Lolme, per cui esso tutto può fare, tranne che cambiare un uomo in donna, e viceversa<sup>23</sup>.

## 2.2. Oltre Cocks: il riaffermarsi del controllo metafisico

C'è una stretta connessione e una circolarità tra origini metafisiche e positivizzazione del parametro di costituzionalità della legge. Il costituzionalismo si edifica su basi giusnaturalistiche, traducendone la filosofia in regole positive: le costituzioni. L'introduzione della giustizia costituzionale è una conseguenza (oggi generalizzata anche se solo eventuale) della gerarchizzazione delle norme. Il parametro del controllo non sono idee, ma regole espresse da disposizioni giuridiche, alle quali si assegna una forza superiore, resa palese con i processi di irrigidimen-

---

menti e sentenze: *Day vs Savage*, 80 ER 235, 237 (*Common Pleas 1614*), dove CJ Henry Hobart affermò che «even an act of parliament made against natural equity, as to make a man Judge in his own case, is void in itself, for jura naturae sunt immutabilia, and they are leges legum»; Sir Henry Finch, Serjeant-at-Law, *Law or a Discourse Thereof*, 67 (1627): «[i]t is truly said, & all men must agree, that lwaes in deed repugnant to the law of reason are as well void as those that cross the law of nature»; Bishop Barnett's summary of the 1676 debate on the exclusion of the Duke of York from the Succession: «All lawyers had great regard to fundamental laws. And it was a great maxim among our lawyers, that even an act of Parliament against Magna carta was null of itself»; *City of London vs Wood*, 12 ER 1592, 1602 (K.B. 1702), in cui CJ Holt sostiene che «What my Lord Coke says in Dr. Bonham's case ... is far from any extravagancy, for it is a very reasonable and true saying. That if an Act of Parliament should ordain that the same person should be party and judge, or what is the same thing, judge in his own cause, it would be a void Act of Parliament ... an Act of Parliament can do no wrong, though it may do several things that look pretty odd ... but it cannot make one lives under a Governement Judge and party. An Act of Parliament may not make adultery lawful, that is, it cannot make it lawful for A. to lie with the wife of B. ...».

<sup>23</sup> L'abbandono di ogni idea di sindacato giudiziale venne avvalorato da Blackstone nel 1765 con la formula della sovranità del Parlamento, dopo che il *Settlement Act 1700* aveva introdotto le prime garanzie giuridiche per l'ordine giudiziario. Sull'origine della *judicial review* negli Stati Uniti, e i suoi rapporti con il *Bonham's case*, nella letteratura d'oltreoceano è importante lo scritto di T.F.T. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harv. L.R.*, n. 40, 1926-27, p. 30 ss.; nella giuspubblicistica continentale, v. M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Ist. giur. R. Università, Torino, 1931; M. BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957; B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 2008; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Los orígenes de la Judicial Review*, in *Rev. Cortes Gen.*, n. 82, 2011, p. 9 ss.; ID., *La sentencia Marbury v. Madison*, *ivi*, n. 83, 2011, p. 7 ss., entrambi anche in ID., *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013, con altri saggi sul tema. In generale, il bel libro di R.L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2006, spec. p. 117 ss., trad. it. della 1ª ed. *Il valore della Costituzione*, Cedam, Padova, 1997. Sull'evoluzione, B. SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, Oxford U.P., New York-Oxford, 1993.

to dei testi costituzionali. Attraverso il controllo di costituzionalità, la costituzione rigida afferma la sua prevalenza quale sia il suo grado di aderenza a valori trascendenti condivisi (siano essi religiosi, laici, o prodotti dalla stratificazione storica), anche se il maggior grado di adesione e di osservanza si ottiene quando una regola politica si fonda «su una tendenza istintiva e su una pacifica norma etica, sponsorizzata dal soprannaturale»<sup>24</sup>.

Recenti correnti e nuove evoluzioni fanno riemergere una visione della giustizia costituzionale sganciata dal diritto positivo e collegata a idee trascendenti. Il neocostituzionalismo promuove una decostruzione della costituzione, la cui preceffività è affidata ai bilanciamenti dei principi e dei valori costituzionali operati dai giudici e dalla dottrina che li supporta. «Como teoría del derecho, el neocostitucionalismo – en particular a partir de los principios – [...] está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley»<sup>25</sup>.

Con l'espressione "neocostituzionalismo" si intende insomma «l'evoluzione del pensiero filosofico del costituzionalismo classico, inteso come dottrina e istituzioni relative alla limitazione giuridica del potere, indicativamente dal periodo del secondo dopoguerra, verso nuovi contenuti, da alcuni identificati in: 1) costituzionalizzazione dei diritti, intesi come norme giuridiche, e dunque direttamente vincolanti tanto per i pubblici poteri come, ove possibile, nei rapporti tra privati (e non più come meri valori o norme programmatiche); 2) giudizializzazione dei diritti, come conseguenza della loro portata normativa; 3) sovranazionalità dei diritti, attesa la loro "costituzionalizzazione" in carte internazionali regionali e universali»<sup>26</sup>. M. Barberis indica anche un'altra caratteristica importante di questa nuo-

---

<sup>24</sup> A. GIANOLA, *Regole e meccanismi di funzionamento del diritto muto*, in L. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Un. di Trento, Trento, 2012, p. 130.

<sup>25</sup> R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 7. V. sul tema R. GUASTINI, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in *Teoria pol.*, nuova serie, n. 1, 2011, p. 147 ss., con replica di M. BARBERIS, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e dir.*, 2011, p. 3 ss.; S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999. Nonché per altra bibliografia note al cap. II, § 8.

<sup>26</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012, p. 18 ss. Similmente, P. COMANDUCCI, *Formas de (neo)constitucionalismo*, in M. CARBONELL SÁNCHEZ (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Unam-Trotta, Madrid, 2009, p. 83, afferma che il modello di sistema giuridico influenzato dal neocostituzionalismo è caratterizzato «además de por una Constitución "invasora", por la positivización de un catálogos de derecho fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley»; L. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *ivi*, p. 131, individua cinque aspetti fondamentali del neocostituzionalismo: «más principios que reglas; más ponderación que subsun-

va visione, ossia “una connessione fra regole giuridiche e valori morali per mezzo dei principi costituzionali”<sup>27</sup>, che incide sul dibattito dottrinale e sulle dispute giurisprudenziali, addirittura “intra corte”, circa i criteri di interpretazione costituzionale»<sup>28</sup>. Gli effetti più vistosi di questa teoria sono, da un lato, la non valorizzazione delle teorie normative della costituzione<sup>29</sup>; dall’altro, una pervasiva giudicializzazione della politica e la consegna ai giudici di incontrollabili funzioni di decisione politica. Questa corrente, alimentata da studiosi di vari paesi<sup>30</sup>, ben si presta a legittimare il “non diritto” della globalizzazione, fornendo il supporto teorico per giustificare lo svuotamento dei poteri dei Parlamenti e dello stesso potere di revisione costituzionale; in definitiva, dello stesso principio di sovranità popolare<sup>31</sup>. Böckenförde la accusa – in particolare nella versione di P. Häberle – di pervenire a una dissoluzione completa della Costituzione come norma, e denuncia che con essa «l’apertura diventa addirittura “struttura” della Costituzione», alla quale sarebbe propria «la permanente indeterminatezza e la mutevolezza»<sup>32</sup>.

Nelle parole di A. Reposo<sup>33</sup>, «Si deve peraltro osservare che questa ricerca esplicativa si muove lungo lo scosceso crinale che separa il *Sein* dal *Sollen*, correndo talora il rischio di porre sullo stesso piano i diritti *astratti* e i diritti *positivizzati*, col risultato di presentare un modello assiologico-normativo, cioè una (pur apprezzabile) ideologia, che sostituisce alla dimensione giuridica della costituzione le procedure soggettive proposte dalla odierna filosofia della giustizia o dell’etica

---

ción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas». (V. pure ID., *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Ubijus, México, 2014.)

<sup>27</sup> M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, cit., p. 52.

<sup>28</sup> S. BAGNI, *Democratizzazione della giustizia costituzionale in America latina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4, 2014, p. 1387 ss., trad. sp. *Hitos de democratización de la justicia constitucional en América latina*, in R. TUR AUSINA (ed.), *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada, 2015.

<sup>29</sup> Così come configurate tra i contemporanei, ad es., da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, rist. 1988.

<sup>30</sup> ... e molto evocata in America latina, a contrastare il modello di *political law* che caratterizza ancora il continente. Cfr. R. SIEDER, L. SCHJOLDEN, A. ANGELL (eds), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

<sup>31</sup> V. sul punto M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford U.P., Oxford, 2002; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard U.P., Cambridge-London, 2004.

<sup>32</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main, 1991, trad. it. (con altri articoli) in *Stato, costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 79 e 82.

<sup>33</sup> A. REPOSO, *Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo*, in *La ciencia*, cit., I, p. 1260.

del discorso o del diritto “mite”. Soltanto una prospettiva eurocentrica o americana-centrica può d'altronde equiparare lo studio del diritto costituzionale ad un modello garantista o neoguarantista, che non sembra applicabile a tutti e in via generale, in una sorta di multiculturalismo globale che prescinde totalmente dai luoghi e dai tempi, quasi che i diritti fossero gli stessi dappertutto, a Nord e a Sud, a Est e a Ovest, come l'astronomia, la meccanica quantistica o l'ottica, e non esistesse invece un diritto svizzero, indiano, russo o giapponese, che declinano in modo diverso, e talora opposto, l'assetto della società secondo la volontà del potere politico.

Tale rappresentazione, che è il peccato d'origine del costituzionalismo, appare alquanto irrealistica se posta a confronto con lo stato delle costituzioni e degli ordinamenti giuridici vigenti o, meglio, “viventi”, in gran parte del mondo, dalla Russia alla Cina, dall'Africa all'Asia, dove anche gli avvenimenti più recenti attestano che non vi è coincidenza né unitarietà tra i c.d. diritti fondamentali e tanto meno tra le varie garanzie con le quali vengono più o meno tutelati».

L'ammiccamento alla trascendenza, fatta propria con pretese universalistiche da molte Corti costituzionali in occidente, non è sconosciuto ad altre regioni del mondo, dove peraltro lo sganciamento dal diritto positivo assume colorazioni diverse. Dove il controllo di costituzionalità è stato trapiantato o si è evoluto più di recente, il *nuevo constitucionalismo* latinoamericano, come la giurisprudenza della *Constitutional Court* sudafricana e di altri paesi dell'Africa australe e dell'Asia, patrocinano l'incorporazione nei testi costituzionali dei valori tradizionali – valori ovviamente non codificati<sup>34</sup>. Il diritto internazionale, permeato di giusnaturalismo, e carente di strumenti autonomi di esecuzione delle sue regole, in molti paesi al controllo di costituzionalità ha sovrapposto, o direttamente, o attraverso le corti

---

<sup>34</sup> R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Const. del Ecuador, Quito, 2010, p. 13 ss.; S. BALDIN, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Bol. mex. der. comp.*, n. 48, 2015, p. 483 ss. (che si richiama a M. CARDUCCI, *Idee di giustizia e tradizioni giuridiche*, 2012, [http://works.bepress.com/michele\\_carducci/7](http://works.bepress.com/michele_carducci/7), a H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 4<sup>a</sup> ed., Oxford U.P., Oxford, 2010, p. 63 ss., p. 133 ss., e a B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2<sup>a</sup> ed., Butterworths, London, 2002; ID., *Refundación del Estado en América Latina*, Inst. Int. Der. y Soc., Lima, 2010); ID., *Profili costituzionali del buen vivir andino. Ecuador e Bolivia a confronto*, Giappichelli, Torino, 2019; S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014; S. BAGNI (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, Filodiritto, Bologna, 2013 (con riferimenti anche al Sudafrica); A.C. WOLKMER, O. CORREAS (eds), *Crítica Jurídica na América Latina*, Cenejus, Aguascalientes, 2013; E. BUONO, *Lo Stato plurinazionale*, Tesi Un. della Campania “L. Vanvitelli”, a.a. 2017-18, in corso di pubblicazione. Con un'ottica diversa, su *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, l'articolo di D. VALADÉS, in A.M. HERNÁNDEZ, D. VALADÉS (eds), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homénaje a Pedro Frías*, Unam-Iidc, México, 2003, p. 329 ss.). V. anche cap. IV, sez. IV, § 2.

statali, il controllo di convenzionalità (e cioè, di conformità ai trattati internazionali). Infine, imitando almeno formalmente un istituto proprio del costituzionalismo, persino taluni Stati che non ne accettano i valori hanno introdotto il controllo di costituzionalità, tuttavia subordinando la stessa costituzione alla legge religiosa, e istituzionalizzando tale controllo con la previsione di appositi organi (come il Consiglio dei Guardiani in Iran).

### 3. Definizioni

Cosa includere dunque, oggi, nel concetto di “giustizia costituzionale”? L’oggetto così denominato in prevalenza, in italiano, è rispettivamente definito “*justicia constitucional*” in castigliano, e “*judicial review*”, o anche “*constitutional adjudication/litigation*” in inglese, dove qualche volta si distingue la generica “*judicial review*” dalla “*constitutional judicial review*” (o semplicemente “*constitutional review*”)<sup>35</sup>. Tali espressioni sono a volte fungibili con altre, usate nei distinti idiomi: “controllo di costituzionalità” in italiano, “*control de constitucionalidad*” in castigliano o, in questa lingua, anche “*jurisdicción*” (ma in questo caso per alludere all’organo che esercita il controllo sulle leggi). Anche in altre lingue ci sono varianti: in francese il termine più usato è “*justice*” (ma si usa pure “*control*” o “*contentieux constitutionnel*”), in portoghese “*justiça*”, però si utilizza anche “*jurisdição*”; dal tedesco, “*Verfassungsgerichtsbarkeit*” viene di solito tradotto con “giurisdizione costituzionale”, ma in senso largo si può rendere con “giustizia costituzionale”. Ulteriori varianti nelle lingue latine sono “*sindicato*”, “*fiscalización*”, “*fiscalização*”.

Si potrà discutere se la terminologia utilizzata in ciascuno dei distinti idiomi sia sempre intercambiabile; dottrina e giurisprudenza denunciano le differenze tra esercizio della *giustizia* (“*jurisdiction*”) ed esercizio del *controllo* (“*control*”, “*oversight*”). Nel diritto comparato, occorre domandarsi se l’oggetto designato dal lessico dei diversi paesi sia lo stesso, o almeno quasi lo stesso. Ad es., si può enfatizzare la sostanziale differenza tra *judicial review* esercitata negli Stati Uniti e giustizia costituzionale praticata nel continente europeo, per dire che si tratta di cose diverse. Ma, nonostante le diversità riscontrate, le espressioni sono fungibili, giacché nel linguaggio tecnico come in quello comune l’uso le ha consacrate come tali, ed è appunto l’uso che – di solito – assegna i significati alle parole<sup>36</sup>. Ciò

---

<sup>35</sup> Il celebre saggio di M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, ripetutamente ristampato e tradotto anche in altre lingue, è stato tradotto – a significare che le parole “controllo di costituzionalità” si possono rendere in inglese con “*judicial review*” – col titolo *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971.

<sup>36</sup> La questione non è puramente nominalistica: fra i compiti del comparatista, v’è altresì quello di

accade sicuramente nei linguaggi e nei meta-linguaggi giuridici dei paesi di lingua spagnola, portoghese, francese, italiana<sup>37</sup>.

Quanto detto sinora riguarda sia l'istituto, sia il settore di studi praticato o la disciplina accademica; nell'alludere a questa ultima, si usano però, di solito, le espressioni "giustizia costituzionale", "*justicia constitucional*" e "*judicial review*", e non le altre evocate. Un caso a parte è rappresentato dall'America latina, dove da sempre gli studiosi preferiscono, all'espressione "giustizia costituzionale", quella di "*derecho procesal constitucional*"<sup>38</sup>.

---

prescrivere una modalità d'uso d'un termine. Anche porre l'accento sulla funzione effettivamente svolta dalla giustizia costituzionale e non solo sull'uso semantico invalso nella prassi rende le espressioni fungibili. Ogni espressione non designerà il medesimo istituto, ma l'equivalente funzionale: i vari istituti mirano, cioè, alla medesima finalità, che è rendere *justiciable* la legge fondamentale.

<sup>37</sup> V. ad es., tra i tanti scritti in cui, secondo la lingua dell'autore, le parole "giustizia", "giurisdizione", "sindacato", "*justicia*", "*jurisdicción*", "*jurisdição*", "controllo", "*contrôl*", "sindacato", "*fiscalización*", "*fiscalização*", vengono utilizzate in modo fungibile, J.J. GOMES CANOTILHO, *Jurisdição constitucional e intransquilidade discursiva*, in J. MIRANDA (ed.), *Perspectivas Constitucionais*, 3 voll., Coimbra ed., Coimbra, 1996-1998, I (1996), p. 871 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El control de la constitucionalidad en Iberoamérica*, ivi, II (1997), p. 965 ss.

Su alcuni problemi terminologici per l'utilizzazione nella lingua russa dell'espressione "tutela giuridica della costituzione", v. J. ŠUL'ZENKO, *La tutela giuridica della Costituzione della Federazione di Russia*, in M. GANINO, A. DI GREGORIO, C. FILIPPINI (eds), *La Costituzione della Russia a dieci anni dalla sua adozione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 83 ss. Un utile strumento definitorio delle espressioni utilizzate nello studio della materia è: E. FERRER MAC-GREGOR, F. MARTÍNEZ RAMÍREZ, G. FIGUEROA MEJÍA (eds), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2 voll., 2ª ed., Unam-Iij, México, 2014.

<sup>38</sup> Non si ravvisa sempre unanimità di vedute sulla denominazione: H. FIX-ZAMUDIO, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*, in *An. iberoam. just. const.*, n. 3, 1999, p. 102, distingue il *derecho procesal constitucional* dal *derecho constitucional procesal*, intendendo con la prima espressione lo studio degli organi e degli istituti tramite i quali si risolvono i conflitti relativi a principi, valori e disposizioni fondamentali; con il secondo, la disciplina costituzionale in materia processuale. Anche in relazione all'oggetto della disciplina, alla lettura più ristretta di Fix-Zamudio si contrappone quella più ampia di D. GARCÍA BELAUNDE, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2000, p. 53 s. Peraltro, i nomi "diritto processuale costituzionale" o, in alternativa, "diritto costituzionale processuale" enfatizzano forse troppo il rito a scapito della materia, la forma a svantaggio della sostanza, rendendo meno percettibili i legami tra processo costituzionale e ruolo complessivo della giustizia costituzionale nella forma di Stato e nella forma di governo. È dunque preferibile, nel rivendicare una specificità della materia, suggerire il mantenimento di una denominazione più duttile e onnicomprensiva, quale "giustizia costituzionale", o "*justicia constitucional*" o sua equivalente nelle varie lingue, più consona alla forma di Stato "costituzionale".

Sull'origine della disciplina v. il volume di E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho procesal constitucional. Origen científico*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, trad. it. *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica*, Bup, Bologna, 2010. Una esaustiva rassegna critica in S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei "modelli" dottrinali*, 2ª ed., Clueb, Bologna, 2007, parte III, § 5, e in C.I. ASTUDILLO REYES, *Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 2, 2008, p. 1 ss.

Dalla denominazione deriva un secondo problema: “giustizia costituzionale”, “*justice constitutionnelle*”, “*justicia constitucional*” o “*justiça constitucional*” focalizzano la parola “giustizia”. Non sempre la giustizia ha a che fare col diritto, men che meno col processo. *Summum jus summa iniuria*, dicevano i romani. (“*Judicial review*”, come “*derecho procesal constitucional*”, ha un senso più ristretto, maggiormente ancorato al rito.) L’interrogativo è se dentro la giustizia costituzionale rientrino anche forme di controllo della legge non giurisdizionali.

Oggi, allorché si ragiona di giustizia costituzionale, si allude, per lo più, al riscontro, da parte di un organo giurisdizionale (che opera dunque in posizione di

Con contributi teorici e saggi riferiti a vari paesi cfr.: la monumentale raccolta in 4 voll. coordinata da E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2006, spec. I, cap. I, p. 1 ss.; E. FERRER MAC-GREGOR, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Pons, Madrid et al., 2013; V. BAZÁN (ed.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, 2 voll., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, I, parte I; D. GARCÍA BELAUNDE, E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (eds), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, Jurista, Lima, 2006; J.F. PALOMINO MANCHEGO (ed.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano (Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde)*, 2 voll., Grijley, Lima, 2006; e già J. VEGA GÓMEZ, E. CORZO SOSA (eds), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Unam, México, 2002, oltre a vari altri volumi collettanei che saranno citati *infra*. Nonché molti libri pubblicati nella collana “Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional”, Porrúa, México, e la parte I dell’*Ann. dir. comp. st. legisl. 2011*, “Il nuovo ruolo delle corti supreme nell’ordine politico e istituzionale: una prospettiva comparatistica” (a cura di V. BARSOTTI e V. VARANO).

Con taglio teorico H. FIX-ZAMUDIO, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Fundap, México, 2002; D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Temis, Bogotá, 2001; ID., *El derecho procesal constitucional: un concepto problemático*, in *Rev. latino-am. est. const.*, n. 4, 2004, p. 133 ss.; ID., *El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica*, in *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 2, 2004, p. 45 ss.; ID., *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, Porrúa, México, 2008; C. LANDA ARROYO, *Teoría del derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2004; ID., *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2006; N.P. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*, Astrea, Buenos Aires, 2006, e *Cec Trib. Const. del Perú*, Lima, 2008; ID., *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2018. Utile è G. ETO CRUZ, *Syllabus de Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., *Cec Trib. Const. del Perú*, Lima, 2009.

Inoltre, più mirati al diritto processuale costituzionale interno di ciascun ordinamento: E. REY CANTOR, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Un. Libre de Cali, Cali, 1994; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*, Uricentro, San José de Costa Rica, 2001; A. BORDALÍ SALAMANCA, *Temas de derecho procesal constitucional*, Fallos de Mes, Santiago de Chile, 2003; G. ETO CRUZ, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, *Cec Trib. Const. del Perú*, Lima, 2008; G. GARCÍA MORELOS, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., México, 2009; E.S. CABALLERO GONZÁLEZ, *Curso básico de derecho procesal constitucional*, Centro Est. Carbonell, México, 2018; I. DANTAS, *Constituição & Processo*, 2ª ed., Curitiba Juruá, Curitiba, 2012; J. BENAVIDES ORDÓÑEZ, J. ESCUDERO SOLIZ, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Const. de Ecuador-Cedec, Quito, 2013; E. JINESTA LOBO, *Derecho Procesal Constitucional*, Guayacán, San José de Costa Rica, 2014; J.L. CÁCERES ARCE, J. TUPAYACHI SOTOMAYOR, *El control constitucional en el Perú*, Un. Católica de Santa María-Adrus, Arequipa-Lima, 2015; con saggi su vari paesi ID. (eds), *Nuevas perspectivas del Derecho Procesal Constitucional*, Adrus, Lima, 2018, e E.A. VELANDIA CANOSA (ed.), *Derecho procesal constitucional*, 2 voll., Vc, Bogotá, 2011, e IV, Vc, Bogotá, 2013.

terzietà) tra costituzione (formalizzata e rigida) e norme a essa subordinate; un riscontro assistito dal potere di espungere le norme contrastanti dall'ordinamento giuridico. Il senso più largo dell'espressione include quella categoria residuale che incorpora tutte le forme di controllo nelle quali, congiuntamente o disgiuntamente, non sia assicurata l'indipendenza dell'organo che agisce, il rito non sia tipico del processo, il parametro non sia positivizzato<sup>39</sup>: ovvero, ogni confronto da chiunque operato – sia esso un organo *ad hoc* o un giudice ordinario, lo stesso legislatore o altri – tra norme costituzionali (o considerate tali) e altre norme. Di solito, in tal caso, si usa però distinguere tra giustizia costituzionale “giurisdizionale” e giustizia costituzionale “politica”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Cfr. H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, 1930-31, Heft 11-12, Bd. VI, p. 576 ss., trad. it. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale* (a cura di C. GERACI), Giuffrè, Milano, 1981, p. 242.

<sup>40</sup> V. ad es. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, cit.



## Capitolo II

### *Declino e resurrezione del controllo politico*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cos'è “giurisdizionale”? – 3. Il rifiuto del controllo giurisdizionale. – 3.1. Dopo Cocks: la superiorità del Parlamento nel Regno Unito. – 3.2. Il controllo non giurisdizionale negli ordinamenti liberaldemocratici: casi residuali. – 3.3. La dottrina marxista-leninista (-maoista) e i paesi socialisti. – 3.4. Il controllo “religioso”. – 4. Dal rifiuto all'incorporazione del controllo giurisdizionale. – 4.1. La metamorfosi del controllo di costituzionalità in Francia. – 4.2. Circolazione del controllo previo. – 5. Il controllo politico “*a latere*” del controllo giurisdizionale. – 5.1. Il capo dello Stato come “custode della costituzione”. – 5.2. Il controllo di costituzionalità parlamentare. – 6. Elementi politici *dentro* il controllo giurisdizionale. – 6.1. Altre funzioni delle Corti costituzionali (non sempre “giurisdizionali”). – 6.2. Tra politica e giurisdizione. – 6.2.1. Contaminazioni genetiche: la scelta dei giudici (rinvio). – 6.2.2. Impulso di parte, accesso e *right to stand*, effetti delle sentenze. – 6.2.3. Denegata giustizia: le *political questions* quali decisioni politiche (a volte, le più politiche). – 6.2.4. La *deference*. – 7. Il linguaggio delle costituzioni: una delega alla giurisdizione costituzionale. – 8. Interpretare la costituzione: «rigore è quando arbitro fischia». – 8.1. Processi di decisione (o “di invenzione”). – 8.2. Processi di giustificazione (o “di validazione”). – 8.3. Opinioni dissenzienti (e concorrenti). – 9. Limiti al potere politico delle Corti.

#### **1. Premessa**

La sintetica (e larga) definizione che si utilizza normalmente per definire “politiche” alcune espressioni del controllo di costituzionalità va contestualizzata. Va cioè ricondotta non già alla filosofia o alle dottrine politiche nel loro insieme – da Aristotele a Hobbes e via via sino a Schmitt e alla politologia contemporanea, che hanno indagato le categorie del “politico” – ma al contesto specifico del controllo sulla legge, e situata nel dibattito che da sempre ha contrapposto i fautori di un autocontrollo sulla legge da parte di organi parlamentari, o ineluttabilmente “politici” come il Presidente della Repubblica, ai sostenitori della sua esternalizzazione a favore di organi neutrali: i giudici.

Del dibattito sono testimonianza le parole di Hamilton nel saggio n. 78 del *Federalist*, per cui non si evince «da alcuna clausola specifica della Costituzione» che «i membri del legislativo sono essi stessi giudici costituzionali dei propri poteri e che l'interpretazione che essi ne danno è definitiva per gli altri organi». Giacché, «L'esecutivo [...] non dispensa solamente onori, ma tiene la “spada”

della comunità; il legislativo non tiene soltanto i “cordoni della borsa”, ma stabilisce le norme relative ai diritti e ai doveri di ogni cittadino. Il giudiziario, infine, non può influire né sulla “spada” né sulla “borsa”, non può guidare le forze della comunità né indirizzarne le ricchezze e non può prendere nessuna delibera propositiva»<sup>1</sup>.

Ma soprattutto è testimonianza la polemica tra Carl Schmitt e Hans Kelsen sul “custode della costituzione”: richiamandosi alla tesi del *pouvoir neutre* del Monarca formulata da B. Constant, ma adattandola a un ordinamento repubblicano quale la Germania di Weimar, all’inizio degli anni ’30 Carl Schmitt individuava nel capo dello Stato, con vari argomenti, l’unico custode della costituzione<sup>2</sup>. Pur non negando un ruolo del Presidente e dello stesso Governo nel controllo di costituzionalità, gli replicava Kelsen che «La tesi che il capo dello stato e nessun altro organo sia il qualificato custode della costituzione» nessun altro scopo aveva, se non «rimettere in uso [...] un arnese giustamente abbandonato alla polvere», traendo «fuori dai ripostigli del teatro costituzionale il pezzo di scenario più vecchio»<sup>3</sup>. Spostare il controllo “fuori” – egli replicava agli oltranzisti della divisione dei poteri, però con scarsa preveggenza – non intacca la supremazia del Parlamento, comunque assicurata dalla possibilità di legiferare, anziché in forma di legge, in forma di legge costituzionale, precludendo in tal modo a chicchessia di sindacare le scelte dei rappresentanti del popolo<sup>4</sup>.

Presupposto della scelta di dislocare “fuori” il controllo è accettare che la giurisdizione è immune dalla politica, o quanto meno è munita di caratteristiche che la differenziano profondamente: è il mito del giudice neutrale, coerente con la sua

<sup>1</sup> Cfr., per le considerazioni espresse da A. Hamilton relative al controllo operato dallo stesso legislativo, *infra*, cap. III, sez. I, § 1, e cap. IV, sez. I, § 1.

<sup>2</sup> Sulla concezione del capo dello Stato quale custode della costituzione, v. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), rist. Dunker & Umblot, Berlin, 1969, trad. it. *Il custode della costituzione* (a cura di A. CARACCIOLLO), Giuffrè, Milano, 1981.

<sup>3</sup> H. KELSEN, *Chi dev’essere il custode della costituzione?*, cit., p. 234 e, a commento della polemica con Schmitt, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il “custode della costituzione”*, in *Storia e pol.*, n. 4, 1977, p. 505 ss., nonché C.M. HERRERA, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitución*, in *Rev. est. pol.*, n. 86, 1994, p. 195 ss. Tra le riflessioni più recenti sul dibattito tra i due studiosi A.G. MELO FRANCO BAHIA, *Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt*, in *Rev. inform. legisl.*, n. 164, 2004, p. 87 ss.; J. DE MIGUEL BÁRCENA, J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Escolar, Madrid, 2018.

<sup>4</sup> H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, n. 35, 1928, p. 197 ss., trad. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., p. 171 ss. La tesi di Kelsen presuppone che il Parlamento, e solo esso, sia titolare, oltre che della funzione legislativa, anche della revisione costituzionale, e si presta dunque a non poche censure, ancorandosi essa – in contrasto con la realtà di quasi tutti gli ordinamenti contemporanei – alla piena disponibilità da parte del legislativo delle forme della normazione. Questa idea è fallace, come dimostrarono i successivi sviluppi.

declinazione di *bouche de la loy* proposta da Montesquieu<sup>5</sup>. La stessa dottrina, però, è tutt'altro che concorde nell'individuare la natura della giurisdizione, per cui, anche per arrivare a una meno imprecisa definizione di "controllo politico", è opportuno analizzarne brevemente le caratteristiche segnalate.

## 2. Cos'è "giurisdizionale"?

La letteratura giuridica offre variegata spiegazioni delle differenze tra la giurisdizione, la legislazione e l'amministrazione<sup>6</sup>.

Quanto alla legislazione, si osserva che essa "pone" l'ordinamento, mentre la giurisdizione lo tutela, ed è sempre a essa subordinata, anche dove viga lo *stare decisis* e sia riconosciuto al precedente giudiziale il ruolo di fonte<sup>7</sup>. Si aggiunge che gli atti della giurisdizione – sentenze – sono intangibili dagli altri poteri; si sottolinea poi che, anche dove all'interpretazione si assegni carattere creativo, esso è solo conseguenza dello «spazio libero che il legislatore dà al potere giurisdizionale, e che del resto può sempre "riprendersi" (con la interpretazione autentica)»<sup>8</sup>. Come si vedrà in seguito, però, le corti chiamate a esercitare la funzione di giurisdizione costituzionale fruiscono di una latitudine interpretativa dilatata a dismisura dall'ipertrofia legislativa e dall'oscurità del linguaggio, tale da assegnare loro una libertà non sempre e non tanto dissimile da quella del legislatore; inoltre, quando dichiarano o formulano principi, pretendono che essi valgano *erga omnes* e *pro futuro*, come la legge; e se operano ponderazioni in sede di controllo costituzionale, contrapposte a quelle del legislatore, esse possono essere superate solo dalla revisione costituzionale, e neppure sempre; la giurisdizione poi può autogovernarsi attraverso la propria stessa giurisprudenza, in misura assai ampia in campo costituzionale. In poche parole, la distinzione tra giurisdizione e legislazione è

---

<sup>5</sup> Sulle Corti costituzionali quali "organi giudiziari dotati di *forza politica*", e le ragioni che ne legittimano l'uso, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 5 ss. e spec. p. 14, p. 21 ss.

<sup>6</sup> G. PAVANI, *Il potere giudiziario*, cap. IX, sez V di L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2017, p. 509 ss., trad. sp. (2018), *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, 2 voll., tomo B, p. 224, citando H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für soziales Recht*, n. 1, 1929, p. 1 ss., trad. it. *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del parlamento* (a cura di C. GERACI), Giuffrè, Milano, 1982, p. 133 ss. Una definizione di "controllo giurisdizionale" in C. EISENMANN, *Le contrôle juridictionnel des lois en France*, in AA.VV., *Sixièmes Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Larcier, 1973, e in ID., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Panthéon-Assas, Paris, 2002, pp. 525 ss., 668.

<sup>7</sup> G. MORBIDELLI, *Il potere giudiziario*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 685.

<sup>8</sup> *Ibid.*

intuitivamente percettibile, ma meno assai lo è alla prova dell'esperienza empirica e dell'attività effettivamente esercitata.

Tra gli elementi distintivi rispetto all'amministrazione, trattandosi in entrambi i casi di "esecuzione" della legge, ovvero di traduzione di comandi astratti in precetti concreti, appaiono in primo luogo le caratteristiche dell'indipendenza e della discrezionalità. «L'amministrazione è dipendente, e opera nell'alveo della sua discrezionalità; la giurisdizione è indipendente, e la sua attività è costretta in rigorosi vincoli legislativi. Di fatto, è stato osservato come anche l'organizzazione giudiziaria sia sottoposta al potere politico (che ne detta le regole e in molti casi provvede a conformarne gli organi); al potere amministrativo (il giudiziario deve sottostare, se pure con eccezioni, alle regole discrezionali dell'amministrazione); allo stesso potere giudiziario ("inferior iudex non potest tollere legem superioris")<sup>9</sup>, ossia il giudice inferiore soccombe davanti a quello superiore). Viceversa, anche l'amministrazione patisce i vincoli della legislazione, e mentre crea discrezionalmente diritto, allo stesso tempo ne è vincolata: come scrive Kelsen [...], "la discrezionalità non è mai del tutto libera [...] e non è mai del tutto vincolata"<sup>10</sup>; e pure essa è soggetta, quando occorra, alla volontà della giurisdizione. Si tratta dunque di una distinzione che parrebbe percepirsi intuitivamente, ma che è soggetta a eccezioni e graduazioni, soprattutto se si consideri l'alto grado di libertà che caratterizza l'interpretazione giudiziale, anche a causa dell'oscurità dei precetti legislativi»<sup>11</sup>.

Ulteriori caratteristiche che ad avviso della dottrina caratterizzano la giurisdizione sono le seguenti<sup>12</sup>:

a) la natura secondaria della giurisdizione: essa interviene solo quando è violato l'ordinamento, e qualcuno ne chiede il ripristino ("ubi actio ibi iurisdictio"; "nullus actor, nullus iudex")<sup>13</sup>. Vi si collega il principio per cui il giudice decide

<sup>9</sup> Testualmente: "Il giudice inferiore non può cancellare la legge del superiore".

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., § 17 e p. 146 della trad. it.

<sup>11</sup> Vedi G. PAVANI, *Il potere giudiziario*, cit., p. 511. Un secondo carattere distintivo si connette non a un profilo formale ma materiale, ovvero alla circostanza che i fini dello Stato siano perseguiti in modo diretto o indiretto. In questo secondo caso (quando cioè lo Stato assicura attraverso il suo apparato il perseguimento delle proprie finalità), tra giurisdizione e amministrazione c'è differenza; nel primo, viceversa, quando lo Stato si limita ad assicurare l'adempimento da parte di terzi delle sue regole, no: giurisdizione e amministrazione coinciderebbero, giacché entrambe attuano, specificano, concretizzano e creano il diritto: H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., § 18, e p. 146 ss. della trad. it., cit.

<sup>12</sup> V. ancora G. PAVANI, *Il potere giudiziario*, cit., p. 511 ss.

<sup>13</sup> "Dove c'è azione, c'è giurisdizione"; "nessun giudice senza attore". M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 1 ss., pur ammettendo che «si possono anche tranquillamente trascurare siffatte disquisizioni di carattere terminologico e definitorio», ricorda che «ubi non est actio, ibi non est iurisdictio», e per tal ragione insiste – ma, non dimentichiamolo, lo

solo sulla domanda, e non oltre: “ne eat iudex ultra petita partium”<sup>14</sup>. Tali regole tuttavia soffrono molte eccezioni;

b) la natura immodificabile delle sentenze (“*res iudicata*”)<sup>15</sup>, che diversamente dalle leggi e dagli atti amministrativi non possono essere travolte da atti legislativi o amministrativi;

c) la procedimentalizzazione del rito. Tra le caratteristiche della giurisdizione appaiono: “Nemo esse iudex in causa sua potest” (e altre formule simili)<sup>16</sup>, per cui la giurisdizione è tale, se il giudice non prende interesse nella controversia. La terzietà qui rileva non tanto in relazione ad altri poteri, ma alle parti in causa; “audiatur et altera pars” (o “nemo debet inaudito damnari”)<sup>17</sup>, ossia nel processo deve vigere, in condizioni di sostanziale parità, il contraddittorio tra le parti; i criteri per determinare la competenza: da “de minimis non curat praetor”<sup>18</sup>, a “iudex extra territorium est privatus”<sup>19</sup>. Anche questi principi, come d'altronde il principio “iura novit curia”<sup>20</sup>, per il quale non occorre dimostrare l'esistenza del diritto, che si presume conosciuto dal giudice, si osservano peraltro pure nell'amministrazione statale, e dunque non concorrono a distinguere sempre la posizione dei magistrati appartenenti al potere giudiziario dai funzionari amministrativi;

d) altro principio evocato è la natura obbligatoria della giurisdizione<sup>21</sup>.

Come è stato detto, «in definitiva, la giurisdizione in senso moderno e occidentale si definisce in base a una serie di requisiti che le competono in prevalenza, ma non esclusivamente; che possono ricorrere congiuntamente, ma anche solo in parte; che comprendono profili strutturali (di cui l'indipendenza e terzietà appaiono i più pertinenti), come pure funzionale (l'attuazione della legge nei casi con-

---

scritto risale al 1968! – sull'indole “politica” del controllo esercitato in Francia anche in base alla disciplina costituzionale della V Repubblica.

<sup>14</sup> “Il giudice non può decidere oltre le richieste delle parti”.

<sup>15</sup> “Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione, vel absoluteione contingit” (MODESTINO: 1, I, D., *De re iudicata*, 42, I). (“Si definisce ‘giudicato’ la pronuncia con cui il giudice pone fine a una controversia, sia per condanna che per assoluzione”).

<sup>16</sup> “Nessuno può essere giudice in una causa nella quale ha interesse”.

<sup>17</sup> In entrambi i casi: “nessuno può essere condannato senza che si siano ascoltate le sue ragioni”. Anche: “nemo damnatus nisi auditus” (*idem*).

<sup>18</sup> “Il pretore non si occupa di problemi insignificanti”.

<sup>19</sup> “Fuori dalla sua giurisdizione, il giudice è come un privato”. V. anche di ULPIANO: 1, 3, D., *De iurisdictione*, 2, 1, “Iurisdictionis est etiam iudicis dandi licentia”.

<sup>20</sup> “Il tribunale conosce il diritto vigente”.

<sup>21</sup> Questa caratteristica appare labile. Anche se, per lo più, i tribunali non possono sottrarsi dal somministrare un giudizio, da un lato, le parti spesso possono scegliere di affidarlo ad altri (arbitri, per es.); dall'altro, l'azione penale può essere discrezionale e non obbligatoria (es. Stati Uniti); infine, gli stessi tribunali sono forniti di strumenti che di fatto consentono l'inadempimento (negando la competenza, o la natura giuridica della controversia, o la sua insignificanza, ecc.).

creti, se pure con le precisazioni appena fatte); che si distingue per le particolari forme che caratterizzano (soprattutto anche se non solo) la produzione degli atti tipici – le sentenze –, ai quali però possono affiancarsi altri atti (ordinanze, decreti, mandati, ecc.)»<sup>22</sup>.

Ci sono dunque elementi caratterizzanti la giurisdizione, utili per identificarne la natura e per differenziarla da altre attività (o funzioni); sicché, quando parliamo di controllo “giurisdizionale” di costituzionalità, ci si può riferire a una forma di riscontro che condivide tutte o parte delle caratteristiche ora analizzate. Quando però si ragiona di controllo “politico”, a cosa si allude?

Molti studiosi identificano un elemento forte nella “fase” in cui si realizza il controllo: un controllo “previo” sicuramente non è “giurisdizionale”, a prescindere da quale organo lo eserciti, e quindi andrebbe ricondotto alle categorie del “politico”<sup>23</sup>. Per altri, conta la derivazione dell’organo chiamato a controllare le leggi: in difetto di *vera* indipendenza, a prescindere dai riti utilizzati, dall’accesso, dalla fase e dagli effetti, di nuovo si rientrerebbe nell’alveo della politica. C’è poi chi enfatizza l’amplissima discrezionalità di cui godono gli organi giurisdizionali chiamati a controllare le leggi: la vaghezza del linguaggio delle costituzioni e delle leggi, l’ipertrofia normativa, il ricorso ai principi, l’uso di ponderazioni e bilanciamenti, conferirebbero ai giudici una libertà non inferiore a quella assicurata ai legislatori (anch’essi sottoposti al vincolo della costituzione), con in più il vantaggio (quasi sempre) dell’ultima parola. Sicché apparirebbe difficile negare all’intera attività di controllo della costituzione la natura della politicità<sup>24</sup>.

In ciascun sistema, come impiantato in un ordinamento specifico, possono convivere riti, fasi, funzioni diverse<sup>25</sup>. Ma possono essere ricondotte al controllo “politico” *tutte* le forme di controllo di costituzionalità che difettano di *alcuni* requisiti della giurisdizione? Un “parere” previo sulla costituzionalità di una legge, da parte di un organo indipendente dal potere politico chiamato Corte suprema o Corte costituzionale, che su istanza di parte e con riti propri del processo emette in altre occasioni *anche* sentenze (successive e repressive), si configura come “politico” per il solo fatto che nel caso di specie difetta un requisito essenziale della giurisdizione? E, da angolatura opposta: nel distinguere il controllo giurisdiziona-

---

<sup>22</sup> V. di nuovo G. PAVANI, *Il potere giudiziario*, cit., p. 512 s. Una sommaria rassegna degli elementi ora evocati si trova anche in G. MORBIDELLI, *Il potere giudiziario*, cit., p. 686.

<sup>23</sup> Di qui la qualificazione del sistema francese, in passato, come “modello politico”. *Infra*, in questo cap. II, § 4.

<sup>24</sup> V. ancora A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 5 ss.

<sup>25</sup> Paradossalmente, può esserci minore contiguità con la giurisdizione in una dichiarazione di incostituzionalità della legge, che in una sentenza di condanna di un capo di Stato, a seguito di *impeachment* (dove una Corte costituzionale o suprema sia competente sul caso), anche se tale funzione è chiamata in castigliano proprio “*juicio politico*”. V. nt 113 al cap. II, § 6.1.

le da quello politico, occorre considerare il solo controllo sulla legge, oppure anche altre funzioni svolte dalle corti *a latere* di quello?<sup>26</sup>

Una definizione stipulativa di “controllo politico” di costituzionalità può essere ricavata sia per esclusione di esso dalla classe del controllo giurisdizionale, considerando “politico” tutto ciò che non è “giurisdizionale” (ed è ciò che spesso fa la dottrina), sia con un non facile processo di identificazione delle caratteristiche della “politicità” nei vari sistemi, rifiutando quindi la giustapposizione tra due sole categorie. In altre parole, occorre analizzare strutture, funzioni, attività, riti che riguardano il controllo di costituzionalità della legge, i quali non sarebbero né “politici”, né “giurisdizionali”, o meglio parte politici e parte giurisdizionali.

La scelta di classificazioni deboli/duttili appare per tutto ciò ineludibile. Lo studio dei sistemi di giustizia costituzionale in chiave sia diacronica sia sincronica suggerisce di distribuirli tendenzialmente in quattro ordini, quasi tutti caratterizzati da un vivace dinamismo (specie il secondo): nessun controllo di costituzionalità (§ 3); controllo progressivamente “depoliticizzato” o esternalizzato (ossia: affidato a organi esterni al legislativo o all’esecutivo) (§ 4); pluralismo, nello stesso sistema, delle forme di controllo, con controlli (più) politici al lato di altri (più) giurisdizionali (§ 5); elementi “politici” dentro il controllo giurisdizionale (§ 6).

### 3. Il rifiuto del controllo giurisdizionale

#### 3.1. Dopo *Cocke*: la superiorità del Parlamento nel Regno Unito

I tratti essenziali del *Bonham’s case* già sono stati riassunti nel § 2.1 del cap. I. Come osserva M. Nicolini<sup>27</sup>, nel Regno Unito «la *Rule of Law*, fondata sulla *immemorial antiquity* della *Law of the Land*, e presidiata dal potere giudiziario<sup>28</sup>, viene a coincidere, dopo la *Glorious Revolution*, con la *supremazia del Parlamento* e la legge. Tale evoluzione dell’ordinamento non incide sulla protezione dei diritti: le *libertà* continuano a trovare fondamento nella *Law of the Land*; la garanzia giurisdizionale dei diritti rimane affidata alle corti di *Common Law*, che appliche-

---

<sup>26</sup> Le Corti supreme, vertice del potere giudiziario, svolgono anche attività che poco hanno a che vedere col controllo di costituzionalità in senso stretto; (quasi) tutto ciò che fanno è considerato “giurisdizionale”, ma non tutto è controllo di costituzionalità. V. *infra*, cap. II, § 6.1.

<sup>27</sup> M. NICOLINI, *Il livello integrale di tutela come contenuto indefettibile dello statuto sovranazionale dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZA GORLERO (ed.), *Corti costituzionali e corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Esi, Napoli, 2010, pp. 389 ss., 399 s.

<sup>28</sup> Cfr. S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 165; M(AURIZIO) FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, p. 18. Sulla subordinazione del Re inglese alla *Law of the Land* cfr. C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell U.P., Ithaca, 1940, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Neri Pozza, Vicenza, 1956, p. 76 ss. e il Mulino, Bologna, 1990, p. 89 ss.