

LA GARANZIA GIURISDIZIONALE
DELLA COSTITUZIONE
(LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE)

SOMMARIO: Premessa. — I. Il problema giuridico della regolarità. — II. La nozione di costituzione. — III. Le garanzie della regolarità. — IV. Le garanzie della costituzionalità: 1. La giurisdizione costituzionale. — 2. L'oggetto del controllo di costituzionalità. — 3. Il criterio di controllo. — 4. Il risultato del controllo. — 5. La procedura. — V. Il significato giuridico e politico del controllo giurisdizionale di costituzionalità.

Premessa.

Nel presente studio viene esaminato il problema della garanzia giurisdizionale della costituzione — generalmente chiamata giustizia costituzionale — sotto un duplice punto di vista. S'illustra anzitutto — questione teorica — la natura giuridica di questa garanzia partendo, in definitiva, dal sistema che l'autore ha delineato nella sua *Teoria generale dello stato* ⁽¹⁾. Successivamente — questione pratica — si ricercano i mezzi più idonei per conseguirla: a questo fine l'autore utilizza le esperienze che da molti anni viene facendo come membro e relatore permanente dell'alta corte costituzionale austriaca. La costituzione austriaca, votata nel 1920 in base ad un progetto da lui elaborato su richiesta del governo, ha in effetti dato alla giustizia costituzionale uno svolgimento più completo rispetto a qualunque altra precedente costituzione.

I. Il problema giuridico della regolarità.

1. La garanzia giurisdizionale della costituzione — cioè la giustizia costituzionale — appartiene al sistema dei mezzi

⁽¹⁾ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 [v. ora *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1963].

tecnici volti ad assicurare l'esercizio regolare delle funzioni dello stato. Queste funzioni hanno esse medesime carattere giuridico, giacchè consistono in atti giuridici. Sono o atti di creazione del diritto, cioè norme giuridiche, oppure atti di esecuzione del diritto già creato, cioè di norme giuridiche già poste. Le funzioni statali vengono così tradizionalmente distinte in legislazione ed esecuzione, che vengono contrapposte in quanto creazione o produzione del diritto e, rispettivamente, applicazione del medesimo, considerata come semplice riproduzione.

Il problema della regolarità dell'esecuzione, della sua conformità alla legge, e quindi il problema delle garanzie di questa regolarità, sono oggetto di corrente trattazione. La questione della regolarità della legislazione, cioè della creazione del diritto, e l'idea delle garanzie di questa regolarità urtano invece contro talune difficoltà teoriche. Non è forse una petizione di principio voler misurare la creazione del diritto con un metro fornito dallo stesso oggetto da misurare? E il paradosso insito nell'idea di una conformità del diritto al diritto è ancora più grande se — in linea con la concezione tradizionale — vengono senz'altro identificate legislazione e creazione del diritto e quindi legge e diritto; di modo che le funzioni riunite sotto il nome di esecuzione — la giurisdizione e, più in particolare, l'amministrazione — appaiono per così dire esterne al diritto, come quelle che non creano effettivamente diritto ma si limitano ad applicare, riprodurre un diritto la cui creazione si è già in precedenza conclusa. Se si ammette che la legge è tutto il diritto, regolarità equivale a legittimità, e allora non è evidente che si possa spingere più avanti la nozione di regolarità.

Senonchè, questa concezione del rapporto tra legislazione ed esecuzione è inesatta. Le due funzioni non si contrappongono in maniera assoluta, come la creazione del diritto alla sua applicazione, ma in maniera del tutto relativa. Considerata più da vicino, ciascuna di esse si presenta in realtà come atto sia di creazione che di applicazione del diritto. Legisla-

zione ed esecuzione non sono due funzioni statali coordinate ma due momenti gerarchici del processo di creazione del diritto, e due momenti intermedi. Questo processo non si limita infatti alla legislazione ma, iniziando nella sfera dell'ordinamento giuridico internazionale, superiore a tutti gli ordinamenti statali, continua nella costituzione, per concludersi infine, attraverso i momenti successivi della legge e del regolamento e poi della sentenza e dell'atto amministrativo, con gli atti di esecuzione materiale (*Vollstreckungsakte*) di questi ultimi. Questa enumerazione, della quale ci limitiamo qui a considerare le fasi intrastatali, vuole solo indicare schematicamente i momenti principali di questo processo, nel corso del quale il diritto regola la propria creazione e lo stato si crea e si ricrea senza posa insieme col diritto. Costituzione, legge, regolamento, atto amministrativo e sentenza, atto di esecuzione, sono soltanto gli stadi tipici della formazione della volontà collettiva nello stato moderno. La realtà può certamente discostarsi da questo tipo ideale. Così, per fare un esempio di modificazioni possibili del procedimento tipico di creazione del diritto, non è necessario che il regolamento, cioè una norma generale posta dalle autorità amministrative, s'inserisca tra la legge e l'atto individuale; o ancora, può ben darsi che il regolamento trovi la sua base immediata nella costituzione e non sia solo emanato in esecuzione di una legge. In linea di principio, tuttavia, ci atterremo qui al quadro sopra indicato.

In quanto la costituzione regola nelle sue linee essenziali la formazione delle leggi, la legislazione è, rispetto ad essa, applicazione del diritto. Rispetto al regolamento ed agli altri atti subordinati alla legge, essa è invece creazione del diritto; allo stesso modo, il regolamento è applicazione rispetto alla legge e creazione rispetto alla sentenza e all'atto amministrativo che lo applicano. Questi ultimi, a loro volta, sono applicazione se si guarda verso l'alto e creazione se si guarda verso il basso, cioè agli atti mediante i quali sono portati ad esecuzione (*vollstreckt*).

Lungo il cammino che percorre, dalla costituzione fino agli atti di esecuzione materiale, il diritto non cessa mai di concretizzarsi. Se la costituzione, la legge e il regolamento sono norme giuridiche generali, la sentenza e l'atto amministrativo costituiscono norme giuridiche individuali.

La libertà del legislatore, subordinata soltanto alla costituzione, incontra limitazioni relativamente deboli; il suo potere di creazione resta relativamente grande. Ad ogni grado che si scende, il rapporto tra libertà e limitazione si modifica in favore della seconda: la sfera dell'applicazione aumenta, quella della libera creazione diminuisce.

2. Ogni grado dell'ordinamento giuridico costituisce quindi, al tempo stesso, produzione del diritto rispetto al grado inferiore e riproduzione del diritto rispetto a quello superiore.

L'idea della regolarità si attaglia ad ogni grado nella misura in cui esso è applicazione o riproduzione del diritto. La regolarità è infatti il rapporto di corrispondenza tra un grado inferiore e un grado superiore dell'ordinamento giuridico. È possibile postulare la regolarità e le garanzie idonee ad assicurarla non soltanto nei rapporti tra gli atti di esecuzione materiale e le norme individuali — decisione amministrativa e sentenza — o anche tra questi ultimi atti di natura esecutiva (*Vollziehungsakte*) e le norme generali di legge o di regolamento, ma altresì nei rapporti tra il regolamento e la legge e tra la legge e la costituzione. Le garanzie della legittimità dei regolamenti e della costituzionalità delle leggi sono quindi tanto concepibili quanto le garanzie della regolarità degli atti giuridici individuali.

Garanzie della costituzione significa pertanto garanzie della regolarità delle regole immediatamente subordinate alla costituzione, cioè, essenzialmente, garanzie della costituzionalità delle leggi.

3. Il fatto che l'aspirazione ad ottenere garanzie costituzionali si manifesti in modo vivo e che la questione sia discussa scientificamente ancora oggi — o, per essere più esatti, oggi soltanto — è insieme dovuto a motivi teorici e a motivi politici. Da un lato, non è molto tempo che l'idea della struttura gerarchica del diritto o, ciò che è lo stesso, della natura giuridica di tutte le funzioni statali e dei loro reciproci rapporti è apparsa in dottrina. Dall'altro, se il diritto degli stati moderni, che presenta numerosi istituti volti ad assicurare la legittimità dell'esecuzione, adotta invece, per assicurare la costituzionalità delle leggi e la legittimità dei regolamenti, mezzi assai limitati, ciò è dovuto a motivi politici; motivi che, a loro volta, non mancano d'influenzare la dottrina, che dovrebbe essere la prima a fornire chiarimenti circa la possibilità e la necessità di simili garanzie.

Ciò accade, in particolare, per le democrazie parlamentari europee venute fuori da monarchie costituzionali. La teoria giuridica della monarchia costituzionale ha, ancora nel momento attuale — in cui questa forma di stato tende a passare in secondo piano — una grande influenza. Sia coscientemente — là dove si vuole organizzare la repubblica sul modello della monarchia attribuendo un forte potere al presidente — sia inconsciamente, la dottrina del costituzionalismo determina in larga misura la teoria dello stato. Poiché la monarchia costituzionale deriva dalla monarchia assoluta, la dottrina che la riguarda è conseguentemente guidata, sotto molti rispetti, dal desiderio di far apparire la diminuzione di potere che il monarca, già assoluto, ha subito, più piccola e insignificante possibile, o anche dissimularla del tutto. Nella monarchia assoluta la distinzione tra il grado della costituzione e il grado delle leggi è certo teoricamente possibile, ma non ha alcun ufficio pratico, dal momento che la costituzione consiste nel solo principio che qualunque espressione della volontà del monarca è norma giuridica obbligatoria. Non c'è quindi una particolare forma costituzionale, cioè norme giuridiche che assoggettino a regole diverse la formazione

delle leggi e la revisione della costituzione; il problema della costituzionalità delle leggi non ha senso, qui.

Il passaggio alla monarchia costituzionale comporta, proprio a questo riguardo, una modifica decisiva, che si rivela in modo assai caratteristico nell'espressione « monarchia costituzionale ». L'importanza maggiore che ormai acquista il concetto di costituzione; l'esistenza di una regola — la costituzione, per l'appunto — secondo la quale le leggi devono essere fatte in un modo determinato — cioè, con la collaborazione della rappresentanza nazionale; il fatto che questa regola non può essere modificata con la stessa facilità di altre regole generali di diritto — le leggi —, che cioè, accanto alla forma delle leggi ordinarie, vi è una forma speciale più complessa — cioè la forma costituzionale: maggioranza rinforzata, votazioni ripetute, particolare composizione dell'assemblea —, tutto ciò esprime un decisivo spostamento di potere. Si potrebbe quindi pensare che la monarchia costituzionale fosse il terreno elettivo per porre energeticamente il problema della costituzionalità delle leggi e, di conseguenza, delle garanzie della costituzione. Si è invece verificato il contrario. La dottrina costituzionalista ha in realtà mascherato il nuovo stato di cose, pericoloso per il potere del monarca. In contrasto con la realtà costituzionale, essa presenta il monarca come il fattore unico, o quanto meno autentico della legislazione, sostenendo che la legge è espressione della sua esclusiva volontà mentre la funzione del parlamento si riduce ad un'adesione più o meno necessaria, secondaria, non essenziale. Da qui la sua tesi famosa del « principio monarchico », che non si ricava dalla costituzione ma che vi è inserito, per così dire, dall'esterno, allo scopo d'interpretarla in un determinato senso politico, e più precisamente per deformare il diritto positivo con l'aiuto di una ideologia ad esso estranea. O ancora, la famosa distinzione tra il comando della legge, che emanerebbe dal solo monarca, e il suo contenuto, che sarebbe invece concordato tra il monarca e i rappresentanti del popolo. Come risultato di questo metodo, il fatto che una

legge debba essere considerata valida, purché pubblicata sul *Bollettino ufficiale* con la firma del monarca, indipendentemente dalla circostanza che siano state o no rispettate le prescrizioni relative alla sua adozione da parte del parlamento, non viene ritenuto un'imperfezione tecnica della costituzione, ma il suo senso profondo. Si riduce così a nulla — almeno sul piano teorico — il progresso capitale dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale e, in ogni caso, il problema della costituzionalità delle leggi e delle sue garanzie. L'incostituzionalità di una legge sottoscritta dal monarca e a *fortiori* il suo annullamento per tale motivo, non possono in alcun modo apparire alla coscienza giuridica questioni d'interesse pratico. La dottrina costituzionalista, inoltre — rifacendosi molto meno al testo della costituzione che all'ideologia cui abbiamo accennato — rivendica al monarca non solo la sanzione dei testi di legge ma anche, con essa e in essa, la promulgazione esclusiva delle leggi. Sottoscrivendo il testo votato dal parlamento, il monarca dovrebbe attestare la costituzionalità della formazione della legge. Secondo questa dottrina, vi sarebbe quindi una certa garanzia, quanto meno in ordine ad una fase del procedimento legislativo; ma è proprio l'organo che dovrebbe essere controllato che rivendica la funzione di controllo. La conferma ministeriale commette senza dubbio una responsabilità all'atto del monarca, ma nella monarchia costituzionale la responsabilità ministeriale è priva d'interesse pratico nella misura in cui è rivolta contro gli atti del monarca e non ha rilievo quando si tratta di vizi del procedimento legislativo che fanno capo al parlamento, dato che è quest'ultimo a porlo in essere.

La teoria, ancor oggi molto diffusa e difesa con gli argomenti più disparati, che bisogna togliere agli organi preposti all'applicazione del diritto qualunque potere di sindacare la costituzionalità delle leggi, che si deve consentire ai tribunali tutt'al più il controllo della regolarità della pubblicazione, che la costituzionalità della formazione delle leggi è

sufficientemente garantita dal potere di promulgazione attribuito al capo dello stato — e la consacrazione di tali vedute politiche da parte del diritto positivo, anche nelle costituzioni delle attuali repubbliche — hanno, come causa non ultima, la dottrina della monarchia costituzionale, le cui idee hanno influito, in modo più o meno cosciente, sulla organizzazione delle moderne democrazie.

II. La nozione di costituzione.

La questione della garanzia e del modo della garanzia della costituzione, cioè della regolarità dei gradi dell'ordinamento giuridico ad essa immediatamente subordinati, presuppone, per essere risolta, una nozione chiara di costituzione, che solo la teoria, qui sviluppata, della struttura gerarchica (*Stufenbau*) dell'ordinamento è in grado di fornire. Non è neppure esagerato affermare che essa soltanto permette di cogliere il senso immanente di questa nozione fondamentale di « costituzione », cui già pensava la teoria dello stato dell'antichità, poichè tale nozione implica l'idea di una gerarchia delle forme giuridiche.

Nonostante le molteplici trasformazioni subite, la nozione di costituzione ha conservato un nucleo permanente: l'idea di un principio supremo che determina l'intero ordinamento statale e l'essenza della comunità costituita da quest'ordinamento. Quale che sia il modo in cui viene definita, la costituzione è sempre il fondamento dello stato, la base dell'ordinamento che si vuole cogliere. Ciò che s'intende in primo luogo e in ogni caso per costituzione — e la nozione coincide sotto questo aspetto con quella di forma dello stato — è un principio in cui si esprime giuridicamente l'equilibrio delle forze politiche nel momento considerato, la norma che regola l'elaborazione delle leggi, delle norme generali in esecuzione delle quali viene svolta l'attività degli organi statali-tribunali e autorità amministrative. Questa regola per la

creazione delle norme giuridiche essenziali dello stato, la determinazione degli organi e del procedimento legislativi, forma la costituzione nel significato proprio, originario e stretto della parola. Essa è la base indispensabile delle norme giuridiche che regolano la condotta reciproca dei membri della collettività statale e così pure di quelle che determinano gli organi necessari per applicarle ed imporle, ed il modo in cui tali organi dovranno procedere, cioè, in definitiva, l'assetto fondamentale dell'ordinamento statale.

Da qui l'idea di assicurarle la più grande stabilità possibile, di differenziare le norme costituzionali dalle norme delle leggi ordinarie, assestandone la revisione ad una procedura speciale, le cui condizioni siano più difficili da riunire. Emerge così la distinzione tra forma costituzionale e forma di legge ordinaria. Al limite, solo la costituzione, nel senso stretto e proprio della parola, è rivestita di questa speciale forma o — per usare un'espressione abituale, se non felice — la costituzione in senso materiale coincide con la costituzione in senso formale.

Se il diritto positivo conosce una specifica forma costituzionale, distinta dalla forma della legge ordinaria, nulla si oppone a che essa venga utilizzata anche per l'adozione di norme che non rientrano nella costituzione in senso stretto e, innanzi tutto, di norme che regolano non già la formazione ma il contenuto delle leggi. Si ricava così la nozione di costituzione in senso lato, che incontriamo allorché le costituzioni moderne contengono non solo regole sugli organi e il procedimento legislativi ma altresì un elenco di diritti fondamentali degli individui o libertà individuali. In questo modo — è il senso originario se non esclusivo di questa prassi — la costituzione traccia principi direttivi e limiti al contenuto delle leggi future. Quando proclama l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, la libertà di opinione, la libertà di coscienza, l'inviolabilità della proprietà nella forma abituale di un diritto soggettivo all'eguaglianza, alla libertà, alla proprietà etc., che viene garantito ai singoli, la costi-

tuzione dispone, in fondo, che le leggi non solo dovranno essere elaborate nel modo da essa prescritto ma non potranno inoltre contenere alcuna disposizione che attenti all'egualianza, alla libertà, alla proprietà etc. La costituzione non è allora solo una regola di procedura ma anche una regola sostanziale; sicché una legge può essere incostituzionale sia a causa di una irregolarità procedurale relativa alla sua formazione sia a causa di un contenuto contrario ai principi o alle direttive formulati dal costituente, quando supera i limiti prefissati.

Spesso si distingue così tra incostituzionalità formale e incostituzionalità materiale delle leggi. Tale distinzione è però ammissibile solo con la riserva che la cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch'essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale. Si tratta quindi, in ogni caso, di sapere se dev'essere osservata la forma ordinaria o quella costituzionale. Se il diritto positivo non differenzia queste due forme, non ha senso giuridico stabilire principi, direttive, limiti al contenuto delle leggi ed è solo un'apparenza determinata da motivi politici, come accade del resto per le libertà garantite in forma costituzionale nel caso frequente in cui la costituzione autorizza il legislatore ordinario a limitarle.

5. Le disposizioni costituzionali relative al procedimento e al contenuto delle leggi possono essere precisate solo mediante le stesse leggi. Le garanzie della costituzione si risolvono così in strumenti contro le leggi incostituzionali; ma, se — tramite l'idea di forma costituzionale — la nozione di costituzione è estesa ad oggetti diversi dal procedimento legislativo e alla determinazione di principio del contenuto delle leggi, è possibile che la costituzione si concretizzi in forme giuridiche diverse dalle leggi, in particolare in regolamenti, o anche in atti giuridici individuali. Il contenuto

della costituzione può in effetti rendere inutile una legge, così come una legge può essere tale da non richiedere, per la propria applicazione, un regolamento. La costituzione può disporre, per esempio, che, a condizioni ben determinate, norme generali possano essere introdotte non con deliberazione parlamentare ma con atto del governo. Si tratta dei regolamenti (ordinanze) di necessità, che assumono così lo stesso grado delle leggi, hanno la medesima forza, le sostituiscono e le modificano, sono, a differenza dei semplici regolamenti di esecuzione, immediatamente subordinati alla costituzione, possono essere, come le leggi, immediatamente incostituzionali e postulano quindi, al pari delle leggi incostituzionali, le garanzie della costituzione.

Nulla però si oppone neppure a che siano poste in forma costituzionale norme che non contengano solo principi, direttive, limiti al contenuto delle leggi future e debbano quindi essere concretizzate mediante leggi, ma che, al contrario, regolino una materia in modo così completo da essere immediatamente applicabili ai casi concreti mediante atti giurisdizionali o, più ancora, amministrativi. Così accade quando la costituzione — in senso lato — stabilisce come debbano essere costituiti taluni organi supremi dell'esecutivo — capo dello stato, ministri, corte suprema etc. — di modo che essi possono essere creati senza l'intervento di alcuna regola di dettaglio che completi la costituzione — legge o regolamento — ma in applicazione immediata della costituzione stessa. Questa materia appare effettivamente inclusa nella nozione corrente di costituzione. Tradizionalmente s'intende per costituzione — in senso materiale — non solo le regole che riguardano gli organi e il procedimento della legislazione ma altresì quelle relative agli organi supremi dell'esecutivo e inoltre alla determinazione dei rapporti di principio tra lo stato e i cittadini — con ciò designandosi semplicemente il catalogo dei diritti fondamentali, cioè, per esprimersi in modo giuridicamente corretto, taluni principi circa il contenuto delle leggi. La prassi degli stati moderni è conforme a questa

nozione, di cui le costituzioni presentano in generale questi tre aspetti.

Se così stanno le cose, non solo norme generali — leggi o regolamenti — ma anche atti individuali sono immediatamente subordinati alla costituzione e possono quindi essere immediatamente incostituzionali. Il numero degli atti individuali immediatamente subordinati alla costituzione può, naturalmente, essere ampliato a volontà: basta rivestire della forma costituzionale, per un qualunque motivo politico, norme giuridiche direttamente applicabili ai casi concreti, per esempio votare le leggi sulle associazioni e sui culti come leggi costituzionali. Sebbene una garanzia della regolarità degli atti di esecuzione di queste leggi abbia formalmente il carattere di una garanzia della costituzione, è evidente che qui, per il fatto che la nozione di costituzione è estesa troppo al di là del suo ambito originario e per così dire naturale — quello che risulta dalla teoria della struttura gerarchica del diritto — la garanzia specifica della costituzione, di cui bisognerà studiare in seguito l'organizzazione tecnica — la giustizia costituzionale —, non può senz'altro aver luogo, giacché il carattere individuale dell'atto incostituzionale realizzerebbe un concorso evidente della giustizia costituzionale con la giustizia amministrativa, sistema di misure volte a garantire la legittimità dell'esecuzione e in particolare dell'amministrazione.

6. In tutti i casi finora considerati, si trattava solo di atti immediatamente subordinati alla costituzione e quindi di fatti d'incostituzionalità immediata. Da questi atti si distinguono chiaramente quelli che non sono subordinati immediatamente alla costituzione e che pertanto possono essere solo mediatamente incostituzionali.

Quando la costituzione pone il principio della legittimità dell'esecuzione (*Vollziehung*) in generale e dei regolamenti in particolare, questa legittimità significa al tempo stesso — in modo indiretto — costituzionalità, e viceversa. Segnaliamo

qui in particolare, poichè si tratta di norme generali, il regolamento di esecuzione, la cui garanzia di legittimità può essere anch'essa classificata, per motivi che saranno esaminati più avanti, tra le funzioni della giustizia costituzionale. Osserviamo per il resto che l'incostituzionalità diretta non si lascia sempre distinguere nettamente da quella indiretta perchè fra questi due tipi possono inserirsi forme miste o intermedie. Così accade, per esempio, quando la costituzione autorizza in modo immediato, diretto, le autorità amministrative o alcune di esse ad emanare regolamenti nei limiti della loro competenza e per assicurare l'esecuzione delle leggi che sono tenute ad applicare. Queste autorità ricevono allora il potere regolamentare direttamente dalla costituzione. Ciò che devono ordinare, cioè il contenuto dei loro regolamenti, è però determinato da leggi che stanno tra questi ultimi e la costituzione. Questi regolamenti di esecuzione si distinguono subito, per il grado di prossimità alla costituzione, da quell'altra specie di regolamenti (*ordinanze*) ai quali abbiamo in precedenza accennato, quelli cioè che derogano alle leggi o che le sostituiscono e che sono immediatamente subordinati alla costituzione e possono essere quindi solo incostituzionali e non illegittimi.

Altro caso: quando la costituzione pone principi relativi al contenuto delle leggi, per esempio in un catalogo di diritti fondamentali, gli atti amministrativi emanati in applicazione di queste leggi possono essere incostituzionali, in un senso ancora diverso in cui lo è ogni atto amministrativo illegittimo. Se, per esempio, la costituzione stabilisce che l'espropriazione non possa aver luogo se non verso pieno e completo indennizzo e se, in un caso concreto, si procede all'espropriazione sulla base di una legge perfettamente costituzionale — che stabilisca anch'essa il principio del pieno indennizzo — ma in contrasto con le sue disposizioni — cioè senza indennizzo — l'atto amministrativo non è illegittimo e quindi indirettamente incostituzionale nel senso ordinario, giacché esso non contrasta solo con la legge e quindi col principio

costituzionale generale della legittimità dell'attività esecutiva, ma anche con un principio speciale espressamente stabilito dalla costituzione — che cioè ogni atto di espropriazione dev'essere accompagnato da un pieno e completo indennizzo — ed oltrepassa pertanto questo limite speciale che essa impone alla legislazione. Sarebbe allora comprensibile che si mettesse in moto contro gli atti illegittimi di questa natura un meccanismo a garanzia della costituzione.

Il principio costituzionale della legittimità dell'esecuzione non significa solo che ogni atto esecutivo dev'essere conforme alla legge, ma essenzialmente che non può esservi atto di esecuzione se non sulla base di una legge, se non autorizzato da una legge. Se quindi un'autorità statale — tribunale o organo amministrativo — pone in essere un atto privo di una base legale, questo atto non è, precisamente, illegittimo, in quanto manca una legge con la quale misurare la sua legittimità, ma « senza legge » e quindi immediatamente incostituzionale. Poco importa che quest'atto « senza legge » non si riferisca esso stesso ad alcuna legge o che la menzione d'una legge sia puramente fittizia, come nel caso in cui, per esempio, l'amministrazione espropriasse una casa di città invocando una legge che autorizza l'espropriazione di fondi rustici per fini di riforma agraria. Per quanto questo caso si distingua chiaramente da quello, esaminato in precedenza, dell'espropriazione illegittima in quanto non accompagnata dall'indennizzo, non bisogna tuttavia nascondersi che in generale il limite tra gli atti « senza legge », e quindi immediatamente incostituzionali, e gli atti illegittimi, e quindi d'incostituzionalità mediata, non è perfettamente netto.

7. Accanto alle leggi, ad alcuni regolamenti e agli atti individuali di esecuzione che presentano i caratteri precedentemente indicati, bisogna considerare come altra forma giuridica immediatamente subordinata alla costituzione i trattati internazionali. Le costituzioni contengono in generale disposizioni circa la loro formazione, autorizzano il capo dello

stato a stipularli, accordano il potere di approvarli al parlamento, esigono per la loro validità interna la trasformazione in legge, etc. I principi costituzionali sul contenuto delle leggi sono validi anche per i trattati internazionali o, quanto meno, potrebbero valere per essi, essendo concepibile che il diritto positivo li sottragga a queste disposizioni. I trattati internazionali devono essere considerati, rispetto alla costituzione, alla stregua delle leggi. Possono essere incostituzionali sia formalmente — a causa della loro formazione — sia materialmente — a causa del loro contenuto. Per il resto, non ha alcuna importanza che il trattato abbia carattere generale o individuale.

Il posto del trattato internazionale nell'edificio dell'ordinamento giuridico non si lascia tuttavia determinare in modo perfettamente univoco. È possibile concepirlo come norma immediatamente subordinata alla costituzione e da questa determinata solo supponendo che la costituzione sia un grado supremo, cioè dal punto di vista del primato del diritto interno. Se ci si pone al di sopra di questo punto di vista e si parte dall'idea della superiorità del diritto internazionale rispetto ai vari ordinamenti statali, cioè del primato dell'ordinamento giuridico internazionale, il trattato appare un ordinamento giuridico superiore agli stati contraenti, creato in conformità ad una regola del diritto delle genti da un organo proprio della comunità internazionale formato dai rappresentanti di questi stati. Per ciò che riguarda la determinazione dei membri di quest'organo (capi di stato, ministri degli affari esteri, parlamenti etc.), il diritto internazionale delega i vari ordinamenti statali o la loro costituzione. Da questo punto di vista, il trattato è preminente rispetto alla stessa costituzione, in quanto può derogare a una legge ordinaria o costituzionale, mentre è impossibile il contrario. Secondo le regole del diritto internazionale, un trattato può perdere la propria forza obbligatoria solo in virtù di un altro trattato o di taluni altri fatti da esso determinati e non già in virtù di un atto unilaterale di una delle parti contraenti,

segnatamente in virtù di una legge. Se una legge, anche se costituzionale, contrasta con un trattato, è irregolare, cioè contraria al diritto internazionale. Immediatamente si pone contro il trattato, mediamente contro il principio *pacta sunt servanda*.

Anche atti statali diversi dalle leggi possono naturalmente contrastare con il diritto internazionale violando, in modo mediato o immediato, sia il principio del rispetto delle convenzioni sia altre regole del diritto internazionale generale. Se si ammette, per esempio, l'esistenza di una regola di diritto internazionale in base alla quale gli stranieri possono essere espropriati solo verso pieno e completo indennizzo, una legge costituzionale, una legge ordinaria, un atto amministrativo o una sentenza che disponessero l'espropriazione dello straniero senza indennizzo sarebbero contrari al diritto internazionale. È da notare, peraltro, che il diritto internazionale non pronuncia esso stesso la nullità degli atti statali che gli siano contrari e non ha ancora elaborato una procedura per l'annullamento, da parte di un tribunale internazionale, di questi atti, i quali restano quindi validi qualora non vengano annullati in sede statale. Il diritto internazionale non ha, in definitiva, altra sanzione che la guerra, la quale però non elimina l'atto contrario alle sue regole. Ciò non impedisce tuttavia che esso, qualora gli si riconosca il primato, possa costituire un metro per misurare la regolarità di tutte le norme statali, compresa la più elevata fra di esse, cioè la costituzione.

III. Le garanzie della regolarità.

8. Chiarita sufficientemente la nozione di costituzione e con ciò la stessa natura della costituzionalità e dell'incostituzionalità, possiamo ora esaminare la questione delle garanzie richieste per la tutela della costituzione.

Si tratta delle garanzie generali che la moderna tecnica giuridica ha sviluppato in ordine alla regolarità degli atti

statali in generale e che possono essere preventive o repressive, personali od oggettive.

A) Le garanzie preventive tendono ad impedire la formazione di atti irregolari; quelle repressive reagiscono contro l'atto irregolare già emanato, tendono ad impedirne la ripetizione in avvenire, a riparare il danno da esso causato, ad eliminarlo, ed eventualmente a sostituirlo con un atto regolare. Naturalmente, i due elementi possono anche confluire in un unico mezzo di garanzia.

Tra le numerosissime possibili garanzie solo preventive è qui anzitutto da considerare l'organizzazione in tribunale dell'autorità che crea il diritto, cioè l'indipendenza garantita — per esempio, mediante l'immovibilità — all'organo, la quale consiste in ciò, che tale organo non può essere giuridicamente obbligato, nell'esercizio delle sue funzioni, da alcuna norma individuale (ordine) di altri organi e, in particolare, di un organo superiore o che appartenga ad un altro gruppo di autorità, ed è quindi tenuto all'osservanza delle sole norme generali ed essenzialmente delle leggi e dei regolamenti legittimi. Altra cosa è il potere riconosciuto al tribunale di esercitare il controllo sulle leggi e sui regolamenti. L'idea, ancora assai diffusa, che solo la regolarità della giurisdizione può costituire una garanzia di questo tipo poggia sull'ipotesi errata che tra giurisdizione e amministrazione esista, dal punto di vista giuridico, cioè della teoria o della tecnica giuridiche, una differenza di natura. Ora, proprio dal punto di vista del loro rapporto con le norme dei gradi superiori — rapporto decisivo per il postulato della regolarità dell'esercizio della funzione — non è possibile scorgere una tale differenza tra amministrazione e giurisdizione, e neppure tra esecuzione e legislazione. La distinzione tra giurisdizione e amministrazione sta esclusivamente nelle modalità di organizzazione dei tribunali. Ne è prova l'istituzione della giustizia amministrativa, che consiste in ciò, che atti amministrativi, cioè atti normalmente emanati da autorità

amministrative, vengono emanati da tribunali, o in ciò, che la regolarità degli atti emanati dalle autorità amministrative è controllata da un tribunale e che tali atti vengono quindi annullati se riconosciuti irregolari o anche eventualmente riformati, cioè sostituiti con atti regolari. La tradizionale contrapposizione tra giurisdizione e amministrazione, il dualismo fondato su questa contrapposizione in seno all'apparato delle autorità esecutive, possono spiegarsi solo storicamente e sono destinati a scomparire, se non sono ingannevoli i sintomi che già indicano una tendenza all'unificazione di questo apparato. Così pure, solo storicamente è possibile spiegare perchè si vede nella indipendenza di un organo dagli ordini di un altro una garanzia dell'esercizio regolare delle sue funzioni.

L'organizzazione in tribunale dell'organo che crea il diritto non solo è la garanzia preventiva più caratteristica della regolarità degli atti da emanare ma è anche la prima del gruppo di garanzie che chiamiamo personali. Le altre sono la responsabilità penale e disciplinare e così pure la responsabilità civile dell'organo che ha posto in essere l'atto irregolare.

B) Le garanzie oggettive, che hanno al tempo stesso un accentuato carattere repressivo, sono la nullità e l'annullabilità dell'atto irregolare.

Nullità significa che un atto che si presenta come atto giuridico, e specialmente un atto dello stato, non è tale oggettivamente, in quanto è irregolare, non risponde cioè alle condizioni per esso stabilite da una norma giuridica di grado superiore. L'atto nullo manca in anticipo di ogni carattere giuridico, di modo che, per togliergli la qualità usurpata di atto giuridico, non c'è bisogno di un altro atto giuridico. Se un tale atto fosse invece necessario, saremmo in presenza non già di una nullità ma di una annullabilità. Chiunque, autorità pubbliche o singoli individui, ha il diritto di esaminare in ogni circostanza la regolarità dell'atto nullo, di dichiararlo irregolare e di trattarlo quindi come non valido,

non obbligatorio. Solo nella misura in cui il diritto positivo limita questo potere di esaminare ogni atto che pretenda al carattere di atto giuridico e di decidere circa la sua regolarità, riservandolo, al verificarsi di precise condizioni, a determinati organi, un atto affetto da un qualunque vizio giuridico può non essere considerato *a priori* nullo ma soltanto annullabile. In mancanza di tale limitazione, ogni atto giuridico viziato dovrebbe essere considerato nullo, cioè come qualcosa che non è un atto giuridico. In realtà, i vari ordinamenti positivi contengono limitazioni molto forti al diritto che, in linea di principio, ha chiunque di considerare gli atti irregolari come nulli. In generale, sotto questo profilo, gli atti dei singoli e quelli delle autorità sono trattati in modo diverso. In poche parole, si constata una tendenza a trattare gli atti delle pubbliche autorità, anche se irregolari, come validi e obbligatori finchè non vengano eliminati da atti di altre autorità. La questione della regolarità o irregolarità degli atti delle autorità non dev'essere decisa dal soggetto o dall'organo statale ai quali essi si rivolgono chiedendo obbedienza ma dalla stessa autorità che ha emanato l'atto la cui regolarità è contestata o da un'altra autorità la cui decisione viene provocata attraverso un determinato procedimento.

Questo principio, accolto in misura più o meno larga nei vari ordinamenti e che possiamo definire principio dell'autolegittimazione (*Selbstlegitimation*) degli atti delle pubbliche autorità, ha alcuni limiti. Il diritto positivo non può mai stabilire che qualunque atto che si presenti come atto di una pubblica autorità debba senz'altro essere considerato come tale finchè non venga annullato per irregolarità con un atto emanato da un'altra autorità. Sarebbe evidentemente assurdo esigere una tale procedura per l'annullamento, ad esempio, di un atto posto in essere da un individuo che non ha in alcun modo la veste di pubblica autorità. D'altra parte, però, non è neppure possibile considerare nullo *a priori* ogni atto emanato da un'autorità incompetente o costituita in

modo irregolare o mediante un procedimento irregolare. Il problema assai difficile — tanto sul piano teorico quanto sul piano tecnico — della nullità assoluta interessa tuttavia la questione delle garanzie della costituzione solo nella misura in cui va affermato che la nullità — che non può mai essere completamente esclusa dal diritto positivo — viene in considerazione anche per gli atti immediatamente subordinati alla costituzione e che pertanto la nullità di questi atti è pure, in un certo senso, una garanzia della costituzione.

Nè i singoli nè le autorità devono considerare legge tutto ciò che reca questo titolo. Possono esservi senza dubbio atti che hanno solo l'apparenza delle leggi. Non è tuttavia possibile definire con una formula teorica generale il limite che separa l'atto nullo *a priori* che sia una pseudo-legge da un atto legislativo viziato ma valido — da una legge incostituzionale. Solo il diritto positivo potrebbe assumersi questo compito; in genere però non lo fa o quanto meno non lo fa coscientemente o in modo preciso. Più spesso lascia che tale questione venga risolta dall'autorità chiamata a decidere nel caso che qualcuno — singolo individuo oppure organo statale — abbia rifiutato obbedienza all'atto, sostenendo trattarsi di una pseudo-legge. Con ciò stesso, però, l'atto esce dalla sfera della nullità assoluta per entrare in quella della mera annullabilità. Nella decisione dell'autorità che nega carattere giuridico all'atto cui è stata rifiutata obbedienza non è infatti possibile vedere altro che l'annullamento di questo atto con un certo effetto retroattivo. Non diversamente vanno le cose quando il diritto positivo richiede, affinché l'atto non sia nullo *a priori*, il concorso di un minimo di condizioni; come, per esempio, quando la costituzione stabilisce che tutto ciò che viene pubblicato con il titolo di legge nel *Bollettino ufficiale* debba valere come legge, quali che possano essere le sue altre irregolarità, finchè non venga annullato da un organo autorizzato a farlo. In definitiva, infatti, è sempre l'autorità pubblica che deve dichiarare in modo autentico se le condizioni minime esistono o no, giac-

chè diversamente chiunque potrebbe dispensarsi dall'obbligo di obbedire alle leggi allegando semplicemente che non sono leggi.

Dal punto di vista del diritto positivo, la situazione del soggetto cui l'atto si rivolge con la pretesa di essere obbedito è, senza eccezioni, la seguente: egli può, se ritiene l'atto nullo, rifiutargli obbedienza, ma agisce a suo rischio e pericolo, cioè corre il rischio che, convenuto per inosservanza, l'autorità dinanzi alla quale è chiamato non ritenga l'atto nullo o dichiarì soddisfatte le condizioni minime richieste per la sua validità, salvo la sua ulteriore annullabilità. Nel caso contrario, la decisione dell'autorità significa cassazione dell'atto con effetto che retroagisce fino al momento in cui è stato emanato. Questa interpretazione s'impone perchè la decisione è il risultato di un procedimento che ha come posta la nullità dell'atto — inizialmente solo affermata dall'interessato — sicchè la nullità non può essere in alcun modo considerata come acquisita prima che il procedimento abbia termine, potendo questo sfociare in una decisione che la nega e perchè la decisione deve avere necessariamente carattere costitutivo anche se in essa si dichiara che l'atto era nullo. Dal punto di vista del diritto positivo, cioè dell'autorità che decide sulla esistenza della nullità, vi è sempre annullabilità, quanto meno nel senso che la nullità può essere presentata come un caso limite di annullabilità — come annullamento con effetto retroattivo.

Annullabilità dell'atto irregolare significa possibilità di eliminarlo insieme con le sue conseguenze giuridiche. L'annullamento ha, in realtà, dei gradi sia per ciò che attiene alla portata sia per ciò che attiene agli effetti nel tempo.

Sotto il primo aspetto, può — come prima soluzione — essere limitato al caso concreto. Se si tratta di un atto individuale, la cosa va da sé. Diversamente accade se si tratta di una norma generale. L'annullamento di una norma generale resta confinato al caso concreto quando le autorità — giudiziarie o amministrative —, se la ritengono irregolare, possono

o debbono rifiutarsi di applicarla nel caso portato al loro esame e decidere come se non fosse in vigore, ma per il resto la norma rimane in vigore e dev'essere applicata in altri casi da altre autorità che o non abbiano il potere di sindacarne la regolarità e di decidere al riguardo o, pur avendolo, la ritengano regolare. L'autorità chiamata ad applicare la norma generale, potendo toglierle validità nel caso concreto ove ne riconosca l'irregolarità, ha senz'altro il potere di annullarla — giacchè togliere validità ad una norma e annullarla sono una sola identica cosa — ma l'annullamento è solo parziale, limitato alla fattispecie. È questa la situazione dei tribunali — ma non delle autorità amministrative — nei riguardi dei regolamenti, secondo numerose costituzioni moderne. Nei riguardi delle leggi però, essi sono lungi dal possedere poteri di controllo così estesi. Più spesso non possono sindacare la regolarità, cioè la costituzionalità, delle leggi sotto tutti gli aspetti ma solo verificare la regolarità della loro pubblicazione e possono quindi rifiutarne l'applicazione al caso concreto solo entro i limiti delle irregolarità verificatesi nella pubblicazione. I difetti e l'insufficienza di un annullamento così limitato alla fattispecie sono evidenti. Ne deriva anzitutto mancanza di unità nelle soluzioni, con la conseguente incertezza del diritto che si fa molto sgradevolmente sentire quando un tribunale disapplica un regolamento o anche una legge irregolari mentre un altro fa il contrario e le autorità amministrative, chiamate ad intervenire, non possono rifiutarsi di applicarne le norme. L'accentramento del potere di sindacare la regolarità delle norme generali è certamente, sotto ogni punto di vista, giustificato. Se però si decide di affidare tale controllo ad un'unica autorità, è possibile abbandonare il sistema dell'annullamento limitato al caso concreto e adottare il sistema dell'annullamento totale, esteso cioè a tutti i casi in cui la norma avrebbe dovuto essere applicata. È evidente che un potere tanto considerevole può essere affidato solo ad un organo supremo centrale.

Quanto alla sua portata ~~nel tempo~~, l'annullamento può limitarsi al futuro ~~o~~ estendersi anche al passato, aver luogo cioè con o senza effetto retroattivo. Questa differenza ha naturalmente un senso solo per gli atti che hanno conseguenze giuridiche durevoli ed interessa quindi, anzitutto, l'annullamento delle norme generali. L'ideale della certezza del diritto esige che l'annullamento di una norma generale irregolare abbia normalmente effetto solo *pro futuro*, cioè a partire dall'annullamento medesimo. Bisogna anche considerare la possibilità che l'annullamento abbia effetto solo dopo ~~scaduto un certo termine~~. Come possono esservi ragioni valide per far precedere l'entrata in vigore di una norma generale — per esempio, legge o regolamento — da una *vacatio legis*, così potrebbero esservene di ugualmente valide per non far perdere vigore ad una norma generale annullata se non dopo la scadenza di un termine successivo alla sentenza di annullamento. Talune circostanze possono tuttavia rendere necessario l'annullamento retroattivo. Non si deve solo pensare al caso-limite, considerato in precedenza, di una retroattività illimitata, in cui l'annullamento dell'atto equivale alla sua nullità, quando l'atto irregolare, secondo l'apprezzamento sovrano dell'autorità competente ad annullarlo o per la mancanza delle condizioni minime richieste dal diritto per la sua validità, dev'essere considerato come un semplice pseudo-atto giuridico; si deve anzitutto pensare ad un effetto retroattivo eccezionale, limitato a talune fattispecie o ad una certa categoria di casi.

Per organizzare tecnicamente l'annullamento di un atto, è altresì molto importante sapere se l'annullamento potrà essere effettuato solo dallo stesso organo che ha posto in essere l'atto o se sarà affidato ad un altro organo. Considerazioni anzitutto di prestigio portano all'adozione del primo sistema. Si vuole evitare che l'autorità dell'organo che ha posto la norma irregolare, considerato come organo supremo o che agisce quanto meno sotto il controllo e la responsabilità di un organo supremo, venga indebolita — specie se si tratta

di una norma generale — per il fatto che un altro organo sia autorizzato ad annullare i suoi atti e si ponga in questo modo al di sopra di esso, che dev'essere invece considerato supremo. Per evitare l'annullamento degli atti di un'autorità da parte di un'altra non solo si allega la « sovranità » dell'organo che ha posto in essere l'atto irregolare ma anche il dogma della separazione dei poteri. Così accade, per esempio, quando si tratta degli atti delle autorità amministrative supreme e l'organo chiamato eventualmente ad annullarli dovrebbe stare quindi al di fuori dell'organizzazione amministrativa e avere, con riguardo tanto alla funzione quanto all'organizzazione, il carattere di autorità giurisdizionale indipendente, cioè di tribunale. Dato il carattere più che discutibile della distinzione tra giurisdizione e amministrazione, invocare la separazione dei poteri ha in questo caso tanto poco valore quanto invocare la « sovranità » dell'organo. I due argomenti hanno peraltro una particolare funzione nella questione delle garanzie della costituzione. Col pretesto che devono essere rispettate sia la sovranità dell'organo che ha posto in essere l'atto irregolare sia la separazione dei poteri, si lascia l'annullamento alla discrezione di questo medesimo organo, concedendo agli interessati solo il diritto di presentare una istanza di annullamento sprovvista di forza vincolante — semplici « rimostranze ». Oppure esiste una particolare procedura che dovrebbe portare all'eliminazione dell'atto irregolare da parte del suo autore ma la domanda introduttiva obbliga l'autorità solo ad avviarla e non a concluderla in un certo modo, cioè con l'annullamento dell'atto censurato. L'annullamento resta dunque entro l'ambito del potere discrezionale, per quanto legalmente condizionato, dello stesso organo che ha emanato l'atto irregolare e che non è controllato da un organo superiore. Bisognerebbe infine considerare un terzo sistema, che costituisce del resto una forma di transizione al secondo tipo indicato: la questione della regolarità dell'atto è sì decisa da un'autorità diversa ma l'annullamento è riservato all'autorità che lo ha posto in essere. Quest'organo,

tuttavia, può essere giuridicamente obbligato dalla decisione ad annullare l'atto riconosciuto irregolare: l'adempimento di questo dovere può anche essere legato ad un termine. Neppure questa variante offre però una garanzia sufficiente ed è inutile dimostrarlo con ulteriori dettagli. Questa garanzia c'è solo quando l'annullamento dell'atto irregolare è pronunciato immediatamente da un organo del tutto diverso, e indipendente da quello che lo ha emanato. Se ci si attiene alla tradizionale divisione delle funzioni dello stato in legislazione, giurisdizione e amministrazione, e alla connessa divisione dell'apparato statale in tre gruppi di organi — un apparato legislativo, un apparato giudiziario e un apparato amministrativo — bisogna distinguere il caso in cui l'annullamento dell'atto irregolare resta all'interno dello stesso apparato — in cui, per esempio, gli atti amministrativi e le sentenze irregolari sono annullati mediante un nuovo atto amministrativo o una nuova sentenza, cioè mediante un atto di un'autorità superiore appartenente allo stesso gruppo di organi, amministrativa qui giudiziaria là — dal caso in cui l'autorità appartiene a un altro gruppo di organi. Il ricorso gerarchico appartiene al primo tipo; la giustizia amministrativa è un esempio del secondo. È tratto caratteristico dei sistemi giuridici moderni che la regolarità degli atti giurisdizionali sia garantita quasi senza eccezione con mezzi del primo tipo. Solo nella indipendenza dei tribunali si vede infatti una garanzia sufficiente della regolarità dei loro atti.

L'annullamento dell'atto irregolare pone il problema della sua sostituzione con un atto regolare. A questo proposito, bisogna distinguere due possibilità tecniche: l'autorità competente può avere anche il potere di sostituire l'atto annullato con un atto regolare, cioè non solo il potere di annullare ma anche quello di riformare, oppure la formazione dell'atto regolare può essere lasciata alla stessa autorità il cui atto è stato annullato. Se questa è vincolata alla soluzione giuridica che l'organo di annullamento ha formulato nella decisione — sotto forma, per esempio, di motivi — la sua

indipendenza subisce una restrizione — fatto che, se si tratta dell'annullamento di una sentenza, non è da trascurare ai fini dell'indipendenza dei giudici come garanzia specifica della regolarità dell'esecuzione.

IV. *Le garanzie della costituzionalità.*

Fra i mezzi tecnici in precedenza indicati, volti a garantire la regolarità delle funzioni statali, l'annullamento dell'atto incostituzionale rappresenta la garanzia principale e più efficace della costituzione, senza peraltro escludere altri possibili mezzi per assicurare la regolarità degli atti ad essa subordinati.

Senza dubbio, la garanzia preventiva, personale — l'organizzazione in tribunale dell'organo che pone in essere l'atto — è fuori causa in anticipo. La legislazione, della quale qui anzitutto si tratta, non può essere affidata a un tribunale, non tanto per la diversità delle funzioni legislative e giurisdizionale quanto piuttosto perchè l'organizzazione dell'organo legislativo è dominata essenzialmente da punti di vista diversi dalla costituzionalità del suo funzionamento. Decide qui la grande antitesi tra democrazia e autocrazia.

Le garanzie repressive invece — responsabilità costituzionale e responsabilità civile degli organi che pongono in essere atti irregolari — sono del tutto possibili; ma, per ciò che riguarda la legislazione, non nei confronti del parlamento come tale o dei suoi membri: per vari motivi, un organo col-legiale non è soggetto appropriato di responsabilità penale o civile. Tuttavia gli individui associati all'attività legislativa — capo dello stato, ministri — possono essere assoggettati a responsabilità per l'incostituzionalità delle leggi, soprattutto se la costituzione dispone che essi assumono con la promulgazione o la controfirma la responsabilità della costituzionalità del procedimento legislativo. Di fatto, l'istituto della responsabilità ministeriale, caratteristico delle costituzioni moderne,

serve anche ad assicurare la costituzionalità delle leggi, ed è naturale che questa responsabilità personale dell'organo possa essere utilizzata anche per garantire la legittimità dei regolamenti e in particolare anche la regolarità degli atti individuali immediatamente subordinati alla costituzione.

A quest'ultimo riguardo, si può anche pensare specialmente alla responsabilità pecuniaria per i danni causati con gli atti irregolari. La responsabilità ministeriale, tuttavia — e la storia costituzionale lo dimostra — non è in sé un mezzo molto efficace; ed anche le altre garanzie personali sono insufficienti giacchè non toccano la forza obbligatoria dell'atto, in particolare della legge incostituzionale. In queste condizioni, è anche difficile dire che la costituzione è garantita; essa lo è veramente solo quando è possibile l'annullamento degli atti incostituzionali.

I. *La giurisdizione costituzionale.*

9. Non vi è ipotesi di garanzia della regolarità in cui più si potrebbe essere tentati di affidare l'annullamento degli atti irregolari allo stesso organo che li ha posti in essere che in quella della garanzia della costituzione; e in nessun caso questa procedura sarebbe più controindicata. La sola forma in cui vi si potrebbe infatti vedere, in una certa misura, una efficace garanzia della costituzionalità — dichiarazione d'irregolarità da parte di un organo diverso e dovere di annullamento da parte dell'organo che ha emanato l'atto — è qui inattuabile, poichè il parlamento non può, per sua natura, venire obbligato in modo efficace. E sarebbe una ingenuità politica ritenere che annullerebbe una legge da esso votata per il fatto che un altro organo l'ha dichiarata incostituzionale. L'organo legislativo si considera in realtà libero creatore del diritto e non organo che lo applica, vincolato dalla costituzione, mentre in teoria lo è, sia pure in misura relativamente limitata. Non è quindi possibile contare sullo stesso parlamento per realizzare la sua subordinazione alla

costituzione. Il compito di annullare i suoi atti incostituzionali va affidato ad un organo diverso, indipendente da esso e da qualunque altra autorità statale, cioè ad una giurisdizione o tribunale costituzionale.

Nei confronti di questo sistema vengono ordinariamente formulate alcune obiezioni. La prima è, naturalmente, che un simile istituto sarebbe incompatibile con la sovranità del parlamento. Questo argomento però — a parte il fatto che non si può far questione della sovranità di un organo partitcolare, appartenendo la sovranità, tutt'al più, all'ordinamento statale nel suo complesso — viene meno già solo perché bisogna riconoscere che la costituzione regola, in definitiva, il procedimento legislativo esattamente nello stesso modo in cui le leggi regolano quello dei tribunali e delle autorità amministrative; che la legislazione è subordinata alla costituzione nello stesso modo in cui la giurisdizione e l'amministrazione sono subordinate alla legislazione e che, di conseguenza, il postulato della costituzionalità delle leggi è, teoricamente e tecnicamente, del tutto identico al postulato della legittimità della giurisdizione e dell'amministrazione. Se, in contrasto con queste vedute, si continua ad affermare l'incompatibilità della giustizia costituzionale con la sovranità del legislatore, ciò accade solo per dissimulare lo sforzo del potere politico che si esprime nell'organo legislativo di non farsi — in evidente contrasto con il diritto positivo — limitare dalle norme della costituzione. Ma se questa tendenza può essere approvata per motivi di opportunità, essa non ha dalla sua argomenti giuridici.

La risposta è pressoché analoga anche per la seconda obiezione, tratta dal principio della separazione dei poteri. Certo, l'annullamento di un atto legislativo da parte di un organo diverso costituisce senz'altro invasione del « potere legislativo », per dirla in termini correnti. Ma questo appare argomento assai problematico non appena si consideri che l'organo cui è affidato l'annullamento delle leggi incostituzionali, anche se — mediante l'indipendenza dei suoi mem-

brì — viene organizzato in forma di tribunale, non esercita in realtà una vera funzione giurisdizionale. Per quanto si possa distinguere, la differenza tra la funzione giurisdizionale e la funzione legislativa consiste anzitutto nel fatto che questa crea norme generali mentre quella crea solo norme individuali ⁽²⁾. Ora, annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa. E un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo. L'annullamento delle leggi da parte di un tribunale potrebbe essere quindi considerato tanto come ripartizione del potere legislativo tra due organi quanto come invasione del potere legislativo. Ora, in questo caso, non si parla generalmente di violazione del principio della separazione dei poteri come, per esempio, quando, nelle costituzioni delle monarchie costituzionali, la legislazione è affidata in linea di principio al parlamento congiuntamente al monarca ma quest'ultimo, in alcune ipotesi eccezionali, ha, insieme con i ministri, il potere di emanare ordinanze che derogano alle leggi. Essaminare qui i motivi politici dai quali è scaturita l'intera dottrina della separazione dei poteri ci condurrebbe troppo lontano, anche se sarebbe l'unico modo di mostrare il significato autentico di questo principio, funzione dell'equilibrio delle forze politiche nella monarchia costituzionale. Se lo si vuole mantenere nella repubblica democratica, può essere solo preso ragionevolmente in considerazione, fra i vari, il significato che rende l'espressione « divisione dei poteri » meglio di quello di separazione, l'idea cioè della ripartizione del potere fra organi diversi, non tanto per isolarli reciprocamente quanto per consentire un controllo degli uni sugli altri. E ciò non

(2) Possiamo qui trascurare il fatto che anche questa non è una assegnazione di principio e, in particolare, che il legislatore — specie il parlamento — può porre anche norme individuali.

solo per impedire la concentrazione di un potere eccessivo nelle mani di un solo organo — concentrazione che sarebbe dannosa per la democrazia — ma per garantire altresì la regolarità del funzionamento dei diversi organi. Ma allora la giurisdizione costituzionale non contrasta affatto col principio della separazione dei poteri, ma ne è invece un'affermazione.

Il problema di sapere se l'organo chiamato ad annullare le leggi incostituzionali possa essere un tribunale è quindi privo d'importanza.

La sua indipendenza tanto rispetto al parlamento quanto rispetto al governo è un postulato evidente. Sono infatti proprio il parlamento e il governo gli organi che, in quanto partecipano al procedimento legislativo, devono essere controllati dall'organo di giustizia costituzionale. Vi sarebbe tutt'al più da esaminare se il fatto che l'annullamento delle leggi è anch'esso funzione legislativa non comporti talune conseguenze particolari in ordine alla composizione e alla nomina di quest'organo. In realtà però non è così. Tutte le considerazioni politiche che dominano il problema della formazione dell'organo legislativo non sono infatti in gioco quando si tratta dell'annullamento delle leggi. E qui si manifesta la distinzione tra formazione e semplice annullamento delle leggi. L'annullamento di una legge avviene essenzialmente in applicazione delle norme della costituzione: manca qui del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa. Mentre il legislatore è vincolato dalla costituzione solo per ciò che riguarda il procedimento ed in modo del tutto eccezionale per quanto attiene al contenuto delle leggi da emanare, e solo mediante principi o direttive generali, i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla costituzione. E proprio per ciò questa funzione somiglia a quella di un qualunque altro tribunale; essa è principalmente applicazione e solo in misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisdizionale. Ad essa presiedono quindi

i medesimi principi fondamentali validi per l'organizzazione dei tribunali e degli organi esecutivi.

Non si può dunque, a questo riguardo, proporre una soluzione uniforme per tutte le costituzioni: l'organizzazione dell'organo di giustizia costituzionale dovrà adattarsi alle particolarità proprie di ciascuna di esse. Ecco tuttavia alcune considerazioni di portata e valore generali: il numero dei suoi componenti non dovrà essere troppo alto, dal momento che esso è chiamato essenzialmente a pronunciarsi su questioni giuridiche, deve adempiere il compito puramente giuridico d'interpretare la costituzione. Fra i metodi di reclutamento particolarmente tipici, non si può suggerire senza riserve né la semplice elezione da parte del parlamento né la nomina esclusiva da parte del capo dello stato o del governo. Si potrebbe forse combinare i due metodi, facendo per esempio eleggere i giudici dal parlamento su proposta del governo, che dovrebbe designare più candidati per ciascun seggio da occupare, o viceversa. È della massima importanza che nella composizione dell'organo venga accordato spazio adeguato ai giuristi di professione. Si potrebbe, per esempio, riconoscere alle facoltà di diritto un potere di proposta per una parte almeno dei seggi, o anche attribuire allo stesso tribunale il potere di proposta per ogni seggio che si renda vacante o ricoprire il seggio mediante elezione, cioè per cooptazione. Il tribunale ha infatti il massimo interesse a rafforzare esso stesso la propria autorità chiamando a sé eminenti specialisti. È ugualmente importante escludere dalla giurisdizione costituzionale i membri del parlamento e del governo, dal momento che devono essere controllati proprio i loro atti. È tanto difficile quanto desiderabile impedire ogni influenza politica sulla giurisprudenza dell'organo di giustizia costituzionale. Non si può negare che anche gli specialisti possono — coscientemente o no — farsi guidare da considerazioni politiche. Se questo pericolo è particolarmente grande, è quasi preferibile accettare piuttosto che l'influenza occulta e quindi incontrollabile dei partiti politici, la loro participa-

*ma ciò è anche, della natura della
corrente formale*

zione legittima alla formazione del tribunale, facendo per esempio ricoprire una parte dei seggi per via elettiva dal parlamento, tenuto conto della forza di ciascun partito. Se gli altri seggi sono assegnati a specialisti, questi possono tenere molto più conto delle considerazioni puramente tecniche, giacchè la loro coscienza politica è allora sgombrata dalla presenza dei membri chiamati a difendere interessi puramente politici.

2. L'oggetto del controllo di costituzionalità.

10. - I. L'oggetto principale della giurisdizione costituzionale è formato dalle leggi di cui si allega l'incostituzionalità. Per leggi bisogna intendere gli atti degli organi legislativi così denominati, cioè, nelle democrazie moderne, gli atti del parlamento e — se si tratta di stati federali — degli organi legislativi locali.

Devono essere assoggettati al controllo dell'organo di giustizia costituzionale tutti gli atti che rivestono la forma di legge, anche se contengono solo norme individuali e, per esempio, il bilancio e tutti gli atti nei quali la dottrina tradizionale è incline, per una ragione qualunque, a vedere, nonostante la loro forma di legge, semplici atti amministrativi. Il controllo della loro regolarità non può essere affidato ad una istanza diversa dall'organo predetto, il quale deve poter sindacare anche la costituzionalità di altri atti del parlamento che hanno secondo la costituzione carattere obbligatorio senza rivestire necessariamente la forma della legge — non essendo richiesta la loro pubblicazione sul *Bollettino ufficiale* —, come, per esempio, il regolamento parlamentare o la deliberazione del bilancio (supponendo naturalmente che non debba avere forma di legge) ed altri simili atti.

Vanno aggiunti tutti gli atti che si presentano come leggi ma che tali non sono per la mancanza di un requisito essenziale — supponendo che non siano viziati da nullità assoluta,

giacchè allora non potrebbero essere oggetto del procedimento di controllo — e così pure gli atti che non si presentano come leggi ma che secondo la costituzione dovrebbero esserlo e che — allo scopo, per esempio, di sottrarli al controllo di costituzionalità — sono stati incostituzionalmente rivestiti di una forma diversa e votati dal parlamento come semplici risoluzioni non pubblicate o pubblicati come semplici regolamenti. Nel caso in cui, per esempio, l'organo di giustizia costituzionale dovesse controllare la costituzionalità delle sole leggi e il governo, non potendo ottenere la votazione di una legge, disciplinasse in via regolamentare una materia che, secondo la costituzione, dev'essere disciplinata con legge, il regolamento che incostituzionalmente tenesse luogo della legge dovrebbe poter essere impugnato davanti al predetto organo.

Questi esempi non sono immaginari: si è visto in Austria il parlamento di uno stato membro della Federazione tentare di regolare una certa materia per via di risoluzione non pubblicata perché sapeva che una legge sarebbe stata annullata in sede di giurisdizione costituzionale. Se si vuole impedire che il controllo di costituzionalità venga aggirato, atti simili devono poter essere deferiti a tale giurisdizione, e questo principio va applicato per analogia a tutti gli altri oggetti del controllo di costituzionalità.

11. - II. La giurisdizione dell'organo di giustizia costituzionale non dev'essere limitata al controllo della costituzionalità delle leggi.

Essa deve anzitutto estendersi ai regolamenti che hanno forza di legge, atti immediatamente subordinati alla costituzione la cui regolarità consiste esclusivamente — come abbiamo detto — nella loro costituzionalità. Tali sono, segnatamente, i regolamenti (ordinanze) di necessità. Il controllo della loro costituzionalità è tanto più importante in quanto qualunque violazione della costituzione significa qui attentato alla frontiera politicamente così importante tra sfera del governo e sfera del parlamento. Più le condizioni alle quali la

costituzione li autorizza sono rigorose, più è grande il pericolo di un impiego incostituzionale di queste disposizioni e tanto più necessario il controllo giurisdizionale della loro regolarità. In effetti, l'esperienza insegna che, ovunque la costituzione autorizza questi regolamenti di necessità, la loro costituzionalità è sempre, a torto o a ragione, appassionatamente contestata. È assai importante che esista, per decidere queste controversie, un organo supremo la cui obiettività sia fuori discussione, specialmente se — poichè le circostanze lo esigono — quegli atti intervengono in settori importanti.

Il controllo della costituzionalità dei regolamenti che derogano alle leggi da parte dell'organo di giustizia costituzionale non solleva difficoltà, poichè, nella gerarchia dei fenomeni giuridici, questi regolamenti occupano lo stesso rango delle leggi e sono talora chiamati leggi o regolamenti con forza di legge. Bisognerebbe però attribuire alla giurisdizione costituzionale anche il controllo della costituzionalità dei semplici regolamenti di esecuzione. Questi regolamenti, senza dubbio, non sono, come abbiamo già visto, atti immediatamente subordinati alla costituzione; la loro irregolarità consiste immediatamente nella loro illegittimità e solo mediamente nella loro incostituzionalità. Se, ciononostante, proponiamo di estendere ad essi l'ambito della giurisdizione costituzionale non è tanto per relatività, già segnalata, della contrapposizione tra costituzionalità diretta e costituzionalità indiretta, quanto in considerazione del confine naturale tra atti giuridici generali e atti giuridici individuali.

Il punto essenziale nella determinazione dell'ambito della giustizia costituzionale è in realtà quello di delimitarlo adeguatamente rispetto all'ambito della giustizia amministrativa, esistente nella maggior parte degli stati. Da un punto di vista puramente teorico, si potrebbe fondare la separazione di queste due giurisdizioni sulla nozione di garanzia della costituzione, attribuendo all'organo di giustizia costituzionale la decisione sulla regolarità di tutti gli atti immediatamente subordinati alla costituzione. Apparterrebbero allora senz'al-

tro ad esso questioni che, in numerosi stati, appartengono oggi ai tribunali amministrativi, per esempio le controversie relative alla regolarità degli atti amministrativi individuali immediatamente subordinati alla costituzione. D'altra parte, esso non si occuperebbe del controllo di taluni atti giuridici che oggi, in generale, non appartengono alla giustizia amministrativa, in particolare dei regolamenti. Ora, l'organo di giustizia costituzionale è certamente il più qualificato a pronunciare l'annullamento dei regolamenti illegittimi. Ciò non solo perchè in questo modo non farebbe concorrenza alla giurisdizione attualmente riconosciuta — in generale — ai tribunali amministrativi e che in linea di principio è limitata all'annullamento degli atti amministrativi individuali ma in particolare perchè esiste un'intima affinità tra il controllo di costituzionalità delle leggi e quello della legittimità dei regolamenti, a causa del carattere generale di questi atti. Due punti di vista concorrono quindi a determinare l'ambito della giurisdizione costituzionale: da un lato, la nozione pura di garanzia della costituzione che condurrebbe a farvi rientrare il controllo di tutti gli atti immediatamente subordinati alla costituzione e questi soltanto; dall'altro, la contrapposizione tra atti generali e atti individuali, che condurrebbe ad includervi, accanto al controllo delle leggi, anche quello dei regolamenti. Mettendo da parte ogni pregiudizio dottrinario, è necessario combinare i due principi secondo le esigenze di ciascuna costituzione.

12. - III. Se i regolamenti vengono inclusi nell'ambito della giustizia costituzionale, possono sorgere alcune difficoltà riguardo all'esatta delimitazione di quest'ultima, per il fatto che talune categorie di norme generali non si lasciano distinguere dai regolamenti, in particolare quelle poste nella sfera dell'autonomia comunale, mediante deliberazione dei consigli e delle altre autorità municipali o ancora quelle contenute in atti giuridici che diventano obbligatori solo in seguito all'approvazione di una pubblica autorità (per esem-

pio: tariffe di compagnie ferroviarie, statuti di società per azioni, contratti collettivi di lavoro etc.). Tra le regole di diritto generali emanate esclusivamente da un'autorità amministrativa, cioè i regolamenti *strictu sensu*, e gli atti giuridici generali di diritto privato, è possibile in realtà una serie di gradi intermedi. Qualunque delimitazione in proposito sarebbe quindi più o meno arbitraria. Con questa riserva, si può raccomandare di assoggettare al controllo di costituzionalità le sole norme generali emanate da pubbliche autorità, siano queste centrali o locali, statali in senso stretto o provinciali o anche comunali. Il comune fa parte anch'esso dello stato ed i suoi organi sono organi statali decentrati.

13. - IV. I trattati internazionali, come abbiamo già detto, sono anch'essi — dal punto di vista del primato dell'ordinamento statale — da considerare atti immediatamente subordinati alla costituzione. Normalmente hanno il carattere di regole generali. Se si ritiene di dover istituire un controllo della loro regolarità, si può seriamente pensare di affidarlo all'organo di giustizia costituzionale. Nulla si oppone giuridicamente a che la costituzione gli attribuisca questa competenza col potere di annullare i trattati che fossero riconosciuti incostituzionali. In favore di questa estensione della giurisdizione costituzionale si potrebbero invocare argomenti non trascurabili. In quanto fonte di diritto equivalente alla legge, il trattato internazionale può derogare ad essa e risponde pertanto al massimo interesse politico che sia conforme alla costituzione e che rispetti, in particolare, quelle regole che determinano il contenuto delle leggi e dei trattati. Nessuna regola di diritto internazionale si oppone a tale controllo. Se, come si deve ammettere, il diritto internazionale autorizza gli stati a determinare nelle loro costituzioni gli organi che soli possono stipulare validamente trattati, stipularli cioè in modo che obblighino le parti contraenti, non può essere contraria ad esso la creazione di un organo che garantisca l'applicazione delle norme da esso

autorizzate. Non si potrebbe qui invocare la regola per la quale i trattati non possono essere unilateralmente annullati da uno degli stati contraenti, giacché essa presuppone evidentemente che il trattato sia stato stipulato in modo valido. Ora, uno stato che intende stipulare un trattato con un altro stato deve ragguagliarsi circa la costituzione di quest'ultimo. Analogamente, se ha negoziato con un organo incompetente dell'altro stato, deve imputare a se stesso se il trattato concluso è in contrasto su un altro punto qualunque con la costituzione della controparte ed è quindi nullo o annullabile. Anche se si ammettesse che il diritto internazionale determina direttamente l'organo statale competente a concludere i trattati nella persona del capo dello stato e che esiste, inoltre, una regola di diritto internazionale per la quale gli stati non sono tenuti ad accettare un controllo della regolarità dei trattati che stipulano con altri stati ed il loro annullamento totale o parziale ad opera di un'autorità di questi stati, disposizioni contrarie della costituzione non risulterebbero perciò meno valide; l'annullamento del trattato sarebbe soltanto, dal punto di vista del diritto internazionale, una violazione sanzionabile con la guerra. Questione del tutto diversa — politica e non giuridica — è se l'intresse che hanno gli stati a stipulare trattati permette che si espongano ai rischi di un annullamento da parte dell'organo di giurisdizione costituzionale. Se si mettono a confronto gli interessi di politica interna che stanno a favore della estensione della giurisdizione costituzionale ai trattati internazionali con gli interessi di politica estera che giocano in senso contrario, può darsi certamente che questi ultimi meritino di prevalere. Dal punto di vista degli interessi della comunità internazionale sarebbe senza dubbio desiderabile attribuire il controllo della regolarità dei trattati internazionali come pure la cognizione delle controversie che la loro esecuzione può sollevare ad un organo internazionale, escludendo qualunque giurisdizione statale, in quanto unilaterale. Si tratta però di una questione estranea all'oggetto di questa

relazione e di una soluzione che l'attuale grado di sviluppo tecnico del diritto internazionale non consente forse di ritenere possibile.

14. - V. In quale misura si possono infine ricondurre sotto la giurisdizione costituzionale gli atti giuridici individuali? La questione non riguarda gli atti dei tribunali. Nel solo fatto che un atto giuridico è posto in essere da un tribunale si riscontra già una sufficiente garanzia della sua regolarità. Che questa regolarità consista immediatamente o mediatamente nella costituzionalità non è, in linea generale, motivo sufficiente per sottrarre questi atti alle giurisdizioni di diritto comune e attribuirne la cognizione ad uno speciale tribunale costituzionale. Quanto agli atti individuali posti in essere dalle autorità amministrative, anche se sono immediatamente subordinati alla costituzione, non devono essere assoggettati al controllo del tribunale costituzionale ma, quanto meno in via di principio, a quello dei tribunali amministrativi. E ciò anzitutto nell'interesse di una delimitazione chiara delle rispettive competenze, in modo da evitare i conflitti di attribuzioni e la duplicità di competenze che possono assai facilmente insorgere a causa del carattere molto relativo della differenza tra costituzionalità diretta e costituzionalità indiretta. Resterebbero quindi alla giurisdizione costituzionale solo gli atti giuridici individuali posti in essere dal parlamento, rivestano la forma delle leggi o quella del trattato internazionale; ma le resterebbero solo in quanto leggi o trattati. Si potrebbe tuttavia estendere tale giurisdizione a questi atti anche quando non hanno forma di legge o di trattato, a condizione però che abbiano carattere obbligatorio, perchè senza di ciò verrebbe meno ogni possibilità di controllarne la regolarità. Del resto, si tratterebbe di un numero di atti assai limitato. Si potrebbe naturalmente anche affidare alla giurisdizione costituzionale, per motivi di prestigio o per altri motivi, il controllo di alcuni atti individuali del capo dello stato o del governo — supponendo che si de-

sideri, in linea generale, assoggettarli ad un controllo giuridico. Segnaliamo infine che può essere opportuno, eventualmente, fare del tribunale costituzionale un'alta corte di giustizia, incaricata di giudicare i ministri messi in stato di accusa, un tribunale centrale dei conflitti, o attribuirgli altre competenze per evitare l'istituzione di giurisdizioni speciali. È infatti preferibile, in linea di principio, ridurre il più possibile il numero delle autorità supreme incaricate di dire il diritto.

15. - VI. Sembra pacifico che il tribunale costituzionale possa giudicare soltanto sulle norme ancora in vigore al momento della decisione. Perchè annullare una norma che non è più in vigore? A guardare più da vicino, tuttavia, si possono scorgere motivi per applicare il controllo di costituzionalità anche a norme abrogate. Se in effetti una norma generale — e qui vanno considerate solo le norme generali — abroga un'altra norma generale senza effetto retroattivo, le autorità devono continuare ad applicare la norma abrogata a tutti i fatti che si sono prodotti quand'essa era in vigore. Se si vuole impedire tale applicazione a causa dell'incostituzionalità della norma abrogata — si suppone che non sia stata annullata dal tribunale costituzionale — è necessario che l'incostituzionalità sia stabilita in modo autentico e che la norma venga privata dell'ultimo vigore che ancora conserva. Ciò però presuppone una sentenza del tribunale costituzionale.

L'annullamento di una norma incostituzionale da parte dell'apposito organo — ci si riferisce sempre principalmente alle norme generali — è a rigore necessario solo quando essa è più recente della costituzione. Se si tratta, infatti, di una legge anteriore alla costituzione e in contrasto con essa, questa vi deroga, in forza del principio della *lex posterior*; sembra quindi superfluo ed anche logicamente impossibile annullarla. Ciò significa che tribunali ed autorità amministrative dovranno — salvo una limitazione di questo potere sul piano

del diritto positivo — verificare l'esistenza di un contrasto tra la costituzione più recente e la legge più antica e decidere in conformità dei risultati del loro esame. La loro situazione, in particolare quella delle autorità amministrative, è del tutto diversa, a questo riguardo, da quella in cui abitualmente vengono a trovarsi riguardo alle leggi. E ciò ha una importanza del tutto particolare in un periodo di revisioni costituzionali, specie se si tratta di revisioni così fondamentali come quelle effettuate in numerosi stati dopo la grande guerra. La maggior parte delle costituzioni dei nuovi stati, per esempio, ha recepito l'antico diritto materiale — civile, penale, amministrativo — già in vigore nel loro territorio ma solo nella misura in cui non contrastasse con le nuove norme costituzionali. Ora, essendo spesso le leggi in questione molto antiche ed essendo state emanate sotto l'impero di costituzioni del tutto differenti, può con frequenza presentarsi il caso di contrasto tra tali leggi e le disposizioni della costituzione — relative, naturalmente, non al modo di formazione delle leggi ma, in larga misura, al loro contenuto. Se essa, per esempio, vieta qualunque privilegio fondato sul sesso senza che questa disposizione possa essere interpretata come valida per le sole leggi future ma non per le leggi anteriori alla costituzione o da essa recepite e se si deve ammettere che essa deroga immediatamente alle leggi anteriori senza che vi sia bisogno di speciali leggi di revisione, può essere giuridicamente assai difficile e politicamente assai importante risolvere la questione della compatibilità di queste vecchie leggi con la costituzione. Può sembrare un male lasciarne la decisione alle varie autorità incaricate di applicare la legge, le cui vedute su questo punto potrebbero essere molto vacillanti. Ci si può quindi chiedere se non sarebbe il caso di toglier loro anche l'esame della compatibilità delle leggi vecchie con la costituzione che non le abbia abrogate espressamente e di affidarlo al tribunale costituzionale centrale, e ciò significherebbe negare alla nuova costituzione la forza di derogare alle leggi anteriori che non abbia espres-

samente abrogato e sostituirvi il potere di annullamento del tribunale costituzionale.

3. Il criterio di controllo della costituzionalità.

Quale criterio applicherà l'organo di giustizia costituzionale nell'esercizio del controllo? Quali norme dovrà mettere a base delle proprie decisioni? La risposta a questa domanda scaturisce già, in gran parte, dall'oggetto del controllo.

È evidente che, per gli atti immediatamente subordinati alla costituzione, dev'essere controllata la loro costituzionalità e, per quelli che le sono subordinati solo mediamente, la loro legittimità: più in generale, per ogni atto dev'essere verificata la sua conformità alle norme del grado superiore. È altresì evidente che il controllo deve interessare sia il procedimento con il quale l'atto è stato elaborato sia il suo contenuto, se le norme del grado superiore dispongono anche a questo riguardo.

Due punti devono tuttavia essere esaminati più da vicino.

16. In primo luogo, possono le norme del diritto internazionale essere utilizzate come criterio di controllo? Può in effetti accadere che un atto la cui regolarità è sottoposta a controllo sia in contrasto non con una legge o con la costituzione ma con un trattato internazionale o con una regola del diritto internazionale generale. Una legge ordinaria che contrasti con un trattato anteriore è irregolare anche rispetto alla costituzione. Questa, infatti, autorizzando taluni organi a stipulare trattati internazionali, fa di questi un modo di formazione della volontà dello stato, sicché — in conformità della nozione di trattato che ha fatto propria — ne esclude l'abrogazione o la modifica mediante legge ordinaria. Una legge contraria ad un trattato è di conseguenza — quanto meno in modo indiretto — incostituzionale.

Ma per poter affermare che anche una legge costituzionale (*Verfassungsgesetz*) che violi un trattato è irregolare, bisogna porsi da un punto di vista superiore a quello della costituzione, cioè dal punto di vista del primato dell'ordinamento giuridico internazionale. Solo questo punto di vista infatti mostra il trattato internazionale come un ordinamento parziale superiore agli stati contraenti e quindi la possibilità che atti giuridici — in particolare leggi, regolamenti, etc. — sottoposti al controllo di costituzionalità violino non solo le regole particolari di un trattato internazionale e quindi, indirettamente, il principio del rispetto dei trattati, ma anche altri principi del diritto internazionale generale.

Bisogna consentire al tribunale costituzionale di annullare gli atti statali assoggettati al suo controllo anche per contrasto con il diritto internazionale?

Contro l'annullamento delle leggi ordinarie — o degli atti equivalenti o subordinati a queste leggi — contrari ai trattati non è possibile sollevare serie obiezioni. Una simile competenza, in effetti, si muoverebbe assolutamente sul terreno della costituzione, che è anche — non bisogna dimenticarlo — il terreno della giustizia costituzionale. Ciò vale pure per l'annullamento delle leggi e degli atti equivalenti o inferiori alla legge per violazione di una regola del diritto internazionale generale, supponendo che la costituzione riconosca espressamente queste regole generali, le integri cioè nell'ordinamento statale, sotto la denominazione di regole « generalmente riconosciute » del diritto internazionale, come hanno fatto alcune recenti costituzioni. In questo caso, in realtà, la costituzione vuole che queste norme siano rispettate anche dal legislatore, sicché bisogna equiparare del tutto le leggi contrarie al diritto internazionale alle leggi incostituzionali. La soluzione è la stessa tanto se queste norme sono state recepite nella costituzione col rango di leggi costituzionali quanto in caso diverso. Nell'uno e nell'altro caso, infatti, il loro recepimento significa che non possono essere disattese da una legge ordinaria. Questo recepimento solenne

esprime la volontà di assicurare il rispetto del diritto internazionale e si arriverebbe alla soluzione esattamente contraria se, ciononostante, una legge ordinaria potesse violare il diritto internazionale senza che vi si scorgesse, dal punto di vista della costituzione, una irregolarità.

Diversamente accade, da un lato, se la costituzione non contiene questo riconoscimento del diritto internazionale generale e, dall'altro, anche se lo contiene, quando si tratta di leggi costituzionali contrarie al diritto internazionale, generale o anche convenzionale. Per l'organo di giurisdizione costituzionale, organo statale, la validità delle norme internazionali da applicare per il controllo degli atti statali può derivare infatti solo dalla costituzione che le recepisce, che cioè le pone in vigore all'interno dello stato, dalla costituzione che ha creato il tribunale costituzionale e che potrebbe sopprimerlo in qualunque momento. Per quanto possa essere desiderabile vedere tutte le costituzioni recepire, sull'esempio di quella tedesca e di quella austriaca, le regole del diritto internazionale generale in modo da consentirne l'applicazione da parte di un tribunale costituzionale statale, bisogna tuttavia convenire che, in mancanza di questo riconoscimento, nulla autorizzerebbe il tribunale a dichiarare una legge contraria al diritto internazionale e che, anche se esso ha avuto luogo, la competenza del tribunale costituzionale si ferma davanti ad una legge di revisione della costituzione. È certamente possibile che in via di fatto un organo di giurisdizione costituzionale applichi le regole del diritto internazionale generale anche in queste due ipotesi. Così facendo, però, esercita una funzione che non trova più fondamento giuridico nell'ordinamento statale. Una legge costituzionale non può attribuire questa competenza a un tribunale costituzionale; un tribunale che annullasse una legge costituzionale o anche, nonostante il mancato recepimento delle regole del diritto internazionale, una legge ordinaria per violazione di queste regole, non potrebbe più essere giuridicamente considerato organo dello stato la cui costituzione l'ha creato ma solo

organo di una comunità giuridica superiore a questo stato; e solo nelle sue intenzioni, giacchè la costituzione della comunità giuridica internazionale non contiene alcuna norma che abiliti un organo statale ad applicare le regole del diritto internazionale generale.

17. Se l'applicazione delle norme del diritto internazionale da parte del tribunale costituzionale soggiace alle indicate limitazioni, l'applicazione di norme diverse da quelle giuridiche, di norme « superpositive » quali che siano, dev'essere considerata del tutto esclusa. Si afferma talora che, al di sopra della costituzione di qualunque stato, vi sono talune regole di diritto naturale che le autorità statali preposte all'applicazione del diritto dovrebbero rispettare. Ora, se si tratta di principi incorporati nella costituzione o in un altro grado qualunque dell'ordinamento giuridico e che vengono enucleati dal contenuto del diritto positivo in via di astrazione, è cosa abbastanza innocua formularli come autonome regole giuridiche. Essi vengono allora applicati insieme con le norme nelle quali si trovano incorporati e solo con esse. Se però si tratta di principi che non sono stati tradotti in norme di diritto positivo ma che dovrebbero esserlo perché ritenuti equitativi — sebbene i sostenitori di questi principi li ritengano già, in modo più o meno chiaro, diritto — siamo in presenza di postulati giuridicamente non obbligatori, che esprimono in realtà solo gl'interessi di alcuni gruppi e che vengono formulati all'indirizzo degli organi preposti alla creazione del diritto: non solo del legislatore, il cui potere di accoglierli è quasi illimitato, ma anche degli organi subordinati che hanno questo potere in misura tanto più ridotta quanto più grande è la parte che essi hanno nell'applicazione del diritto ma che lo hanno tuttavia nella stessa misura in cui conservano un potere discrezionale, cioè, nella giurisdizione e nell'amministrazione, quando devono scegliere tra più interpretazioni ugualmente possibili.

Proprio nel fatto che la considerazione o l'incorporazione di questi principi, ai quali finora, nonostante ogni sforzo, non è stato possibile dare un contenuto piuttosto univoco, non hanno e non possono avere nel processo di creazione del diritto, per i motivi indicati, il carattere di una applicazione del diritto in senso tecnico, si trova la risposta al problema se possano essere applicati da un organo di giustizia costituzionale. E la situazione è diversa solo in apparenza quando, come spesso accade, la stessa costituzione si riferisce a questi principi richiamando gl'ideali di equità, di giustizia, di libertà, di eguaglianza, di moralità, etc., senza minimamente precisare di che cosa si tratti. Se queste formule servono solo a coprire l'ideologia politica corrente con la quale ogni ordinamento cerca di rivestirsi, il rinvio all'equità, alla libertà, all'uguaglianza, alla giustizia, alla moralità, etc., in mancanza di una precisazione di questi valori, significa solo che tanto il legislatore quanto gli organi preposti all'esecuzione della legge sono autorizzati a riempire discrezionalmente lo spazio loro lasciato dalla costituzione e dalla legge. Le concezioni della giustizia, della libertà, dell'uguaglianza, della moralità, etc., differiscono infatti talmente, a seconda del punto di vista degli interessati, che, se il diritto positivo non consacra l'una o l'altra di esse, qualunque regola di diritto può essere giustificata con una qualunque di queste possibili concezioni. In ogni caso, però, il rinvio ai valori in questione non significa e non può significare che il contrasto del diritto positivo con la loro concezione personale della libertà, dell'uguaglianza, etc., possa mai dispensare gli organi preposti alla creazione del diritto dall'applicarlo. In linea generale, pertanto, le formule in questione non hanno una grande importanza. Esse non aggiungono nulla alla realtà effettiva del diritto.

Proprio nel campo della giustizia costituzionale esse possono svolgere tuttavia un ruolo assai pericoloso. Le disposizioni costituzionali che invitano il legislatore a conformarsi alla giustizia, all'equità, all'uguaglianza etc., potrebbero es-

sere infatti interpretate come direttive riguardanti il contenuto delle leggi: naturalmente a torto, giacchè sarebbe così solo se la costituzione stabilisse una direttiva precisa, se indicasse essa medesima un qualunque obiettivo criterio. Il limite tra queste disposizioni e le tradizionali disposizioni sul contenuto delle leggi che si rinvengono nelle dichiarazioni dei diritti individuali scompare facilmente e non è quindi impossibile che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla costituzionalità di una legge, l'annulli perchè è ingiusta, essendo la giustizia un principio costituzionale che esso deve conseguentemente applicare. In tal caso però il potere del tribunale dovrebbe essere considerato semplicemente intollerabile. La concezione della giustizia della maggioranza dei giudici di questo tribunale potrebbe contrastare del tutto con quella della maggioranza della popolazione e contrasterebbe evidentemente con quella del parlamento che ha voluto la legge. È chiaro infatti che la costituzione non ha inteso, usando un termine così impreciso ed equivoco come quello di giustizia o altro simile, far dipendere la sorte di ogni legge votata dal parlamento dal gradimento di un collegio composto in modo più o meno arbitrario dal punto di vista politico, com'è un tribunale costituzionale. Per evitare un simile spostamento di potere — certamente non voluto e politicamente del tutto controindicato — dal parlamento ad un organo estraneo e che può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile.

4. Il risultato del controllo.

18. a) Da quanto abbiamo chiarito in precedenza, risulta che se si vuole una efficace garanzia della costituzione, è

necessario che l'atto sottoposto al controllo del tribunale costituzionale, qualora venga riconosciuto irregolare, sia annullato direttamente da quest'ultimo. La decisione, anche se fa riferimento a norme generali — e questo è il caso principale — deve avere forza di annullamento.

b) Data l'importanza estrema che l'annullamento di una norma generale e in particolare di una legge riveste, ci si può chiedere se non sarebbe il caso di autorizzare il tribunale ad annullare gli atti per vizi di forma, cioè per irregolarità procedurali, solo quando i vizi sono particolarmente importanti, essenziali — lasciando preferibilmente la valutazione di questo carattere alla sua discrezionalità, giacchè non è opportuno che la costituzione proceda direttamente in via generale alla difficilissima distinzione tra vizi essenziali e non essenziali.

c) Bisognerebbe inoltre esaminare se non sia opportuno, nell'interesse della certezza del diritto, contenere l'annullamento, in particolare delle norme generali e soprattutto delle leggi e dei trattati internazionali, entro un termine fisso stabilito dalla costituzione, per esempio da tre a cinque anni a partire dall'entrata in vigore della norma da annullare. È infatti estremamente increscioso dover annullare per incostituzionalità una legge e più ancora un trattato dopo che sono stati in vigore per lunghi anni senza ricevere critiche.

d) Sarebbe opportuno, in ogni caso, sempre nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire, in linea di principio, effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali, quanto meno nel senso di lasciar sussistere tutti gli atti giuridici anteriormente posti in essere sulla base di tali norme. Questo interesse non si riscontra tuttavia per i fatti anteriori all'annullamento che, nel momento in cui questo viene pronunciato, non sono stati oggetto di decisione da parte di alcuna pubblica autorità e che, se si escludesse ogni effetto retroattivo della pronuncia, dovrebbero sempre — dato che la norma generale è annullata *pro futuro*, cioè per i fatti posteriori all'annullamento — essere giudicati alla sua stregua. Si vedrà

*che non diventa definitiva,
i due intendere*

in seguito come questa limitata retroattività è necessaria anche per una certa strutturazione del procedimento di controllo di costituzionalità.

Se una norma generale viene annullata senza effetto retroattivo o quanto meno con quel limitato effetto retroattivo che è stato appena indicato e se quindi le conseguenze giuridiche da essa prodotte prima dell'annullamento sussistono, almeno quelle che si sono espresse nella sua applicazione da parte delle autorità, ciò non riguarda per nulla gli effetti che la sua entrata in vigore ha avuto sulle norme che fino a quel momento avevano regolato il medesimo oggetto, cioè l'abrogazione delle norme contrarie secondo il principio *lex posterior derogat priori*. Questo significa che l'annullamento, per esempio, di una legge da parte del tribunale costituzionale non comporta affatto il ripristino della situazione di diritto anteriore alla sua entrata in vigore, che esso non fa rivivere la legge relativa al medesimo oggetto che era stata abrogata. All'annullamento fa seguito per così dire un vuoto giuridico. Una materia regolata fino ad un certo momento, cessa di esserlo, scompaiono degli obblighi giuridici, segue la libertà giuridica.

Potrebbero esservi talvolta conseguenze assai spiacevoli, in particolare se la legge non è stata annullata per il suo contenuto ma solo per un vizio di forma verificatosi nel corso della sua elaborazione, specie quando l'emanazione di una nuova legge che regoli lo stesso oggetto richieda tempi molto lunghi. Per rimediare a questi inconvenienti, si potrebbe prevedere la possibilità di differire l'entrata in vigore della pronuncia di annullamento fino alla scadenza di un certo termine dalla sua pubblicazione.

Si può anche pensare ad un altro mezzo, cioè ad autorizzare il tribunale costituzionale a stabilire, nella decisione con la quale annulla una norma generale, che l'annullamento rimette in vigore le norme generali che regolavano la materia prima che intervenisse la norma annullata. Sarebbe allora opportuno lasciare allo stesso tribunale il compito di deci-

dere in quali casi vuol fare uso di questo potere di ristabilire la vecchia situazione di diritto. Sarebbe inopportuno che la costituzione imponesse il ripristino di questa situazione come regola generale per tutti i casi di annullamento di norme generali.

Bisognerebbe, probabilmente, fare eccezione per l'annullamento delle leggi che consistono solo nell'abrogazione di altre leggi; il suo unico effetto possibile sarebbe la scomparsa della sola conseguenza giuridica della legge — l'abrogazione della legge precedente — cioè il ripristino di quest'ultima.

Una disposizione generale del tipo di quella prospettata potrebbe d'altra parte venire in considerazione solo supponendo che la costituzione stabilisse, per l'annullamento delle norme generali, un certo termine a partire dalla loro entrata in vigore, in modo da impedire il ritorno in vigore di norme giuridiche troppo vecchie ed incompatibili con la nuova situazione.

Il potere che in questo modo verrebbe conferito al tribunale costituzionale di mettere positivamente in vigore delle norme accentuerebbe il carattere legislativo della sua funzione, anche se limitatamente, a norme già poste in vigore dal legislatore ordinario.

e) Il dispositivo della decisione del tribunale costituzionale sarà diverso a seconda che si riferisca ad un atto giuridico — specie ad una norma generale — ancora in vigore al momento in cui viene pronunciato — e questo è il caso normale — o ad una norma già abrogata ma che però dev'essere applicata a fatti anteriori. In questo secondo caso, la decisione del tribunale deve solo annullare, come abbiamo visto, una validità residua ma non per questo cessa di essere una sentenza costitutiva e di annullamento. La formula della pronuncia potrebbe essere allora invece di « la legge è annullata », « la legge era incostituzionale ». In tal caso, essa avrebbe la conseguenza di escludere l'applicazione della legge dichiarata incostituzionale anche ai fatti anteriori alla pronuncia.

Il dispositivo sarà identico tanto se la norma generale presa in esame dal tribunale è posteriore, quanto se è anteriore alla costituzione. In entrambi i casi verrà pronunciato l'annullamento della norma incostituzionale.

1) Bisogna infine notare che l'annullamento non deve necessariamente colpire la legge o il regolamento nel loro complesso ma può essere limitato ad alcune disposizioni, supponendo naturalmente che le altre restino applicabili e che il loro significato non risulti per avventura modificato. Spetterà al tribunale valutare liberamente l'opportunità di annullare la legge o il regolamento nel loro complesso o soltanto alcune loro disposizioni.

5. La procedura.

19. A quali principi fondamentali deve ispirarsi la procedura del controllo di costituzionalità?

a) La questione del modo d'introdurre il giudizio davanti al tribunale costituzionale ha un'importanza fondamentale: la misura in cui il tribunale potrà adempiere il proprio compito di garante della costituzione dipende principalmente dalla sua soluzione.

La garanzia maggiore sarebbe certamente quella di autorizzare un *actio popularis*: il tribunale dovrebbe esaminare la regolarità degli atti soggetti alla sua giurisdizione, in particolare le leggi e i regolamenti, su domanda di chiunque. In questo modo, l'interesse politico alla eliminazione degli atti irregolari verrebbe senza dubbio soddisfatto nel modo più pieno. Non è tuttavia possibile raccomandare questa soluzione perchè essa comporterebbe un pericolo troppo elevato di azioni temerarie ed il rischio di un intollerabile intasamento dei ruoli.

Per le varie altre possibili soluzioni, possono essere indicate le seguenti: autorizzare e obbligare ogni pubblica auto-

rità che, nell'applicare una norma, nutra dubbi circa la sua regolarità, ad interrompere il procedimento relativo al caso concreto e a presentare al tribunale costituzionale richiesta motivata di esame e di annullamento eventuale della norma. Si potrebbe anche attribuire questo potere solo a talune autorità superiori o supreme — ministri e corti supreme — o limitarlo ai soli tribunali, sebbene l'esclusione dell'amministrazione non sia — dato il crescente avvicinarsi della sua procedura a quella giudiziaria — del tutto giustificabile. Se il tribunale annulla la norma impugnata — e solo in questo caso — l'autorità non dovrebbe più applicarla al caso che ha provocato la sua richiesta ma decidere come se la norma — che in linea generale viene annullata *pro futuro* — non fosse stata in vigore quando il caso si è verificato. Questo effetto retroattivo dell'annullamento risponde ad una necessità tecnica, giacchè senza di esso le autorità preposte all'applicazione del diritto non avrebbero alcun interesse immediato e quindi sufficientemente forte a provocare l'intervento del tribunale costituzionale. Se questo intervento si verifica esclusivamente o principalmente su richiesta delle autorità giudiziarie e amministrative, bisogna incoraggiarle a presentare tali richieste attribuendo in questo caso all'annullamento un limitato effetto retroattivo.

Sarebbe molto opportuno avvicinare alquanto il ricorso al tribunale costituzionale ad un *actio popularis*, consentendo alle parti di un procedimento giudiziario o amministrativo di provocarlo contro gli atti delle pubbliche autorità — sentenze, atti amministrativi — che, di per sé regolari, siano stati emanati in esecuzione di una norma irregolare, sia essa una legge incostituzionale o un regolamento illegittimo. Si tratterebbe, in questo caso, non di un diritto di ricorrere attribuito direttamente ai singoli, ma di un mezzo di fatto indiretto per provocare l'intervento del tribunale costituzionale: esso infatti significherebbe che l'autorità giudiziaria o amministrativa chiamata a decidere condivide l'opinione delle parti e presenta di conseguenza la richiesta di annullamento.

Il ricorso al tribunale in caso di irregolarità della sentenza o dell'atto amministrativo.

Negli stati federali, il diritto di ricorrere dev'essere attribuito ai governi degli stati-membri contro gli atti giuridici della federazione e al governo federale contro gli atti degli stati-membri. Il controllo di costituzionalità verte qui in realtà, principalmente sull'applicazione delle disposizioni sostanziali, caratteristiche delle costituzioni federali, che delimitano la competenza rispettiva della federazione e degli stati-membri.

Un istituto del tutto nuovo ma che meriterebbe la più seria considerazione sarebbe quello di un difensore della costituzione presso il tribunale costituzionale che, a somiglianza del pubblico ministero nel processo penale, dovrebbe introdurre d'ufficio il procedimento del controllo di costituzionalità per gli atti che ritenesse irregolari. Il titolare di una simile funzione dovrebbe avere evidentemente le più ampie possibili garanzie d'indipendenza sia nei confronti del governo che del parlamento.

Per ciò che concerne i ricorsi contro le leggi, sarebbe di estrema importanza attribuire il diritto di proporli anche ad una minoranza qualificata del parlamento, tanto più che la giustizia costituzionale, come mostriamo più avanti, deve necessariamente servire, nelle democrazie parlamentari, alla protezione delle minoranze.

Può infine accadere che il tribunale costituzionale introduca d'ufficio il procedimento di controllo nei riguardi di una norma generale che dovrebbe applicare in una determinata fattispecie ma sulla cui regolarità nutre dubbi. Ciò può accadere non solo quando, per esempio, chiamato ad esaminare la legittimità di un regolamento, esso si trova di fronte all'incostituzionalità della legge con la quale il regolamento sarebbe in contrasto, ma anche, in particolare, quando è chiamato a decidere circa la regolarità di alcuni atti giuridici individuali dei quali solo la legittimità è immediatamente in questione, mentre la costituzionalità lo è in via mediata. Al pari delle autorità autorizzate a proporre ricorso davanti ad esso, il tribunale sospenderà allora il procedimento rela-

tivo al caso concreto e passerà, questa volta d'ufficio, all'esame della norma che avrebbe dovuto applicare nella fattispecie. Se l'annulla, dovrà — come le autorità richiedenti in caso analogo — decidere la controversia che pende davanti ad esso come se la norma annullata non fosse stata mai applicabile alla fattispecie.

Nel caso in cui è chiamato a decidere anche sulla regolarità di atti individuali e in particolare di atti delle autorità amministrative, il tribunale deve naturalmente poter essere aidito dai soggetti i cui interessi giuridicamente protetti siano stati lesi dall'atto irregolare. Se, anche qui, i singoli hanno la possibilità di deferire l'atto giuridico individuale al tribunale per irregolarità della norma generale rispetto alla quale è stato regolarmente eseguito, essi hanno una possibilità di deferire indirettamente al tribunale norme generali assai più ampia che nel caso di procedimento giudiziario o amministrativo.

20. b) Per il procedimento davanti al tribunale costituzionale bisogna raccomandare in linea generale il principio della pubblicità e della oralità, anche se si tratta principalmente di questioni di puro diritto e l'accento deve essere posto evidentemente sulla illustrazione dei punti di diritto contenuta nelle memorie scritte che le parti in causa possono — o anche devono — presentare al tribunale. Le questioni di cui il tribunale si occupa hanno un interesse generale tanto considerevole che in linea di principio non bisognerebbe escludere la pubblicità del procedimento, che solo l'udienza pubblica garantisce. Ci si potrebbe pure domandare se anche la deliberazione della sentenza da parte del collegio non debba aver luogo in pubblica udienza.

Nel procedimento di controllo dovrebbero intervenire: l'autorità il cui atto viene impugnato, in modo che ne possa difendere la regolarità; l'organo da cui proviene la richiesta di esame; infine, eventualmente, il singolo che sia interessato alla controversia (pendente davanti ad un tribunale o

ad un'autorità amministrativa), che ha dato luogo al procedimento di controllo o il singolo che aveva il diritto di deferire immediatamente l'atto al tribunale costituzionale. L'autorità dovrebbe essere rappresentata dal suo capo gerarchico, dal suo presidente o da un funzionario, possibilmente esperto in diritto. Per i singoli, sarebbe opportuno rendere obbligatorio il ministero dell'avvocato a causa della natura eminentemente giuridica della controversia.

21. c) In caso di accoglimento della richiesta, il tribunale costituzionale deve pronunciare l'annullamento dell'atto impugnato in modo ch'esso appaia come conseguenza della decisione.

Per l'annullamento delle norme che entrano in vigore solo con la pubblicazione, l'atto di annullamento, cioè, nel nostro caso, la decisione del tribunale costituzionale, dovrebbe essere pubblicato anch'esso nella forma usata per l'atto annullato. Senza scartare *a priori* l'idea di dotare il tribunale di un organo proprio, di un *bollettino ufficiale* per la pubblicazione in via autonoma delle sue pronunce di annullamento, sarebbe tuttavia opportuno pubblicare in ogni caso l'annullamento delle leggi e dei regolamenti sullo stesso organo sul quale sono stati pubblicati questi ultimi, affidandone il relativo compito alla stessa autorità. La pronuncia del tribunale dovrebbe contenere anche quest'obbligo di pubblicazione e indicare l'autorità tenuta a provvedervi.

L'annullamento dovrebbe avere effetto solo con questa pubblicazione. Il tribunale, come abbiamo detto, dovrebbe stabilire che l'annullamento, specie delle leggi e dei trattati internazionali, abbia effetto solo dopo lo spirare di un certo termine decorrente dalla sua pubblicazione, non fosse altro che per dare al parlamento la possibilità di sostituire la legge incostituzionale con un'altra conforme alla costituzione, in modo che la materia regolata dalla legge annullata non resti priva di una disciplina per un tempo relativamente lungo.

Se la legge è stata censurata da un tribunale o da un'autorità amministrativa in occasione della sua applicazione ad

un caso concreto, la questione dell'effetto retroattivo potrà dar luogo a difficoltà. Se il vigore della legge annullata cessa solo dopo un certo tempo dalla pubblicazione dell'annullamento, se, di conseguenza, le autorità devono continuare ad applicarla, non si può esonerare l'autorità richiedente dall'applicarla al caso concreto che ha dato luogo alla richiesta, ma ciò diminuirà il suo interesse a deferire le leggi incostituzionali al tribunale costituzionale. Questo è un argomento supplementare a favore della concessione al tribunale del potere di ristabilire, nell'annullare immediatamente la legge, la situazione di diritto anteriore alla sua entrata in vigore. Questa modalità fa sì che si produca, in realtà, l'effetto retroattivo desiderabile della decisione di annullamento sul caso che ha provocato la richiesta e che, d'altra parte, l'organo legislativo abbia il tempo necessario per preparare una nuova legge che risponda ai requisiti voluti dalla costituzione.

Il fatto che l'annullamento ha effetto retroattivo, è un fatto che si produce in realtà, l'effetto retroattivo desiderabile della decisione di annullamento sul caso che ha provocato la richiesta e che, d'altra parte, l'organo legislativo abbia il tempo necessario per preparare una nuova legge che risponda ai requisiti voluti dalla costituzione.

V. Il significato giuridico e politico della giustizia costituzionale.

22. Una costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria. Sebbene in generale non se ne abbia coscienza — poichè una teoria giuridica dominata dalla politica non consente di assumerla — una costituzione in cui gli atti incostituzionali, e in particolare le leggi, restano validi — in quanto alla loro incostituzionalità non consegue l'annullamento — equivale presso a poco, dal punto di vista propriamente giuridico, ad un voto privo di forza obbligatoria. Qualunque legge, regolamento o anche atto giuridico generale posto in essere dai singoli hanno una forza giuridica superiore a quella di una tale costituzione, cui sono tuttavia subordinati e dalla quale traggono validità. Il diritto positivo vigila infatti affinché ogni atto che contrasti con

una norma superiore diversa dalla costituzione possa essere annullato. Questo debole grado di forza obbligatoria effettiva è in radicale disaccordo con l'apparenza di fermezza, che giunge fino alla rigidità, conferita alla costituzione con l'assoggettarne la revisione a condizioni rinforzate. Perché tante precauzioni, se le norme della costituzione, benché siano quasi imm modificabili, sono in realtà quasi prive di forza obbligatoria? Certo, neppure una costituzione che non preveda un tribunale costituzionale o un istituto analogo per l'annullamento degli atti incostituzionali è del tutto sprovvista di senso giuridico. La sua violazione può avere una certa sanzione, quando esista almeno l'istituto della responsabilità ministeriale, sanzione diretta contro taluni organi che intervengono nella formazione degli atti incostituzionali, supponendo che siano colpevoli. Ma, a parte il fatto che questa garanzia — come abbiamo già fatto notare — non è di per sé molto efficace poiché lascia in piedi una legge incostituzionale, non si può ammettere in questo caso che la costituzione indichi un procedimento legislativo unico e fissi realmente dei principi in ordine al contenuto delle leggi. Il testo costituzionale senza dubbio dice e vuole dire che le leggi devono essere elaborate in un certo modo e non devono avere un certo contenuto; ma se si ammette che anche le leggi incostituzionali saranno valide, essa vuol dire in realtà che le leggi possono essere fatte anche in un altro modo e che il loro contenuto può contrastare con i limiti assegnati. Anche le leggi incostituzionali possono essere valide solo in virtù di una regola della costituzione; poiché sono valide, devono pur essere in qualche modo costituzionali. Ciò significa però che il procedimento legislativo espressamente indicato nella costituzione e le direttive in essa stabilite non sono, nonostante le apparenze, disposizioni esclusive ma alternative. Che le costituzioni nelle quali manca la garanzia dell'annullabilità degli atti incostituzionali non siano in realtà interpretate in questo modo è proprio la strana conseguenza del metodo cui abbiamo già spesso accennato e che dissimula il

vero contenuto del diritto per motivi politici che non rispondono propriamente agli interessi politici che tali costituzioni esprimono.

Una costituzione le cui disposizioni relative alle leggi possono essere violate senza che ne derivi l'annullamento delle leggi incostituzionali ha, rispetto ai gradi inferiori dell'ordinamento statale, lo stesso carattere obbligatorio del diritto internazionale rispetto al diritto interno. Un qualunque atto statale che sia contrario al diritto internazionale non è perciò meno valido. L'unica conseguenza di questa violazione è che lo stato di cui essa lede gli interessi può, in ultima istanza, muovere guerra allo stato che ne è l'autore: essa comporta una sanzione semplicemente penale. Analogamente, l'unica reazione di una costituzione che ignori la giustizia costituzionale alla propria violazione è la sanzione penale connessa con la responsabilità ministeriale. Questa minima forza obbligatoria del diritto internazionale induce parecchi autori, senza dubbio a torto, a negare ad esso, in via generale, il carattere di diritto. E motivi del tutto simili si oppongono al rafforzamento tecnico del diritto internazionale mediante l'istituzione di un tribunale internazionale dotato di poteri di annullamento e al potenziamento della forza obbligatoria della costituzione mediante la creazione di un tribunale costituzionale.

Bisogna aver presente tutto questo per poter apprezzare l'importanza dell'istituzione di una giurisdizione costituzionale.

23. Accanto a questo significato generale comune a tutte le costituzioni, la giurisdizione costituzionale ha pure una importanza speciale, che varia a seconda dei tratti caratteristici di ciascuna costituzione. Questa importanza è di ordine assolutamente primario per una repubblica democratica, della quale le istituzioni di controllo sono una condizione di esistenza. Il modo migliore con cui questa forma di governo può difendersi dai vari attacchi in parte giustificati che attual-

mente le vengono mossi è proprio quello di organizzare tutte le possibili garanzie della regolarità delle funzioni statali. Più essa si democratizza, più deve esservi rafforzato il controllo. La giurisdizione costituzionale dev'essere apprezzata anche da questo punto di vista. In quanto assicura la formazione costituzionale delle leggi ed in particolare la loro costituzionalità materiale, essa è un mezzo di protezione efficace della minoranza contro gli abusi della maggioranza. Il dominio di quest'ultima è sopportabile solo se viene esercitato in modo regolare. La specifica forma costituzionale, che ordinariamente consiste nel fatto che per la revisione della costituzione è richiesta una maggioranza rinforzata, significa che alcune questioni fondamentali possono essere risolte solo d'accordo con la minoranza; la maggioranza semplice, quanto meno in alcune materie, non ha il diritto d'imporre la propria volontà alla minoranza. Solo una legge incostituzionale, perchè adottata a maggioranza semplice, potrebbe allora interferire, contro la volontà della minoranza, nella sfera dei suoi interessi costituzionalmente garantiti. Qualunque minoranza — di classe, nazionale o religiosa — i cui interessi siano in un modo qualunque protetti dalla costituzione ha quindi un interesse eminente alla costituzionalità delle leggi. Ciò è vero, in particolare, nel caso di un cambiamento di maggioranza che lasci all'antica maggioranza, divenuta minoranza, una forza ancora sufficiente per impedire il riunirsi delle condizioni necessarie per una revisione legittima della costituzione. Se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare quest'idea. La sola minaccia di ricorrere al tribunale costituzionale può costituire nelle mani della minoranza strumento idoneo per impedire alla maggioranza di violare incostituzionalmente i suoi interessi giuridicamente protetti ed opporsi così, in ultima analisi, alla dittatura della maggio-

ranza, che non è meno pericolosa per la pace sociale di quella della minoranza.

24. La giurisdizione costituzionale acquista però la sua più notevole importanza certamente nello stato federale. Non è esagerato affermare che l'idea politica dello stato federale è pienamente realizzata solo con l'istituzione di un tribunale costituzionale. L'essenza dello stato federale — se non vi si scorge un problema di metafisica dello stato ma, secondo una concezione del tutto realistica, un tipo di organizzazione tecnica dello stato — risiede nella ripartizione delle funzioni legislative che esecutive tra organi centrali competenti per lo stato — o il suo territorio — nel suo complesso (federazione, Reich, stato) e una pluralità di organi locali, la cui competenza è limitata ad una parte dello stato, ad una porzione del suo territorio (stati-membri, Länder, cantoni ecc.); rappresentanti di questi elementi dello stato, designati in modo indiretto — dai parlamenti o dai governi locali — o diretto — dalla popolazione della circoscrizione — partecipano all'attività legislativa ed eventualmente all'attività esecutiva centrale. Lo stato federale è, in altre parole, un caso speciale di decentramento. La disciplina di questo decentramento forma in tal modo il contenuto essenziale della costituzione totale (*) dello stato, che stabilisce principalmente quali materie saranno regolate da leggi centrali e quali da leggi locali e, analogamente, le materie che appartengono alla competenza esecutiva della federazione e quelle che appartengono invece alla competenza esecutiva degli stati-membri. La ripartizione delle competenze è il nocciolo politico dell'idea federalista. Dal punto di vista tecnico, ciò significa che le costituzioni federali non solo regolano il procedimento legislativo e pongono alcuni principi in ordine al

(*) Sui concetti di « costituzione totale » e di « costituzione parziale », v. amplius il saggio su *L'esecuzione federale*, retro, 79 ss. [n.d.t.].

contenuto delle leggi, come quelle degli stati unitari, ma fissano altresì i fini assegnati rispettivamente alla legislazione federale e a quella locale. Ogni violazione dei limiti così tracciati dalla costituzione è una violazione della legge fondamentale dello stato federale; la protezione di questo limite costituzionale delle competenze tra federazione e stati-membri è una questione politica vitale, che è ben avvertita come tale nello stato federale, dove le questioni di competenza danno sempre origine a contrasti appassionati. Più che in qualunque altro caso, si avverte qui il bisogno di un organo obiettivo che risolva tali contrasti in modo pacifico, di un tribunale davanti al quale queste controversie possano essere portate come problemi di carattere giuridico e decise come tali — cioè di un tribunale costituzionale; ogni violazione della competenza federale da parte degli stati-membri o viceversa è infatti una violazione della costituzione che fa della federazione e degli stati una unità globale. Non bisogna confondere questa costituzione totale, di cui la ripartizione di competenze forma la parte essenziale, con la costituzione parziale della federazione, che le è subordinata e che, al pari delle costituzioni degli stati-membri, è solo la costituzione di una parte, di un elemento dello stato, anche se unico è l'organo chiamato a modificare la costituzione totale dello stato e quella della federazione.

Se si tratta di atti giurisdizionali o amministrativi contrari alle regole della competenza, i rimedi giudiziari o amministrativi degli stati-membri o della federazione danno la possibilità di farli annullare per illegittimità. Non è qui necessario esaminare se questa garanzia è sufficiente per impedire in modo efficace che gli atti amministrativi della federazione invadano la competenza degli stati-membri e viceversa, in particolare nel caso in cui non esista un tribunale amministrativo supremo comune alla federazione ed agli stati-membri che, nella misura in cui è chiamato a controllare la conformità di questi atti alle regole sulla competenza, cioè la loro costituzionalità, funziona già — quanto meno

indirettamente — come tribunale costituzionale. Si può tuttavia osservare che, dato il contrasto d'interessi, caratteristico dello stato federale, tra federazione e stati-membri ed il bisogno qui particolarmente forte di un organo obiettivo e per così dire arbitrale che funzioni come organo della comunità formata dalle collettività giuridiche, in via di principio coordinate, della federazione e degli stati-membri, la questione della competenza da attribuire in questa materia ad un tribunale costituzionale non si presenta esattamente negli stessi termini che nello stato unitario centralizzato e che si potrebbe quindi perfettamente pensare di affidare ad un tribunale costituzionale federale il controllo degli atti amministrativi individuali ma solo per ciò che riguarda la loro conformità alle regole costituzionali sulla competenza. Bisognerebbe però naturalmente pretendere che il tribunale costituzionale che dovrebbe giudicare le leggi e i regolamenti della federazione e degli stati-membri offra, per la sua composizione paritaria, sufficienti garanzie di obiettività e si presenti non come organo esclusivo della federazione o degli stati-membri ma come organo della collettività che ugualmente li contiene, della costituzione totale dello stato, della quale dovrebbe assicurare il rispetto.

È un paradosso della teoria dello stato federale il fatto che essa presenta il principio «il diritto federale prevale su quello dello stato-membro» come rispondente all'essenza dello stato federale e dissimula, già solo per questo, la necessità di una giurisdizione costituzionale in tale forma di stato. È facile mostrare che nulla è più contrario all'idea dello stato federale di questo principio che fa dipendere l'esistenza politica e giuridica degli stati-membri dal beneplacito della federazione, cui consente di invadere con leggi ordinarie o anche semplici regolamenti la loro competenza, e di arrogarsi così, in contrasto con la costituzione totale dello stato, i loro poteri. Il vero rispetto dell'idea federalista, che ha trovato espressione nella costituzione totale dello stato, esige tanto poco che il diritto federale prevalga su quello dello stato-

membro quanto che il diritto di quest'ultimo prevalga su quello federale ed esige che entrambi siano ugualmente giudicati, nei rapporti reciproci, secondo la costituzione totale che ne delimita l'ambito rispettivo. Un atto giuridico dello stato centrale che, superando i limiti assegnatigli dalla costituzione totale, invada l'ambito costituzionalmente garantito agli stati-membri, non deve avere valore giuridico maggiore dell'atto di uno stato-membro che violi la competenza dello stato centrale. Questo principio è il solo che risponda all'essenza dello stato federale e può trovare attuazione solo mediante la creazione di un tribunale costituzionale. La competenza naturale — perchè derivante dall'idea federalista — di quest'ultimo dovrebbe comprendere infine tutte le violazioni di doveri delle quali possono rendersi colpevoli non solo gli stati-membri ma anche lo stato centrale, per il fatto che i loro organi violano nell'esercizio delle loro funzioni la costituzione totale dello stato. Quella che viene ordinariamente denominata esecuzione federale (*Bundesexekution*) e che costituisce un problema tanto difficile per la teoria e la prassi dello stato federale, dovrebbe presentarsi — sia nella forma primitiva di una responsabilità oggettiva (*Erfolgshaftung*) sia nella forma tecnicamente perfezionata di una responsabilità individuale e per colpa (*Schuldhaftung*) dell'organo — solo come esecuzione di una sentenza resa dal tribunale costituzionale, nella quale venga affermata l'incostituzionalità della condotta dello stato centrale o dello stato-membro.

25. I compiti che si presentano alla giurisdizione costituzionale nel quadro di uno stato federale mostrano in modo particolarmente chiaro l'affinità tra la giustizia costituzionale ed una giustizia internazionale destinata alla tutela del diritto internazionale, non foss'altro che a causa della vicinanza dei gradi dell'ordinamento giuridico che si tratta di garantire. E come questa ha lo scopo di rendere inutile la guerra tra i popoli, quella si afferma — in ultima analisi — come garanzia di pace politica all'interno dello stato.