



## LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E IL SUO INSEGNAMENTO \*

di Pier Alberto Capotosti \*\*

SOMMARIO: 1. Il metodo storico comparativo. – 2. Le origini della Giustizia Costituzionale (cenni). – 3 La nota polemica sul custode della Costituzione. – 4. L'Assemblea costituente (cenni). – 5. Il dialogo tra le Corti. – 6. La riforma costituzionale e il suo rapporto con il tema delle garanzie.

### 1. Il metodo storico comparativo

L'insegnamento di Giustizia Costituzionale in una Facoltà di Scienze Politiche mi ha subito indotto a riflettere sul metodo più proficuo da seguire in relazione al tipo di studio ed alle prospettive occupazionali degli studenti del corso. La scelta è stata a favore del metodo storico-comparativo rispetto ad un'analisi, di tipo esegetico-dogmatico, sul processo e sulla giurisprudenza costituzionale, anche perché il tema dei meccanismi di garanzia necessita comunque di un ampio quadro prospettico di riferimento. Ed invero la supremazia e la protezione della Costituzione si sono manifestate, come è noto, in una pluralità di forme attraverso un processo plurisecolare, che essenzialmente origina dalla concezione di un diritto superiore insita nel giusnaturalismo di Locke e trova nel costituzionalismo nordamericano di fine '700 una fondamentale attuazione nell'ordinamento giuridico dello Stato.

L'oggetto della protezione costituzionale muta dalle prime Costituzioni dello Stato liberale alle diverse forme di "streitbare Demokratie" delle Costituzioni del secondo dopoguerra, attraverso il passaggio della tutela costituzionale dello Stato-partito del periodo fascista e nazionalsocialista della prima parte del XX secolo. Naturalmente oltre all'oggetto della protezione costituzionale variano anche le modalità del controllo, secondo diversi modelli, la cui tipologia ha costituito il contenuto di una serie di ricerche.

In proposito si può ricordare che la varietà dei modelli e delle tipologie di giustizia costituzionale trovarono già, nella dottrina italiana, nella fondamentale monografia di Carlo Esposito del 1934 sulla validità della legge, interessantissimi approfondimenti, anche se forse il primo saggio di sistemazione organica dei modelli di sindacato di costituzionalità, nella

\* Si pubblica in via postuma, a cura di Paolo Mezzanotte, l'inedita relazione di P.A. Capotosti, Presidente emerito della Corte costituzionale, tenuta all'Incontro di Studi "L'insegnamento del diritto pubblico e costituzionale nelle Facoltà di Scienze politiche - Giornata di studio in onore di P. A. Capotosti, A. Chiappetti, C. Chiola, F. D'Onofrio", 18 luglio 2012, Roma, Biblioteca del Quirinale.

\*\* Presidente emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito di Giustizia costituzionale, Dipartimento di Scienze Politiche – Università di Roma "La Sapienza".

dottrina italiana, è dovuto all'opera di Piero Calamandrei degli anni Cinquanta ed alla magistrale trattazione di Mauro Cappelletti, negli anni Sessanta <sup>1</sup>. Nell'ambito della dottrina straniera, tanto per citare qualche nome illustre, si posso ricordare, tra le altre, le ricostruzioni della giustizia costituzionale di Favoreu e di Häberle <sup>2</sup>. Ma non è tanto il problema della modellistica e delle tipologie ad attirare l'attenzione dello studioso sulla complessa tematica della giustizia costituzionale, anche perché non sempre costituiscono delle vere alternative, considerando una certa tendenza verso "forme di giustizia costituzionale", come le definisce Alessandro Pizzorusso, per così dire, ibride <sup>3</sup>. È invece molto più interessante, come è ovvio, la ricerca dell'affermarsi e dell'inverarsi della giustizia costituzionale, in forme e modalità assai diverse, nei vari ordinamenti giuridici statali, anche perché molto spesso rappresentano una "rottura" rispetto a principi consolidati.

## 2. Le origini della Giustizia Costituzionale (cenni)

Da questo punto di vista, le prime esperienze degli Stati nordamericani sono quanto mai interessanti, poiché dimostrano un quadro culturale e dottrinale di riferimento differente da quello degli inglesi, giacché mentre in Inghilterra predominava la concezione della supremazia del Parlamento come fonte unica della legge positiva, viceversa in America si veniva sempre più affermando, attraverso le influenze delle correnti più rigidamente protestanti, il principio della insuperabile validità della legge naturale. Si fece così strada l'idea, per effetto soprattutto delle influenze del pensiero di Locke, che esistessero "diritti originali appartenenti al popolo e di cui nemmeno il Parlamento può privarlo, se essi sono compatibili con la Costituzione". E da questo principio fu fatto discendere quello, secondo cui in ogni Paese libero il potere legislativo deriva i suoi poteri dalla Costituzione, dalle cui regole fondamentali esso è legato e circoscritto". Si affermò cioè il principio che la c.d. "supremazia del Parlamento, che caratterizzava l'ordinamento inglese, non fosse un principio assoluto, bensì limitato al soddisfacimento del bene pubblico della società" <sup>4</sup>, fino a concludere che "una legge contro la Costituzione è nulla" ed un *Act* contrario a Costituzione "dovrebbe essere messo da parte dai giudici" <sup>5</sup>.

Attraverso questo processo, precipuamente culturale, si è dunque affermato il principio della supremazia della Costituzione e dal famoso caso *Marbury vs. Madison* ha preso l'avvio quella *judicial review of legislation*, che determinò le concrete esperienze della Corte Suprema nordamericana.

<sup>1</sup> Cfr. C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padova, Cedam, 1934, ora in Id., *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1964 (ristampa inalterata della edizione del 1934); P. Calamandrei, *La Corte costituzionale e il processo civile*, Milano, Giuffrè, 1950; Id., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1956, pp. 8 ss.; M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968.

<sup>2</sup> L. Favoreu, P. Loïc, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 1988; Id., *Les cours constitutionnelles*, Paris, Presses universitaires de France, 1986; P. Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft: zwei Studien* Königstein, Athenaeum, 1980; Id., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, traduzione e presentazione di A. D'Atena, Milano, Giuffrè, 2000.

<sup>3</sup> V. fra gli altri A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1982, pp. 521 ss.

<sup>4</sup> J. Locke, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it., Milano, Bur, 2004, cap. XIII, par. 49.

<sup>5</sup> V. L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2007, pp. 37 ss.

Ma la vicenda della conquista del principio della supremazia della Costituzione ha degli sviluppi del tutto diversi, anzi opposti in altre parti del mondo e pressoché negli stessi tempi, se è vero che dalla Rivoluzione francese emerge la tesi del primato e della supremazia della legge, anziché della Costituzione. In questo senso, infatti, si può ricordare che l'Assemblea Nazionale, nella Costituzione del 1791, finalizzò la sua opera ad imporre la supremazia del legislatore.

Ma nell'intento di ripercorrere gli albori del controllo di costituzionalità in alcune esperienze è forse sterile citare i tentativi di Sieyès o di Pagano di elaborare forme di protezione della Costituzione e di controllo di costituzionalità. Ma non sembra sterile ricordare come i primi, autorevoli preannunci, nella dottrina europea di quegli sviluppi che poi condussero alla elaborazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, fossero tratti dalle opere di Jellinek<sup>6</sup>. Per questo Autore, nell'ambito delle garanzie giuridiche, doveva essere previsto che il giudice avesse l'obbligo dell'esame di leggi ed ordinanze "dal punto di vista della loro validità giuridica"<sup>7</sup>. Anche per Duguit, le garanzie costituzionali implicano la creazione di un sistema, che eviti l'applicazione di una legge contraria ai principi di libertà ed in questo senso auspica l'introduzione in Francia di un modello di controllo di costituzionalità analogo a quello degli Stati Uniti e fondato sulla cooperazione tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato<sup>8</sup>.

### 3. La nota polemica sul custode della Costituzione

Ma, come è noto, è la dottrina, negli anni Venti del secolo scorso, a determinare gli sviluppi dell'altro grande modello di controllo di costituzionalità, che, insieme con quello nordamericano, ha caratterizzato il sistema della giurisdizione costituzionale. In realtà, la Costituzione austriaca del 1919 accoglie il modello della "Stufenbau" elaborata da Kelsen, anche per quanto concerne le garanzie di stabilità (procedure di revisione costituzionale) e di regolarità (procedure di annullamento degli atti incostituzionali) affidate ad uno speciale Tribunale. Ed è sulla posizione costituzionale di questo ultimo organo, sotto il profilo della separazione dei poteri e sotto il profilo del rapporto con la sovranità del Parlamento, che si innesta la notissima polemica di Kelsen con Schmitt.

Per Kelsen, questo Tribunale non esplica funzioni giurisdizionali, che applicano norme individuali, ma viceversa applica norme generali, come la funzione legislativa e pertanto si può definire un "legislatore negativo", i cui atti di annullamento sono obbligatori e non discrezionali, in quanto totalmente vincolati dalla Costituzione. La giustizia costituzionale è così uno strumento di protezione delle minoranze contro gli abusi della maggioranza, così da conseguire quel "compromesso" tra i gruppi sociali, che rappresenta la pace sociale ed appunto in questa prospettiva la giustizia costituzionale contribuisce a realizzare l'idea della pace sociale<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> G. Jellinek, *Una Corte costituzionale per l'Austria* (1885), a cura di E. Palici di Suni Prat, Torino, Giappichelli, 2013.

<sup>7</sup> G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1900), trad. it., Milano, A. Giuffrè, 1949, p. 307.

<sup>8</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1923, p. 673.

<sup>9</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (1928), trad. it., in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 201 e s.

La risposta di Schmitt si scaglia contro i “giuristi della giurisdizione”, desiderosi sempre di “rimettere la soluzione di ogni problema semplicemente ad un processo giurisdizionale”, trascurando del tutto la differenza tra decisione processuale e decisione sui dubbi interpretativi di una norma costituzionale. Il “custode della Costituzione” non può essere identificato nel potere sostanziale di controllo della Corte Suprema, che, nell’ambito di uno “Stato giurisdizionale”, difende, sotto la forma del *due process of law*, l’ordine economico e sociale borghese.

C’è una strettissima connessione tra i concetti di “Costituzione” e di “controversia costituzionale”, cosicché queste sono risolubili in via giudiziaria quando la Costituzione abbia natura pattizia, ma quando il Parlamento, a partire dal XIX secolo, ha dato il via agli sviluppi dello “Stato legislativo”, tentando di superare la molteplicità degli interessi nella unità della volontà politica, in tale contesto non è più ammissibile il sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale. Serve un potere politico, che sia però “Potere neutro”, ed assicuri il regolare funzionamento del sistema ed operi accanto e non al di sopra degli altri Poteri, per rimanere “custode” e non “signore” della Costituzione. E Schmitt configura come baricentro dell’intero sistema di neutralità politico-partitica e di indipendenza, il Presidente del Reich, che, per di più, si basa su un presupposto plebiscitario, secondo appunto quanto stabilito dalla Costituzione di Weimar <sup>10</sup>.

Ma, risponde Kelsen, che trova singolare che la tesi del “potere neutro” della monarchia, sostenuta da Benjamin Constant, sia applicata da Schmitt al Presidente del Reich. E del resto qualificare il tribunale costituzionale tedesco, con poteri generali di annullamento, come “custode della Costituzione” non dovrebbe incontrare le stesse obiezioni rivolte da Schmitt ai tribunali nordamericani, anche perché essi possono applicare norme persino incostituzionali, dato che non esiste un potere generale di annullamento. Inoltre, il Tribunale costituzionale è “custode della Costituzione”, perché molto spesso le violazioni più importanti della Costituzione hanno come parti in causa Parlamento e Governo ed è assolutamente necessario che a decidere di queste controversie sia un organo del tutto estraneo all’esercizio del potere politico. Mentre invece, nello “Stato totale” non può esistere alcun contrasto tra Parlamento e Governo, con la conseguenza che se il Capo dello Stato diviene custode della Costituzione per difenderla dalle leggi incostituzionali, esso è comunque organo parte in causa <sup>11</sup>.

#### 4. L’Assemblea costituente (cenni)

Ma il problema della distinzione tra politica e legittimità è stato al centro del dibattito anche alla Costituente, quando si è istituita la Corte costituzionale. Le posizioni di Nitti e di Orlando, che riconoscevano la possibilità di una Corte costituzionale solo negli Stati federali, da un lato, e quelle della sinistra, dall’altro lato, convergevano nella critica verso un’istituzione, che avrebbe solo creato confusione (la famosa “bizzarria” di Togliatti), pretendendo di sovrapporsi alle scelte politiche del Parlamento. In realtà, la tesi di La Pira sul carattere pluralistico della

<sup>10</sup> C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it., Milano, Giuffrè, 1981, pp. 12 ss.

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Chi dev’essere il custode della Costituzione?* (1930), trad. it., in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 234 ss.

Carta, che ha una particolare attenzione anche ai diritti essenziali degli individui e degli enti intermedi, lo indusse a parlare della costruzione di un edificio completo, la cui “volta” fosse la Corte costituzionale, come limite all’attività del legislatore e garanzia di diritti superiori dell’uomo <sup>12</sup>.

## 5. Il dialogo tra le Corti

Il discorso sulle origini del controllo di costituzionalità non è certamente fine a sé stesso, perché, al di là della grande espansione dei sistemi della giustizia costituzionale negli Stati nazionali, soprattutto quelli di nuova formazione, è ormai iniziato il terzo tempo della giustizia costituzionale, quello che situa le Corti costituzionali nazionali nell’ambito di un “sistema europeo” di giustizia costituzionale. Ma questa è una sfida, poiché è da chiedersi se questo possa avvenire in un momento in cui si assiste alla fuoriuscita dello “Stato costituzionale” dai confini dello “Stato nazionale”. In proposito può dirsi che l’esperienza della “creazione giurisprudenziale” di un sistema di diritti fondamentali europei multilivello è la riprova della creazione di un sistema di diritti, che prescinde dai confini statali. E Peter Häberle sottolinea la potenzialità di un’interpretazione aperta dei diritti fondamentali, che si muove essenzialmente in una prospettiva comparatistica <sup>13</sup>. La complessa vicenda del dialogo tra Corti nazionali e Corti europee è quindi una sfida, poiché può in fondo dimostrare che la “comunicazione” fra esperienze diverse rifugge da forme di gerarchizzazione nell’interpretazione, ma invece si basa solo sul dialogo.

## 6. La riforma costituzionale e il suo rapporto con il tema delle garanzie

Il discorso sulle garanzie costituzionali e sulle varie forme di protezione della Costituzione può anche condurre a riflettere sulle diverse potenzialità, sotto questo profilo, delle riforme costituzionali di cui si sta discutendo in Italia in questi ultimi tempi. Riforme, peraltro che hanno incidenza non solo sulle “garanzie” offerte dalla giustizia costituzionale, ma anche e soprattutto su quelle connesse alle funzioni ed alla posizione costituzionale del Capo dello Stato.

Ebbene, se la scelta è ancora a favore della forma parlamentare, sia pure razionalizzata, secondo gli insegnamenti di Mirkin-Guétzevich e, in particolare, del notissimo o.d.g Perassi, è evidente che l’accoglimento di uno schema di revisione costituzionale simile alla forma di governo vigente in Germania non sembra comportare alcuna sensibile differenziazione rispetto ai meccanismi garantistici attuali, almeno per quanto riguarda l’impianto di fondo, che si richiama appunto al modello austriaco. Ma, sensibili differenziazioni non si hanno neppure con riferimento alla figura ed alle funzioni garantistiche svolte del Capo dello Stato.

<sup>12</sup> Per una sintetica ma efficace ricostruzione del dibattito svoltosi nelle differenti fasi dei lavori dell’Assemblea costituente, si rinvia a E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 28 ss.

<sup>13</sup> P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 273 ss.

Molto diverso, naturalmente, è il discorso se si fa riferimento all'introduzione di un modello presidenziale o anche semipresidenziale. Certamente, come è ovvio, per quanto attiene ai poteri del Capo dello Stato, che non possono più definirsi garantistici, essendo invece spiccatamente poteri di indirizzo, ma anche con riferimento alla stessa giustizia costituzionale si può ben dire che profondamente diverse, per mille motivi, sono le esperienze della Corte Suprema degli Stati Uniti ed anche del Conseil Constitutionnel, cosicché appare veramente semplicistico puntare alla sola revisione costituzionale relativa all'eleggibilità popolare del Presidente, senza introdurre contestualmente una serie di conseguenti ed importanti modificazioni del sistema di giustizia costituzionale.