

# Giustizia costituzionale

# Definizione (ampia)

- In prima approssimazione, l'espressione designa un raffronto, da chiunque operato (giudice, organo *ad hoc*, lo stesso legislatore, ecc.) tra norme costituzionali o considerate tali e altre norme (di solito a questa sottordinate).
- Definizione molto ampia, che ha in sé taluni pregi:
  - 1) Contiene in sé il concetto di raffronto (parametro-oggetto): rigidità garantita e giustiziabilità della Costituzione;
  - 2) Comprende anche forme di controllo che non sono esercitate secondo forme o modalità di tipo contenzioso-giurisdizionale, ma secondo criteri di tipo "politico" (o perché non sono esercitate in forme giurisdizionali; o perché gli organi che esercitano tale funzione non hanno natura giurisdizionale).
  - 3) Non si basa né sull'organo, né sull'attività, ma sulla funzione: che è di protezione e supremazia della costituzione.

# Definizione (ristretta)

- Riscontro, da parte di un organo giurisdizionale che opera in posizione di terzietà, tra norme costituzionali (formalizzate e rigide) e norme sotto-ordinate. L'effetto è quello di espungere le norme contrastanti dall'ordinamento giuridico.
- Esclude il **controllo esercitato dagli stessi legislatori** (controllo esercitato da soggetto politico e in forme non giurisdizionali), da **organi che pur essendo in posizione di terzietà, non hanno natura giurisdizionale o non esercitano il controllo in forme giurisdizionali**, e anche la c.d. **mera delibazione di costituzionalità** (quella che il Capo dello Stato esercita in sede di rinvio, promulgazione o sanzione delle leggi).

# Conclusioni

- Rendere giustiziabili (*justiciable*), portandoli a raffronto con le statuizioni contenute negli atti di rango costituzionale/*higher law/fundamental law* atti o comportamenti dei poteri pubblici (organi costituzionali dotati di potere normativo, ma non solo), al fine di accertare se detti poteri hanno esercitato le proprie attribuzioni nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione medesima;
- Sono definizioni coerenti con le prime manifestazioni “storiche” della giustizia costituzionale. Il problema è il **controllo del potere pubblico conferito dalla costituzione ai rappresentanti del popolo**: se si può esercitare, da parte di chi e a quale titolo senza debordare dai limiti stabiliti dal popolo stesso nella Costituzione.

# Cosa presuppone

- **Supremazia** della Costituzione: assicura la stabilità e la perpetuazione nel tempo delle regole sulle quali si basa la pacifica convivenza e l'organizzazione del potere pubblico.
- **Carattere normativo** della Costituzione: prevalenza su norme di rango inferiore, che non possono contraddirla e se la contraddicono, si applica la Costituzione.
- Di qui deriva il carattere di **norma giuridica fondamentale**, dalla quale sarebbe scaturito quello di **rigidità** con fissazione di limiti alla revisione della medesima, revisione che si realizza in forme aggravate rispetto a legge. È già una forma di garanzia: cui si affianca il controllo di costituzionalità, che può essere su atti (leggi) ma anche su organi e che è preordinato alla protezione della Costituzione.

# Sistemi di classificazione (1)

- **OGGETTO** : sindacato di tipo **formale** (irregolarità intervenute nel procedimento di formazione) e **materiale** (l'atto, formalmente regolare, contrasta con disposizioni costituzionali quanto al contenuto).

- **SOGGETTO CHE ESERCITA IL CONTROLLO:**

## **controllo politico:**

Il **culto della volontà generale** rende inconcepibile un controllo di costituzionalità delle leggi a vantaggio della **supremazia parlamentare**: Regno Unito, Paesi Bassi (art. 120 Cost. divieto di esercitare il controllo di costituzionalità), Finlandia (commissione parlamentare); Norvegia (art. 83 Cost.: il Parlamento può chiedere alla Corte suprema una opinione su qualsiasi questione giuridica concernente l'approvazione di una nuova legge); Svezia (cap. VIII, art. 18 Cost.: *Lagrådet* – comitato legislativo consultivo composto da magistrati della Corte Suprema e della Corte Suprema Amministrativa – si pronuncia in via preventiva sulla compatibilità con le leggi fondamentali delle delibere legislative pendenti presso il *Riksdag*; il parere non è vincolante ma ha incidenza e influenza il successivo controllo diffuso).

2) Si affida l'esercizio delle funzioni in cui si concreta la giustizia costituzionale a organi non giurisdizionali.

3) Il controllo ha carattere meramente preventivo, endo-procedimentale, come in Francia. Ciò per ragioni:

– storiche: diffidenza verso i giudici e loro potere. Messa al bando del *gouvernement des juges*, per diffidenza verso i Parlamenti di antico regime: **divieto di interpretazione della legge** (decreti del 16-24 agosto 1790).;

– ideologiche: separazione dei poteri e primazia del potere legislativo sottratto a controlli eteronomi;

– pratiche: l'assenza del controllo di costituzionalità tutela contro le illegalità dell'esecutivo e del giudiziario.

# Sistemi di classificazione (2)

- Un ulteriore tipo di controllo politico è proposto da C. Schmitt (in polemica con Kelsen): il **Capo dello Stato**, come **Custode della Costituzione**, con funzioni relative al controllo di costituzionalità.
- Nessun ordinamento liberal-democratico assegna in via esclusiva al Capo dello Stato il compito di difendere la costituzione avverso leggi o atti con essa confliggenti.
- Il più delle volte concorre a tale funzione: mediante ricorso, nonché in connessione all'esercizio del potere di messaggio, in sede di promulgazione-sanzione, potendo in tali ipotesi opporre la propria volontà (veto) a quella del parlamento per ragioni di costituzionalità.
- Sanzione è un vero concorso all'esercizio della funzione legislativa: è insuperabile il rifiuto della stessa. Vedi UK e Belgio, ove per convenzione costituzionale il Monarca non esercita più tale veto (in UK dal 1707).
- Veto o rinvio superabile: mediante nuova deliberazione delle camere. A maggioranza semplice (Francia, Italia, Romania); a maggioranze qualificate (Grecia, Perù, Bulgaria, Rep. Ceca; 2/3: Argentina, Polonia).

# Sistemi di classificazione (3)

- **CONTROLLO GIURISDIZIONALE:** a sua volta distinto in
- **Diffuso (o giudiziario):** qualunque giudice è legittimato a compiere il controllo di costituzionalità delle leggi, ai fini di una sua eventuale disapplicazione ove essa sia ritenuta dal giudice stesso incostituzionale. Il controllo è concepito come una fase dell'ordinaria attività processuale da svolgere nell'esercizio di qualunque funzione giurisdizionale a opera di qualunque giudice.
- Si ricollega – ma non sempre – con precedente vincolante (pensiamo a Paesi Latino-americani, Svizzera, Paesi Nordici).
- **Concentrato (o autonomo):** In tali ipotesi si ha una funzione speciale (esercitata, il più delle volte, nelle forme o qualificata come giurisdizionale) distinguibile da ogni altra perché assegnata alla competenza:
  - a) o di un organo *ad hoc* (qui elementi parlamentanti e giudiziari nella selezione);
  - b) o da una speciale composizione dell'organo della giurisdizione (qui elementi giudiziari).
- Elaborato, com'è noto, da Hans Kelsen, ma vi fu l'apporto di altri autorevoli giuristi anteriori, in particolare, Jellinek.



# Sistemi di classificazione (4)

- **SISTEMI MISTI:** coesistono un organo a carattere accentrato (Corte o Tribunale costituzionale) o sale specializzate di una corte suprema, cui sono attribuite determinate funzioni; e vi concorrono anche gli organi giurisdizionali comuni, esercitando forme di sindacato diffuso: Portogallo, Russia, Paesi Baltici, Messico, Grecia, ecc.
- Qui si rileva anche la distinzione tra **indole monopolista e concorrenziale di un sistema**

# Accesso

- **incidentale**: Presuppone un processo davanti a un giudice. **Rapporto di pregiudizialità fra la decisione sulla qlc e la decisione che definisce il giudizio**. Può essere conosciuta dallo stesso giudice del giudizio principale (modello diffuso) o dall'organo *ad hoc* (accentrato), sollevata d'ufficio e/o su istanza di chi è parte di una controversia concreta nel momento in cui deve farsi applicazione della legge di cui si contesta la legittimità. La dichiarazione non è il risultato di una valutazione astratta e generale, ma è resa in vista della – e riguardo alla – sua applicazione che essa dovrebbe ricevere nel giudizio. Necessariamente successivo e concreto.
- **Principale (o in via d'azione)**: si prospetta una qlc come *thema decidendum* separato e autonomo dalla risoluzione di un caso concreto. Si manifesta come un ricorso presentato all'organo di giustizia costituzionale. È evidente che esclude filtri (di rilevanza, non manifesta infondatezza) da parte di un organo giurisdizionale; ma non esclude (come nel ricorso individuale) il carattere sussidiario del ricorso. Modelli più classici: impugnazione delle minoranze parlamentari; impugnazione di leggi ed atti equiparati da parte dello Stato federale (o centrale) o da parte degli enti sub-statali (conflitto intersoggettivo su atti legislativi); da parte degli individui (ricorso diretto: in Belgio; *Verfassungsbeschwerde*: Germania e Austria; *Amparo*: Spagna).

# Soggetti e tipologia del controllo

- SOGGETTI COINVOLTI

Ordinamenti chiusi: tassativamente solo enti o organi dello stato.

Ordinamenti aperti: anche i giudici e anche agli individui.

**Concreto**: il controllo di costituzionalità è esercitato su disposizioni o norme che devono trovare applicazione in una fattispecie sottoposta all'esame di un giudice o comunque con riferimento a una situazione di fatto a causa della quale il ricorrente ha interesse a ottenere la dichiarazione di costituzionalità.

**Astratto**: il controllo di costituzionalità viene esercitato su disposizioni o norme che sono impugnate a prescindere dalla sussistenza di una controversia nella quale si deve fare applicazione della norma.

# Tempo ed effetti

**Controllo preventivo:** prima dell'entrata in vigore della norma oggetto del giudizio (che può essere una legge organica, un regolamento parlamentare, una delibera legislativa, un trattato internazionale, ecc.).

Effetto necessariamente *erga omnes*, assicura al meglio la certezza del diritto, implica la sospensione dell'entrata in vigore della norma.

**successivo:** ha ad oggetto leggi, leggi organiche, atti del potere esecutivo, ecc. già in vigore. Non necessariamente quando la legge è oggetto di applicazione: in astratto può esserlo, ma può essere sollevato anche in via d'azione.

**Estensione degli effetti:** generale (*erga omnes*) e speciale (*inter partes*).

## Estensione temporale degli effetti:

**DICHIARATIVO:** non annulla, ma si dà atto di una nullità preesistente; che, sulla base dell'interpretazione più corretta della Costituzione, c'è un'incompatibilità, la legge è sempre stata invalida e sempre lo sarà. Necessariamente retroattiva.

**COSTITUTIVO:** è annullamento di atto invalido ma efficace.

# Funzioni della giustizia costituzionale

- Funzioni **garantista** (controllo di costituzionalità delle leggi) e **arbitrale** (risoluzione di conflitti tra organi e poteri).
- I due modelli sono rappresentati, rispettivamente, dalla *judicial review of legislation* degli USA (inderogabile e immediata applicazione del primato della norma fondamentale) e dalle competenze arbitrali di: *Reichsgericht* austriaco del 1867, Tribunale federale svizzero che dal 1874 annulla le leggi cantonali in contrasto con la costituzione e le leggi federali, *Staatsgerichtshof* di Weimar (1919).
- L'indole particolare delle Corti Costituzionali e la loro terzietà hanno suggerito di conferire loro anche una serie di funzioni che richiedono l'esercizio di un ruolo imparziale.
- Una prima classificazione è per tipologia di funzioni: protezione dei diritti fondamentali; funzioni arbitrali intersoggettivi e interorganici; funzioni di giustizia politica: grave violazione, da parte di un organo costituzionale, dei doveri che sono connessi alle sue attribuzioni; in materia elettorale (sulla elezione del capo dello Stato, elezioni politiche, *referendum*).

# Alcune funzioni “ulteriori”

Vi sono sistemi che attribuiscono alle CC o TC le funzioni tradizionali (common law, Nord Europa, America latina) e sistemi che vi annettono funzioni ulteriori (sistemi continentali).

**Germania:** Su proposta del *Bundesrat*, del Governo federale, del Governo di un *Land* il BVerG è adito per dichiarare la perdita dei diritti fondamentali (18 GG) di singoli che ne abusano per combattere/abbattere l'ordinamento fondamentale liberale e democratico: libertà di stampa, di insegnamento, riunione, associazione, segreto epistolare, postale, diritto di proprietà o di asilo.

Per dichiarare l'incostituzionalità dei partiti politici (21, II, GG) che, per finalità perseguite o comportamento degli aderenti, si prefiggono di danneggiare o sovvertire l'ordinamento costituzionale democratico e liberale o mettere in pericolo l'esistenza della RFT. È decretata a maggioranza qualificata del Senato. Le conseguenze: scioglimento, sequestro patrimonio, perdita mandato dei rappresentanti. (1952: Partito socialista dell'Impero – neonazisti; 1956: Partito comunista tedesco). Anche in Portogallo, Bulgaria, Romania, Croazia, Slovenia, Ceca e Slovacchia, Georgia, Albania, Polonia, ecc.

Contenzioso elettorale e relativo alle consultazioni popolari (come il *referendum*): Italia, Francia, Germania, Grecia, Portogallo, Lituania Slovenia, Romania, Bulgaria, Moldavia, Cile, ecc.

Giustizia politica: Italia Germania Austria, USA, Albania, Lituania, Croazia, Cile, Corea, Honduras, ecc.

Controllo per omissione (ha solo effetto dichiarativo con trasmissione decisione a organi competente).

Funzione di consulenza: Canada, Guatemala, Bolivia, India.

# Controllo politico

## **Sotto il profilo dell'organo:**

- è interno al legislativo o comunque influenzato dagli organi detentori dell'indirizzo politico, che lo controllano. Non presenta garanzie di terzietà o di imparzialità quanto a meccanismi di selezione e di funzionamento;
- non ha veste giurisdizionale, ma esercita le funzioni in posizione di terzietà;

## **Sotto il profilo funzionale:**

- il controllo non si svolge secondo modalità giurisdizionali; preventivo (fase endo-procedimentale del procedimento legislativo) e astratto.

## Perché è preferito al controllo giurisdizionale:

- nello Stato liberale: 1) sovranità del parlamento; 2) sovranità nazionale e insindacabilità della legge, perché espressiva della volontà popolare; 3) separazione dei poteri. Se il parlamento è il vero sovrano e la legge è espressione unitaria della sovranità della Nazione, non può concepirsi che siano assoggettati a controlli di natura giurisdizionale.
- nello Stato socialista o islamico: 1) perché contrario al principio di unità del potere statale; 2) perché è la legge divina (*shari'a*) a essere suprema anche rispetto alla costituzione => la sua superiorità è assicurata da chi ne è l'interprete.

# Stato socialista

- Ciò che si oppone alla creazione di un organo *ad hoc* di giustizia costituzionale non è la separazione dei poteri (che, in quanto strumento di conservazione e di garanzia a vantaggio della sola classe borghese egemone, non trova qui applicazione), ma il **principio di unità del potere statale** e il **principio della doppia dipendenza** (ogni *Soviet* è controllato orizzontalmente dai propri elettori e verticalmente dal *Soviet* di livello superiore; il relativo *Presidium* e consiglio è controllato orizzontalmente dal *Soviet* che lo nomina e verticalmente da quello superiore):
- S'impedisce in tal modo la configurabilità di organi di controllo "esterni" alle assemblee. Queste approvano sia leggi ordinarie, sia le leggi costituzionali.
- Non è coerente con detto modello il controllo di costituzionalità la possibilità che si diano corti costituzionali; non è invece incompatibile l'attribuzione di tale potere di controllo alla medesima assemblea rappresentativa o all'organo più ristretto della stessa, il *praesidium*: Romania (1965), Bulgaria, (1971), RDT (1968), Ungheria (1972), Albania e Polonia (1976), URSS e Cuba (1977), Cina (1978).
- Alcuni di questi hanno conosciuto delle Corti costituzionali (Jugoslavia a livello federale e statale dal 1963 e 1974; Cecoslovacchia Corte costituzionale federale dal 1968; Polonia, da 1982; Ungheria cons cost dal 1983).
- **Jugoslavia**: Cost. 1963 prevede corti costituzionali a livello federale e delle sei repubbliche (dal 1974 per le province autonome di Kosovo e Voivodina).
- **Polonia**: revisione costituzionale del 1982 e legge sul TC del 1985. La dichiarazione di incostituzionalità non comportava annullamento della legge: obbligo del parlamento di considerarla e di renderla conforme alla decisione del TC o di ricusare detta decisione a maggioranza dei 2/3 dei parlamentari (quorum strutturale: maggioranza semplice). Modifica del 1989: valutare conformità azione partiti con costituzione.
- In realtà, non hanno esercitato un effettivo controllo di costituzionalità, ma una funzione meramente declamatoria dei principi assunti a fondamento del regime. La ragione risiede nella circostanza che, com'è noto, la costituzione era una mera enunciazione di programmi politici (costituzione-programma).



# Paesi islamici: Iran

Cost. 1979: già nel Preambolo si ha immedesimazione tra principi politici e religiosi.

Stato teocratico: il diritto religioso è in costituzione e ai religiosi è attribuito un ruolo politico attivo.

- Art. 2: otto principi sui cui si basa la repubblica islamica, tra cui il Corano come legge fondamentale.
- Art. 4: la *shari'a* è fonte suprema del diritto. La disposizione si applica in modo assoluto e universale a tutti gli articoli della Costituzione.
- Art. 72: illegittimità della legislazione contraria alle direttive della religione ufficiale.
- Art. 170: obbligo per i giudici di disapplicare le regole che contrastino con legge islamica.
- Il clero ha il compito di vagliare la legislazione parlamentare: esercitato dal Consiglio dei guardiani.
- Art. 91: **tutela la costituzione e i principi islamici assicurando che nessun atto approvato dal Parlamento sia con essi in contrasto.**
- 12 membri: sei nominati dalla Guida suprema (vertice politico e religioso del sistema costituzionale: art. 5; guida il popolo, difende i valori sacri dell'islam, vigila sui tre poteri dello stato, nomina le supreme magistrature, comanda le FFAA, firma il decreto di nomina del PdR e lo destituisce se la Corte suprema emette una condanna nei suoi confronti o viene sfiduciato); 6 a maggioranza semplice dal Parlamento tra giuristi esperti su proposta della Corte suprema (che è nominata dalla Guida).
- sicuramente 6 membri sono esponenti del clero. Sei anni rinnovati per metà ogni tre.
- controllo di costituzionalità: tutti gli atti del parlamento sono automaticamente sottoposti al suo controllo prima della entrata in vigore: si pronuncia, salvo giustificati motivi, entro 10 gg. Controllo preventivo: prima rispetto ai principi dell'islam (sulla base del parere dei soli 6 membri religiosi), poi della costituzione (il parere è emesso da tutto il consiglio).
- Se l'atto è ritenuto non conforme => rinvia per riesame al Parlamento. In caso di contrasto: conciliazione. Se l'atto è urgente, i guardiani partecipano alla deliberazione e lì esprimono il parere (art. 97).