



CoCoA Working Papers
ISSN 2532-3520

L'(il)legittimità della legalità: i rapporti fra funzione di controllo costituzionale e funzione legislativa

Roberto Toniatti
professore emerito di diritto costituzionale comparato
Università di Trento

Progetto di ricerca Comparing Constitutional Adjudication (Co.Co.A.)
Facoltà di Giurisprudenza

© Copyright 2024 Roberto Toniatti

Creative Commons - Attribution - Share Alike 4.0 International license



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**
Facoltà di
Giurisprudenza

*L'(il)legittimità della legalità: i rapporti fra funzione di controllo costituzionale e funzione legislativa **

Roberto Toniatti
professore emerito di diritto costituzionale comparato

Sommario:

1. *La transizione dalla forma di Stato di diritto alla forma di Stato costituzionale di diritto.*- 2. *La forma di stato costituzionale di diritto.*- 3. *Il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale.*- 4. *Le origini e gli sviluppi nel diritto costituzionale.*

1. *La transizione dalla forma di Stato di diritto alla forma di Stato costituzionale di diritto.*

1.1 La finalità del costituzionalismo (come ideologia e come movimento politico storico) è strutturalmente connessa con il concetto di **potere pubblico limitato** (*Stato o governo limitato* quale traduzione della formula classica di matrice anglosassone di “limited government”).

NB: mentre nella cultura giuridica di *common law* lo Stato nasce *originariamente* limitato, nella dottrina dell'Europa continentale prevale la dottrina (Jellinek) del potere sovrano che si *autolimita*.

Le pietre miliari del percorso storico di affermazione *rivoluzionaria* del costituzionalismo sono sempre legate alla contestuale affermazione dei diritti fondamentali quali *limite del potere pubblico*.

1688 – Inghilterra – The Bill of Rights (si consolida la forma di governo parlamentare al termine di the Glorious Revolution, 1649 decapitazione di Carlo I)

1789 – Francia – La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

1789/1791 – USA – The Bill of Rights

Il costituzionalismo delle origini afferma il *principio di legalità*:

→ la legge diventa la fonte tipica ed esclusiva di manifestazione della volontà dello Stato

→ il potere esecutivo e la giurisdizione non sono titolari di poteri se non attribuiti dalla legge (legalità *formale*: l'an dell'esistenza di un potere e legalità *sostanziale*: il contenuto dell'esercizio del potere = ad es., la legge conferisce la funzione di giudicare e la legge definisce quale comportamento è un reato e quale è la pena che sanziona il reato)

→ si consolida il principio della supremazia del Parlamento (e/o della sovranità) del

* Il testo riproduce un intervento nei corsi di diritto costituzionale su invito dei professori Marta Tomasi e Simone Penasa (ottobre 2024).

Parlamento.

Tuttavia, nella prima parte del secolo 20°, forze politiche intrinsecamente estranee al rispetto dei diritti fondamentali (varie versioni di fascismo, nazionalsocialismo, nazionalismo, corporativismo in Portogallo, Spagna, Italia, Germania, Lettonia, Ungheria, Polonia, Romania, Ucraina Grecia negli anni '60) hanno conquistato per via elettorale (democratica) il controllo maggioritario delle assemblee parlamentari, e pertanto, *il controllo* del Parlamento, della funzione legislativa e *della legalità*.

Il principio di legalità - quale strutturato storicamente alle origini della forma di stato di diritto - si è rivelato fragile, insufficiente e inadeguato a garantire il rispetto dei diritti fondamentali, ossia del limite strutturale connesso all'ideologia del governo limitato e dunque il contenuto essenziale e tipico del costituzionalismo.

In altre parole, il concetto originario di legalità è entrato in crisi.

1.2 La soluzione individuata per governare la crisi della legalità si è tradotta nell'adozione di una costituzione non solo rigida (ossia sottoposta a procedure di revisione aggravate come previsto anche dalla maggior parte delle Costituzioni del 19° secolo) ma, soprattutto - e questa è l'innovazione -, garantita da un organo di tipo giurisdizionale (indipendenza, terzietà, professionalità), distinto dalla e non subordinato, non controllabile dalla maggioranza parlamentare, titolare della funzione di controllo di legittimità costituzionale sotto il profilo *formale* (il procedimento di formazione della legge) e sotto il profilo *materiale* (la conformità del contenuto della legge rispetto alle prescrizioni costituzionali).

In altre parole, si è realizzata la transizione dalla forma di stato di diritto alla forma di *stato costituzionale di diritto* (o stato di diritto costituzionale).

Il principio di legalità si è storicamente rivelato compatibile con un assetto definito di "dittatura (o tirannia) della maggioranza" e, pertanto, esso è stato obbligatoriamente sottoposto a controllo, in base a parametri normativi di efficacia giuridica sovraordinata che concretizzano una *super-legalità*, ossia la *legittimità costituzionale*.

Nello stesso modo, si è venuto a realizzare un assetto formale di "democrazia costituzionale" distinto rispetto ad uno di "democrazia tout court", o "democrazia elettorale": in forza di quest'ultima, il consenso elettorale rappresenterebbe non solo il fondamento della investitura democratica nella titolarità delle funzioni pubbliche ma anche (e soprattutto) il parametro della legittimità dell'esercizio delle stesse, ossia della definizione della latitudine del potere pubblico che verrebbe sottratto al limite della garanzia dei diritti fondamentali.

È solo ed esclusivamente la conformità *qualitativa* della legge alla Costituzione e non la corrispondenza *quantitativa* con il consenso elettorale democratico a determinare la legittimità della legge, andando oltre la dimensione della legalità.

La legalità, di conseguenza, non è sinonimo di legittimità ma si colloca in subordine ad essa e, nella forma di stato costituzionale di diritto e nella democrazia costituzionale il nucleo essenziale di garanzia dei diritti fondamentali – ossia l’istanza principale del costituzionalismo - risiede nella legittimità della legalità.

2. La forma di stato costituzionale di diritto.

2.1 La Costituzione italiana repubblicana del 1948 (a differenza dello Statuto Albertino che era costituzione flessibile, modificabile con legge ordinaria) è *giuridica, lunga, programmatica, rigida e garantita*.

In particolare, conviene precisare che la sua *giuridicità* ne fa una norma dell’ordinamento giuridico, anzi *la fonte primaria* (anche se per colpevole inerzia anche in dottrina si continua a designare come tale la legge ordinaria, che invece è fonte secondaria, mentre il regolamento è fonte terziaria).

Occorre inoltre soffermarsi sulla natura *lunga e programmatica* della Costituzione repubblicana e sul suo carattere *rigido e garantito*.

In ordine al primo profilo (Costituzione lunga) – ossia che *prescrive* l’intervento dello Stato nei settori dell’economia, del lavoro, della società, dell’ambiente, etc. - è sufficiente osservare che all’espansione della politicità (nuovi compiti e aree di intervento dello stato) e della giuridicità (prescrittività della forma di stato sociale) non potrebbe non corrispondere un’analoga espansione della giurisdizione, ossia dell’intervento del giudice nella risoluzione delle controversie sorte in applicazione del diritto.

In alcuni ordinamenti, si ritiene che i cosiddetti diritti sociali non siano “giustiziabili”, ossia che facciano sorgere l’obbligo dello Stato ad intervenire ma non diano luogo, in caso di violazione, ad un rimedio disposto dal giudice.

In altre parole, in questi ordinamenti le prescrizioni costituzionali non si applicano direttamente ma richiedono il previo intervento del legislatore (c.d. *interpositio legislatoris*), generando peraltro la figura della violazione costituzionale per omissione, come esplicitamente previsto dalla Costituzione del Portogallo del 1976 (cfr. anche le sentenze-monito e le sentenze additive della Corte costituzionale italiana).

Cfr. in tal senso la Costituzione dell’Irlanda (1937):

DIRECTIVE PRINCIPLES OF SOCIAL POLICY

ARTICLE 45

The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas [Parlamento]. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas **exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution.**

1. The State **shall strive to** promote the welfare of the whole people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice and charity shall inform all the institutions of the national life.

2. The State shall, in particular, direct its policy towards securing: [...]

Per contro, si veda il GG della Germania (1949), il cui art. 1, 3° comma stabilisce che: “I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti **immediatamente applicabili**”.

Il testo costituzionale italiano non è esplicito sul punto ma sull'immediata applicabilità delle disposizioni in materia di diritti fondamentali si è pronunciata la Corte costituzionale.

In ordine al secondo profilo (Costituzione programmatica), osserviamo che la programmaticità determina in capo agli organi indirizzo dello Stato l'obbligazione ad un *facere*, in ordine alle politiche pubbliche in relazione, ad esempio, alla garanzia dei diritti sociali, ossia dei diritti alle prestazioni sociali (istruzione, salute, assistenza, eguaglianza uomo-donna, etc.).

La giuridicità della Costituzione è non solo smentita ma anzi confermata dalla sua programmaticità che fa sorgere un obbligo il cui inadempimento produce non solo una sanzione politica ma anche una sanzione giuridica (una sentenza di illegittimità costituzionale).

2.2 La rigidità della Costituzione e la sua garanzia giurisdizionale implicano, com'è noto, la sovraordinazione dell'efficacia della norma costituzionale sulla norma ordinaria.

Questo rapporto di sovraordinazione sottolinea come la dimensione della politicità residua – ossia della discrezionalità politica - del legislatore parlamentare ordinario sia più ristretta di quella del legislatore costituente: il primo è infatti vincolato dalla pre-selezione e pre-qualificazione degli interessi e dal conferimento di una tutela della massima intensità già disposta da quest'ultimo.

In altre parole,

- ▶ il principio di preferenza per la legge viene sostituito dal principio di preferenza per la Costituzione;
- ▶ il principio di legalità formale e sostanziale vincola ora anche la discrezionalità politica del legislatore;
- ▶ l'atteggiamento di diffidenza (originariamente rivolto all'esecutivo monarchico) viene esteso anche nei confronti del Parlamento e della legge ordinaria (sebbene sia corretto parlare di una presunzione di conformità costituzionale della legge);
- ▶ l'istituto della riserva di legge viene integrato dalla riserva di legge cosiddetta *rinforzata* (in cui la riserva di legge ha come obiettivo non solo di escludere o limitare l'intervento regolamentare del governo ma anche di orientare e circoscrivere la discrezionalità politica del legislatore parlamentare (ad esempio, determinati trattamenti sanitari possono venire resi obbligatori dalla legge (e solo dalla legge) ma “la legge non

può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, art. 32 Cost.);

► l’istituto della riserva di legge viene integrato altresì dalla riserva di legge *costituzionale* (cfr. articoli 116 e 137 Cost.);

► anche la legge viene sottoposta a controllo di legittimità formale e sostanziale, sia pure attraverso un sistema accentrato (in cui, cioè, la decisione sulla legittimità costituzionale di una legge è affidata ad un unico organo) espresso dalla **Corte costituzionale** i cui membri, a differenza dei giudici comuni, non sono scelti attraverso il metodo burocratico (un concorso pubblico) ma vengono designati con modalità differenziate che in ogni caso operano in base ad *intuitus personae*, secondo un criterio di tipo compensativo rispetto alla perdita del primato del ruolo parlamentare;

► la supremazia della legge viene a cadere insieme alla supremazia del Parlamento.

La legge, dunque, non opera più in “regime di monopolio” esclusivo ma si trova a “competere” con un sistema normativo tendenzialmente pluralista ed articolato e con altri metodi di produzione del diritto, recuperando una dinamica ed una vitalità che la rivoluzione francese aveva tentato di sradicare.

Lo Stato costituzionale di diritto, ben più dello Stato di diritto, si propone la **giuridicizzazione della politica** (sottoposizione della politica a disciplina giuridica) e la conseguente **giurisdizionalizzazione della politica** (sottoposizione della politica a controllo giurisdizionale) nell’ambito di un quadro normativo costituzionale che evidentemente vincola anche la giurisdizione, collocandola in un sistema di **checks and balances** (controlli ed equilibri).

La configurazione dello Stato costituzionale di diritto incide, conseguentemente, anche sulla funzione giurisdizionale.

L’art. 101, 2° comma Cost. (“I giudici sono soggetti soltanto alla legge”) va letto come se dicesse: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge *a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima*”.

In altre parole, si conferma che il giudice non è chiamato ad un’applicazione “automatica” della legge (come se la funzione giurisdizionale potesse venire affidata ad un computer) ma è chiamato ad un’applicazione “condizionata” dalla sua legittimità costituzionale, ciò che provoca la necessità di una sua previa valutazione circa la legittimità costituzionale della legge stessa (il giudizio circa la non manifesta infondatezza che, unitamente a quello circa la rilevanza, deve essere espresso e motivato nell’ordinanza di rimessione della questione alla Corte secondo lo schema del ricorso in via incidentale).

Questa circostanza può da sola essere considerata emblematica delle innovazioni prodotte dalla qualificazione della Costituzione come *rigida e garantita*, innovazioni le quali possono venire ricondotte al concetto secondo il quale, **nello Stato costituzionale**

di diritto, il campo di applicazione della **discrezionalità interpretativa motivata esercitabile in sede di esercizio della funzione giurisdizionale e di garanzia costituzionale è significativamente **più esteso** di quanto potesse essere nello Stato di diritto.**

Fra la volontà politica del legislatore e l'applicazione della legge da parte del giudice si interpone dunque il controllo di legittimità costituzionale.

2.3 La transizione verso la forma di stato costituzionale di diritto è inoltre integrata anche da un'altra innovazione della forma di stato vigente in Italia (ma non solo), ossia la transizione verso la *forma di stato-membro*.

Quest'ultima risulta dallo status di membri del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea, circostanza che comporta obbligatoriamente di essere un ordinamento destinatario, rispettivamente, della Convenzione europea per la tutela delle libertà fondamentali e dei diritti dell'uomo (CEDU) e della giurisprudenza della Corte EDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.

L'ordinamento italiano si trova, pertanto, a far parte di un contesto di *pluralismo costituzionale*, privo di una clausola formale di supremazia.

In tale contesto, il giudice nazionale riveste la funzione anche di *giudice europeo convenzionale* e di *giudice eurounionale*. Sicché, anche in virtù della revisione dell'art. 117, 1° comma nel 2001¹, l'art. 101, 2° comma Cost. deve essere letto, altresì, come se dicesse che “il giudice è soggetto soltanto alla legge [*a condizione che la legge sia conforme non solo a Costituzione, ma anche conforme alla fonte convenzionale e conforme alla fonte comunitaria*]”.

2.4 L'interpretazione della Costituzione e della legge.

In tema di interpretazione della Costituzione, nello Stato costituzionale di diritto può senz'altro affermarsi, in via preliminare, che – in tanto in quanto la Costituzione è norma giuridica - valgono le norme generali sull'interpretazione della legge.

Nondimeno, occorre riconoscere che la Costituzione è sì norma giuridica ma norma giuridica fondamentale, costitutiva e connotativa dell'ordinamento e della forma di Stato; che, in quanto tale, la sua funzione originaria è di prescrivere il modo di essere dello Stato e di trasformare un progetto ideologico di configurazione della forma di Stato (liberale e sociale) come un dover essere. Questa circostanza richiede pertanto alcune precisazioni

¹ Questo il testo: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

in ordine alla latitudine della discrezionalità interpretativa.

In primo luogo, occorre ricordare il limite posto al giudice delle leggi (la Corte costituzionale, su iniziativa, in via incidentale, del giudice comune) dall'art. 28 della legge n. 87 del 1963: "Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento".

In altre parole, alla Corte e al giudice *a quo* è **precluso il giudizio sul merito della legge** (ossia se si tratta di una "buona" legge), anche se in qualche caso l'uso, da parte della Corte e del giudice *a quo*, del *criterio di ragionevolezza* ovvero di *proporzionalità* (delle norme rispetto al perseguimento delle finalità della legge stessa) si colloca in una zona grigia assai prossima ad un giudizio di merito.

Inoltre, dal punto di vista della tecnica normativa del testo costituzionale, occorre sottolineare il problematico rapporto esistente fra *discrezionalità interpretativa motivata e clausole generali* (cfr. art. 3: "pari dignità sociale di tutti i cittadini" (inclusivo peraltro, ancorché in misura selettiva, anche degli stranieri); art. 36: "diritto ad un'esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia"; art. 37: "essenziale funzione familiare" della donna lavoratrice; art. 41: "utilità sociale" come limite della libera iniziativa economica privata ; art. 44: "razionale sfruttamento del suolo" quale vincolo alla proprietà terriera privata).

Deve inoltre ricordarsi che, fra i concetti esplicativi del fenomeno costituzionale, è stato elaborato un concetto di "**costituzione materiale**" - le condizioni sostanziali esterne di validità (e pertanto il consenso, l'effettività, l'adeguatezza, soprattutto nel tempo) della Costituzione formale - che inevitabilmente va ad incidere anch'esso sulla discrezionalità interpretativa del giudice.

In proposito, si afferma in particolare il ruolo svolto dalla cosiddetta interpretazione evolutiva-adequatrice della Costituzione.

Si contrappongono pertanto la **discrezionalità politica** dell'organo legislativo e della revisione costituzionale e la **discrezionalità interpretativa motivata** del giudice.

Il riconoscimento della natura fisiologica del fenomeno qui richiamato non esclude che, nell'esperienza storica, non si manifestino anche **forme di patologia** rispetto allo stato costituzionale di diritto, in tutti quei casi nei quali la discrezionalità interpretativa e la riemersione della politicità nell'esercizio della funzione giurisdizionale e di garanzia costituzionale giungano a negare i legittimi margini di discrezionalità politica che la Costituzione rigida e garantita lasciano pur sempre al legislatore ordinario.

In tali circostanze, la patologia si esprime nell'assunzione, da parte del giudice comune e del giudice costituzionale, di un ruolo non già di controllo della legittimità costituzionale bensì di *antagonista* nell'esercizio di una discrezionalità che diventa politica più che essere interpretativa.

In questo contesto, peraltro, lo stato costituzionale di diritto consente al legislatore della revisione costituzionale di intervenire per reagire ad un'interpretazione giurisprudenziale non condivisa. È ciò che è avvenuto sia in Francia che in Italia nei confronti delle rispettive sentenze che avevano invalidato la legge ordinaria che aveva previsto le cosiddette “quote rose” per incentivare la presenza femminile nelle assemblee elettive e che avevano di conseguenza richiesto un'apposita revisione costituzionale.

Occorre da ultimo sottolineare un'altra conseguenza, che di per sé rappresenta una patologia in un sistema democratico fondato sul principio di responsabilità di chi esercita una funzione pubblica: se il consolidamento fisiologico del ruolo della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione comune e di costituzionalità può indurre a parlare, in senso figurato, di un «*potere interpretativo*», ebbene, tale potere si rivela del tutto *privo di forme di responsabilità*, se non *sub specie* della cosiddetta *responsabilità diffusa*, ossia l'ineliminabile soggezione alla libertà di critica da parte sia di un uditorio qualificato in senso tecnico (la dottrina e, più in generale, la comunità dei giuristi) sia dell'opinione pubblica.

Sotto questo profilo, né l'elaborazione dottrinale né l'esperienza storica sono state in grado di formulare soluzioni plausibili se non con riguardo all'*autolimitazione degli organi giurisdizionali* (nella dottrina statunitense, ad esempio, che può utilmente richiamarsi in proposito nonostante la diversità del contesto, si contrappone il *judicial activism*, da un lato, e il *judicial self-restraint*, dall'altro, proprio con riguardo a due diversi modi di concepire (*interpretivism* e *non-interpretivism*) l'esercizio della funzione giurisdizionale).

Allo stato attuale, pertanto, per quanto con la consapevolezza dei limiti intrinseci della soluzione, deve ritenersi che *solo il combinato disposto della responsabilità diffusa e dell'autolimitazione possano rappresentare, a loro volta, una “garanzia della garanzia”*, ossia una forma di tutela rispetto ad una potenziale degenerazione di uno dei profili caratterizzanti lo stato costituzionale di diritto.

3. Il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale.

3.1 La funzione primaria della giurisdizione costituzionale consiste nel controllo delle violazioni dei precetti costituzionali e dunque nella **garanzia del primato della costituzione** su tutte le altre fonti normative dell'ordinamento.

La funzione rientra pertanto nel quadro della **separazione dei poteri** e del **sistema di controlli ed equilibri** (*checks and balances*) fra gli organi che esercitano le funzioni sovrane.

La funzione nasce e si sviluppa in **un contesto fisiologico dialettico ma non necessariamente antagonista**. Quest'ultimo, al contrario, indicherebbe una patologia nel funzionamento del sistema.

3.2 La funzione primaria del Legislatore consiste nella produzione di fonti legislative ordinarie, ossia di norme destinate a dare attuazione alla Costituzione e ad innovare l'ordinamento giuridico.

Il Legislatore è organo di indirizzo politico, ossia di determinazione degli obiettivi dell'azione pubblica e di allocazione delle risorse necessarie. La funzione di indirizzo politico non ha propri atti tipici (legge, decreto, sentenza) e si avvale degli atti riferibili ad altre funzioni (legislazione, amministrazione, giurisdizione).

Il Legislatore opera a livello dello **Stato** (Parlamento e Governo che adotta decreti legge e decreti legislativi), delle **Regioni** (Consiglio regionale), del **Consiglio europeo** e del **Parlamento europeo** (direttive e regolamenti, che prevalgono sulle leggi ordinarie (anche sulla Costituzione?), del **Corpo referendario** (referendum abrogativo e (non)confermativo).

Nei confronti delle fonti prodotte da ciascuno degli organi nei quali si declina la figura del Legislatore la Corte costituzionale è titolare di funzioni di intervento a garanzia della supremazia della Costituzione.

In questa sede, tuttavia, ci si occupa solo del Legislatore dello Stato (il Parlamento).

3.3 La rigidità della Costituzione prescrive **limiti formali e limiti sostanziali** alla discrezionalità politica degli organi di indirizzo politico.

Ne consegue che *il Parlamento* esercita funzioni della sovranità ma *non è organo sovrano* ("la sovranità appartiene al popolo", art. 1). La sovranità (o supremazia) del Parlamento è una formula connotativa dello **Stato di diritto** propria del costituzionalismo originario **dell'800** ma non corrisponde alla concezione contemporanea dello **Stato costituzionale di diritto**, **caratterizzato dalla garanzia giurisdizionale della rigidità della costituzione in un sistema di gerarchia delle fonti**.

(a) Limiti formali

Art. 72

Ogni disegno di legge, presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa, che l'approva articolo per articolo e con votazione finale.

(b) Limiti sostanziali

Art. 21, uc

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie **al buon costume**.

(c) Riserva di legge costituzionale

Art 116

Il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi **statuti speciali adottati con legge costituzionale**.

Art. 137

Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte. Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte.

(d) Riserva di legge costituzionale rinforzata nel contenuto

Art. 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per *disposizione di legge*. **La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.**

(e) Riserva di legge costituzionale rinforzata nella procedura.

Art. 8

Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge. [...]

I loro rapporti con lo Stato sono regolati **per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze**.

(f) Referendum abrogativo

Art.75

(g) Competenza legislativa regionale

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e **dalle Regioni** nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

(h) diritto internazionale

Art. 117

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli **obblighi internazionali**.

(i) diritto dell'Unione europea

Art. 117

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'**ordinamento comunitario** e dagli obblighi internazionali.

(l) l'invalidazione di una legge per violazione della Costituzione.

Art. 136

Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, **la norma cessa di avere efficacia** dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Art. 137

Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.

3.4 La forma di stato costituzionale di diritto ha consentito di approfondire in misura notevole la distinzione fra organi di garanzia e organi di indirizzo politico e, di conseguenza, ha inciso altresì sull'equilibrio fra il Legislatore e l'organo di garanzia costituzionale, in conformità con l'assetto di **democrazia costituzionale**, che corrisponde ad *una concezione sostanziale della democrazia quale democrazia secondo il diritto* che si distingue da una *concezione formale* della stessa quale **democrazia elettorale**, che si identifica con lo svolgimento della competizione elettorale.

Democrazia formale: il governo della metà più uno.

Democrazia costituzionale: il governo nel rispetto dei valori costituzionali e dei diritti delle minoranze, che utilizza, accanto a

(i) *strumenti deliberativi maggioritari* (metà più uno), anche

(ii) *strumenti deliberativi più che maggioritari* (maggioranze qualificate) ovvero anche

(iii) *strumenti deliberativi meno che maggioritari* (minoranze qualificate).

Cost. Italiana

Art. 1

L'Italia è una Repubblica **democratica**, fondata sul lavoro.

La **sovranità** appartiene al popolo, che la esercita **nelle forme e nei limiti della Costituzione**.

→ Istituti più che maggioritari (requisito di maggioranze qualificate)

Art. 83.

Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento in seduta comune dei suoi membri.

All'elezione partecipano tre delegati per ogni Regione eletti dal Consiglio regionale in modo che sia assicurata la rappresentanza delle minoranze. La Valle d'Aosta ha un solo delegato.

L'elezione del Presidente della Repubblica ha luogo per scrutinio segreto **a maggioranza di due terzi dell'assemblea**. Dopo il terzo scrutinio è sufficiente **la maggioranza assoluta**.

Art. 138.

Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono **approvate a maggioranza assoluta dei componenti** di ciascuna Camera nella seconda votazione.

Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere **a maggioranza di due terzi dei suoi componenti**.

→ Istituti meno che maggioritari (requisito di minoranze qualificate)

Art. 138

Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda **un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali**.

Art. 94

La mozione di sfiducia deve essere firmata da **almeno un decimo dei componenti** della Camera e non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla sua presentazione.

→ Primato della democrazia costituzionale, garanzia della Costituzione vigente e negazione della democrazia illimitata (eternity clause).

Art. 139

La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale.

4. Le origini e gli sviluppi nel diritto costituzionale (in generale).

4.1 Le origini del controllo giurisdizionale di costituzionalità si rinvergono nella prassi applicativa della Costituzione federale degli Stati Uniti (1789).

Nei sistemi di *common law*, l'ordinamento giuridico si fonda su una nozione generale di *law of land*, un diritto di origine consuetudinaria destinato ad essere "trovato" e "dichiarato" (ma formalmente non prodotto, benché si parli di *judge-made law*) dal giudice.

La Costituzione federale degli Stati Uniti afferma la propria supremazia nel sistema delle fonti nell'art. VI:

"**This Constitution**, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, **shall be the supreme Law of the Land**; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding".

In occasione di una controversia giudiziaria nel caso *Marbury v. Madison* (1803), la Corte suprema ha esposto un ragionamento logico molto semplice per affermare la garanzia che il giudice deve assicurare al primato della Costituzione:

"The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and is, consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject.

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration.

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret

that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”.

4.2 Il controllo giurisdizionale di costituzionalità è stato ripreso e adattato al contesto del diritto codificato dell’Europa continentale da Hans Kelsen nell’elaborazione della Costituzione austriaca del 1920, e poi dalla Costituzione cecoslovacca del 1921, poi dalla Costituzione della seconda Repubblica spagnola del 1931, dalla Costituzione dell’Irlanda (Eire) del 1937 e, successivamente, dalla Costituzione repubblicana italiana del 1948, della Germania del 1949, del Portogallo del 1975, della Spagna del 1978, degli Stati ex socialisti dell’Europa centrale, orientale e balcanica (anni ’90 e primo decennio del 2000).

Oggi il controllo giurisdizionale di costituzionalità è un istituto tipico del costituzionalismo contemporaneo. In Europa è limitato il numero degli ordinamenti che non l’hanno accolto: il **Regno Unito** (che non ha una Costituzione rigida e dove vige ancora il principio della *Parliamentary sovereignty*), gli **Stati scandinavi** e i **Paesi Bassi** (la cui Costituzione all’art. 120 afferma che “*The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts*”) – ossia ordinamenti che non hanno generato un proprio regime politico di tipo autoritario. In **Belgio** e **Svizzera** il controllo di costituzionalità nasce in conseguenza del sistema federale di governo.

In tutti gli ordinamenti nei quali è stato istituito, il controllo giurisdizionale di costituzionalità presenta gli stessi aspetti caratterizzanti – positivi e negativi – ed è sottoposto alle medesime critiche, fondate e non fondate.

Rimane il fatto che tutti gli ordinamenti che stanno vivendo una esperienza di contrazione della propria democrazia costituzionale (Polonia, Ungheria, Israele) hanno scelto di intervenire sugli spazi di azione del proprio sistema di controllo di costituzionalità. E questo dovrebbe servire per conferire all’istituto **una luce positiva**.

4.3 Le origini e gli sviluppi nel diritto costituzionale nell’ordinamento repubblicano: il ritardo nell’attivazione della Corte costituzionale e del controllo giurisdizionale di costituzionalità.

→ Opposizione da parte dei partiti di sinistra che in Assemblea costituente non avrebbero

voluto prevedere la possibilità di un'invalidazione delle leggi di riforma radicale che si proponevano di adottare.

→ Per gli stessi motivi i partiti di centro che ne avevano sostenuto l'introduzione nella carta costituzionale si opponevano – “ostruzionismo di maggioranza” - per mantenere larghi spazi di discrezionalità politica.

→ la Corte costituzionale italiana inizia ad operare nel 1956 (ossia dopo 8 anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana) e già nella sentenza n. 1 afferma il carattere precettivo – e non meramente programmatico – delle norme costituzionali che, pertanto, non dipendono necessariamente dall'intermediazione del legislatore, che potrebbe rinviare senza limite l'attuazione della Costituzione repubblicana e delle sue norme innovative.

4.4 È degno di nota osservare che i diversi e ripetuti progetti di revisione costituzionale nel corso degli anni non hanno previsto di introdurre limitazioni alle funzioni della Corte costituzionale.

4.5 Giova anche osservare come la Corte costituzionale abbia svolto un ruolo vitale per il disinquinamento del sistema giuridico italiano dalla legislazione adottata durante la fase autoritaria del regime politico, spesso in sostituzione o anticipazione dell'intervento del legislatore.

Tuttavia, occorre anche sottolineare come, una volta esaurito il controllo di costituzionalità rispetto alle leggi più risalenti, il focus della sua attività sia ora concentrato sulla legislazione prodotta in epoca contemporanea, dunque anche a breve distanza rispetto alla sua adozione da parte del Parlamento. E questa situazione contribuisce a rendere maggiore la tensione fra il Legislatore e la Corte costituzionale.

Osserviamo anche – come nota interessante di sociologia del diritto – come agli inizi dell'esperienza della giurisdizione costituzionale siano stati soprattutto i giudici più giovani titolari della funzione giurisdizionale di primo grado (allora i pretori) a ricorrere alla Corte, quale espressione della loro formazione in un contesto diverso dal positivismo nazionalista o della concezione proto-liberale circa la supremazia parlamentare. I ricorsi promossi dalle giurisdizioni superiori e dalla Corte di cassazione sono apparsi solo negli anni successivi.