

Rivista N°: 1/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 11/03/2016

AUTORE: Elisabetta Palici di Suni *

TRE MODELLI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'origine della giustizia costituzionale nel common law: dal caso Bonham al caso Marbury vs. Madison. I giudici devono garantire la superiorità della Costituzione. – 3. L'origine della giustizia costituzionale in Spagna e America Latina: dalla Costituzione di Cadice alla Costituzione dello Yucatan. I giudici devono garantire i diritti sanciti dalla Costituzione. – 4. L'origine della giustizia costituzionale in Austria: dal Tribunale dell'Impero alla Corte costituzionale. Un organo ad hoc deve garantire il rispetto della Costituzione e dei diritti delle minoranze, salvaguardando la supremazia del Parlamento. – 5. La giustizia costituzionale oggi tra differenziazioni e circolazione dei modelli.

1. Premessa.

Generalmente l'origine della giustizia costituzionale si fa risalire al modello statunitense nato con il celebre caso Marbury vs. Madison nel 1803 (preceduto dal caso Bonham del 1610 nel Regno Unito) e al modello kelseniano fatto proprio dalla Costituzione austriaca del 1920. Da ciò deriva la tradizionale classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale: diffuso, affidato a tutti i giudici, e accentrato, affidato ad un'apposita Corte costituzionale.

A me sembra che debba essere preso in considerazione anche un terzo modello, storicamente affermatosi tra l'uno e l'altro: quello della tutela dei diritti costituzionalmente garantiti (*recurso de amparo*), sorto in modo originale ed autonomo nello Yucatan con la Costituzione del 1841 e poi sviluppato dalla Costituzione messicana e, con diverse modalità, nel resto dell'America Latina e in Spagna¹.

* Ordinario di diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Torino

¹ Sulla specificità della giustizia costituzionale in America Latina v. E. Roza Acuña, La Tutela o Amparo dei diritti fondamentali in America Latina, in G. Guidi (cur.), Un collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino, Rimini, Maggioli, 2000, pp. 213-234, spec. 217-218 e la bibliografia ivi citata; Id., Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale. Evoluzione politico-costituzionale e carte costituzionali, Torino, Giappichelli, 2008; G. Lombardi, Le garanzie costituzionali. Appunti delle lezioni, Torino, CUSL P.G. Frassati, 1984, pp. 23-55; G. Rolla, La tutela diretta dei diritti fondamentali in America Latina, Scritti per la corte costituzionale, estate 2006, <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/amparo.pdf>, spec. p. 8; A. Ramos Tavares, Sistemi e modelli di giu-

Individuare l'origine storica e le peculiarità di questi modelli può aiutare a comprendere le finalità della giustizia costituzionale, i suoi collegamenti con la forma di governo, le caratteristiche degli organi e delle procedure ad essa predisposti, la sua diffusione, i suoi sviluppi e la stessa molteplicità delle soluzioni oggi presenti nei diversi ordinamenti.

Ciò consente anche di superare una classificazione puramente teorica ed astratta, collocando la giustizia costituzionale all'interno delle specifiche esigenze culturali, politiche ed istituzionali in cui essa scaturisce e si sviluppa.

Possiamo dunque distinguere tre modelli originari di giustizia costituzionale: il primo si è affermato nel *Common law* (Regno Unito e Stati Uniti) con il caso *Bonham* nel 1610 e poi più compiutamente con il celebre caso *Marbury vs. Madison* nel 1803; il secondo, seguendo l'impostazione della Costituzione spagnola di Cadice del 1812, si è realizzato nello Yucatan e in Messico; il terzo, teorizzato da Kelsen e codificato nella Costituzione della Repubblica austriaca del 1920, ha avuto la sua base nell'evoluzione storica e nelle peculiarità dell'Impero austro-ungarico.

Rinviando al seguito per una trattazione più approfondita, si può anticipare che il primo modello si afferma per garantire la supremazia della Costituzione sui poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, che restano soggetti esclusivamente e allo stesso modo ad essa; il secondo per assicurare a chiunque di far valere i diritti proclamati nella Costituzione; il terzo per evitare che la maggioranza parlamentare possa violare la Costituzione, a danno delle minoranze.

Il primo modello riguarda principalmente un rapporto tra le fonti (Costituzione e leggi), garantito dai giudici, che restano così soggetti solo alla Costituzione, al pari del Parlamento; il secondo riguarda un rapporto diretto tra cittadini e giudici, chiamati a rendere effettivi i diritti sanciti dalla Costituzione; il terzo affida il controllo sulla costituzionalità delle leggi ad un organo apposito, nominato in tutto o in parte dal Parlamento, salvaguardando così la supremazia di quest'ultimo.

I sistemi attuali, come è stato osservato², non si prestano a rigide classificazioni: la circolazione dei modelli ha favorito numerose "contaminazioni" e mescolamenti di prospetti-

stizia costituzionale (con particolare riferimento agli ordinamenti latinoamericani), in S. Bagni (cur.), *Giustizia costituzionale comparata cit.*, pp. 159-171. Il noto saggio di M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, Giuffrè, 1955 si sofferma maggiormente sui ricorsi individuali sviluppatasi nei Paesi germanici, ma è generalmente riconosciuto che l'esperienza messicana dell'*amparo* rappresenti "il primo invero storico dell'istituto": così S. Panizza, *Il ricorso diretto dei singoli*, in A. Anzon – P. Caretti – S. Grassi, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 86. Minor rilievo sembra attribuire all'*amparo* M. Cappelletti, "Amparo", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, t. II, pp. 329-330. Cfr. anche L. Paladin, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. Carlassare (cur.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988, pp. 11-25.

² Cfr. L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*, pp. 23 ss.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, pp. 237-238; G. Tusseau, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bologna, Bononia University Press, 2009, spec. p. 27; L. Mezzetti, *Introduzione*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 2011, pp. VII-XXV; S. Bagni (cur.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, Bononia University Press, 2013; S. Cassese, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, Relazione pre-

ve, dando luogo a quella che è stata definita un'ibridazione³ dei sistemi di giustizia costituzionale.

Sofferarsi sugli specifici contesti in cui la giustizia costituzionale ha avuto origine può tuttavia fornire una chiave di lettura per individuare le diverse sfaccettature delle soluzioni adottate, la loro evoluzione e le influenze reciproche, oltre che per cogliere alcuni orientamenti comuni che sembrano emergere oggi, pur in contesti assai differenti.

2. L'origine della giustizia costituzionale nel *common law*: dal caso Bonham al caso Marbury vs. Madison. I giudici devono garantire la superiorità della Costituzione

Nel 1610, e dunque all'inizio di un secolo cruciale per l'evoluzione costituzionale dell'ordinamento britannico, il *Chief Justice* Edward Coke afferma, nel ben noto caso Bonham, che una legge contraria al *common law* è *repugnant* e pertanto *void*, cioè invalida.

Questi stessi aggettivi saranno utilizzati quasi duecento anni dopo da Marshall, *Chief Justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso Marbury vs. Madison, per riconoscere che le leggi contrarie alla Costituzione non possono essere applicate dal giudice.

Ma vediamo innanzi tutto il caso Bonham, che riassumo qui brevemente.

Una *Royal Charter* nel 1518 aveva creato il *Royal College of Physicians*, fondato da sei medici inglesi. La *Royal Charter* fu confermata da leggi del Parlamento, che attribuirono al collegio il potere di agire come corte e di disporre sanzioni che potevano arrivare all'imprigionamento. Thomas Bonham, laureato a Cambridge, con *master* e dottorato medico svolto a Cambridge e poi a Oxford, nell'aprile 1606 fu esaminato dal *Royal College of Physicians*, che lo ritenne insufficiente nella teoria medica, gli comminò una multa di 100 scellini e gli proibì di esercitare la professione prima di essere ammesso dal collegio, pena l'imprigionamento. Bonham continuò ad esercitare, fu imprigionato e, dopo ulteriori procedimenti, si appellò al *Common Pleas*, dove era *Chief Justice* Sir Edward Coke⁴.

Secondo Coke le leggi avevano dato al collegio il potere di sanzionare i praticanti che non avessero la licenza, nonché di imprigionare i praticanti per *malpractice*: il collegio non aveva pertanto il potere di imprigionare Bonham per assenza di licenza. Particolarmente rilevante fu tuttavia un'altra osservazione: le leggi avevano dato al collegio il potere di agire sia

sentata al Convegno finale della Ricerca Scientifica di Rilevante Interesse Nazionale "Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice", *Riflessioni finali e propositive. La dinamica dei formanti nel mondo contemporaneo*, svoltosi a Torino, Campus Luigi Einaudi, il 14-15 gennaio 2016, in corso di pubblicazione nel volume che raccoglie i risultati della ricerca.

³ Cfr. G. Rolla, *L'influenza delle carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale*, *Politica del diritto*, a. XLIII, n. 2-3, giugno-settembre 2012, pp. 206-207; Id., *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, pp. 503-531, reperibile in *biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3824/24.pdf*; L. Mezzetti, *Introduzione cit.*, p. VII.

⁴ Cfr. T.F.Th. Plucknett, *Bonham's case and judicial review*, *Harvard Law Review* XL, 1926-27, pp. 32-34; R. Berger, *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*, *University of Pennsylvania Law Review* 117, 1969, N. 4, p. 526; U. Pagallo, *Homo Homini Deus. Per un'introduzione al pensiero giuridico di Francis Bacon*, Padova, Cedam, 1995, pp. 259-260; R. H. Helmholz, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, *Journal of Legal Analysis* Vol. 1, N. 1 Winter 2009, pp. 326-327.

come giudice che come parte e questo era “un’assurdità”, era contrario al “*common right and reason, or repugnant or impossible*”. Secondo Coke, “*in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void*”.

Re Giacomo I e il *Lord Chancellor Ellesmeres* manifestarono la loro profonda contrarietà alla decisione assunta in questo caso, tanto che nel 1613 Coke fu trasferito “*to the more dignified but less lucrative post of Chief Justice of the King’s Bench*”, mentre nel 1616 fu sospeso dal suo incarico e gli furono chieste spiegazioni sul caso *Bonham*⁵. Da un certo punto di vista si potrebbe ritenere che Re Giacomo e il *Lord Chancellor* non colsero la portata del principio affermato da Coke, ove si consideri che la subordinazione delle leggi al *common law* e al diritto naturale avrebbe potuto costituire un argine alla onnipotenza del Parlamento, garantendo così il mantenimento di un maggiore equilibrio tra i poteri, come quello che si sarebbe realizzato nel Nuovo Mondo.

All’epoca di Coke, tuttavia, la supremazia del Parlamento non si era ancora stabilizzata nel Regno Unito⁶ ed il principio che emerge dal caso *Bonham* è quello di una legge fondamentale “*which limited Crown and Parliament indifferently*”⁷. In quel periodo, inoltre, il Parlamento non era solo legislatore, ma anche e soprattutto giudice: “*The King was the fountain of justice and Parliament was his court*”⁸.

Il principio affermato da Coke, pertanto, non fu accettato ed ebbe scarse applicazioni negli anni immediatamente successivi⁹, ma fu del tutto superato quando il primato del Parlamento fu sancito in via definitiva con il *Bill of Rights* nel 1688 e poi codificato dalla teoria della sovranità parlamentare, elaborata in particolare da William Blackstone, anch’egli *Justice* del *Common Pleas*, un secolo dopo Coke¹⁰.

La subordinazione delle leggi al diritto naturale o comunque ad un diritto superiore era già stata riconosciuta anche in passato¹¹. Non è pacifico che *Bonham* costituisca il primo

⁵ T.F.Th. Plucknett, *op. cit.*, pp. 49-51

⁶ Sull’evoluzione del costituzionalismo inglese dal medioevo ai tempi moderni e sulla distinzione tra *iurisdiction* e *gubernaculum* il riferimento d’obbligo è a Ch.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 115-145, con riferimenti anche al pensiero di Coke (*ibidem*, pp. 132-133 e pp. 181-184).

⁷ T.F.Th. Plucknett, *op. cit.*, p. 31. Cfr. anche M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 43.

⁸ R.A. Edwards, *Bonham’s case: the Ghost in the Constitutional Machine*, *Denning Law Journal* vol. 11, n. 1, 1996, p. 67. Sulla contrapposizione tra la teoria di Coke, secondo cui il potere sovrano “ordinario” era sottoposto alla tutela giudiziaria delle corti, e quella di Bacon, che difendeva la “assolutezza» della prerogative regia nell’ordinamento politico ed istituzionale inglese”, v. U. Pagallo, *op. cit.*, pp. 229-289.

⁹ R.A. Edwards, *op. cit.*, pp. 64-65 riferisce dei casi *Calvin* (1610) e *Rowles v. Mason* (1612), nei quali lo stesso Coke specificò ulteriormente quanto affermato nel caso *Bonham*, nonché dei casi *Day v. Savadge* e *Sheffield v. Radcliffe*, entrambi del 1615, nei quali Sir Henry Hobart, successore di Coke, applicò gli stessi principi, senza citarlo espressamente. Sulla giurisprudenza successiva a *Bonham* cfr. anche T.F.Th. Plucknett, *op. cit.*, pp. 49-61.

¹⁰ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769).

¹¹ Cfr. M. Cappelletti, *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, *Riv. dir. proc.* 1966, pp. 52-68, spec. pp. 55-57; R.H. Helmholz, *Judicial Review and the Law of Nature*, *Ohio Northern University Law Review* 39, 2013, pp. 417-434; L. Pegoraro, *op. cit.*, pp. 15-17.

caso di *judicial review of legislation*: secondo alcuni Coke si limita a riconoscere un potere di interpretazione delle leggi¹².

Indubbiamente il caso *Bonham* ha le sue radici in principi ed elaborazioni del passato¹³, ma non mi sembra possano essere messe in dubbio la sua importanza e la sua originalità, anche considerando il rilievo che i principi elaborati da Coke assunsero alle origini del costituzionalismo nordamericano, fin dal periodo coloniale, quando alcune Corti invalidarono leggi contrarie alla *Magna Charta*, al *common law* inglese, alla giustizia, ai diritti fondamentali¹⁴.

Negli Stati Uniti il caso *Marbury vs. Madison*, in cui la legge ordinaria viene subordinata non al *common law*, ma alla Costituzione, è preceduto da *Calder v. Bull*, deciso dalla Corte Suprema nel 1798¹⁵. È un caso molto significativo, perché il principio della subordinazione delle leggi al diritto naturale si affianca alla prospettiva della subordinazione delle leggi al testo della Costituzione, che si affermerà definitivamente di lì a poco.

Il caso riguardava una risoluzione approvata dal Parlamento del Connecticut, riferita ad una pronuncia giudiziaria in materia di successione¹⁶. La decisione di una Corte aveva riconosciuto una certa proprietà in capo a *Calder*, ma in seguito alla risoluzione del Connecticut vi era stata una nuova udienza e la proprietà era stata assegnata a *Bull*. Si obiettò che la risoluzione parlamentare avesse efficacia retroattiva. Il giudice *Chase*, esprimendo l'opinione della maggioranza, rigetta la questione, distinguendo leggi retroattive (*retrospective*) e leggi *ex post facto*. In motivazione *Chase* specifica comunque che la competenza dei Parlamenti, anche al di là dei limiti espressamente indicati nella Costituzione, non è assoluta e incontrollabile. La Costituzione è stata scritta dal popolo degli Stati Uniti per promuovere la giustizia, il benessere generale e la libertà e per proteggere dalla violenza persone e proprietà. Secondo *Chase*, un principio fondamentale che deriva dalla forma di governo repubblicana è che la natura e le finalità del potere legislativo ne limitano l'esercizio. Pertanto "*There are acts which the Federal, or State, Legislature cannot do, without exceeding their authority*". Casi di flagrante abuso della potestà legislativo sono "*to authorize manifest injustice by positive law; or to take away that security for personal liberty, or private property, for the pro-*

¹² Nel primo senso T.F.Th. Plucknett, *op. cit.*, pp. 30-70; M. Cappelletti, *Alcuni precedenti storici...*, *cit.*, pp. 64-65; Edwards, R.A. *op. cit.*, p. 64 e, da ultimo, F.F. Segado, *Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review, Observatorio da Jurisdicao Constitucional* 6, 2013, n. 2, pp. 167 ss.; Id., *La evolucion de la Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson-Constitucional, 2013, pp. 47-49; nel secondo senso S.E. Thorne, *Dr. Bonham's case, Law Quarterly Review* vol. 54, 1938, pp. 543-550; R. Berger, *op. cit.*, pp. 521-545 e da ultimo I. Williams, *Dr Bonham's Case and 'void' statutes, The Journal of Legal History* vol. 27, n. 2, Agosto 2006, pp. 111-128; R.H. Helmholz, *Bonham's Case... cit.*, pp. 325-354.

¹³ Sulla giurisprudenza precedente che Coke cita a sostegno della sua decisione v. T.F.Th. Plucknett, *op. cit.*, pp. 35-48.

¹⁴ T.F.Th. Plucknett, *op. cit.*, pp. 61-68; M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, Istituto giuridico della R. Università, 1931, pp. 28-31 e 64; R. Berger, *op. cit.*; M. Cappelletti, *Alcuni precedenti storici cit.*, pp. 66-68; Id., *Il controllo giudiziario...*, *cit.*, pp. 45-46; B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 151-157.

¹⁵ Cfr. M. Einaudi, *op. cit.*, pp. 65-67; R.H. Helmholz, *Judicial Review... cit.*, pp. 421-423; B. Barbisan, *op. cit.*, pp. 178-180.

¹⁶ Il caso è riportato in <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/3/386.html>.

*tection whereof of the government was established*¹⁷. Chase afferma di non doversi pronunciare sulla questione se un giudice possa o no disapplicare una legge per contrasto con la Costituzione: in questo caso la competenza a dichiarare la incostituzionalità di una legge del Connecticut doveva spettare semmai alle Corti del Connecticut¹⁸. Per risolvere questa controversia è sufficiente osservare che le leggi statali non possono privare i cittadini dei diritti loro riconosciuti dalla legge e, in particolare, del diritto di proprietà.

Il giudice Iredell concorda con la decisione del giudice Chase, ma non con le motivazioni poste a fondamento. Secondo Iredell, le Corti devono poter dichiarare invalide le leggi federali o statali che violino i limiti che la Costituzione federale ha stabilito con precisione per il potere legislativo, e ciò *“though, I admit, that as the authority to declare it void is of a delicate and awful nature”*. L'idea della giustizia naturale, invece, non è definibile in termini certi e può dar luogo a diverse interpretazioni¹⁹.

L'impostazione del giudice Iredell è quella che prevarrà nella giurisprudenza statunitense. Come si accennava all'inizio, nel caso *Marbury vs. Madison*, il *Chief Justice* Marshall utilizza infatti le stesse espressioni del caso *Bonham* (*“the Constitution controls any legislative act repugnant to it”*; *“an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void”*), ma il suo ragionamento è strettamente legato al valore della Costituzione scritta:

“Between these alternatives there is no middle ground. 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 ... 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”.

¹⁷ Secondo il giudice Chase *“An ACT of the Legislature (for I cannot call it a law) contrary to the great first principles of the social compact, cannot be considered a rightful exercise of legislative authority. ... The genius, the nature, and the spirit, of our State Governments, amount to a prohibition of such acts of legislation; and the general principles of law and reason forbid them”*.

¹⁸ Come viene specificato in motivazione *“Without giving an opinion, at this time, whether this Court has jurisdiction to decide that any law made by Congress, contrary to the Constitution of the United States, is void; I am fully satisfied that this court has no jurisdiction to determine that any law of any state Legislature, contrary to the Constitution of such state, is void. ... I should think, that the courts of Connecticut are the proper tribunals to decide, whether laws, contrary to the constitution thereof, are void. In the present case they have, both in the inferior and superior courts, determined that the Resolution (or law) in question was not contrary to either their state, or the federal, constitution”*. La motivazione di Chase si conclude con questa frase: *“if I ever exercise the jurisdiction I will not decide any law to be void, but in a very clear case”*.

¹⁹ Secondo Iredell, *“If any act of Congress, or of the Legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void; the Court will never resort to that authority, but in a clear and urgent case. If, on the other hand, the Legislature of the Union, or the Legislature of any member of the Union, shall pass a law, within the general scope of their constitutional power, the Court cannot pronounce it to be void, merely because it is, in their judgment, contrary to the principles of natural justice. The ideas of natural justice are regulated by no fixed standard: the ablest and the purest men have differed upon the subject; and all that the Court could properly say, in such an event, would be, that the Legislature (possessed of an equal right of opinion) had passed an act which, in the opinion of the judges, was inconsistent with the abstract principles of natural justice”*.

Su analoga posizione assunta da Iredell, come avvocato dello Stato della Carolina del Nord, nella causa *Bayard v. Singleton* del 1787 v. B. Barbisan, *op. cit.*, pp. 146-149.

Il caso è molto noto. Marbury era stato nominato giudice di pace dal Presidente uscente Adams, ma la sua nomina non era stata confermata dall'amministrazione del nuovo Presidente Jefferson. Come viene specificato in motivazione, in base alla Costituzione e alle leggi, la procedura di nomina dei pubblici funzionari negli Stati Uniti si suddivide in tre fasi: 1) la *nomination*, che spetta esclusivamente e discrezionalmente al Presidente; 2) l'*appointment*, che è ancora atto presidenziale, ma subordinato al parere ed al consenso del Senato; 3) la *commission*, che è la firma del Presidente che ufficializza e rende definitiva la nomina. A differenza della *nomination* e dell'*appointment*, la *commission* è un atto dovuto, che pone termine alla procedura di nomina. Marbury era stato nominato (*appointed*) e dunque aveva diritto alla *commission*. Ma come può essere fatto valere tale diritto? In base alla legge sull'ordinamento giudiziario, la Corte Suprema era autorizzata "*to issue writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States*". Marshall, tuttavia, ritiene di non poter accordare a Marbury il *writ of mandamus*, perché questa previsione del *Judiciary Act* contrasta con l'Art. III della Costituzione, che attribuisce alla Corte Suprema giurisdizione esclusiva in unico grado solo nei casi che riguardino ambasciatori, altri rappresentanti diplomatici o consoli e in quelli in cui sia parte uno Stato.

Poiché il giudice, prima di entrare nell'esercizio delle sue funzioni, giura di applicare la Costituzione e le leggi²⁰ e poiché la Costituzione è la legge suprema, il giudice non può essere tenuto ad applicare una legge contraria alla Costituzione²¹.

Ciò significa che i giudici sono soggetti solo alla Costituzione al pari del potere legislativo. Ciascuno nel suo ambito è tenuto a rispettare ed applicare la Costituzione.

Rivendicando il diritto dei giudici di opporsi alle leggi del Parlamento contrarie alla Costituzione, Marshall conferma e rafforza il principio della separazione e dell'equilibrio tra i poteri, soggetti unicamente alla Costituzione.

Sia per la separazione dei poteri che per il sindacato sulle leggi la Costituzione scritta è indubbiamente un parametro più certo, ben definito e indiscutibile rispetto ad un generico e indeterminabile *common law*. Apparentemente quest'ultimo avrebbe consentito maggiore discrezionalità ai giudici, ma anche sotto questo profilo merita osservare che il più sicuro confronto con le norme contenute in un testo costituzionale non toglie ai giudici la possibilità di dare a tali norme letture e significati sempre nuovi, come ha dimostrato e continua a dimostrare la giurisprudenza statunitense.

Dall'affermazione del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi si tende a far discendere un "governo dei giudici"²²: a me sembra che tale controllo garantisca invece

²⁰ "I do solemnly swear that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich; and that I will faithfully and impartially discharge all the duties incumbent on me as _____, according to the best of my abilities and understanding agreeably to the Constitution and laws of the United States."

²¹ Osserva Marshall: "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?"

²² Cfr. M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario ... cit.*, p. 42 e la bibliografia ivi citata; G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 157-159.

una dialettica tra potere legislativo e potere giudiziario²³ e che essa abbia appunto assicurato la supremazia della Costituzione più antica in vigore, adattandola all'evoluzione della società, senza con ciò comprometterne il significato.

3. L'origine della giustizia costituzionale in Spagna e America Latina: dalla Costituzione di Cadice alla Costituzione dello Yucatan. I giudici devono garantire i diritti sanciti dalla Costituzione

La prospettiva spagnola e latino-americana è differente: il problema non è tanto quello di un rapporto tra le fonti (la Costituzione al di sopra delle leggi) o tra i poteri dello Stato (soggetti allo stesso modo solo alla Costituzione), ma piuttosto quello di garanzie che la Costituzione fornisce direttamente ai singoli per ciò che attiene ai diritti fondamentali in essa previsti.

Vi è chi sostiene che l'origine dell'*amparo* sia da ricondurre all'esperienza degli Stati Uniti²⁴.

La matrice statunitense della garanzia costituzionale dei diritti sembra tuttavia contraddetta dalla celebre decisione che ha dato l'avvio al *judicial review of legislation*. Come si è visto, infatti, nel caso *Marbury v. Madison* il *Chief Justice* Marshall, pur riconoscendo che il ricorrente aveva diritto alla nomina (*commission*) a giudice di pace, ritenne di *non* potergli accordare quel diritto senza andare contro la Costituzione: ciò significa che i giudici devono rispettare la Costituzione, anche se questo implica sacrificare un diritto riconosciuto dall'ordinamento.

Guardando alla storia costituzionale spagnola, inoltre, è stata dimostrata l'esistenza di importanti precedenti dell'*amparo* in ricorsi medievali presenti in Castiglia fin dall'undicesimo secolo; tra il 1252 e il 1504 esistevano ricorsi contro l'arbitrarietà del potere, una sorta di querela al Re.

Il diritto della Castiglia fu applicato in Messico, dove si svilupparono appelli, suppli-
che, restituzioni, ricorsi straordinari di revisione, sino ad arrivare ad un *amparo* coloniale, come mezzo di protezione dei diritti della persona²⁵.

²³ Cfr. M. Einaudi, *op. cit.*, p. 62: "Non quindi la magistratura è superiore al potere legislativo, ma la volontà del popolo è superiore ad ambedue. E se talvolta fu il potere giudiziario ad andare contro a tale volontà, ben spesso ne fu il difensore e l'interprete. Già Hamilton, con profetiche parole, aveva intuito questa verità fondamentale: non essere il potere di controllo posseduto dalla magistratura arma di supremazia, bensì di difesa della volontà permanente del popolo espressa dalla costituzione".

²⁴ H. Fix-Zamudio, *Breve introducción al juicio de amparo mexicano*, *Memoria del Colegio Nacional*, n. 1, 1976, pp. 22-23; F.F. Segado, *El voto particular de Don Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México. Nota introductoria sobre los antecedentes del juicio de amparo*, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?, pp. 580-586, spec. p. 585.

²⁵ J.Á. Arroyo Moreno, *El origen del juicio de amparo*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2289/6.pdf>, pp. 46-55. Queste influenze sono peraltro riconosciute dallo stesso F.F. Segado, *El voto particular de Don Mariano Otero...*, *cit.*, p. 585. Cfr. anche H. Fix-Zamudio, "Amparo", *Enciclopedia jurídica*, Roma, Treccani, 1988, t. II, p. 1.

Su questa stessa linea, ma con riferimento ad una Costituzione scritta, va menzionata la Costituzione spagnola, redatta dal Parlamento riunito a Cadice nel 1812 mentre il Re era in esilio, il cui art. 373 disponeva che “Ogni Spagnolo ha diritto di reclamare innanzi alle Corti, o presso al Re, l’osservanza della Costituzione”: i singoli sono dunque i destinatari della Costituzione ed è a loro che spetta rivendicarne il rispetto e la corretta attuazione.

La Costituzione di Cadice fu applicata in Messico tra il 1812 e il 1815 e poi per breve tempo come Costituzione provvisoria quando il Messico conquistò l’indipendenza dalla Spagna²⁶.

È tuttavia la Costituzione dello Yucatan del 1841 che, dopo aver elencato nell’art. 7 le garanzie individuali²⁷, stabilisce espressamente nell’art. 8 che i giudici di prima istanza proteggeranno (*amparán*) la piena applicazione dei diritti previsti nell’articolo precedente²⁸.

Per capire la genesi di questa disposizione è utile ripercorrere brevemente il contesto storico in cui essa si colloca.

Al termine della guerra di indipendenza dalla Spagna, nel 1821, si formò in Messico una Giunta provvisoria che dichiarò, come si è accennato, la vigenza della Costituzione di Cadice. A capo della Giunta era Augustín de Iturbide, che nel 1822, fattosi proclamare Imperatore, sciolse il Congresso con cui era entrato in conflitto, abolì la Costituzione di Cadice, soppresse la libertà di stampa e di manifestazione del pensiero e imprigionò deputati di ten-

²⁶ J. Gamas Torruco, *La Constitución de Cádiz de 1812 en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Senado de la Republica, México, UNAM, 2013, pp. 255 e 257. Sull’influenza della Costituzione di Cadice sul costituzionalismo messicano cfr. F.F. Segado, *El voto particular de Don Mariano Otero...*, cit., pp. 579-580.

²⁷ *Garantías individuales*. Art. 7. “*Son derechos de todo habitante del estado, sea nacional o extranjero:*
1°. *No poder ser preso sino por decreto o mandamiento de juez competente, dado por escrito y firmado, ni aprehendido por disposición del Gobernador, sino en los términos indicados en las facultades de éste. Exceptúase el caso de delito infraganti, en el cual puede cualquiera prenderle, presentándole desde luego a su juez respectivo.*

2°. *No poder ser detenido sin expresa orden, dada y firmada por el juez competente que le aprehenda, ni pasar la detención de veinticuatro horas sin recibirle su declaración preparatoria, ni de cuarenta y ocho sin proveer el auto motivado de su prisión.*

3°. *No poder tampoco permanecer preso, ni incomunicado, por más de seis días sin que se le reciba su confesión con cargos, ni podersele volver a incomunicar después de practicada esta última diligencia.*

4°. *No poder ser juzgado por comisión, sino por el tribunal competente que establece la ley.*

5°. *No poder ser juzgado ni sentenciado por jueces establecidos, ni por leyes dictadas después del hecho que haya motivado el litigio o la formación de su causa.*

6°. *Poder terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros.*

7°. *No poder ser obligado a hacer lo que no le manda la ley, ni a practicar lo prevenido en ésta, sino del modo y en la forma que ella determine, ni a pagar contribución no decretada por el congreso del estado.*

8°. *No podersele impedir hacer lo que las leyes no le prohiban.*

9°. *Poder imprimir y circular sus ideas sin necesidad de previa censura; sujetándose por los abusos que cometa, a las penas de la ley.*

10°. *Poder adquirir bienes raíces, rusticos o urbanos, y dedicarse a cualquier ramo de industria.*

11°. *No poderse catear la casa de su habitación, su correspondencia ni papeles, sino por disposición de juez competente, y con los requisitos que las leyes establezcan.*

12°. *Pedir libre y moderadamente la observancia de la constitución y leyes”.*

²⁸ Art. 8. “*Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantidos por el artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados”.*

denza repubblicana. Nel 1823 scoppiò una ribellione e Iturbide fu costretto ad abdicare²⁹. Nel 1824 fu approvata la prima Costituzione Federale degli Stati Uniti Messicani, ispirata in massima parte alla Costituzione degli Stati Uniti d'America³⁰. Ci sono alcuni riferimenti ai diritti³¹, ma manca una specifica enumerazione³². Il Messico postcoloniale era caratterizzato da una grande instabilità e da scontri e tensioni, alimentati da una profonda depressione economica e da un forte sentimento diffuso tra la popolazione locale contro gli spagnoli, che continuavano ad occupare posizioni di rilievo nel Paese e che erano appoggiati dalle classi più elevate. La minoranza degli spagnoli ancora presente in Messico fu fortemente ridotta in seguito alle espulsioni effettuate nel 1827-28 e nel 1829³³.

Lo Yucatan fu fin dall'inizio il più avanzato degli Stati della Federazione del Messico. Nel 1823, ancor prima della Costituzione federale messicana, fu redatto un progetto di Costituzione ispirato alla Costituzione di Cadice, che fornirà la base per la prima Costituzione dello Yucatan del 1825³⁴. Quest'ultima già contiene nell'art. 9 un elenco dei diritti e, particolarmente sotto tale profilo, appare più vicina alla Costituzione spagnola di Cadice che alla Costituzione federale del Messico del 1824. La Costituzione dello Yucatan del 1825 non poté tuttavia essere pienamente applicata perché le gravi difficoltà che attraversava il Messico spinsero il Paese verso un accentramento dei poteri.

Lo Yucatan si ribellò e dichiarò la propria indipendenza. Dopo la rivolta del 1840 fu presentato un progetto di Costituzione elaborato da Manuel Crescencio Rejón, avvocato e politico, che fu approvato con poche modifiche nel marzo del 1841³⁵.

Gli aspetti più significativi, come si è detto³⁶, riguardano la garanzia dei diritti individuali e la previsione espressa di un ricorso di *amparo*, come procedura semplice e veloce per la protezione di tali diritti. Particolarmente sentita era infatti l'esigenza di superare il clima derivante dall'anarchia rivoluzionaria e dalla arbitrarietà di governi dispotici³⁷.

²⁹ Cfr. D. Moreno, *Panorama del derecho mexicano. Sintesis del derecho constitucional*, México, UNAM, 1965, 12; J. Gamas Torruco, *op. cit.*, pp. 256-258.

³⁰ Cfr. J.Á. Arroyo Moreno, *op. cit.*, p. 44; E. Rabasa, *El Artículo 14 y el juicio constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa, 1955, p. 230 (che sottolinea come il riferimento fosse solo il testo della Costituzione degli Stati Uniti e non la sua applicazione e il suo sviluppo); J. Gamas Torruco, *op. cit.*, p. 260 (che invece osserva come la conoscenza della Costituzione nordamericana fosse stata facilitata da una traduzione di Vicente Rocafructe e da "una espléndida exposición explicativa de Prisciliano Sánchez denominada "Pacto Federal de Anáhuac", documento que revela un conocimiento avanzado de las instituciones nordamericanas"). Sull'influenza del pensiero di Tocqueville, dopo la traduzione della sua opera in spagnolo pubblicata a Parigi nel 1836 e ristampata in Messico nel 1855, v. H. Fix-Zamudio, "Amparo", *cit.*, p. 1; E. Rabasa, *op. cit.*, p. 230; D. Moreno, *El pensamiento jurídico mexicano...*, *cit.*, p. 159; F.F. Segado, *El voto particular de Don Mariano Otero ...*, *cit.*, p. 585.

³¹ Cfr. art. 49.IV; art. 50.III della Costituzione (<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1824.pdf>).

³² E. Rabasa, *op. cit.*, p. 231.

³³ Cfr. H. Sims, *Descolonización en México. El conflicto entre mexicanos y españoles (1821-1831)*, México, Fondo de Cultura económica, 1982.

³⁴ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3151/13.pdf>

³⁵ Cfr. D. Moreno, *El pensamiento jurídico mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 1979, pp. 155-185; E. Rabasa, *op. cit.*, pp. 231-234; J.E. Capetillo Trejo, *La Constitución Yucateca de 1841 y la reforma constitucional en las entidades federativas*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/8/35.pdf>, pp. 474-481; J.Á. Arroyo Moreno, *op. cit.*, pp. 57-59.

³⁶ Cfr. gli articoli 7 e 8 riportati *supra* alle note 27 e 28.

³⁷ Cfr. E. Rabasa, *op. cit.*, p. 231.

L'*amparo*, introdotto dunque nel piccolo Stato dello Yucatan per merito di Manuel Crescencio Rejón, fu poi esteso alla Costituzione federale messicana grazie ad un *voto particular* presentato da Mariano Otero nell'aprile 1847³⁸.

Recependo le proposte di Otero, la Costituzione messicana del 1857 conferisce all'*amparo* una configurazione più ampia³⁹. Secondo l'art. 101, "I tribunali della federazione risolveranno ogni controversia suscitata: I) da leggi o atti di qualsiasi autorità che violino le garanzie individuali; II) da leggi o atti dell'autorità federale che colpiscano o restringano la sovranità degli Stati; III) da leggi o atti delle autorità statali che invadano la sfera dell'autorità federale".

La valenza individuale del ricorso di *amparo* è ribadita dall'art. 102, secondo cui "Tutti i giudizi dei quali parla l'articolo precedente saranno instaurati su domanda della parte lesa per mezzo di procedimenti e forme che saranno stabilite dalla legge. La sentenza si occuperà sempre e soltanto di individui singoli, limitandosi a proteggerli relativamente al caso su cui versa il processo, senza fare alcuna dichiarazione generale rispetto alla legge o all'atto che la motivi".

Il contenuto dell'art. 101 della Costituzione del 1857 fu riprodotto nell'art. 103 della Costituzione del 1917.

Sia nei testi costituzionali che nella prassi l'*amparo* ha allargato sempre più il suo raggio d'azione: da ricorso per la violazione dei diritti costituzionalmente garantiti esso si è trasformato in uno strumento per far valere non solo l'incostituzionalità delle leggi, ma anche qualsiasi vizio di legittimità⁴⁰.

Ciò ha comportato, secondo l'opinione di molti, una degenerazione dell'istituto⁴¹.

La giurisprudenza costituzionale messicana è stata però oggetto di numerose ed importanti riforme, soprattutto tra il 1994 e il 2011⁴².

Sin dal 1987 le funzioni di giustizia costituzionale sono state distribuite tra la Corte Suprema di Giustizia e i Tribunali Collegiali di Circostrizione. In base alla riforma del 1994 si

³⁸ Cfr. J.Á. Arroyo Moreno, *op. cit.*, p. 58; F.F. Segado, *El voto particular de Don Mariano Otero*, *cit.*, pp. 587-591; D. Moreno, *El pensamiento jurídico mexicano...*, *cit.*, pp. 187-188; Fernández Fernández e Samaniego Behar, *El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México*, *Rev. IUS* [online]. 2011, vol.5, n.27, pp. 174-180, reperibile anche su http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000100009&script=sci_abstract&tlng=en.

³⁹ Cfr. H. Fix-Zamudio, *La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano*, in G. Lombardi (cur.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 250-253; E. Rabasa, *op. cit.*, p. 239: entrambi vedono in ciò un'influenza della Costituzione e del costituzionalismo nordamericani.

⁴⁰ E. Rabasa, *op. cit.*, pp. 238-312; H. Fix-Zamudio, *La justicia constitucional... cit.*; E. Roza Acuña, *Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale. ...cit.*, pp. 120-126; J. Carpizo, e M. Carbonell, *Diritto costituzionale messicano*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 94.

⁴¹ E. Rabasa, *op. cit.*, pp. 313-322; M. Cappelletti, "Amparo" *cit.*, p. 329; H. Fix-Zamudio, *La justicia constitucional cit.*, p. 251; S. Panizza, *Il ricorso diretto... cit.*, p. 90.

⁴² Cfr. J. Rivera Hernández, *La jurisprudencia mexicana en las reformas constitucionales de 1994 y 2011*, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal n. 34 2012*, pp. 131-159; M. Díaz Beltrán, *La sentencias del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional*, in E.A. Velandia Canosa (cur.), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo IV, Bogotá, VC Editores, 2013, pp. 103-125; Fernández Fernández e Samaniego Behar, *El juicio de amparo cit.*, pp. 173-200; J. Carpizo, e M. Carbonell, *Diritto costituzionale messicano, cit.*, pp. 94-107.

può ricorrere alla Corte Suprema nel caso di decisioni contrastanti per ricorsi di *amparo* provenienti dai Tribunali Collegiali di Circostrizione (art. 107, XIII).

Nel 1994 si è inoltre prevista nell'art. 105 § II della Costituzione l'azione di incostituzionalità, riformata nel 1996 e nel 2005. L'azione può essere proposta alla Corte Suprema di Giustizia da un terzo dei membri di ciascuna Camera o degli organi legislativi degli Stati, o dai partiti politici, o dal procuratore generale o dall'ombudsman. Essa riguarda un possibile contrasto fra una norma di carattere generale e la Costituzione, la cui dichiarazione ha effetti *erga omnes*. L'invalidità della norma impugnata può tuttavia essere dichiarata solo a seguito di una decisione assunta dalla Corte Suprema con la maggioranza di almeno otto voti⁴³.

Con la riforma del 2011 è stato introdotto l'*amparo* "adhesivo"⁴⁴: la parte che abbia ottenuto una sentenza favorevole e che abbia interesse al mantenimento dell'atto in discussione, potrà presentare *amparo* in forma adesiva nel giudizio eventualmente intentato dalla parte soccombente. Si è inoltre previsto che ai diritti fondamentali sia garantita la protezione più ampia, in base, non solo alla Costituzione, ma anche ai trattati internazionali⁴⁵. Si è infine disposto che la pronuncia sul ricorso di *amparo* possa acquistare un'efficacia generale attraverso una *declaratoria general de inconstitucionalidad*, adottata dalla Corte Suprema di Giustizia con almeno otto voti a favore⁴⁶. In conseguenza delle riforme la *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* è stata riformata nell'aprile 2013, con l'aggiunta di ulteriori norme transitorie nel luglio 2014.

Il ricorso di *amparo* è stato introdotto in Spagna con la Costituzione del 1931 e poi con la Costituzione vigente del 1978 ed è presente negli altri Paesi dell'America Latina.

La Costituzione spagnola del 1931 prevedeva nell'art. 105 Tribunali di urgenza per rendere effettivo il diritto di *amparo* delle garanzie individuali e, nell'art. 121, l'istituzione di un *Tribunal de Garantías Constitucionales*, che tra le sue competenze aveva "El recurso de *amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades*". Similmente, la Costituzione del 1978 prevede nell'art. 53, secondo comma, procedimenti preferenziali e sommari di fronte ai tribunali ordinari e, qualora spetti, il ricorso

⁴³ J. Carpizo, e M. Carbonell, *Diritto costituzionale messicano*, cit., pp. 104-105.

⁴⁴ Art.107, sezione III, lettera a) della Costituzione messicana (*La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado. La ley determinará la forma y términos en que deberá promoverse*). Cfr. R. Ibrido, *Messico. Approvate importanti riforme costituzionali in materia di ricorso de amparo, diritti umani e veto presidenziale*, DPCE online 2011-4; J.J. Rosales Sánchez, *El amparo directo adhesivo en la reforma constitucional en materia de amparo*, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* n. 34, 2012, pp. 199-234.

⁴⁵ Art. 1, secondo comma della Costituzione messicana (*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*). Per i problemi che possono sorgere al riguardo nel rapporto tra le pronunce dei giudici inferiori e le risoluzioni definitive e irrevocabili del *Consejo de la Judicatura Federal v. J. Allier Campuzano, Procedencia del juicio de amparo contra resoluciones emitidas por el Consejo de la Judicatura Federal a la luz del nuevo sistema de convencionalidad en México*, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* n. 34, 2012, pp. 11-23.

⁴⁶ Art.107, sezione II della Costituzione messicana.

di *amparo* di fronte al Tribunale costituzionale per la tutela dei diritti riconosciuti dall'art. 14 e della sezione I del capitolo II della Costituzione⁴⁷.

Guardando alle Costituzioni vigenti in America Latina, la Costituzione del Venezuela disciplina il ricorso di *amparo*, da esperire di fronte a qualsiasi giudice con un procedimento orale, breve e senza formalità (art. 27), con eventuale ricorso alla Sala costituzionale del Tribunale Supremo di Giustizia (art. 336). Similmente dispongono le Costituzioni della Colombia, che prevede nell'art. 86 un'azione di tutela con eventuale ricorso alla Corte costituzionale⁴⁸, e del Cile, che prevede un *recurso de protección* con eventuale ricorso al *Tribunal Constitucional* (artt. 20 e 82).

Diverse Corti, quali il Tribunale Supremo Federale, il Tribunale Superiore di Giustizia, i Tribunali regionali federali e altri, sono competenti in Brasile a pronunciarsi in materia di *habeas corpus*, *habeas data* e *mandado de segurança*⁴⁹.

In Argentina l'*amparo* si è sviluppato a livello giurisprudenziale negli anni '50, è stato disciplinato con legge nel 1986 ed è stato infine riconosciuto a livello costituzionale nel 1994⁵⁰.

Altre tipologie di *amparo* sono presenti in Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panama, Costa Rica, Paraguay, Ecuador e Perù⁵¹.

Tra questi ordinamenti vi sono dunque notevoli differenze: la competenza spetta talvolta ai giudici ordinari, talvolta alle Corti superiori, talvolta ad appositi Tribunali o Corti costituzionali. Variano anche le procedure e i diritti tutelati. L'unico aspetto comune è appunto la presenza di un ricorso individuale per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, eventualmente accanto ad altri strumenti di giustizia costituzionale. Tra questi si è sviluppata anche l'azione popolare che consente ai cittadini di ricorrere per la tutela di diritti ed interessi collettivi⁵².

⁴⁷ Sul ricorso di *amparo* in Spagna v. E. Garcia Lopez, *Brevi considerazioni sul ricorso di Amparo nell'esperienza spagnola*, in G. Guidi (cur.), *Un collegio garante della costituzionalità* cit., 235-242 e, in seguito alla riforma introdotta dalla legge organica n. 6 del 27 maggio 2007, L. M. Diez-Picado, *Il ricorso di amparo nel diritto spagnolo*, in R. Tarchi (cur.), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 143-159; R. Romboli, *La riforma dell'amparo costituzionale in Spagna e l'introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia*, *ivi*, pp. 163-196. Sulle differenze tra l'*amparo* in Spagna e in Messico H. Fix-Zamudio, *Il diritto d'amparo in Messico e in Spagna. Influenze reciproche*, *Diritto e Società*, n. 2, 1979, pp. 233-262.

⁴⁸ Cfr. E.A. Velandia Canosa, *Modelo colombiano de justicia constitucional*, in S. Bagni (cur.), *Justicia constitucional comparada*, México, Porrúa, 2014, pp. 247-284, che definisce "ibrido" il modello colombiano, in cui le funzioni di giustizia costituzionale sono esercitate in parte dalla Corte costituzionale, in parte dal Consiglio di Stato e in parte da tutti i giudici (*ivi*, p. 253).

⁴⁹ Cfr. gli articoli 102, 105 e 108 della Costituzione del Brasile.

⁵⁰ L. Frosina, *L'acción de amparo nella esperienza costituzionale argentina*, *Federalismi.it*, n. 1, 2014.

⁵¹ Sugli ordinamenti dell'America Latina G. De Vergottini, *Sulla effettività del controllo giurisdizionale di costituzionalità negli ordinamenti ibero-americani*, in G. Lombardi, *Costituzione e giustizia...*, cit., pp. 379-394; E. Roza Acuña, *Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale...*, cit.; Id., *La Tutela o Amparo dei diritti fondamentali* cit.; G. Rolla, *La tutela diretta dei diritti fondamentali* cit.; S. Panizza, *op. cit.*, pp. 91-93, L. Frosina, *op. cit.*, p. 6; G. Lombardi, *Le garanzie costituzionali...*, loc. cit.; A. Ramos Tavares, *Sistemi e modelli...*, cit., pp. 159-170.

⁵² Sull'azione popolare in America Latina M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 86-98; G. Rolla, *La tutela diretta dei diritti fondamentali* cit., p. 15.

4. L'origine della giustizia costituzionale in Austria: dal Tribunale dell'Impero alla Corte costituzionale. Un organo ad hoc deve garantire il rispetto della Costituzione e dei diritti delle minoranze, salvaguardando la supremazia del Parlamento

La terza prospettiva è quella che emerge nell'Impero austro-ungarico e che sarà portata a compimento da Kelsen con la Costituzione della Repubblica austriaca nel 1920: occorre garantire il rispetto della Costituzione da parte del legislatore ordinario, e cioè da parte della maggioranza parlamentare, a salvaguardia dei diritti delle minoranze, senza con ciò mettere in discussione la supremazia del Parlamento⁵³.

Il problema della tutela delle minoranze fu particolarmente avvertito nell'Impero asburgico, che comprendeva molti popoli di lingue, culture e religioni differenti. Il progetto di Costituzione redatto a Kremsier dopo i moti del '48 prevedeva la libertà di religione e, soprattutto, l'eguaglianza di tutti i popoli dell'Impero e il diritto di tutelare la propria nazionalità e la propria lingua, oltre all'eguaglianza nell'uso delle lingue regionali nelle scuole, negli uffici e nella vita pubblica⁵⁴. Tale principio fu richiamato, almeno in parte, dalla Costituzione imperiale adottata da Francesco Giuseppe il 4 marzo 1849⁵⁵.

Queste proclamazioni costituzionali non furono tuttavia sufficienti a risolvere le tensioni tra le diverse nazionalità all'interno di un Impero che restava fortemente accentrato⁵⁶.

Nel lunghissimo Impero di Francesco Giuseppe le riforme senza dubbio più significative e rilevanti si ebbero nel 1867. Con l'*Ausgleich* tra Austria e Ungheria nacque l'Impero austro-ungarico: fu riconosciuta l'autonomia del Regno d'Ungheria, con proprio Parlamento e proprie competenze, formalizzata, in Ungheria, con il *Gesetzartikel XII* del 12 giugno 1867. Il 21 dicembre 1867 furono inoltre adottate cinque leggi fondamentali (la cosiddetta Costituzione di dicembre), pubblicate nel bollettino delle leggi imperiali (*Reichsgesetzblatt*) con i numeri da 142 a 146. All'*Ausgleich* si riferiscono la legge n. 141⁵⁷, dedicata alla rappresentanza dell'Impero, e quindi alla formazione e alle funzioni della Camera dei Rappresentanti e del Senato, e la legge fondamentale n. 146⁵⁸ sulle competenze dei *Länder* e su quelle riservate al Parlamento imperiale e alla Dieta ungherese.

La legge fondamentale n. 142⁵⁹ contiene un catalogo dei diritti cui rinvia ancora la Costituzione attuale dell'Austria, nell'art. 149⁶⁰. Sono garantiti il principio di eguaglianza, la

⁵³ Cfr. G. Volpe, *op. cit.*, pp. 159-164; G. Zagrebelsky - V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 32-34.

⁵⁴ § 21 – *Alle Volksstämme des Reiches sind gleichberechtigt. Jeder Volksstamm hat ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege seiner Nationalität überhaupt und seiner Sprache insbesondere. Die Gleichberechtigung aller landesüblichen Sprachen in Schule, Amt und öffentlichem Leben wird vom Staate gewährleistet.*

⁵⁵ § 5 – *Alle Volksstämme sind gleichberechtigt, und jeder Volksstamm hat ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege seiner Nationalität und Sprache.*

⁵⁶ Sul problema delle nazionalità, anche alla luce del pensiero di Adolf Fishhof e di Karl Renner, v. S. Lagi, *Karl Renner: Staat und Nation (1899)*, *Res publica*, 25, 2011, pp. 109-124.

⁵⁷ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/AUSTRIA%201867-I.htm>. Questa legge non si qualifica come "fondamentale" ma è comunque collegata alle altre riforme e all'*Ausgleich* in particolare.

⁵⁸ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/AUSTRIA%201867-VI.htm>

⁵⁹ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/AUSTRIA%201867-II.htm>

⁶⁰ Cfr. F. Ermacora, *Diritti umani e giurisdizione costituzionale in Austria*, in G. Lombardi (cur.), *Costituzione e giustizia ... cit.*, pp. 61-71.

libertà personale, la libertà d'opinione e di stampa e le altre libertà classiche, ma la disposizione più significativa risulta l'art. 19 che riproduce ed estende la previsione già contenuta nel progetto di Costituzione di Kremsier sui diritti delle nazionalità⁶¹.

In tema di giustizia costituzionale riveste particolare interesse la legge fondamentale n. 143⁶², che istituisce il Tribunale dell'Impero (*Reichsgericht*), formato da un Presidente nominato a vita dall'Imperatore e da 12 giudici nominati a vita dall'Imperatore su proposta, per metà, della Camera dei Rappresentanti e, per metà, del Senato. Al *Reichsgericht* viene attribuita la competenza a giudicare:

- i conflitti di competenza tra autorità giudiziarie e amministrative; tra *Land* e autorità governative; tra *Länder*;

- i ricorsi (*Beschwerde*) dei cittadini per la violazione dei loro diritti politici garantiti dalla Costituzione, esperiti i ricorsi amministrativi previsti dalla legge.

Questi ricorsi, insieme ad altri, quali quelli previsti dalla Costituzione bavarese del 1818 (che però avevano natura amministrativa e non giurisdizionale), e a quelli, rimasti sulla carta, della Costituzione di *Paulskirchen*, vengono normalmente richiamati come precedenti dei ricorsi diretti di costituzionalità previsti in Germania, Svizzera ed Austria⁶³.

La legge fondamentale n. 144⁶⁴ riguarda il potere giudiziario. Si garantiscono l'indipendenza dei giudici (art. 6), l'oralità e la pubblicità delle udienze (art. 10) e si afferma che i giudici sono competenti ad accertare la validità non delle leggi, ma dei regolamenti (art. 7).

La legge fondamentale n. 145⁶⁵ concerne infine i poteri dell'Imperatore, dei Ministri e delle autorità amministrative.

Con uno scritto pubblicato nel 1885 Georg Jellinek propone di introdurre in Austria un sistema di giustizia costituzionale, ampliando le funzioni del *Reichsgericht*⁶⁶. A quest'ultimo dovrebbe potersi rivolgere una minoranza parlamentare che ritenga contraria alla Costituzione una legge in corso di approvazione: il *Reichsgericht* si pronuncerebbe dunque prima che la legge entri in vigore. Si eviterebbe così che le maggioranze parlamentari possano violare la Costituzione e i diritti delle minoranze in essa previsti. La Costituzione garantisce infatti i diritti della maggioranza e quelli delle minoranze, ma queste ultime possono rimanere schiacciate dalla prima, che approvi leggi ordinarie costituzionalmente illegittime. Al *Rei-*

⁶¹ "Alle Volksstämme des Staates sind gleichberechtigt, und jeder Volksstamm hat ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege seiner Nationalität und Sprache. Die Gleichberechtigung aller landesüblichen Sprachen in Schule, Amt und öffentlichem Leben wird vom Staate anerkannt. In den Ländern, in welchen mehrere Volksstämme wohnen, sollen die öffentlichen Unterrichtsanstalten derart eingerichtet sein, daß ohne Anwendung eines Zwanges zur Erlernung einer zweiten Landessprache jeder dieser Volksstämme die erforderlichen Mittel zur Ausbildung in seiner Sprache erhält".

⁶² <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/AUSTRIA%201867-III.htm>

⁶³ Cfr. M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà...*, cit.; R. Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2^a ed., München, Beck, 1988, pp. 35-36 e 50-51; J. Luther, *La Verfassungsbeschwerde tedesca: mito o meta?*, in R. Tarchi (cur.), *Patrimonio costituzionale...* cit., p. 530.

⁶⁴ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/AUSTRIA%201867-IV.htm>

⁶⁵ <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/AUSTRIA%201867-V.htm>

⁶⁶ G. Jellinek, *Una Corte costituzionale per l'Austria*, trad. it. e cura di E. Palici di Suni, Torino, Giappichelli, 2013.

chsgericht dovrebbe essere inoltre attribuita la competenza a decidere sulla regolarità delle elezioni e sui conflitti di competenza tra la legislazione del *Reich* e quella dei *Länder*.

Jellinek accosta il Tribunale dell'Impero alla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America: i giudici di entrambe le corti sono nominati dal Capo dello Stato su proposta del Parlamento e, a garanzia della loro indipendenza, sono nominati a vita. È vero che i partiti di maggioranza tenderanno a nominare giudici a loro favorevoli, ma il cambio delle maggioranze (che Jellinek sottolinea essere più frequente in Austria che negli Stati Uniti) e la nomina a vita dei giudici garantiscono l'indipendenza e il mutare degli orientamenti in entrambe le Corti. Jellinek tuttavia non accetta il principio secondo cui qualsiasi giudice può disapplicare una legge incostituzionale: citando Laband⁶⁷, egli sottolinea che o le leggi sono obbligatorie per tutti o non lo sono per nessuno. Se un giudice non è soggetto ad una legge che ritiene incostituzionale, anche la pubblica amministrazione o qualsiasi cittadino dovrebbero poter non applicare una legge che ritengano incostituzionale. Per questo Jellinek afferma che l'incostituzionalità di una legge dovrebbe essere fatta valere solo di fronte al *Reichsgericht* e solo in via preventiva, su richiesta di una minoranza che si ritenga lesa da una legge in discussione presso le Camere.

Il modello che si afferma in Austria, come è noto, non è questo, ma Hans Kelsen riconosce, al pari di Jellinek, che al *Reichsgericht* sia riconducibile l'origine del sistema di controllo di costituzionalità in Austria⁶⁸ e che l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale serva a proteggere soprattutto le minoranze⁶⁹ e a risolvere i conflitti di competenza tra Federazione e *Länder*⁷⁰.

Entrambi ritengono che vada salvaguardata la supremazia del Parlamento: mentre per Jellinek quest'ultima sarebbe garantita da un controllo affidato ad un organo giurisdizionale indipendente che decida prima che la legge entri in vigore, in modo che la legge diventi poi obbligatoria per tutti, Kelsen ritiene preferibile affidare il controllo ad un organo *ad hoc*, con membri scelti dal Parlamento, che opera come un legislatore⁷¹. Secondo Kelsen, infatti,

⁶⁷ P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Tübingen, 1876, p. 45.

⁶⁸ H. Kelsen, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 17: "il vecchio tribunale dell'Impero ... ha la sua continuazione nella corte costituzionale". Cfr. T. Öhlinger, *L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria*, in G. Lombardi, *Costituzione ... cit.*, pp. 38-40; G. Tusseau, *Modelli di giustizia costituzionale ... cit.*, p. 28.

⁶⁹ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, in *La giustizia costituzionale, cit.*, p. 202: «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, perché 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».

⁷⁰ H. Kelsen, *ibidem*, pp. 203-206.

⁷¹ Il modello di Kelsen viene abitualmente contrapposto, come è noto, a quello di Carl Schmitt (*Il custode della Costituzione* [1928], trad. it. e cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981), per il quale "Secondo il contenuto presente della Costituzione di Weimar esiste già un custode della Costituzione, cioè il presidente del Reich", *ivi*, p. 240. Sulla polemica tra Kelsen e Schmitt v. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 356-366; G. Lombardi, *Rivisitando la polemica Kelsen Schmitt*:

“La legislazione ... non può essere affidata ad un tribunale ... perché l’organizzazione dell’organo legislativo è dominata essenzialmente da punti di vista diversi dalla costituzionalità del suo funzionamento”. D’altro canto “annullare una legge significa porre una norma generale...di segno negativo... E un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo”⁷².

Benché il contesto in cui si afferma il controllo di costituzionalità con Kelsen sia assai diverso da quello dell’epoca di Jellinek (l’Austria di Kelsen è una piccola repubblica parlamentare di lingua tedesca, tendenzialmente omogenea, e non più un grande impero multinazionale), ciò che il modello austriaco di giustizia costituzionale si propone è dunque di garantire il rispetto della Costituzione, dei diritti delle minoranze e della ripartizione di competenze all’interno dello Stato federale, senza mettere in discussione la supremazia del Parlamento.

La Costituzione austriaca del 1920 stabilì, nell’art. 140, che le leggi federali e quelle dei *Länder* potessero essere impugnate, rispettivamente, dai governi dei *Länder* e dal governo federale, oltre che dalla stessa Corte d’ufficio.

Seguendo l’impostazione di Kelsen, a norma dell’art. 147 della Costituzione e della legge n. 364/1921, la Corte costituzionale era composta da un Presidente, un Vicepresidente e dodici membri eletti dal Parlamento, di cui sei dal Consiglio Nazionale e sei dal Consiglio Federale.

Lo stesso anno la Costituzione della Cecoslovacchia introdusse una Corte costituzionale che era invece composta da sette giudici, di cui due eletti dalla Corte suprema di Giustizia, due dal Tribunale Amministrativo supremo e tre nominati dal Presidente della Repubblica fra tre terne proposte dall’Assemblea nazionale, dal Senato e dalla Dieta della Rutenia subcarpatica. Fra i tre giudici di nomina presidenziale veniva designato il Presidente della Corte.

In Austria la riforma costituzionale, intervenuta nel 1929 per superare il diffuso malcontento della popolazione verso una supremazia parlamentare trasformatasi in partitocrazia⁷³, modificò anche l’art. 147 sulla composizione della Corte costituzionale, stabilendo che i giudici fossero nominati dal Presidente della Repubblica su proposta, per metà, del Governo e, per metà, delle Camere. A giudizio di Kelsen, ciò fece sì che i giudici diventassero “quasi tutti partigiani dell’amministrazione”, segnando “l’inizio di quella evoluzione politica che doveva inevitabilmente condurre al fascismo”⁷⁴, ma questa è a tutt’oggi la composizione della Corte costituzionale austriaca.

La riforma del 1929 attribuì inoltre anche alla Corte suprema federale e alla Corte amministrativa federale il potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una

alcune riflessioni, in G. Lombardi, *Scritti scelti* a cura di E. Palici di Suni – S. Sicardi, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 1075-1097.

⁷² H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 172-173. Cfr. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* cit., secondo cui “Nessuna forma di giurisdizione potrebbe ingannare sul fatto che con una simile corte costituzionale o statale si tratti di un’istanza altamente politica con funzioni di legislazione costituzionale. Dal punto di vista democratico sarebbe assai difficile trasferire queste funzioni ad una aristocrazia della toga”.

⁷³ T. Öhlinger, *Austria*, in E. Palici di Suni - F. Cassella - M. Comba (cur.), *Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione Europea*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2001, p. 82.

⁷⁴ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 300-301.

legge da applicare. Tale potere fu esteso ai giudici di seconda istanza dalla riforma intervenuta nel 1975⁷⁵.

5. La giustizia costituzionale oggi tra differenziazioni e circolazione dei modelli

Come è stato giustamente sottolineato⁷⁶, il sindacato accentrato affidato ad un'apposita Corte costituzionale costituisce un compromesso tra un controllo di tipo politico, come quello esercitato preventivamente in Francia, e un controllo giudiziario, come quello esercitato negli Stati Uniti, dal momento che il controllo sulla costituzionalità delle leggi viene sottratto ai giudici ed affidato ad un organismo *ad hoc*.

Seguendo la stessa linea di Cappelletti, si può osservare che sussistono forme di controllo ancora più politico di quella introdotta dalla Costituzione francese del 1958, che l'illustre studioso porta come esempio.

Il massimo del controllo politico si ha infatti in quegli ordinamenti nei quali non è ammesso alcun sindacato sulla costituzionalità delle leggi ed il Parlamento resta l'unico giudice di se stesso, come avviene a tutt'oggi nel Regno Unito⁷⁷ e nei Paesi Bassi⁷⁸ e come avveniva anche in Finlandia, fino alla revisione costituzionale entrata in vigore nel 2000, che, accanto al controllo preventivo affidato ad un'apposita commissione parlamentare, ha introdotto il sindacato diffuso, specificando che i giudici debbano disapplicare le leggi in contrasto con la Costituzione⁷⁹, con una formulazione analoga a quella contenuta nella Legge sulla Forma di Governo della Svezia (cap. XI, art. 14).

⁷⁵ Sull'evoluzione della giustizia costituzionale in Austria M. Olivetti, *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in M. Olivetti – T. Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 25-91.

⁷⁶ M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità ... cit.*, pp. 87-88. Ritiene che la Corte si ponga come un ponte di collegamento tra le istituzioni politiche e le magistrature P. Barile, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, p. 510. Sui diversi modelli di controllo politico e giurisdizionale cfr. L. Pegoraro, *op. cit.*, pp. 29-59.

⁷⁷ Nel Regno Unito, dove il principio della supremazia parlamentare impedisce persino una Costituzione scritta, è stato approvato nel 1998 l'*Human Rights Act*, che recepisce la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e conferisce ai giudici il compito di verificarne il rispetto: il giudice è però tenuto ad interpretare le leggi in conformità alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e solo di fronte ad un conflitto insuperabile potrà pronunciare una declaratoria di incompatibilità. Spetterà al governo o al Parlamento attivarsi per rimuovere, nel caso, questa incompatibilità. Cfr. F. Rosa, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, in *Pol. Dir.* 2000, pp. 679 ss.; Ead., *I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi*, in M. Olivetti – T. Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa cit.*, pp. 401 ss.; P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005, pp. 164 ss. Questo sistema non è stato modificato nella sostanza dal *Constitutional Reform Act* del 2005, che ha attribuito alla neoistituita *Supreme Court* le competenze giudiziarie prima spettanti alla *House of Lords*.

⁷⁸ La Costituzione del 1983 stabilisce espressamente, all'art. 120, che "Il giudice non può giudicare sulla costituzionalità delle leggi e dei trattati".

⁷⁹ La Finlandia affida ad una Commissione parlamentare, che normalmente si avvale dell'apporto di esperti e che comunque gode di un ampio prestigio, il controllo sulla costituzionalità delle proposte legislative. In aggiunta a questo controllo parlamentare preventivo l'art. 106 della Costituzione prevede ora, in seguito alla riforma entrata in vigore nel 2000, che il giudice, nel caso in cui l'applicazione di una legge risulti in contrasto con la Costituzione, debba far prevalere quest'ultima.

Sul fronte opposto ai casi di controllo esclusivamente politico si trovano dunque gli ordinamenti che attribuiscono a tutti i giudici il sindacato di costituzionalità delle leggi, secondo il modello degli Stati Uniti d'America.

Le Corti costituzionali, in quanto organi *ad hoc*, nominate in tutto o in parte dal Parlamento, costituiscono un compromesso tra le due scelte estreme del controllo politico-parlamentare e del controllo giudiziario: anche tra le Corti costituzionali si possono tuttavia distinguere quelle con una composizione più parlamentare da quelle con una composizione più giudiziaria⁸⁰.

Attualmente molte Corti hanno giudici eletti interamente dal Parlamento, come la Corte austriaca nella versione kelseniana: è il caso della Germania, dell'Ungheria, della Polonia. All'estremo opposto vi è il caso di una Corte costituzionale interamente giudiziaria, che è quella prevista dalla riforma costituzionale introdotta in Lussemburgo nel 1996⁸¹. In Italia⁸², Bulgaria e Spagna le Corti costituzionali hanno una composizione mista, politica e giudiziaria, come quella della Corte prevista nella Costituzione della Cecoslovacchia del 1920.

Una soluzione ancora intermedia tra un controllo solo parlamentare e le varie Corti costituzionali è quella francese, ricordata da Cappelletti, con un *Conseil constitutionnel* che fino al 2008 operava solo in via preventiva e dopo la riforma costituzionale del 2008 e la relativa legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009 giudica anche in via successiva, ma che continua ad avere una composizione più politica che tecnica: non sono richiesti requisiti particolari per divenire membri del *Conseil*, tanto che per nove anni ne ha fatto parte la sociologa Dominique Schnapper, nominata nel 2001 dal Presidente del Senato, e ne fanno parte, di diritto, gli ex Presidenti della Repubblica (attualmente solo il presidente Giscard d'Estaing)⁸³.

Tra le Corti costituzionali e i casi di controllo giudiziario diffuso vi sono poi le ipotesi in cui non tutti i giudici, ma solo le Corti superiori sono competenti ad esercitare il sindacato di

⁸⁰ Sulla composizione delle Corti costituzionali v. A. Anzon, G. Azzariti e M. Luciani (cur.), *La composizione della Corte costituzionale: situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, Giappichelli, 2004; M. Calamò Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, Giappichelli, 2011.

⁸¹ La Corte costituzionale del Lussemburgo, istituita in seguito alla revisione costituzionale del 1996, è formata dal Presidente della Corte superiore di Giustizia, dal Presidente della Corte amministrativa, da due consiglieri della Corte di Cassazione e da cinque magistrati nominati dal Granduca, su proposta congiunta della Corte superiore di Giustizia e della Corte amministrativa.

⁸² In Italia questa scelta prevalse all'Assemblea costituente al termine di un dibattito molto acceso, nel quale si erano scontrate essenzialmente due posizioni: quella sostenuta dai partiti di sinistra e fatta propria anche dal progetto presentato dalla Commissione dei 75, secondo cui la Corte doveva essere eletta interamente dal Parlamento, e quella sostenuta dai partiti di destra, favorevoli ad una Corte il più possibile giurisdizionale e neutra. Sulle diverse prospettive emerse alla Costituente v. C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979, pp. 149-160; G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè 1981; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, 2^a ed., Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 481-491; G. Volpe, *La giustizia costituzionale nella visione dei costituenti*, *Foro it.* 2006, V, pp. 305-309.

⁸³ Alcune proposte per riformare la composizione del *Conseil* sono state presentate, ma sono rimaste sinora senza esito.

costituzionalità, come avviene in Giappone⁸⁴ e in Irlanda⁸⁵, o a dichiarare in via definitiva l'incostituzionalità delle leggi, come avviene in Messico, Venezuela, Grecia⁸⁶ ed Estonia⁸⁷.

Ho cercato di riassumere con uno schema esemplificativo le soluzioni cui si è accennato, che spaziano da un controllo meramente politico-parlamentare ad un controllo giudiziario.

Parlamento	Conseil constitutionnel	Corti costituzionali			Corti ordinarie di vertice	Tutti i giudici
		di nomina parlamentare	di nomina mista	di nomina giudiziaria		
Regno Unito	Francia	Germania	Italia	Lussemburgo	Giappone	Stati Uniti
Paesi Bassi		Ungheria	Spagna		Irlanda	Svezia
Finlandia (fino al 1999)		Polonia	Bulgaria		Messico	Finlandia (dal 2000)
					Venezuela	
					Estonia	
					Grecia	

I tre modelli originari hanno dunque dato luogo a moltissime soluzioni, che oscillano tra il politico e il giudiziario, a causa di diverse concezioni sulla forma di governo, sul ruolo dei giudici, sulla Costituzione, sulle fonti del diritto, oltre che di diverse radici storiche e culturali.

Le differenze attengono anche al tipo di funzioni esercitate. Normalmente un controllo più politico è un controllo tendenzialmente astratto, rivolto alla legge come atto-fonte, mentre

⁸⁴ In base all' art. 81 cost. le questioni di costituzionalità possono essere poste solo di fronte alla Corte suprema.

⁸⁵ In Irlanda le questioni di costituzionalità possono essere sollevate dinanzi alle *High Courts* e, in secondo grado, dinanzi alla *Supreme Court*, che è l'unica a pronunciarsi prima della promulgazione delle leggi, su richiesta del Presidente della Repubblica (art. 34 cost.).

⁸⁶ In Grecia la Costituzione prevede un sindacato diffuso (art. 94 cost.), ma poi affida alla Corte suprema speciale il giudizio sulla costituzionalità delle leggi nei casi in cui il Consiglio di Stato, la Corte di Cassazione o la Corte dei Conti abbiano emesso al riguardo delle decisioni fra loro contraddittorie (art. 100 cost.). Questa Corte speciale, cui spetta anche decidere sui conflitti di giurisdizione e sulla regolarità delle elezioni e dei referendum, nei giudizi di costituzionalità è integrata da due professori universitari in materie giuridiche, designati per sorteggio.

⁸⁷ La Costituzione dell'Estonia stabilisce, all'art. 152, che i tribunali non debbano applicare leggi o altri atti contrari alla Costituzione; leggi o altri atti in contrasto con le disposizioni e lo spirito della Costituzione sono dichiarate nulle e invalide dalla Corte suprema (*Riigikohus*), dove è stata istituita una sezione speciale, che esamina la costituzionalità delle leggi. La questione di costituzionalità può essere posta alla Corte suprema anche dal Presidente della Repubblica e dal Cancelliere di giustizia (*Õiguskantsler*). Cfr. G. Tusseau, *Modelli di giustizia costituzionale* cit., pp. 30-32, che definisce questi sistemi "misti".

un controllo giudiziario è normalmente più concreto, rivolto ai rapporti (e dunque ai diritti)⁸⁸. Numerose sono però le eccezioni: in Francia, per esempio, il *Conseil constitutionnel* controlla in via preventiva, e dunque in astratto, la costituzionalità delle leggi, ma giudica anche in via successiva le questioni che possono essere sollevate nel corso di un processo, ad istanza di parte, per la lesione di un diritto fondamentale.

Vi sono dunque evidenti differenze di struttura e di organizzazione, che mettono in luce una frammentazione dei modelli storicamente affermatasi.

Alcuni aspetti, tuttavia, sembrano andare nella direzione opposta, verso una uniformizzazione della tutela.

In questo senso va innanzi tutto evidenziato il rilievo sempre più incisivo che assumono oggi le Carte sovranazionali dei diritti⁸⁹, particolarmente in Europa con la Convenzione Europea dei Diritti Umani e in America Latina con la Convenzione Interamericana sui Diritti Umani, per le quali operano apposite Corti: la Corte Europea dei Diritti Umani e la Corte Interamericana dei Diritti Umani⁹⁰.

In Europa si crea un'ulteriore "concorrenza" tra la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani e quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che in seguito al Trattato di Lisbona giudica anche sulla base della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁸⁸ Cfr. M. Luciani, *op. cit.*, pp. 238- 275, che si riferisce ad una linea immaginaria per collegare i due poli opposti rappresentati dalle categorie ideali astratto-concreto; G. Rolla, *L'influenza delle carte sovranazionali... cit.*, pp. 207-208, il quale propone di graduare i diversi sistemi lungo una scala ideale che pone al vertice i ricorsi diretti a tutela dei diritti, in una posizione intermedia i giudizi in via incidentale e alla base della scala i sistemi in cui la garanzia dei diritti è solo indiretta. Sulla distinzione tra sindacato astratto e concreto v. anche A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, *Quad.cost.*, 1982, p. 527.

⁸⁹ Cfr. F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 1994; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995; R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto (cur.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001; L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002; P. Bilancia – E. De Marco (cur.), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004; S.P. Panunzio (cur.), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, Cedam, 2007; S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, Giuffrè, 2009; Id. (cur.), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale: esperienze europee e Nord-americana*, Milano, Giuffrè, 2012; M. Pedrazza Gorlero (cur.), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2010; O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010; G. Rolla (cur.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, Giuffrè, 2010 ed Id., *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionali in materia di diritti sul c.d. «sistema europeo» di giustizia costituzionale*, *ivi*, pp. 3-27; Id., *L'influenza delle carte sovranazionali... cit.*, pp. 181-211.

⁹⁰ Sulle analogie e le differenze tra le due Corti G. Rolla, *L'influenza delle carte sovranazionali ... cit.*, pp. 186-194; T.G. Vivas Barrera - J.A. Cubides Cárdenas, *El control de convencionalidad y la sentencia como un dinamizador transnacional*, in E.A. Velandía Canosa (cur.), *Derecho Procesal Constitucional*, *cit.*, pp. 715-731. È inoltre da menzionare la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata nel 1981 ed entrata in vigore nel 1986, per la quale opera la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, che ha iniziato ad operare solo nel 2006: cfr. G. Pascale, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli interviene nell'ambito dell'affare libico. Il principio di complementarità per la prima volta applicato nei rapporti fra Corte e Commissione africana*, in *Diritti comparati* 2012/01 (www.diritticomparati.it/2012/01/).

A livello europeo i diritti fondamentali assumono dunque oggi un rilievo determinante⁹¹.

Si è osservato che la giurisprudenza delle Corti europee costituisce un ibrido tra la giurisprudenza costituzionale e quella internazionale e che la sua efficacia dipende in massima parte dalla capacità persuasiva delle sue decisioni⁹². La progressiva espansione del ruolo delle Corti sovranazionali è tuttavia evidente: numerose Costituzioni riconoscono oggi valore costituzionale al diritto sovranazionale⁹³, anche alla luce della giurisprudenza delle rispettive Corti⁹⁴.

La tutela multilivello dei diritti fondamentali ha pertanto “relativizzato” il contenuto del catalogo dei diritti contenuto nelle Costituzioni⁹⁵, dato che esso viene interpretato sempre più alla luce delle Carte e delle Corti sovranazionali. Ciò ha l’effetto di rendere più uniforme e di innalzare il grado di tutela dei singoli diritti⁹⁶.

La protezione sovranazionale dei diritti umani ridimensiona così il ruolo, non solo delle Carte costituzionali, ma anche degli organi nazionali di giustizia costituzionale e degli stessi Parlamenti. Le scelte del legislatore nazionale vengono infatti sottoposte a controlli

⁹¹ Cfr. M. Cappelletti, “Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale”, *Giudizio “a quo” e movimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 33; G. Lombardi, *Fondamento dei diritti e forme sovranazionali di tutela*, in S. Labriola (cur.), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 355-374; C. Dell’Acqua, *La nomopoiesi dei diritti fondamentali*, *ivi*, pp. 327-354; G. Azzariti, *Il valore della Carta dei diritti fondamentali nella prospettiva della costruzione europea: dall’Europa dei mercanti all’Europa dei diritti?*, *ivi*, pp. 393-409; M. Nicolini, *Il livello integrale di tutela come contenuto indefettibile dello statuto sovranazionale dei diritti fondamentali*, in M. Pedrazza Gorlero (cur.), *Corti costituzionali e Corti europee ... cit.*, pp. 389-432; S. Gambino, *La giurisdizione costituzionale delle leggi. L’esperienza italiana nell’ottica comparata (con particolare riguardo al giudizio in via incidentale) ed in quella eurolunitaria*, in S. Gambino (cur.), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale ... cit.*, pp. 90-107; *Id.*, *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, *Forum costituzionali*, 11 gennaio 2015, www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/.../01/gambino.pdf

⁹² O. Pollicino - V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli... cit.*, 89 e 92; O. Pollicino, *Allargamento dell’Europa a est ... cit.*, pp. 451-459.

⁹³ Cfr. l’art. 117¹ della Costituzione italiana e l’art. 1 della Costituzione del Messico dopo la riforma costituzionale del 2011. Una approfondita analisi comparata degli ordinamenti europei è effettuata da O. Pollicino, *Allargamento dell’Europa a est ... cit.*, pp. 184-442.

⁹⁴ In Italia ciò è stato esplicitato con le note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Su queste decisioni, anche alla luce della successiva giurisprudenza costituzionale v., fra gli altri, C. Salazar - A. Spadaro (cur.), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009; *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo come fonte di diritto* (Atti del seminario di Genova), *Quaderni di nuova giurisprudenza ligure* 2013, <https://air.unimi.it/.../ATTI%20seminario%20Genova%20-%20CNF-CO...>; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno, Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2015 http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI_2015a.pdf; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, *Osservatorio Costituzionale, Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, maggio 2015 www.osservatorioaic.it/download/.../zagrebelsky-22015-.pdf; I. Rivera, *L’obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, *Federalismi.it* n. 19, 14/10/2015, www.federalismi.it/.../articolo-documento.cfm?...L'obbligo+di+interpreta...; G. Silvestri, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in L. Ventura - A. Morelli (cur.), *Principi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2015, pp.5-62; P. Mori, *Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo*, *ivi*, pp. 529-546.

⁹⁵ Cfr. M.P. Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale. Limiti e gradazioni*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 163-226.

⁹⁶ Cfr. G. Rolla, *L’influenza delle carte sovranazionali... cit.*, p. 182.

sempre più penetranti da parte sia delle Corti nazionali che di quelle sovranazionali, alla luce di principi generali che trascendono il contenuto delle singole Costituzioni.

Di fronte al timore che ciò possa costituire un attacco al carattere democratico e rappresentativo dei Parlamenti nazionali⁹⁷, occorre considerare innanzi tutto che le Carte sovranazionali mirano ad assicurare un livello minimo di tutela, fatte sempre salve le migliori garanzie eventualmente disposte a livello nazionale⁹⁸.

La giustizia costituzionale si è inoltre affermata sin dall'inizio proprio allo scopo di vincolare al rispetto della Costituzione le maggioranze parlamentari, ponendosi così come argine alle deviazioni dalle norme costituzionalmente stabilite, al di sopra di qualsiasi maggioranza e anche di un'eventuale "tirannia" della maggioranza.

La tutela multilivello dei diritti fondamentali costituisce quindi una forma di garanzia ulteriore rispetto a quelle previste a livello nazionale nei singoli ordinamenti.

Ciò avviene perché le Costituzioni e le Corti nazionali non sono più sufficienti?

Forse sì. Ciò è certamente vero almeno in alcuni casi, nei quali le ritrosie al riconoscimento di determinati diritti da parte di maggioranze al governo possono essere più facilmente superate con il contributo delle Carte e delle Corti sovranazionali.

La tutela offerta da queste ultime si aggiunge comunque a quella offerta dalle Corti nazionali, favorendo il dialogo tra esse⁹⁹.

Accanto ad un'influenza sovranazionale, nelle decisioni delle Corti costituzionali è sempre più frequente la comparazione con le Costituzioni e la giurisprudenza di altri Paesi.

Ci si avvia così, come è stato osservato, alla formazione di un "Diritto costituzionale comune, oltre lo Stato" che potrebbe condurre ad un costituzionalismo di tipo universale¹⁰⁰.

⁹⁷ Timore evidenziato ad esempio da O. Pollicino - V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell'uomo* cit., pp. 10 e 91.

⁹⁸ Cfr. art. 53 CEDU (Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi); art. 53 Carta europea dei diritti fondamentali (Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri); art. 2 Convenzione Interamericana (*Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms*). Cfr. anche l'art. 1, secondo comma, inserito nella Costituzione messicana nel 2011: "*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*".

⁹⁹ Cfr. il protocollo n. 16 CEDU, su cui A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC* n. 1/2014, 7/2/2014.

¹⁰⁰ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia* cit., pp. 392-407 (spec. p. 397). Cfr. anche Id., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2006, pp.297-311, Secondo A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali I*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 671, queste tendenze, riflesso degli sviluppi della globalizzazione economica e culturale, sembrano avviare "l'umanità verso un ritorno all'unità del diritto" e ciò non è esente "da pericoli anche gravi". Cfr. anche F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa* cit., che parla appunto di "diritto comune delle libertà in Europa"; P. Häberle, *Europa come società costituzionale in formazione*, in E. Palici di Suni - F. Cassella - M. Comba (cur.), *Le Costituzioni dei Paesi*

Questa “giustizia costituzionale transnazionale” sembra perciò riassumere i tratti che hanno caratterizzato i modelli originari della giustizia costituzionale: essa è rivolta a garantire principi universali o un “diritto comune”, secondo un’ottica simile a quella che mosse i precursori della giustizia costituzionale, come il *Chief Justice* Coke nel Regno Unito e i giudici delle colonie americane; è finalizzata a rendere effettivi i diritti fondamentali, come era avvenuto con l’*amparo* introdotto nello Yucatan da Manuel Crescencio Rejón, e si pone al di sopra delle maggioranze politiche dei governi nazionali, secondo la prospettiva emersa particolarmente in Austria.

Tutto ciò spinge i singoli ordinamenti ad un innalzamento della tutela dei diritti fondamentali a livello giuridico, oltre che a livello culturale, e dunque nei Parlamenti e nelle aule di giustizia, ma anche nella società e nell’opinione pubblica.

dell’Unione Europea cit., pp. 15-35, che nell’Europa di oggi vede una società aperta degli interpreti della Costituzione (*ivi*, 16) e nel diritto costituzionale europeo, formato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla CEDU, un “*constitutional european law in action*” (*ivi*, 17) e che sottolinea la necessità di una teoria interpretativa europea, dato che “nessuno Stato membro nazionale deve cercare di interpretare e far valere solo la «sua» teoria dei diritti fondamentali” (*ivi*, 34). Per il superamento del paradigma nazionalistico v. S. Cassese, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale*, cit.