
INTERPRETAZIONI EUROPEE DELLA DOTTRINA AMERICANA DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI

SOMMARIO: 1. L'influenza esercitata da concetti di diritto naturale sull'affermarsi del principio del controllo giudiziario negli Stati Uniti. — 2. Il sindacato di costituzionalità e la dottrina della divisione dei poteri. — 3. Il dopo-guerra e le nuove costituzioni repubblicane dell'Austria, della Cecoslovacchia e della Spagna. — 4. Le vicende del problema del sindacato di costituzionalità in Germania. — 5. Gli ostacoli rappresentati dalla tendenza che vorrebbe attribuire al Capo dello Stato la protezione della costituzione. La teoria di Carlo Schmitt. — 6. Dell'opposta concezione Kelseniana, viziata da un formalismo che la rende vana, e del conseguente mancato accoglimento della dottrina americana.

1. — Fra tutte le concezioni filosofiche e politiche europee accolte al di là dell'Oceano dalle giovani colonie americane, quella della superiorità di un complesso di norme definite di "diritto naturale", ebbe una influenza singolarmente efficace nella formazione delle loro istituzioni politiche e giuridiche. Tralasciando di considerare sino a qual punto una simile concezione ebbe valore nella formulazione della dichiarazione d'indipendenza e sino a qual punto invece ne ebbero altre considerazioni d'indole storica e contingente, basterà soffermare la nostra attenzione sull'importanza decisiva esercitata dal concetto di supremazia del diritto naturale sul diritto positivo del legislatore, nel sorgere e nel consolidarsi del principio del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti. Il concetto si alimentava alla tradizione puritana della validità assoluta della volontà divina ed a quella lockiana dei limiti di natura imposti al legislatore: " [il potere legislativo] è *limitato al pubblico bene* della società. Il suo potere è quello di conservare, e quindi esso non potrà mai aver diritto a distruggere, rendere schiavi

o di proposito impoverire i suoi soggetti. I doveri della legge di natura non vengono meno nella società civile.... Così la legge di natura permane quale regola eterna per tutti gli uomini, *legislatori* o altri. Le *regole* che essi creano a guida delle azioni degli altri uomini e delle loro proprie, devono essere conformi alla legge di natura, cioè al volere di Dio, di cui essa non è che l'espressione „(1).

Se in Inghilterra non prevalse una simile teorica intesa a contenere entro limiti ben definiti l'attività del potere legislativo, essa fu l'arma principale nelle mani di coloro i quali condussero la lotta per l'indipendenza delle tredici colonie, e le prime sentenze dei giudici della nuova nazione americana non sono che una riaffermazione di quei principii. Così, in *Van Horne's Lessee vs. Dorrance* (1795), il giudice Paterson: “ è evidente che il diritto di proprietà e della sua protezione è uno dei diritti naturali inerenti ed inalienabili dell'uomo... Il potere legislativo non poteva quindi spogliare dei suoi beni un cittadino attribuendoli ad un altro senza giusto compenso. Ciò è contrario ai principii di ragione di giustizia e di morale „ (2). Nè più vigorosa affermazione del diritto di sindacare in virtù di principii superiori l'operato del potere legislativo, può ritrovarsi della sentenza della Corte Suprema del 1798 in *Calder vs. Bull*: “ Il popolo degli Stati Uniti creò l'attuale costituzione o forma di Governo per promuovere la giustizia, il benessere generale, assicurarsi i benefici della libertà e proteggere da ogni violenza persone e proprietà. La natura ed i limiti del patto sociale sono determinati dagli scopi che gli uomini vogliono raggiungere nella società medesima, e, formando essi a loro volta le basi del potere legislativo, ne fissano le vere funzioni. La natura e gli scopi del potere legislativo ne limitano l'esercizio. Questo principio fondamentale deriva dalla natura medesima dei nostri governi repubblicani, la quale vuole che nessuno sia costretto a fare ciò che le leggi non esigono, nè ad astenersi dal fare ciò che le leggi permettono. Ci sono atti che i poteri legislativi, sia federale sia statali, non possono compiere senza eccedere i limiti della propria autorità. Ci sono principii vitali nei nostri liberi governi repubblicani che impediscono ogni patente

(1) LOCKE, *Two treatises of civil government*, II, XI, § 135.

(2) Cfr. A. J. DALLAS, *Report of cases ruled and adjudged in the several courts of the United States and of Pennsylvania*, Filadelfia, vol. II, pag. 310.

e flagrante abuso del potere legislativo: come quello di compiere una evidente ingiustizia per mezzo di una legge, o di violare quella sicurezza della libertà personale o della proprietà privata, per la protezione delle quali i nostri governi furono stabiliti. Un atto (non posso infatti definirlo una legge) del potere legislativo contrario ai principii fondamentali del patto sociale, non può essere considerato come un valido uso della sua autorità. Il potere vincolativo di una legge, in governi creati in base ad un esplicito patto ed a principii repubblicani, deve essere determinato dal potere su cui essa è fondata... È contro natura e contro ogni giustizia, attribuire al potere legislativo facoltà di emanare leggi le quali ed es. puniscano cittadini innocenti, annullino o violino legittimi contratti privati, rendano ciascuno giudice nella propria causa... Non può quindi essere ammesso che simili poteri gli siano attribuiti. Il genio, la natura e lo spirito dei nostri governi di stato, vietano simili atti legislativi, i quali sono parimente esclusi dai principii generali di legge e di ragione „ (3).

Un simile atteggiamento da parte del potere giudiziario, che non parrà strano ove si ripensi alle serie di atti legislativi dichiarati nulli dai tribunali durante il periodo fra il 1776 ed il 1789(4), e che derivava dalla impossibilità logica di attribuire alla parte in causa un controllo sulla propria attività che si riconosceva da tutti limitata dai dettami superiori del diritto naturale, era confortato altresì dall'esistenza, a partire dal 1789, di una costituzione scritta e dai principii in essa sanciti di governo federale e di limitazione rigorosa dei poteri del congresso. Il popolo americano aveva infatti identificato le norme inviolabili del diritto naturale con una costituzione che era stata proclamata la legge suprema del Paese e che riservava agli Stati ed al popolo medesimo tutti i poteri non espressamente delegati agli organi legislativi federali. Sotto l'influenza di John Marshall, il primo grande interprete della costituzione (5), vi

(3) *Ivi*, vol. III, pag. 386 e segg.

(4) Cfr. su ciò M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli S. U.*, Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, 1931, pag. 17 e segg. e letteratura ivi citata.

(5) Nella sua celebre decisione del 1803, *Marbury vs. Madison*, che costituisce indubbiamente la più importante enunciazione della dottrina del controllo

fu la tendenza da parte della Corte Suprema a tradurre in termini giuridici più aderenti alla realtà costituzionale la terminologia filosofica e giusnaturalistica del secolo XVIII, sicchè nella prima metà del secolo XIX la magistratura federale volle ritrovare la giustificazione della propria opera di controllo dell'attività legislativa nei limiti precisi segnati dalla lettera della costituzione, senza che venisse tuttavia mai dimenticato lo spirito informatore di essa (6). Fu solo nel periodo seguito alla guerra civile e durato sino ai giorni nostri, che i giudici americani tornarono a fondare sempre più le loro sentenze su di una dottrina che a quella antica della superiorità del diritto naturale è in tutto simile, fuor che nel nome. Si può parlare di un vero e proprio "revival", determinato dalla formula di *due process of law*, che per quanto già contenuta del V° emendamento della costituzione federale, non si impose alla attenzione generale che dal

giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, Marshall ha soprattutto davanti a sè il testo della costituzione, che egli interpreta alla luce dei principi in essa espressi. Primo fra tutti quello della limitazione dei poteri degli organi legislativi: "a che scopo, si chiede Marshall, sarebbero dunque limitati questi vari poteri, se questi limiti potessero a piacimento essere sorpassati?..... la distinzione fra un governo a poteri limitati ed uno a poteri illimitati è abolita..... se agli atti proibiti ed a quelli ammessi è data eguale validità. È un principio troppo semplice perchè possa venire contestato che, o la costituzione controlla ogni atto legislativo che le ripugni, od il potere legislativo può modificare la costituzione con una legge ordinaria. Fra questi estremi non esiste altra alternativa..... Certamente tutti coloro i quali hanno contribuito alla formazione di costituzioni scritte, hanno voluto che esse rappresentassero la legge fondamentale e suprema della nazione, e conseguentemente deve essere principio di ogni governo derivante i suoi poteri da una simile costituzione, che un atto del potere legislativo ad essa ripugnante sia nullo. Siffatta teoria è la conseguenza logica di ogni costituzione scritta, e come tale è ritenuta dal nostro tribunale come uno dei principii fondamentali della nostra società... È dovere e compito imperativo del potere giudiziario di dichiarare la legge... Se due leggi sono in conflitto, i tribunali devono decidere della validità di ciascuna di esse. Così, se una legge ordinaria è contraria alla costituzione.... il tribunale deve decidere quale delle norme in conflitto sia da applicarsi.... Se quindi i tribunali devono tener conto della costituzione, e la costituzione è superiore ad ogni ordinario atto legislativo, la prima e non il secondo deve essere applicata,,

(6) Indubbi richiami alla dottrina giusnaturalistica, al di là del testo della costituzione, sono contenuti, ad esempio, in *Fletcher vs. Peck*, 6 Cranch, 87 (1810); in *Terrett vs. Taylor*, 9 Cranch, 43, (1815) e in *Wilkinson vs. Leland*, 2 Peters, 627, (1829), oltre che nei *Commentaries on the constitution of the U. S.*, pubblicati nel 1833 da J. STORY, il più fedele seguace delle dottrine marshalliane.

momento in cui essa fu inserita nel XIV° emendamento del 1868. Si assistette allora ad una trasformazione radicale del principio di *due process*, non più inteso a significare soltanto quali limiti formali e procedurali imposti ad ogni forma di attività degli organi dello stato, bensì esteso a comprendere la protezione dei più fondamentali diritti individuali di libertà, che non era lecito a nessuno di violare. Invocando ora il principio del *due process of law*, come prima i diritti naturali dell'uomo, i giudici ebbero a loro disposizione un'arma singolarmente efficace di controllo dell'operato legislativo, ed in verità essi non ne fecero parco uso (7). Il nuovo principio fu applicato a tutta la complicata serie di rapporti sociali sorti in seguito alle condizioni economiche rapidamente trasformantesi degli Stati Uniti, ed in virtù di esso i tribunali poterono proteggere dagli assalti del potere legislativo sia essenziali diritti di libertà individuale, sia interessi meno leciti di gruppi ammantati sotto ingannevole veste (8).

(7) Troppo lungo, nè a proposito, sarebbe elencare tutte le sentenze della Corte Suprema in cui ricorso è fatto alla dottrina del *due process of law*. Tuttavia ricordiamo: *Licence Tax Cases*, 5 Wallace, 462 (1866): "vi sono principii fondamentali di moralità e di giustizia che nessun potere legislativo può violare"; *Loan Association vs. Topeka*, 20 Wallace, 655 (1874): "vi sono diritti in ogni governo libero posti al di là di ogni intervento da parte dello stato"; *Twining vs. New Jersey*, 211 U. S., 78 (1908): "Il fondamento medesimo di ogni governo libero non è forse un principio di libertà e di giustizia, cui ogni cittadino ha diritto? Se questo principio è vero e deve applicarsi ai procedimenti legali, questo tribunale ha già riconosciuto in esso l'essenza del dovuto procedimento di legge (*due process of law*)"; *Monongahela B. Co. vs. U. S.*, 216 U. S., 177 (1910); "I tribunali non si sono quasi mai resi mancipii di regole procedurali a tal punto da non potere, in modo legittimo, opporre resistenza a quegli atti sia di governo, sia di individui, che violavano i principi di giustizia naturale"; *Adkins vs. Children Hospital*, 261 U. S., 525 (1923): "Vi sono limiti all'attività del potere [legislativo] e qualora essi vengano oltrepassati, i tribunali ne devono prendere nota nell'ordinario esercizio delle loro funzioni..... poichè non vi è irriducibilmente modo migliore di preservare gli interessi della collettività di quello di salvaguardare la libertà dei suoi membri da ogni arbitraria restrizione". Su queste nuove tendenze, cfr. HAINES, *The Revival of natural law concepts*, Cambridge, Mass., 1930, specialmente cap. V-VIII.

(8) Fu così possibile, ad es., la sentenza di *Lochner vs. New York*, 198 U. S., 45 (1905) la quale dichiarò nulla una legge dello Stato di New York che riduceva le ore di lavoro notturno nei panifici, perchè essa limitava la libertà di contratto degli operai, desiderosi forse, a detta della Corte Suprema, di lavorare un numero assai maggiore di ore.

In tale indeterminatezza di contenuto è stato da taluni additato il pericolo di formule come quella del *due process of law*, che non vincolando in alcun modo il giudice, possono essere troppo facilmente adoperate a sostegno delle particolari concezioni politiche e sociali proprie in un determinato momento della maggioranza dei giudici della Corte Suprema, concezioni che magari non trovano più riscontro nell'opinione pubblica del paese (9). Tale obiezione non ha fondamento, poichè vi è sempre la possibilità, anche se di lenta e difficile realizzazione, di far prevalere la volontà popolare mediante un emendamento alla costituzione esplicitamente formulato. Si deve inoltre riconoscere la sensibilità della Corte Suprema, la quale, se anche con lentezza, si è sempre adattata alle reali necessità del paese. Il bilancio di 150 anni non è certamente passivo: è in gran parte in virtù dell'opera svolta dalla Corte Suprema che è stata sino ad oggi riservata al cittadino americano una sfera d'azione libera da ogni forma di intervento statale di gran lunga superiore a quella

(9) Sempre vi furono minoranze in seno alla Corte Suprema medesima che espressero queste preoccupazioni. Così nel 1798 a proposito della citata sentenza di *Calder vs. Bull.*, il giudice Iredel diceva: "Se il potere legislativo federale o quello di uno degli stati membri emanano una legge entro i limiti dei propri poteri costituzionali, questo tribunale non potrà annullarla semplicemente perchè, a proprio giudizio, essa è contraria ai principii della giustizia naturale. I principii di giustizia naturale non sono stabiliti da nessuna regola fissa; i più abili ed i migliori fra gli uomini sono stati di opinioni discordi; e tutto quello che questo tribunale potrebbe dire in una simile occasione sarebbe che il potere legislativo (fornito di una eguale facoltà di giudizio) ha approvato una legge la quale nell'opinione dei giudici è in contraddizione cogli astratti principii di giustizia naturale „". E nel 1905, il giudice Holmes dissentendo dalla sentenza della maggioranza in *Lochner vs. New York* affermava: "Questa sentenza è fondata su di una teoria economica non condivisa da una notevole parte della popolazione. Se si dovesse stabilire il mio accordo o meno con questa teoria, io vorrei riflettere ancora a lungo prima di giungere ad una decisione. Ma ciò non rientra nei miei doveri di giudice, poichè io fermamente ritengo che il mio accordo o disaccordo non ha nulla a che vedere col diritto della maggioranza di dar valore di legge alle sue opinioni..... Una costituzione non deve racchiudere alcuna particolare dottrina economica, sia comunistica, sia liberistica. Essa deve servire a riunire persone di opinioni fundamentalmente divergenti, ed il fatto che noi si sia messi di fronte ad opinioni talvolta naturali e familiari, talvolta del tutto nuove o ripugnanti, non deve essere il fattore determinante nella nostra decisione sulla compatibilità o meno delle leggi colla costituzione degli Stati Uniti „".

dei cittadini di qualunque altro stato, fatto che, qualunque siano le necessità degli svolgimenti futuri, è stato certamente in passato condizione essenziale dello sviluppo degli Stati Uniti d'America.

2 — Il rapido cenno intorno ai grandi principii ideali, forniti in parte dal testo della costituzione medesima, di cui l'America si valse per attuare il controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, ci è parso necessario per poter intendere appieno le condizioni in gran parte diverse prevalenti in Europa. Qui, dappertutto, la teorica della divisione dei poteri impedì sempre per il passato, e vieta ancora oggi, ogni efficace controllo giudiziario. Non essendo lecito al potere giudiziario di intervenire in un'attività del tutto estranea ai suoi compiti, come quella legislativa, esso non può controllare la costituzionalità delle leggi e deve limitarsi tutt'al più ad una verifica delle condizioni formali che di solito ne accompagnano l'entrata in vigore. Negli Stati Uniti, forse in realtà l'unico paese in cui la dottrina della divisione dei poteri sia stata oltre che ammessa nella costituzione anche rigidamente applicata per quel che riguarda i rapporti fra il potere esecutivo e quello legislativo, (con le tutt'altro che buone conseguenze che è possibile a tutti di constatare nel funzionamento della macchina governativa), si è conciliato tale dottrina con quella del sindacato giudiziario mediante un appello a principii di carattere superiore. In Europa, d'altro canto, si deve riconoscere che quasi sempre alla teorica della divisione dei poteri corrispose una attuazione in gran parte apparente, quasi ci trovassimo di fronte ad una finzione che pareva necessario di conservare. Essa non esisteva del resto neppure in Inghilterra all'epoca in cui Montesquieu bellamente teorizzava nell'XI capitolo del suo *Spirito delle leggi* i vantaggi di un tale regime, avendo ceduto il passo all'incontrastato dominio della Camera dei Comuni.

In tempi più vicini a noi, la formula della divisione dei poteri si è ancor più svuotata di significato, dimostrandosi incapace di resistere a quelle forze che, di volta in volta, hanno mirato al predominio assoluto della vita politica dei singoli paesi. Si hanno, da un lato, esempi di parlamenti i quali rivendicano a sè stessi la somma dei poteri, espressioni di democrazie che non vogliono riconoscere limiti alla propria volontà, dall'altro, esempi sempre più frequenti di dittature che rappresentano il volere di uno solo. In realtà quindi

occorre riconoscere che i tentativi sin qui compiuti di introdurre in Europa l'istituto del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, non fallirono perchè in essi fosse ravvisata una violazione del principio della divisione dei poteri (principio che, qualora anche si fosse voluto sul serio conservare, non veniva affatto violato, non dovendosi confondere la *separazione* delle attribuzioni dei vari organi dello Stato con il *riconoscimento di una norma superiore*), bensì perchè essi andavano contro ad altre correnti politiche e costituzionali più forti. La loro mancata realizzazione fu dovuta al prevalere delle dottrine di dittatura o di sovranità parlamentare, con la conseguente riconosciuta superiorità della legge positiva di fronte a quelle altre norme a cui si sarebbe appellato il giudice.

Così la Francia non volle mai ammettere il principio del controllo giudiziario, espressamente vietato, ad es., dalle costituzioni del 1791 e del 1795 (10). Tuttavia, pur riconoscendo quasi sempre sostanzialmente la supremazia del potere legislativo, nella lunga serie delle sue leggi costituzionali essa cercò a varie riprese di porre un limite a tale supremazia, spinta a ciò in particolar modo dall'influenza della dottrina del Sieyès il quale invocava una " giuria costituzionale „ a difesa della costituzione (11). La costituzione del 1795

(10) Così la costituzione del 1791, titolo III, cap. V, art. 3, stabilisce che i tribunali non possono intervenire nell'esercizio del potere legislativo, nè possono sospendere l'esecuzione delle leggi.

(11) " Je demande d'abord un jury de constitution, ou... une jurie constitutionnaire. C'est un véritable corps de représentants que je demande, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la constitution „, " Comment en effet la prévoyance di législateur s'accoutumerait-elle à l'idée d'une constitution abandonnée, pour ainsi dire, à elle-même, au moment de sa naissance? Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code. Il faut pouvoir répondre.... Des lois quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer et les lois constitutionnelles, plus que toutes autres, doivent être protégées contre les infractions; elles forment un corps de lois obligatoires, dont il est indispensable d'assurer la stricte observation „, Discorsi di SIEYÈS del 2 e 26 Termidoro, anno III: *Réimpression de l'ancien Moniteur*, vol. XXV, pag. 293 e 442, citati in BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1928, pag. 174-175.

affidava coll'art. 377 la sua protezione “ à la fidélité du corps législatif, du directoire exécutif, des administrateurs et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français „. Protezione che sarebbe forse stata più efficace di quella attribuita con l'art. 21 della costituzione dell'anno VIII al *Sénat Conservateur*, il quale avrebbe infatti dovuto confermare od annullare tutte le leggi presentategli come incostituzionali dal Tribunato o dal governo. Strano modo quello di affidare il controllo dell'operato dei poteri esecutivo e legislativo ad un organo ad essi strettamente legato e da essi dipendente. Errore ripetuto in forma più palese ancora nell'art. 29 della legge costituzionale del 14 gennaio 1852 che proclamava un organo squisitamente politico come il senato “ guardiano del patto fondamentale „ (art. 25), costituendolo censore delle leggi “ alla luce dei grandi principii sui quali riposa la nostra società „ (preambolo). Come era prevedibile, gli effetti pratici di simili artifici furono nulli, conseguenza logica di un sistema che affida il giudizio alla parte in causa.

In Italia non si ricorse mai per il passato ad espedienti di questo genere, essendo prevalsa incontrastata l'opinione dell'impossibilità del controllo giudiziario sulla costituzionalità intrinseca delle leggi. Illimitati erano i poteri riconosciuti agli organi legislativi (12), pur essendovi chi riconosceva l'esistenza di un limite politico e di un limite giuridico al potere del parlamento di modificare lo Statuto (13). Tanto più inconcepibile sarebbe oggi l'introduzione di un

(12) “ Anche quando si ritenga in vario senso limitato il potere legislativo, i limiti cui esso va incontro non sono assoluti, ma removibili degli stessi organi cui si riferiscono, e, quindi, la loro inosservanza non rende incostituzionale la legge „. ROMANO, *Diritto costituzionale*, 1932³, pag. 354.

(13) “ Ma il potere del parlamento di modificare lo Statuto non può essere illimitato. Potrebbe, per esempio, il parlamento mutare la forma di governo del nostro Stato? Rispondiamo di no. Esso incontra in tale materia, anzitutto, un limite politico. L'Italia, come vedemmo, fu unificata quasi tutta sul fondamento di plebisciti... Ora, se il popolo, chiamato a plebiscito, votò l'annessione al Regno d'Italia “ colla monarchia costituzionale di Vittorio Emanuele II, e suoi legittimi successori „, era implicito in ciò che la forma di governo dell'Italia doveva essere la monarchia costituzionale con la dinastia di Casa Savoia. Se si volesse cambiare la forma di governo o la dinastia (sia lecito fare la questione in ipotesi), sarebbe una esigenza fondamentale sottoporre la proposta ad un plebiscito. Oltre a ciò,

sindacato di costituzionalità, date le profonde trasformazioni che il nostro diritto pubblico ha subito e tuttora subisce.

3. — Toccava agli Stati usciti dalla grande guerra sconfitti o rinati a nuova vita, di rinnovare il tentativo di introduzione in Europa di un istituto che si era sino allora mostrato refrattario ad ogni applicazione sul vecchio continente, il quale pure aveva originato quella dottrina su cui l'America l'aveva fondato. Le condizioni del dopo-guerra erano particolarmente favorevoli al compimento di questa esperienza; la necessità di ricostruzione radicale delle strutture costituzionali dei singoli paesi imponeva che fossero esplorate tutte le vie che potessero condurre ad un sistema più rispondente ai desideri ed ai bisogni effettivi dei nuovi stati. Memori della esperienza compiuta sotto gli antichi regimi oligarchici e semi-dittatoriali, ma aliene altresì dal riporre una troppo completa fiducia negli organismi legislativi allora sorti, fu evidente il desiderio da parte delle Assemblee costituenti cui toccò la responsabilità della formulazione delle nuove carte costituzionali, di porre determinate garanzie che dovessero salvaguardare dalle vicende quotidiane della politica queste manifestazioni così solenni della volontà dei popoli. Il compito fu singolarmente facilitato dal carattere democratico delle nuove costituzioni. Proteggere uno strumento di governo il quale era la libera manifestazione delle tendenze politiche di quel momento era assai più agevole che non proteggere uno strumento il quale esprimeva soltanto la volontà di dominio di una minoranza. Soprattutto per ciò le nuove costituzioni repubblicane parvero ammettere con disinvoltura il principio del sindacato di costituzionalità, negato sempre dalle precedenti monarchie.

vi è un limite giuridico, che ci sembra insuperabile. Un organo dello Stato, nell'esercizio delle sue funzioni, non può rinnegare la fonte della sua stessa esistenza e delle sue funzioni. Se le Camere esistono e funzionano in base allo Statuto, con quella forma di governo che esso consacra, non si capisce come si possa spingere la funzione legislativa fino a rinnegare la forma di governo, nella quale esse trovano la base della loro esistenza e delle loro funzioni. Ciò tanto più pel Re, che verrebbe con quella legge a disporre la propria fine, il che sarebbe contraddittorio „ RANELLETTI, *Istit. di diritto pubblico*, 1932³, pag. 300-301. Nelle condizioni politiche normali a cui il Ranelletti si riferisce, è indubbia l'efficacia di questi due limiti.

L'Austria offre uno degli esempi più noti. Per merito principale di Hans Kelsen, la costituzione del 1° ottobre 1920 ammise il controllo giudiziario. Secondo gli art. 89 e 137 e segg., il tribunale costituzionale a tale uopo creato (*Verfassungsgerichtshof*) deve pronunciarsi sull'incostituzionalità delle leggi dei *Paesi* a richiesta del governo federale, e sull'incostituzionalità delle leggi federali a richiesta di uno dei governi dei *Paesi*. Il medesimo tribunale possiede altresì giurisdizione esclusiva circa la dichiarazione d'incostituzionalità delle ordinanze, e deve pronunciarsi anche a richiesta di un tribunale ordinario, il quale può temporaneamente sospendere l'applicazione di quelle ordinanze che esso ritenga invalide. I tribunali ordinari non hanno invece facoltà di provocare una sentenza del tribunale costituzionale per quel che riguarda le leggi (14). Pur così gravemente limitato nella sua attività e ridotto in gran parte alla composizione di dissidi sorgenti dalla natura federale del nuovo stato, il tribunale doveva la sua nascita all'ammissione di un nuovo fondamentale principio.

Anche la legge cecoslovacca del 9 marzo 1921 sul tribunale costituzionale seguì in gran parte l'esempio austriaco. Essa attribuisce a quel tribunale una giurisdizione esclusiva circa la determinazione di costituzionalità delle leggi e delle ordinanze. L'intervento del tribunale può avvenire soltanto a richiesta della Corte Suprema, del Tribunale superiore amministrativo, del Tribunale delle elezioni, della Camera dei Deputati, del Senato o del *Landtag* carpatico (15).

La nuova costituzione spagnuola dell'8 dicembre 1931, ha dato un'importanza molto maggiore al sindacato di costituzionalità, ampliando la giurisdizione del cosiddetto Tribunale delle garanzie costituzionali appositamente creato, ed ammettendo che anche cittadini

(14) Cfr. la legge del 18 dicembre 1925 che regola l'organizzazione e la procedura del *Verfassungsgerichtshof*. La nuova legge costituzionale del 1930 ha modificato solo le regole circa la nomina dei giudici e la composizione di questo tribunale lasciandone inalterata la giurisdizione. Cfr. inoltre KELSEN, *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich*, V^a parte: *Bundesverfassung*, Vienna, 1922, pag. 47, 181 e segg.; ADAMOVICH, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den Oesterreichischen Verfassungsgerichtshof*, Vienna, 1923; EISEMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constit. d'Autriche*, Paris, 1928.

(15) Cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre*, pag. 137.

privati possano provocare una sentenza circa la costituzionalità di una legge. Inoltre è lecito ad ogni tribunale inferiore, contrariamente a quanto stabilisce la costituzione austriaca, di sospendere l'applicazione di una legge ritenuta incostituzionale, e di rivolgersi per parere al Tribunale delle garanzie (16).

4. — Un interesse del tutto particolare riveste tuttavia l'esperienza della Germania, sia per le molteplici proposte messe innanzi alla Convenzione di Weimar ed in seguito, sia per le importanti discussioni teoriche sorte sull'argomento. Occorre premettere una sommaria cronaca degli avvenimenti non del tutto esattamente conosciuti in Italia.

Quando il comitato costituzionale della convenzione di Weimar si accinse a discutere il problema del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, così forte era la sensazione fra i membri del comitato, in virtù soprattutto dell'influenza esercitata da Hugo Preuss, allora ministro degli interni del *Reich* (17), che qualora la

(16) Costituzione spagnola: art. 100: "Quando un tribunale debba applicare una legge che esso ritenga contraria alla costituzione, sospenderà il procedimento e si rivolgerà per parere al Tribunale delle garanzie costituzionali"; art. 121: "È costituito, con giurisdizione in tutto il territorio della Repubblica, un tribunale delle garanzie costituzionali che avrà competenza nelle seguenti materie: a) il ricorso di incostituzionalità delle leggi; b) il ricorso di difesa delle garanzie individuali, quando siano riusciti inefficaci i reclami avanti alle altre autorità; c) i conflitti di competenza legislativa e quanti altri sorgano fra lo stato e le regioni autonome e quelli delle medesime fra di loro..."; art. 122: "Questo tribunale sarà composto: da un Presidente, nominato dalla Camera, sia o no deputato; dal Presidente del Supremo Corpo consultivo della Repubblica, di cui all'art. 93; dal Presidente della Corte dei Conti; da due deputati liberamente eletti dalla Camera; da un rappresentante di ciascuna delle regioni spagnuole, eletti nella forma stabilita dalla legge; da due membri eletti da tutti i collegi degli Avvocati della Repubblica; da quattro professori della Facoltà di Diritto eletti col medesimo procedimento da tutte le Facoltà della Spagna"; art. 123: "Sono competenti a ricorrere avanti al Tribunale delle garanzie costituzionali: 1) il Pubblico Ministero; 2) i giudici e tribunali di cui all'art. 100; 3) il Governo della Repubblica; 4) le Regioni spagnuole; 5) ogni persona individuale e collettiva, quantunque non vi abbia interesse diretto".

(17) È nota la parte avuta dal Preuss nella redazione della costituzione tedesca. Alcuni dei suoi scritti più importanti a questo proposito sono raccolti in

costituzione avesse taciuto sull'argomento, tale sindacato sarebbe spettato senz'altro e naturalmente ai giudici, che la minoranza, opposta al principio del sindacato di costituzionalità, non osò spingere la propria opposizione al di là di una proposta la quale restringeva il controllo giudiziario al Tribunale di Stato, snaturandone in verità il contenuto col renderlo dipendente da un intervento di una minoranza del *Reichstag*. La proposta presentata dall'Ablass, era così concepita: "È vietato il sindacato giudiziario di costituzionalità delle leggi ed ordinanze del *Reich*. Qualora 100 membri del *Reichstag* lo richiedano, è data facoltà al Tribunale di Stato, di decidere sulla costituzionalità delle leggi e delle ordinanze e sulla compatibilità degli atti generali amministrativi coi principii della costituzione. La decisione del Tribunale di Stato è vincolativa,, (18). La veemente risposta del Preuss, il quale riattaccandosi alla tradizione dello Gneist difese un vero e proprio sindacato giudiziario di costituzionalità, come coronamento necessario dello Stato di diritto, merita di essere ricordata nei suoi punti più importanti: "Considero questa proposta, a causa del suo lato negativo, come singolarmente preoccupante, e come una negazione dello Stato di diritto in Germania. Il sindacato giudiziario esiste indubbiamente là dove esso non sia espressamente escluso. Aggiungerò anzi, che prima della presentazione di questo progetto di costituzione ebbero luogo approfondite discussioni. Alcuni desideravano l'introduzione di una norma esplicitamente contraria al sindacato giudiziario, mentre altri ne voleva l'affermazione esplicita. Io volli invece tralasciare ogni dichiarazione in proposito, persuaso come sono che, in un caso simile, il sindacato giudiziario é senz'altro sottinteso. Sulla questione di principio io

Staat, Recht und Freiheit, Tübingen, 1926 (cfr. spec. *Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919*, pag. 368 e *Begründung des Entwurfs einer Verfassung für das Deutsche Reich*, pag. 394). Ad ogni passo è ripetuta l'affermazione del particolare carattere di intangibilità della costituzione, legge fondamentale del vivere sociale: "Je höher ein Volk das Grundgesetz seines politischen Gemeinlebens, auf dem die regelmässige Ordnung aller politischen Gewalten ruht, schätzt und achtet, desto mehr wird es geneigt sein die Verfassungsgesetzgebung organisatorisch von der gewöhnlichen Gesetzgebung abzuheben, wodurch auch die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze stärker gesichert wird,, (pag. 390).

(18) *Beratungen der Weimarer Nationalversammlung*, Protocollo della commissione costituzionale, pag. 483.

mi trovo senza riserve con Gneist contro Laband. È nel giusto la maggioranza dei costituzionalisti nell'affermare in opposizione a Laband il diritto di controllo del giudice, poichè i tribunali devono applicare la costituzione. Del resto l'opinione generale ammetteva l'esistenza del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi per quel che si riferiva alla antica costituzione del *Reich* (silenziosa in proposito), mentre lo escludeva per la costituzione prussiana, nella quale l'art. 106 che esclude espressamente il sindacato giudiziario, fu soltanto ammesso in seguito alle proposte regie del 7 gennaio 1850, sempre considerate come una clamorosa vittoria della reazione sullo stato di diritto del 1848. E si vorrebbe ora introdurre una simile clausola nella nuova costituzione del *Reich*?... Non posso pensare ad un esercizio completo dell'attività giudiziaria qualora un tribunale debba essere costretto ad applicare una legge da esso fermamente ritenuta incostituzionale in senso materiale... Nel modo più preciso debbo oppormi all'introduzione di un divieto dell'esercizio del diritto da parte dei giudici di esaminare la costituzionalità delle leggi., (19).

La proposta dell'Ablass venne infatti respinta (20) lasciando così impregiudicato il problema del senso voluto dal Preuss. Tuttavia, l'art. 19 della nuova costituzione rendeva competente il Tribunale di Stato per la soluzione dei diritti costituzionali sorgenti all'interno dei *Paesi del Reich*, e l'art. 178 (disposizioni transitorie) stabiliva che le leggi esistenti sarebbero rimaste in vigore in quanto non fossero state contrarie ai principii della nuova costituzione, il che pare confermare un sottinteso diritto giudiziario all'esame di costituzionalità che, ammesso per le vecchie leggi, non si vede come potesse essere negato per le nuove (21).

Nel 1926, il ministro degli interni del *Reich*, il Külz, presentava un progetto di legge per regolare il sindacato di costituzionalità, modellato in parte sui precedenti esempi cecoslovacco ed austri-

(19) *Ivi*, pag. 484 e segg. Da notare i richiami del PREUSS all'esperienza americana.

(20) L'intera discussione ed il voto sono riprodotti altresì in THEISEN, *Verfassung und Richter*, Archiv des öff. Rechts, N. F., 1925, pag. 260 e segg.

(21) Cfr. THEISEN, *cit.*, pag. 272.

aco (22). Il Tribunale di Stato, a richiesta del *Reichstag*, del *Reichsrat* o del Governo avrebbe dovuto decidere sulla costituzionalità delle leggi e delle ordinanze. Inoltre, tutti i tribunali di ultima istanza avrebbero avuto la facoltà di sospendere l'applicazione di una legge di dubbia costituzionalità, salva l'approvazione del governo circa questo loro intervento e la decisione finale del Tribunale di Stato. Ma il progetto non ebbe seguito per i suoi ovvi difetti. Esso faceva dipendere praticamente l'attività costituzionale del Tribunale di Stato dal beneplacito del governo del *Reich* al quale in fondo sarebbe toccato esclusivamente il diritto di iniziativa dell'esame di costituzionalità. Esso non sarebbe stato invero esercitato, in ogni probabilità, nè dal *Reichstag* autore delle leggi che si volevano sottoporre ad esame, nè dal *Reichsrat*, composto di rappresentanti dei *Paesi*, che già in virtù dell'art. 19 della costituzione possedevano il diritto di appellarsi al Tribunale di Stato a proposito della costituzionalità di tutte le leggi di loro interesse. Anche la facoltà concessa ai Tribunali inferiori di sospendere l'applicazione delle leggi di dubbia costituzionalità era di portata assai limitata dipendendo dal beneplacito del governo (23).

In mancanza di ogni esplicita norma, in condizioni quindi in parte simili a quelle in cui venne a trovarsi la magistratura americana, è di grande interesse ricercare quale sia stato l'atteggiamento della magistratura tedesca di fronte al problema del sindacato di costituzionalità. I primi accenni si ebbero nelle decisioni del *Reichsgericht* del 22 febbraio 1924 (24) e del *Reichsversorgungsgericht* del 21 ottobre 1924 e del 30 luglio 1925 (25), con le quali i giudici incominciarono a muoversi cautamente sulla strada indicata dal Preuss. Il presidente del *Reichsgericht*, Simons, proclamava il suo tribunale "guardiano e difensore della costituzione", (26), ed il *Reichsgericht*

(22) Il disegno di legge fu pubblicato nella *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1926, col. 837 e segg.; è riprodotto da GRAU, in *Archiv des öff. Rechts*, N. F. II, 1926, pag. 288-89.

(23) Per una minuta analisi del progetto di legge, cfr. GRAU, *Zum gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen u. Reichsverordnungen*, *Archiv. des öff. Rechts*, N. F. II, 1926, pag. 289 e segg.

(24) Cfr. MORSTEIN-MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes*, Berlino, 1927, pag. 14 e 70.

(25) Cfr. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, pag. 195.

(26) in *Deutsche Juristen - Zeitung*, 1924, col 246.

medesimo, nella sua celebre sentenza del 4 novembre 1925, compieva il passo decisivo. Il frasario è reminiscente di quello adoperato dai giudici americani. Che il giudice debba essere sottoposto alla legge “ non esclude che il giudice debba rifiutarsi di attribuire qualsiasi validità ad una legge del *Reich*, o anche solo ad una sua singola clausola, se essa è in contrasto con altre norme superiori che il giudice deve parimenti rispettare. Ciò si verifica qualora una legge violi una disposizione della costituzione del *Reich*, senza che per la sua approvazione siano state rispettate le condizioni imposte dall'art. 76 della costituzione per ogni legge di carattere costituzionale... Poichè la costituzione del *Reich* non contiene alcuna clausola la quale sottragga al giudice la decisione circa la costituzionalità delle leggi del *Reich* e la attribuisca a qualche altro organo definito, occorre riconoscere il diritto ed il dovere del giudice di esaminare la costituzionalità delle leggi del *Reich* „ (27). Lo *Staatsgerichtshof*, infine, nella sua sentenza del 15 ottobre 1927, si proclamava anch'esso “ protettore della costituzione del *Reich* „ (28).

Come Hugo Preuss aveva previsto, i giudici, muovendo dalla necessità di salvaguardare una costituzione scritta ed espressione solenne della volontà del popolo tedesco, si erano attribuiti spontaneamente il diritto di procedere al controllo di costituzionalità, pur senza esservi esplicitamente in alcun modo autorizzati. Non era possibile che un atteggiamento così rivoluzionario potesse sfuggire a critiche e ad opposizioni.

5. — Le opposizioni si fondavano in parte ancora su di una rappresentazione della realtà che era stata smentita dai fatti. Senza essere affatto giunti alla creazione di un tribunale costituzionale apposito, come lo Schmitt (29), ed il Grau (30) sembrano temere, il diritto di procedere ad un sindacato di costituzionalità delle leggi

(27) Decisioni civili del *Reichsgericht*, vol. III, pag. 322 e segg.

(28) Cfr. LAMMERS-SIMONS, *Die Rechtssprechung des Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, vol. I, Berlino, 1929, pag. 295.

(29) Cfr. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, *Archiv des öff. Rechts*, N. F., 16, 1929, pag. 336.

(30) GRAU, *cit.*, pag. 334.

era stato anzi affermato da tutti quanti i tribunali superiori. Nè era corretto servirsi, a fini di opposizione, del gran nome di Gneist, il quale aveva bensì deprecato l'istituzione di un tribunale avente una giurisdizione esclusivamente costituzionale, ma aveva d'altro canto riconosciuto a tutti i giudici indistintamente il diritto di controllare la costituzionalità delle leggi (31). Si affermò inoltre che "da un punto di vista democratico sarebbe stato difficilmente possibile assegnare simili funzioni ad un'aristocrazia nella toga", (32), e si affermò essere in contrasto coi principii fondamentali della costituzione di Weimar l'attribuire compiti così importanti ad individui tratti da categorie sociali le quali molto probabilmente si sarebbero spesso trovate in contrasto con la vera volontà del popolo (33).

Tuttavia il tentativo più importante di opporsi all'esercizio da parte dei giudici del sindacato di costituzionalità, consistette nel negare la giudicabilità di questioni che si affermarono invece essenzialmente politiche; nel negare cioè la possibilità di risolvere *im Gebiet der Justiz* questioni che andavano risolte altrimenti. Il principale campione di questa protesta contro una eccessiva *Politisierung der Justiz*, è Carlo Schmitt, il quale ripetutamente si è occupato dell'argomento (34). Egli muove dal presupposto dell'unità del popolo tedesco realizzata dalla costituzione di Weimar, la quale avrebbe cancellato la vecchia distinzione della Germania imperiale fra *Staat*

(31) Lo Gneist si era infatti così espresso: "Per dirla in breve, le nostre costituzioni sono più sicure, qualora esse possano contare sull'appoggio della maggior parte dei giudici e degli avvocati tedeschi, invece che sull'appoggio di un così detto Tribunale di Stato, composto sia di 7 sia di 14 giudici, il quale venga creato appositamente [per proteggere la Costituzione]". Cfr. *Verhandlungen des 4. Deutschen Juristentages*, 1863, vol. II, pag. 32.

(32) Cfr. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 155.

(33) È questa l'opinione espressa dal Nawiascky al 4° congresso dei pubblicisti tedeschi, tenuto a Münster. Cfr. HOLSTEIN, *Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft*, in *Archiv des öff. Rechts*, N. F., 11, 1926, pag. 17.

(34) Di CARLO SCHMITT, si possono vedere su questo argomento i seguenti lavori: *Der Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50. Jährigen Bestehen des Reichsgericht, 1. Oktober 1929. Berlino, 1929, vol. 1, pag. 154-178; *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öff. Rechts*, N. F., 1929, pag. 161-237; *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, un vol. di 160 pag., rifacimento ed ampliamento del saggio precedente.

e *Gesellschaft*, rappresentato il primo dal potere regio e dal governo, la seconda dal parlamento. Nei termini di questo dissidio si svolgeva la vita costituzionale della Germania guglielmina, contrassegnata da tentativi di sopraffazione della monarchia a danno dell'organo di rappresentanza popolare.

Secondo lo Schmitt, la guerra e la caduta della monarchia avrebbero dovuto mettere fine a questo dualismo: lo Stato, non più concepito in contrapposizione alla Società, sarebbe divenuto l'organo di esecuzione delle norme costituzionali liberamente accolte dal popolo tedesco, e non più strumento di polizia nelle mani di un sovrano diffidente delle istituzioni democratiche del suo paese.

La radicale mutazione, in quel modo cambiava la natura del problema del sindacato sulla costituzionalità delle leggi? Forse che, scomparso il monarca, e nell'apparente unanimità di consensi, la costituzione non va più salvaguardata?, e se sì, contro chi si deve esercitare tale opera di salvaguardia? Non più, risponde lo Schmitt, contro un governo ed una monarchia ostili, ma contro quei gruppi sociali che, sorti entro al corpo politico, stanno trasformando la vita costituzionale tedesca in un *Schauplatz des pluralistischen Systems*. Posto siffattamente, il problema diventa essenzialmente politico; ed è logico quindi, per chi segue lo Schmitt sul suo terreno, di considerare la salvaguardia dell'unità dello Stato contro tutte le forze che mirano alla sua distruzione come il compito primo di quel qualunque organismo il quale debba proteggere i principii fondamentali della costituzione. Ora è evidente che tale opera riveste carattere *politico* e non *giudiziario*, che cioè la diversità dei problemi da affrontare non permetterebbe alla Germania di imitare gli Stati Uniti, affidando alla Corte Suprema compiti che esulerebbero completamente dalla sua competenza e capacità. Lo Schmitt afferma: " Il potere giudiziario verrebbe ad essere sovraccaricato al di là di ogni misura, se ad esso si attribuissero compiti e decisioni politiche. Inoltre, la creazione di un simile protettore della costituzione sarebbe in diretto contrasto con le massime politiche che si devono trarre dal principio democratico. Di fronte al diritto reale di ordinanza del secolo XIX, un diritto di controllo giudiziario avrebbe potuto aver successo, sia in Francia, sia nella monarchia costituzionale tedesca. Oggi l'attività del potere giudiziario sarebbe rivolta non più contro un monarca ma contro il parlamento... Anche a questo riguardo la vecchia distinzione di Stato e

società è caduta, e non è lecito trasportare semplicemente le formule e gli argomenti del secolo XIX alla situazione politica e sociale interamente mutata del secolo XX. La necessità di un'istituzione statica e di contrappeso al parlamento si presenta, oggi in Germania, sotto veste del tutto diversa dall'antica necessità di un controllo del monarca. Ciò vale sia per il controllo giudiziario di costituzionalità generale e 'diffuso', sia per il controllo concentrato in un unico tribunale. Restrungendo la soluzione di tutte le controversie costituzionali ad un unico tribunale composto di magistrati di carriera inamovibili e per ciò indipendenti, si verrebbe a creare una seconda camera i cui membri sarebbero funzionari di carriera. Nessuna procedura giudiziale potrebbe illudersi di farci dimenticare che un simile tribunale costituzionale equivarrebbe ad una istituzione squisitamente politica e munita di poteri legislativi in materia costituzionale „ (35).

La corrente pubblicistica a cui appartiene la Schmitt, ed anche da un certo punto di vista il Grau (36), vorrebbe dunque trasferire il sindacato sulla costituzionalità delle leggi del campo giudiziario al campo politico. Essendo evidentemente indispensabile talune garanzie di

(35) *Der Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 155-156. Si possono ricordare a questo proposito le parole usate da Friedrich von Gentz nel 1795 nella sua *Darstellung und Vergleichung einiger politischen Constitutions-Systeme, die von dem Grundsatz der Theilung der Macht ausgehen*, pubblicata nel fascicolo di ottobre, pag. 81-157, della "Neue Deutsche Monatsschrift". Il Gentz analizza fra l'altro la proposta avanzata da Sieyès, di una *Jurie constitutionnaire*. Mentre il G. approva il concetto unitario che ha ispirato il Sieyès, egli si oppone al contrario ad ogni trasferimento di poteri politici ad un tribunale, contro il cui dispotismo non vi sono garanzie (pag. 105). Inoltre, "die Bürger würden unter einer solchen Verfassung niemals wissen was Gesetz ist, und wo das Gesetz zu suchen haben, niemals wissen, ob sie gehorchen, oder ob sie widerstreben, oder ob sie sich leidend verhalten sollen, so lange noch sie Möglichkeit bleibt dass das Constitutions-Tribunal die Operationen eines andern Zweiges der Regierung angreife, prüfe, und vielleicht vernichte. In einem so organisierten Staate wurde das Regieren ein ewiges Prozessieren, und der Zustand der Ruhe und Harmonie beinahe ein unnatürlicher Zustand werden..... Wenn manü ber die Idee eines eignen Constitutions-Tribunals weiter nachdenkt, so wird es immer einleuchtender dass ein solches Institut nicht bloss in den Sieyesschen, sondern in einem jedem Constitutions-Plane unzulässig und verderblich seyn muss „ (pag. 107-108).

(36) Cfr. art. cit., pag. 311 e 331.

imparzialità, lo Schmitt attribuisce un'importanza del tutto particolare alla teoria del *Pouvoir neutre*, di cui egli vede le prime elaborazioni teoriche negli scritti di Clermont-Tonnerre e di Benjamin Constant, e la realizzazione pratica più recente in quegli articoli della costituzione di Weimar che definiscono e garantiscono l'ufficio del Presidente della Repubblica. Nella relativa lunghezza del termine della sua carica, nelle garanzie che circondano la sua attività, nella sua quasi inamovibilità, si dovrebbero ricercare le ragioni della sua indipendenza; ma nel fatto che la sua elezione avviene in seguito a votazione plebiscitaria di tutto il popolo tedesco, si dovrebbe ritrovare il fondamento della sua necessaria neutralità; una neutralità tanto più indispensabile in quanto, nella confusione creata dalle molteplici forze in reciproco contrasto, lo stato tedesco non potrebbe addirittura sopravvivere senza la presenza di un istituto neutrale ed unitario. E, afferma lo Schmitt, i Presidenti della Repubblica tedesca hanno del tutto risposto all'aspettativa ed hanno dimostrato sin qui di avere perfettamente inteso il significato del compito ad essi affidato. Spesse volte essi hanno dichiarato di essere i protettori della costituzione, ed il lor o intervento ripetuto nel corso di gravi dissidi fra il governo del *Reich* e quelli dei *Paesi*, o fra il potere esecutivo e quello giudiziario, ha pienamente giustificato tale qualifica. Nè l'esercizio di tali funzioni o l'applicazione in questi ultimi tempi diventata frequente dell'art. 48 della costituzione, può far sorgere, a detta dello Schmitt, l'accusa di dittatura larvata da parte del Presidente della Repubblica sino a che lo spirito e la lettera della costituzione vengano rispettate (37).

La teorica schmittiana è preoccupante, anche se fino a ieri giustificata parzialmente dalle condizioni politiche della Germania, e non appare del tutto accettabile nelle sue premesse. Essa affida innanzitutto la protezione della costituzione, e quindi il sindacato di costituzionalità delle leggi, al Presidente della repubblica, il quale può agire soltanto, quasi sempre, congiuntamente al governo, ad un organo cioè la cui attività medesima, esplicantesi attraverso il diritto d'ordinanza, andrebbe controllata. Nè si comprende come la qualifica di "neutrale", pienamente convenga ad un Presidente che è

(37) Cfr. il già citato *Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 132 e segg; cfr. inoltre la mia recensione di quel volume in "La Riforma Sociale", 1931, pag. 640 e segg.

pure eletto in seguito ad una violenta lotta di partiti da una semplice maggioranza del popolo tedesco; nè come la sua posizione possa essere considerata non al di sopra bensì a fianco degli altri poteri dello Stato, quando proprio oggi l'esercizio ripetuto dell'art. 48 ha assommato nella persona del Presidente della repubblica poteri prima non posseduti neppure dal monarca. In secondo luogo, è errato negare la giudicabilità delle dispute sorgenti intorno alla costituzionalità di una legge, come se invece non fosse compito proprio dei tribunali quello di dichiarare la legge, determinando quale delle due leggi, l'una semplice e l'altra costituzionale, debba valere in uno specifico caso (38). Una simile affermazione della non giudicabilità delle dispute di carattere costituzionale può soltanto derivare, da un errato e parziale concetto di giustizia. Non è concepibile sottrarre, come vorrebbe lo Schmitt, le funzioni di controllo ad un organismo, soltanto perchè esso non può essere denominato "vero", tribunale e la sua attività "vera", giustizia in base a qualche astratta concezione; ciò sarebbe un tipico caso di quella *Begriffsjurisprudenz* che oggi si considera sorpassata, l'unica cosa che importa di stabilire essendo infatti se l'intervento dei giudici attui nel modo migliore il controllo che si vuol raggiungere (39). Infine, se è vero quello che afferma lo Schmitt circa la avvenuta fusione fra *Staat* e *Gesellschaft*, come è possibile che esista ancora il pericolo del pluralismo, contro le cui insidie sarebbe per l'appunto rivolta l'opera del Presidente? Insistendo troppo sui

(38) Lo Schmitt aveva rivolto a questo proposito i suoi strali contro la scuola di Vienna, così tenace sostenitrice del sindacato giudiziario: "Il problema di proteggere la costituzione" ci pone di fronte alla questione di difendere la norma di validità maggiore da quella di validità inferiore. Ciò non rappresenta affatto un problema per la logica formalistica e normativistica; poichè infatti questa norma di maggiore validità non può essere messa affatto in pericolo da una norma di validità inferiore: il diritto costituzionale formalistico si esaurisce anche qui proprio là dove il problema reale incomincia., (*Hüter der Verfassung*, 1931, pag. 41). Il Kelsen non ha tardato a rispondere, affermando che la sua teoria della "Stufenfolge", non è fondata semplicemente sulla diversa difficoltà di modificazione delle singole norme, bensì sul loro diverso contenuto. Quindi anche una semplice legge può per il suo contenuto mettere a repentaglio una legge costituzionale di validità superiore la quale ha quindi pur sempre bisogno di essere protetta (KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, "Die Justiz", VI, 1931, pag. 593-4, nota).

(39) Cfr. a questo proposito, KELSEN, *art. cit.*, pag. 583-4.

pericoli rappresentati dalle forze che trovano la loro espressione nel Parlamento, e sui vantaggi derivanti invece da un Presidente armato di vasti poteri (40), lo Schmitt non si è accorto di aver richiamato in vita l'antico contrasto fra democrazia ed assolutismo, fra parlamento e monarchia che egli aveva considerato scomparso in seguito alla guerra e alla costituzione repubblicana di Weimar. In condizioni simili ci si può chiedere come lo Schmitt possa pensare ad affidare la protezione della costituzione ad una di queste due grandi forze in lotta, invece che ad un organismo estraneo ad esse e per sua natura imparziale quale il potere giudiziario.

6. — Una simile corrente dottrinale intesa ad ostacolare l'affermarsi del sindacato giudiziario, non poteva non suscitare un'opposizione vivace in chi, in teoria od in pratica, di tale sindacato era stato l'assertore. Così, non è meraviglia che, a causa della vasta ripercussione suscitata dalla soluzione cosiddetta politica avanzata dallo Schmitt, il Kelsen, autore del Tribunale Costituzionale austriaco, abbia ritenuto necessario di esporre nuovamente, in forma polemica, le sue teorie a favore del sindacato giudiziario di costituzionalità delle leggi (41). Su quale dottrina rigidamente formalistica egli basi però la sua dottrina risulta evidente da una considerazione dei seguenti punti. Il Kelsen concepisce pur sempre il sindacato di costituzionalità ridotto in sostanza ad un sindacato *estrinseco* della validità della legge, la quale, tutt'al più, potrà essere nulla perchè non sono state osservate le regole che governano l'approvazione di leggi di carattere costituzionale (42). Se tali regole non comportano procedura particolarmente

(40) Il Kelsen protesta contro questa rappresentazione della realtà costituzionale: "Aus der beiden von der Verfassung eingesetzten Trägern der Staatsgewalt wird ein Feind und ein Freund des Staates, einer der ihn, d. h. seine Einheit zerstören will, und ein anderer, der ihn gegen diese Zerstörung verteidigt; der Verletzer und der Hüter der Verfassung. Das alles hat mit einer positivrechtlichen Interpretation der Verfassung nichts mehr zu tun; das ist — in staatsrechtlichem Gewande — die Mythologie von Ormuzd und Ahriman „ (art. cit., pag. 627).

(41) Art. cit., in "Die Justiz", pag. 576 a 628. Assai importante anche lo scritto precedente del Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, pubblicato nelle Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1928, Heft 5.

(42) Il Kelsen infatti sostiene che il controllo di costituzionalità compiuto attraverso un tribunale costituzionale, "bedeutet... stets die Entscheidung der

lenta e difficile come negli Stati Uniti, la costituzione sarà modificabile *ad libitum* del Parlamento, ed il sindacato giudiziario si ridurrà ad una mera parenza. Inoltre tale sindacato deve essere *limitato* e strettamente aderente al significato esplicito del testo della costituzione. Occorrerebbe cioè, secondo il Kelsen, evitare nella formulazione delle leggi fondamentali l'uso troppo ripetuto di parole generiche come "libertà", "eguaglianza", "giustizia", che non possono essere interpretate in un modo univoco. È necessario rivestire quelle parole di concetti giuridici ben definiti, per non correre il rischio che il giudice attribuisca loro un significato del tutto diverso da quello voluto, ad esempio, dal Parlamento (43). È quindi assolutamente illecito, sostiene il Kelsen, un qualunque appello dei giudici a vaghi principii di diritto naturale, a principii "die noch in keiner Weise positiviert sind". Non è possibile escludere "che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla validità di una certa legge, la annulli in quanto ingiusta, essendo il principio di "giustizia", uno dei fondamenti della costituzione, e come tale da applicarsi dal Tribunale. Ciò significherebbe tuttavia un trapasso insopportabile di poteri al Tribunale costituzionale. Ciò che la maggioranza dei giudici di questo tribunale considera giusto, può essere esattamente l'opposto di quello che la maggioranza della popolazione considera tale, ed è indubbiamente il contrario di ciò che la maggioranza del Parlamento, la quale ha votato proprio quella legge, ritiene giusto", (44). È logico quindi che anche di fronte alla possibilità dell'esercizio di una *actio popularis* intesa alla rimozione di una legge incostituzionale, il diritto che si fa valere non sia affatto un diritto "in dem naturrechtlichen Sinne angeborener von der

Frage: ob das Gesetz verfassungsmässig zustande gekommen ist. Denn auch wenn ein Gesetz darum verfassungswidrig ist weil es einen verfassungswidrig Inhalt hat, so ist es doch nur darum verfassungswidrig, weil es nicht als verfassungsänderndes Gesetz zustande gekommen ist,, (art. cit., pag. 590).

(43) *Ivi*, pag. 595. Il K. si preoccupa anche lui, come già lo Schmitt, il Grau ed il Nawiasky, del pericolo "einer von der Verfassung nicht intendierten und politisch höchst unangebrachten Machtverschiebung vom Parlament in einer ausserhalb desselben stehenden Instanz, die zum Exponenten ganz anderer politischen Kräfte werden kann als jene die im Parlament zum Ausdruck kommen",.

(44) Cfr. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., pag. 69-70.

objektiven Staats-und Rechtsordnung unabhängiger, von dieser Ordnung zu respektierender, von ihr nicht verliehener und durch sie daher auch nicht entziehbarer Rechte „, bensì “ nichts anderes als ein technischer Behelf zur Wahrung der Staatlichen Ordnung „, (45).

Si è così potuto vedere a quali ostacoli sia andata incontro la dottrina del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi concepita secondo la tradizione americana. Da un lato esso è negato totalmente in virtù di un'affermazione del carattere politico dei problemi che esso dovrebbe affrontare e risolvere; dall'altro esso è bensì accettato in principio, ma attuato in un senso troppo rigidamente formale che lo priva di qualsiasi significato. Nelle più recenti elaborazioni teoriche si è ritornati insomma ad affermare, inconsciamente forse, i vecchi principi della supremazia del potere esecutivo o del potere legislativo, che di quello del sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi sono la negazione. Per uscire appunto da questo dilemma, a cause dei pericoli in esso nascosti, gli Stati Uniti hanno cercato di realizzare un sistema di controllo giudiziario che evitasse ogni estremo, mantenendosi fedele a taluni principi ideali di giustizia incorporati nella costituzione. La moderna pubblicistica europea è ben lontana, salvo rarissime eccezioni, dall'aver accolto una simile dottrina, la quale avrebbe senza dubbio bisogno di tutti quei temperamenti suggeriti dalla diversa natura dei nostri Stati, prevalentemente unitari. Forse solo i giudici di qualcuno dei paesi usciti rinnovati dalla guerra mondiale hanno inteso il significato vero dell'intervento che da loro si attende: ad essi tocca di indicare la strada, poichè dal loro futuro atteggiamento, più che da qualunque altro fattore, dipende oggi il successo o meno in Europa della dottrina del sindacato giudiziario della costituzionalità delle leggi.

MARIO EINAUDI

(45) Cfr. Kelsen, *art. cit.*, pag. 607.