

LEGGE, DIRITTI E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

di Gustavo ZAGREBELSKY (*)

La mia lezione di quest'anno al seminario fiorentino di studi parlamentari è dedicata a un'istruttoria dei fattori che hanno determinato i diversi sistemi di giustizia costituzionale. L'ipotesi è che occorra basarsi sulla distinzione tra legge e diritti e esaminare il significato di questa dualizzazione nelle Costituzioni contemporanee.

1. Si può introdurre questo esame, rievocando una distinzione del lontano fondatore del positivismo giuridico, Thomas Hobbes. Postulando un potere sovrano (di una persona sola o di una assemblea, non fa differenza) e concependo il diritto come un comando di tale potere, egli distingueva il significato di *lex* dal significato di *jus*. Per *lex*, egli intendeva il comando autoritario al quale tutti sono sottomessi, cioè il diritto *ex parte principis*; per *jus*, invece, intendeva quanto della libertà naturale la legge riconosceva in favore degli individui, cioè il diritto *ex parte civium* (*Elements of Laws – Natural & Politic*, a cura di F. Tönnies, Cambridge Univ. Press, 1928, 148; *Leviatano*, pt. II, cap. XXVI *in fine*). La distinzione, allora, era soltanto concettuale. In pratica, nello Stato assoluto concepito da Hobbes e, in genere, in tutti gli Stati fondati sull'onnipotenza della legge, gli *jura* non potevano avere un'esistenza autonoma. Essi non costituivano altro che l'aspetto residuale delle *leges*, nel quale faceva capolino un residuo della libertà dello stato di natura. La più elaborata teoria dei diritti formulata nel secolo XIX, cioè nel secolo del positivismo giuridico di matrice legislativa, cioè la teoria dei diritti pubblici soggettivi, non era riuscita e non avrebbe potuto riuscire ad andare oltre all'idea dei diritti come autolimitazione della legge.

(*) Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Torino.

Con le Costituzioni contemporanee, la distinzione hobbesiana tra *lex* e *jus* cessa di essere esclusivamente una precisazione concettuale. I diritti escono dalla sfera delle aspirazioni morali, secondo il significato che ha la formula «moral rights», d'origine anglosassone e comprensibile là dove non esiste una Costituzione nel senso continentale del termine (v. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, XVII). Tale distinzione diventa invece un principio giuridico operativo, avente conseguenze capitali che emergono dal profondo del suo significato, non ancora, forse, del tutto esplorato. In presenza di cataloghi di diritti stabiliti da Costituzioni rigide, cioè al riparo dagli abusi del legislatore, noi possiamo elaborare una teoria del diritto «a due facce»: da una parte, la legge che esprime gli interessi, i progetti e i programmi dei gruppi politici maggioritari; dall'altra i diritti inviolabili attribuiti direttamente dalle Costituzioni come «dotazione giuridica» originaria, proprio dei loro titolari indipendentemente dalla legge.

La Costituzione del nostro secolo, si potrebbe dire, divide in due il campo del diritto. Essa distingue la legge dai diritti e impone di elaborare una concezione che faccia del diritto una armonica ricomposizione della prima con i secondi e attribuisca loro la parte che è loro dovuta.

Ma questa separazione e dunque i caratteri della possibile ricomposizione — ciò che è il compito tipico delle giurisdizioni costituzionali — non sono dappertutto gli stessi. Il territorio è occupato, agli estremi, dalla concezione francese e da quella americana, l'una agli antipodi dell'altra, e, in mezzo, dalla concezione dell'Europa continentale diversa da quella francese. Il diritto costituzionale dell'Europa continentale, due secoli dopo, fa un passo che lo porta a allontanarsi dalla tradizione della *Déclaration* francese dell'89 e ad avvicinarsi alla tradizione nordamericana, senza peraltro confondersi con essa. Si potrebbe anzi dire, programmaticamente, che essa, per quel che si differenzia dalla tradizione francese, si avvicina a quella americana e viceversa.

2. Secondo il senso della Rivoluzione francese, la proclamazione dei diritti aveva come compito di fondare una nuova concezione del potere dello Stato, fissandone le condizioni di legittimità secondo un orientamento liberale. Questo compito era la demolizione delle strutture dell'*Ancien Régime* e l'instaurazione del regno della libertà e dell'uguaglianza giuridica in una società che non co-

nosceva ancora né l'una né l'altra e avrebbe potuto conoscerle solo attraverso una profonda riforma della legislazione civile, penale e amministrativa. Ecco perché (per quanto indagini recenti sembrano dimostrare una qualche utilizzazione diretta da parte del *Tribunal de cassation* di talune sue norme, come quella dell'art. 8 sulla irretroattività delle leggi penali) si può dire che la *Déclaration* francese aveva fondamentalmente, almeno in origine, un valore di diritto obiettivo e non aveva ancora — di per sé — un valore di diritto soggettivo, come protezione immediata di situazioni giuridiche individuali perfette (ad es. D. Grimm, *Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der burgerlichen Gesellschaft*, in *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkap, 1991, 67 ss.). Solo in un secondo momento, instaurato il regno della libertà e dell'uguaglianza, quella stessa Dichiarazione avrebbe potuto assumere una caratterizzazione soggettiva, come provano i tentativi, peraltro infruttuosi, di costruire su di essa una teoria e una pratica favorevole alla protezione dei diritti contro l'onnipotenza della legge.

La proclamazione francese dei diritti aveva così, originariamente, il valore di fondazione di una potestà legislativa che, nel quadro dell'obbiettivo di rinnovamento che le era fissato, era sovrana cioè capace di rompere tutti gli argini provenienti dal passato monarchico-feudale che avrebbero potuto ostacolare la sua opera rivoluzionaria. Che la legge potesse prendere a sua volta il cammino dell'oppressione appariva inconcepibile, alla luce delle dottrine costituzionali della Rivoluzione. Il diritto-dovere di resistenza alla tirannia era proclamato dalle Costituzioni rivoluzionarie essenzialmente contro l'esecutivo poiché, in linea di principio la forza protettrice dei diritti e delle libertà era la forza della legge. Anzi, la forza della legge era la stessa cosa che la forza dei diritti e delle libertà dei cittadini.

L'idea o, meglio, l'ideologia della codificazione, cioè l'idea della fondazione *ex novo* di tutto il diritto in un unico sistema positivo di norme precise e complete, condizionato soltanto alla coerenza con i suoi principi ispiratori è la prima e più importante conseguenza della concezione «obiettiva» della *Déclaration*. Il Decreto sulla giustizia del 24 agosto 1790 prometteva «un code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution» e il Titolo I della Costituzione del 1791 che contiene le «Dispositions fondamentales garanties par la Constitution» termina confermando questa promessa: «Il serait fait un Code de lois civiles communes à tout

le Royame» e, con l'espressione «lois civiles» si indicava l'insieme della legislazione riguardante i cittadini e i loro diritti. Il fatto che poi quello che noi oggi denominiamo il diritto amministrativo non sia stato compreso nel Code civil di Napoleone deriva dal recupero che vi fu in quel settore di principi di autorità derivanti dalla tradizione della monarchia dell'Ancien régime che mal si sarebbero potuti conciliare con lo spirito individualistico dei diritti operanti nel campo dei rapporti tra i privati.

Alla fine, quali che siano state le intenzioni dei Costituenti dell'89-'91, l'idea teoricamente molto impegnativa della legge come codificazione dell'intero diritto non poteva che rivelarsi nemica del valore giuridico della *Déclaration*, respinta nell'iperuranio delle generiche proclamazioni politiche, prive di per sé di incidenza giuridica e insuscettibili di applicazione diretta nei rapporti sociali. Si verificò così quello che può apparire un grande paradosso storico: nel Paese il cui contributo saliente allo sviluppo delle concezioni costituzionali è rappresentato senza dubbio dai diritti umani, ciò che si affermò non fu la centralità dei diritti, ma quello che si è denominato il «légicentrisme». I diritti naturali degli uomini, dai quali iniziava la *Déclaration*, portavano alla sovranità della legge, formata col consenso dei cittadini. Dall'uomo, concetto universale, al cittadino politicamente attivo che si realizza nella legge. Il *climax* è dato dalla successione degli artt. 4, 5 e 6: «l'exercice des droits naturels de *chaque homme* n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits»; «la *loi* n'a le droit de défendre que ce qui est nuisible à la société»; «la *loi* est l'expression de la volonté générale. *Tous les citoyens* ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation».

In un simile contesto, non si poté avere in nessun modo una sottoposizione della legge al controllo di legalità dei diritti, la cui vera «costituzione» giuridicamente operante non era la *Déclaration* ma il *Code civil*, non per nulla frequentemente denominato «la Costituzione della borghesia» liberale.

Si capisce così, in Francia e nei paesi che si richiamano agli sviluppi costituzionali francesi, la posizione di «servizio passivo» della legge che è stata storicamente attribuita ai giudici. Ad essi non si sarebbe saputo attribuire alcuna funzione di bilanciamento del legislativo, poiché ciò avrebbe presupposto che essi fossero investiti della funzione di difesa dei diritti. Ma di questa funzione

era investito invece il legislatore, non i giudici. Perciò, ogni atteggiamento di «indipendenza» di questi ultimi dal primo sarebbe stato interpretato come ribellione ai diritti voluti dal legislatore. Si comprende così la particolare funzione del *Tribunal de cassation*, «stabilito presso il corpo legislativo», incaricato non della protezione giurisdizionale al massimo livello dei diritti, ma della protezione dell'esclusività del potere del legislatore in materia di diritti, contro le interpretazioni dei giudici.

Sotto questi aspetti, la proclamazione nelle Costituzioni europee contemporanee dei diritti, concepiti come dotazione giuridica soggettiva, attuale, distinta e protetta rispetto alla legge, si allontana dalla concezione oggettiva originaria che era loro propria. Il diritto costituzionale europeo attuale si avvicina così alla tradizione costituzionale nordamericana.

3. Ad iniziare dalla Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 e dalla Dichiarazione d'indipendenza dello stesso anno, aveva preso origine una rivoluzione sul piano costituzionale, relativa al modo d'intendere i rapporti tra l'organizzazione politica e gli individui. La rivoluzione consistette nell'inversione dei rapporti tradizionali e nella fondazione del «governo» sui diritti individuali e non viceversa. Il «rapporto politico» viene rovesciato: il «governo» viene posto al servizio dei singoli e dei loro diritti mentre, secondo la tradizione del diritto pubblico europeo, i singoli dipendevano dall'autorità dello Stato. Neppure la Rivoluzione in Francia si era allontanata da questa tradizione. Essa si era limitata a sostituire l'onnipotenza del re con l'onnipotenza della legge. Aveva combattuto la monarchia assoluta in quanto monarchia, non in quanto assoluta (a differenza della Rivoluzione inglese di cento anni prima, per la quale si può invece dire che aveva combattuto la monarchia assoluta in quanto assoluta, non in quanto monarchia).

La differenza di senso e d'originalità delle Dichiarazioni nordamericane sta nella circostanza storica seguente: colà, si consideravano i diritti non come un compito per il legislatore ma come una acquisizione giuridica già data. La questione costituzionale non era il riconoscimento ma la protezione, sia contro le minacce esterne provenienti dalle pretese del Parlamento inglese, sia contro i pericoli interni che si sarebbero potuti determinare se fosse stata adottata una clausola come la «supremacy of the Parliament» o se si fosse importata la «rule of law», nel suo significato favorevole

all'onnipotenza della legge. I diritti americani consistevano nella garanzia dello *status quo* e potevano essere considerati essenzialmente come una generale pretesa di astensione, cioè come una limitazione della legge (diritti nel senso negativo).

Molto significativa, in questo senso, è la differenza tra le due «norme parallele» contenute nell'art. 5 della *Déclaration* francese dell'89 e nel IX Emendamento della Costituzione americana. Entrambe concernono la configurazione della situazione degli individui nei campi dell'attività umana priva di regolazione giuridica. Per la norma francese, la regola è la libertà di fatto, che vale fintanto che la legge non estenda il suo dominio. Per la norma americana, si tratta invece di veri e propri diritti, che contengono la pretesa dell'astensione da parte della legge e dell'amministrazione.

A differenza della tradizione europea, lo Stato in America si costituiva a partire dai diritti. Secondo la famosa teorizzazione del *Federalist* che si richiamava a Locke, le Carte costituzionali erano l'atto attraverso il quale il popolo attribuiva liberamente una delegazione ai governanti. Il potere degli organi governanti era fondato su questa delegazione e, naturalmente, doveva restare nei limiti della delega ricevuta. Fuori di essa, non c'era potere e ciò equivaleva a dire che gli atti compiuti dovevano considerarsi come radicalmente nulli. I diritti individuali rendevano possibile l'atto di delegazione costituzionale che fondava i poteri pubblici, compreso il potere legislativo. Ma, a differenza delle concezioni europee per le quali il potere legislativo è sempre considerato come una forza politica originaria che emana direttamente dal sovrano (re di diritto divino o assemblea democratica, poco importa), il potere legislativo in America non è mosso da una forza primaria, abilitata a volere in nome e per conto proprio. C'è qui la differenza capitale tra la teoria della delegazione del potere e la teoria del potere rappresentativo.

La delegazione era il fondamento, ma anche il limite. Essa non prevedeva, né esplicitamente né implicitamente, alcuna autorizzazione ad agire contro i diritti di coloro che accordavano la delega. Un'autorizzazione di questo genere, del resto, sarebbe stata semplicemente inconcepibile in un sistema costituzionale in cui i singoli con i loro diritti, e non lo Stato con la sua «ragione», costituivano il fondamento della vita collettiva. Sarebbe stato come se qualcuno, nominando il curatore dei suoi propri interessi, lo autorizzasse a negarli. Ecco perché, secondo questo punto di vista, la proclama-

zione esplicita di una lista di diritti poteva apparire, a prima vista paradossalmente, del tutto superflua se non addirittura contraddittoria.

Il dibattito sull'inserimento nella Costituzione federale di una dichiarazione dei diritti ha una storia complessa che ruota attorno ad argomenti e preoccupazioni che non si lasciano semplificare. Tuttavia, l'argomentazione contraria di A. Hamilton aveva una sua forza. Dopo aver osservato che in Inghilterra i diritti esprimevano l'esigenza di circoscrivere il potere del re, con il quale i sudditi stabilivano quasi dei contratti particolari, secondo la tradizione medievale, affermava: «Nel nostro caso, a stretto rigore, il popolo non trasferisce niente; e poiché esso conserva nelle sue mani l'intero potere, non c'è alcun bisogno di stabilire delle riserve. 'Noi, popolo degli Stati Uniti, al fine di garantire per noi e per i nostri discendenti i benefici della libertà, ordiniamo e istituamo questa Costituzione'. Ecco il migliore riconoscimento dei diritti del popolo, più efficace che volumi interi di tutti quegli aforismi che entrano per così grande parte nelle Dichiarazioni dei nostri Stati e che, invece, avrebbero il loro posto più appropriato in un trattato di morale, invece che in una Costituzione. Vado oltre e affermo addirittura che la Dichiarazione dei diritti non solo è superflua nella Costituzione che ci è proposta, ma potrebbe addirittura rivelarsi molto pericolosa. Questa dichiarazione, in effetti, conterrebbe diverse allusioni a dei poteri che la Costituzione non prevede affatto e, per questo motivo, essa offrirebbe dei comodi sotterfugi a chiunque volesse rivendicarli per se stesso. In effetti, perché dunque, se non è il caso, dichiarare illegittime certe azioni per le quali non esiste un potere corrispondente? Perché, infatti, dichiarare che la libertà di stampa non potrà essere limitata, se non si conferisce alcun potere capace di limitarla? Io non sosterrrei certo che una tale dichiarazione possa conferire poteri limitativi della libertà di stampa, ma è evidente che essa offrirebbe a degli individui già inclini agli abusi, un pretesto plausibile per rivendicare tali poteri. Essi potrebbero sostenere, con qualche parvenza di ragione, che non si può fare alla Costituzione il torto di considerare che essa abbia commesso l'assurdità di esprimersi contro l'abuso di un potere che essa stessa non ha attribuito. Ecco perché, direbbero, la dichiarazione concernente la libertà di stampa dovrebbe implicare con ogni evidenza che il governo deve ritenersi investito del potere di emanare norme capaci di regolare quella libertà. Si

deve vedere in tutto questo un esempio dei numerosi pretesti che l'indulgenza verso un entusiasmo sfrenato per le dichiarazioni dei diritti potrebbe fornire alla teoria dei poteri impliciti» (*Federalist*, n. 84).

Da tutto questo, conseguiva un atteggiamento verso la legge che — a differenza della Francia rivoluzionaria — era di cautela. Mentre là dalla legge ci si attendeva ogni bene, qui vi si vedeva un male potenziale che doveva essere neutralizzato. La concezione individualistica dei diritti come patrimonio naturale portava alla diffidenza verso le assemblee elettive, nelle quali la massa oscura le coscienze individuali. La *balanced constitution* era lo strumento per frenare la naturale ambizione personale dei legislatori e creare un sistema di governo «repubblicano» (non «democratico»), favorevole al mantenimento dei diritti attraverso un sistema di «pesi e contrappesi».

Questa concezione della legge, come proiezione dei diritti individuali, era illuminata, dal punto di vista della giurisdizione, da una circostanza particolare, di solito non messa in evidenza, come la sua importanza richiederebbe. L'art. III, sezione 2, della Costituzione federale stabilisce che «il potere giudiziario si estenderà a tutte le controversie *in law and equity* che si pongono sotto la Costituzione federale» (in argomento, H. Arkes, *The Reasoning Spirit of the Constitution*, in *Beyond the Constitution*, Princeton Univ. Press, 1990, 21 ss.). *Law e equity*. Con questa formula, si richiamava la situazione paradossale dell'Inghilterra dove la legge era vista come la volontà sovrana dalla quale tutto dipendeva, compresa l'attività dei giudici; dove tuttavia i giudici si consideravano i guardiani di un diritto non dipendente integralmente dalla volontà positiva della legge, cioè di un diritto più profondo che stava dalla parte delle libertà inglesi. Ciò che costituiva la difesa contro l'onnipotenza della legge priva di misura e irragionevole era il *common Law*, fatto di principi di ragione, di tradizione giuridica e, alla fine, di equità. Questa doppia visione del diritto era propria dell'Inghilterra all'epoca in cui il moderno principio della «rule of Law» non si era ancora affermato con l'assolutezza «positivistica» del XIX secolo di cui, cento anni dopo, parlerà Dicey nella sua *Introduction to the Law of the Constitution*.

È probabilmente alla stessa doppia visione del diritto che si riferisce la Costituzione federale, se si considera fondata l'interpretazione della Rivoluzione americana proposta da C.H. MacIlwain

(*The American Revolution — A Constitutionnal Interpretation*, Ithaca, New York, 1923, ried. 1958 e, in argomento, M. Fioravanti, *Stato (storia)*, in *Enc. di diritto*, Milano Giuffrè, 1990, 749 ss.). Secondo questa interpretazione, nella Rivoluzione americana esisteva una componente «medievalizzante» che si opponeva alla «moderna» onnipotenza parlamentare inglese che andava formandosi come sviluppo della Gloriosa Rivoluzione di cento anni prima. Come queste due dimensioni del diritto, positiva e prepositiva, potessero coesistere, questa è un'altra questione, lontana dall'essere chiaramente definita sul piano teorico. Per comporre questi due elementi, ci si rimetteva all'arte dell'interpretazione e della distinzione che appartiene al massimo grado alla giurisprudenza anglosassone, insieme alla sua capacità d'argomentazione (si vedano le affermazioni, teoricamente non proprio ineccepibili, che corrispondono a una situazione storica incerta, di W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. dalla XV ed. dei *Commentaries*, Paris, 1822, th. I, 145 ss.). Interpretazione, distinzione e argomentazione che, anche rispetto al diritto «statutory», assoggettato in questo alle regole del *common Law*, sono ammesse con una larghezza di prospettive inimmaginabile nel diritto europeo continentale. Il loro scopo era (ed è) precisamente quello di evitare l'insorgere di contraddizioni gravi, esplicite e insormontabili tra i due lati del diritto, ciò che ne avrebbe fatto emergere una doppia e irriducibile anima.

È dunque giusto dire che, almeno all'origine, le concezioni francese e americana dei diritti erano profondamente diverse l'una dall'altra: statualista, legislativa e obiettiva, la prima; prestatuale, giurisdizionale e soggettiva, la seconda.

4. La concezione europea sta, per così dire, in mezzo. Se, come si è visto, essa si distingue dall'idea francese del fondamento giuridico dei diritti collocato nella legge, non arriva peraltro a negare alla legge un fondamento autonomo, una funzione politica propria, legata a fini generali, indipendenti dai diritti individuali. Tra legge e diritti, vi è uguaglianza di dignità costituzionale, poiché comune è il fondamento costituzionale. In effetti, le Costituzioni europee non accettano l'idea che i diritti siano fondati sul diritto naturale (anche se le dottrine giusnaturalistiche hanno lasciato tracce evidenti nella formulazione positiva dei cataloghi dei diritti). Essi dunque acquistano valore giuridico solo attraverso la «positi-

vizzazione» che ne è fatta dalla Costituzione. Ma la Costituzione prevede anche, al medesimo tempo, il potere legislativo.

Da un punto di vista generale, questa fondazione costituzionale, doppia e indipendente, dei diritti e della legge, significa affiancare la dinamica spontanea della società ad una forza regolatrice dall'alto, propria dello Stato come tale, che entra in concorrenza con i diritti. Naturalmente, in caso di conflitto, sono i diritti che prevalgono. Ma c'è uno spazio per un ruolo dello Stato che è fondato sulla sua matrice politica e che non dipende dai diritti individuali.

Così, si può dire che in Europa viene mantenuta la nozione tradizionale dello Stato capace di una forza di movimento propria e originaria, ontologicamente distinta dalla forza dei diritti individuali (la metafora continentale dello Stato come orologio significa appunto questo, in contrapposizione alla metafora della bilancia, meccanismo di equilibrio tra forze esteriori: v. Mayr, *La bilancia e l'orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino, 1988). Non si può dire che la legge è ammessa esclusivamente in funzione dei diritti individuali (per stabilirne kantianamente le linee di confine o per proteggerne l'esercizio). Essa può infatti essere mossa da interessi pubblici impersonati direttamente dallo Stato nella sua funzione ordinatrice politica, cioè supra-individuale. Si fa sentire qui la tradizione del diritto naturale obiettivo, di cui lo Stato moderno europeo-continentale si è fatto forza per affermare il suo potere sovrano. In certi casi, e in modo particolarmente intenso secondo le Costituzioni che contengono norme di programma (o *Staatszielbestimmungen*), il perseguimento di questi obiettivi è imposto obbligatoriamente. D'altro canto, nell'era presente della democrazia, lo Stato e particolarmente lo Stato-legislatore sono a loro volta l'espressione di un ordine di diritti, i diritti politici, intrinsecamente diversi da quelli finalizzati alla realizzazione di puri e semplici interessi individuali. Essi hanno per scopo di incoraggiare lo Stato, attraverso la partecipazione dei cittadini, all'azione politica. Essi non si riducono alla semplice espressione dei diritti nella loro dimensione individuale. Per questo, lo *status* di questi diritti «sovraindividuali» diverge normalmente da quello dei diritti individuali. Il postulato del diritto pubblico europeo, la politicità della legge, è così confermato e trova nella democrazia una nuova ragione di esistere.

Alla luce di questa considerazione, occorre probabilmente

distinguere per il diritto costituzionale europeo comparato a quello nordamericano, un significato diverso dei diritti e della legge all'interno di ciò che si è definita una rivoluzione epocale nella concezione dell'obbligazione politica (N. Bobbio, *I diritti dell'uomo, oggi*, in *Nuova Antologia*, 1991, 83 ss.). Essa si è certamente prodotta nel rapporto tra gli individui e lo Stato, tra gli individui e la legge, ed è divenuta evidente grazie all'accento che oggi si mette sui diritti, là dove un tempo l'accento cadeva sui doveri. È vero altresì che non si potrebbe più, oggi, fondare il rapporto politico a partire da uno Stato che esige un'obbedienza incondizionata e cieca da parte degli individui. È vero infine che si deve partire dal basso, dagli individui che accordano la loro obbedienza a condizione che i loro diritti siano assicurati. Ma le categorie di diritti rilevanti sono due: i diritti individuali e i diritti politici. I primi, in vista della protezione d'una sfera di vita individuale; i secondi, in vista della partecipazione a un'impresa propriamente politica impersonata dallo Stato. Così, in Europa, è elemento determinativo della legittimità dello Stato la sua volontà e la sua capacità di porsi come forza effettiva idonea a dare sbocco alla direzione propriamente politica dei diritti individuali. Lo Stato non è quindi soltanto un servitore o un mezzo tecnico della somma degli interessi individuali rivestiti della forma dei diritti. Esso è anche il soggetto che rende possibile l'espressione dell'altra dimensione dei diritti, altrettanto necessaria, la dimensione politica.

Conferire un carattere assoluto ai diritti nella loro dimensione individuale, quali fondamenti della vita collettiva, condurrebbe a ciò che, in Europa, apparirebbe certamente come un'eccessiva svalutazione della legge e un'ipertrofia della giurisdizione. Ciò potrebbe infatti avvenire soltanto a detrimento della libertà e della spontaneità della dimensione precisamente politica della vita, nonché dei diritti che le sono funzionalmente collegati. Una libertà e una spontaneità che devono essere preservate e devono trovare la loro organizzazione e la loro espressione nelle vie che sono loro proprie, prima fra tutte quella legislativa. Notiamo che le Costituzioni europee attuali parlano, se non prima dei diritti almeno insieme ad essi, della democrazia, cioè della maniera oggi predominante di dare un'organizzazione politica alla vita collettiva: anche topograficamente, queste Costituzioni stabiliscono la necessità di una coesistenza tra il diritto come legge e il diritto come diritti.

Per queste ragioni, si può dire che il rapporto diritti-legge che si è affermato nelle Costituzioni attuali in Europa si avvicina alla concezione americana per la parte in cui si allontana da quella francese-rivoluzionaria e si avvicina a quella francese-rivoluzionaria per la parte in cui si allontana da quella americana. Al riconoscimento dei diritti come patrimonio soggettivo individuale, con il conseguente importante ruolo dei giudici nella difesa di tale patrimonio, si aggiunge il riconoscimento della legge come strumento di disegni politici e giuridici obiettivi. Con la conseguente necessità di impedire che la difesa dei diritti si trasformi in un attivismo giudiziario incompatibile con la funzione riconosciuta al legislatore.

In Europa si mantiene così la *summa divisio* tra ciò che è propriamente politico e ciò che è propriamente individuale. Ecco perché occorre dare al diritto quella configurazione «a due facce» di cui si è parlato. Avendo un fondamento distinto e indipendente, esse coesistono necessariamente, senza che l'una annulli l'altra, almeno fino a quando non si manifesti una insanabile contraddizione.

La situazione che ne è derivata è una soluzione di equilibrio: la necessaria coesistenza del diritto nella sua espressione oggettiva con il diritto nella sua valenza soggettiva, al riparo dalle incursioni della politica. Lo «Stato di diritto» del XIX secolo, con la sua teoria dei diritti pubblici soggettivi, aveva tentato qualcosa di simile. Non aveva raggiunto il suo scopo. La concezione dei diritti doveva alla fine apparire necessariamente squilibrata a causa della concezione puramente positivista della legge. Una delle non minori realizzazioni del diritto costituzionale europeo del nostro tempo è, invece, l'aver stabilito le condizioni giuridiche per la realizzazione di questo equilibrio.

5. La fisionomia del controllo di costituzionalità sulle leggi dipende dalle coordinate legge-diritti sulle quali viene collocato. Su aspetti decisivi esso è destinato a modellarsi diversamente a seconda che le coordinate di riferimento siano quelle che, più o meno intensamente, ancora si richiamano agli sviluppi costituzionali della Rivoluzione francese, oppure quelle del costituzionalismo americano, oppure, infine, quelle composite degli sviluppi attuali del diritto costituzionale europeo. I poli «puri» sono dunque rappresentati dal controllo di costituzionalità francese, da quello americano e da quello europeo non francese (tedesco, italiano, spagnolo,

ecc.) che, invero, non costituisce un vero «modello», come invece spesso si dice, ma piuttosto un compromesso dai caratteri spesso ambigui. Il che — sia ben chiaro — non significa affatto una carenza di vitalità, un difetto di efficacia. Al contrario, esso è aperto in vista di esigenze plurime, conformemente alla duplicità dei suoi principi fondativi. Quelle che appaiono difficoltà di funzionamento ed esigenze contraddittorie possono invece, attraverso una saggia politica giuridiziarica, trasformarsi in opportuna «souplesse» e capacità di adattamento.

La disputa sulla natura giurisdizionale o politica del controllo di costituzionalità sulle leggi e dell'organo chiamato a svolgerlo; i dubbi circa l'ammissibilità di poteri normativi dei Tribunali costituzionali per l'autoregolazione dei propri poteri e circa il valore tassativo delle norme di procedura e quindi circa la configurabilità del giudizio costituzionale come processo o come procedura; la definizione del ruolo dei soggetti che, come «parti» o meri «interventori», partecipano alla procedura; le questioni sempre aperte in ordine all'esuberante tipologia delle decisioni costituzionali e ai loro effetti, sono tutte manifestazioni, ben note, della fondazione duplice del sistema di giustizia costituzionale europeo, diverso dalla Francia.

Ma noi non ci intratterremo su di essa. Vogliamo invece cercare di spostare lo sguardo su alcune altre questioni, di solito lasciate in ombra, sulle quali le coordinate legge-diritti consentono invece di gettare un poco di luce.

a) *Il controllo di costituzionalità «di diritto obbiettivo»: la Francia.* Si possono comprendere, dal poco che si è detto sul significato «legislativo» della proclamazione dei diritti e sulla funzione originaria della legge, le ragioni per le quali in Francia si è mantenuto per lungo tempo il dogma dell'onnipotenza dell'assemblea parlamentare e della legge e per le quali il «governo dei giudici» viene considerato la peggiore delle aberrazioni costituzionali (dall'epoca di E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921). Sono così chiare anche le ragioni per le quali il controllo di costituzionalità sulla legge in Francia si è sviluppato solo in tempi recenti e come mezzo di tutela obbiettiva della Costituzione, piuttosto che come garanzia dei diritti (un approfondimento nel mio scritto, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et en*

Italie: confrontation de certains de leurs aspects, in «Journées de la société de législation comparée», 1990, 25 ss.).

L'affermazione recente del *Conseil constitutionnel* (décision n. 197 del 23 agosto 1985): «la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution» è il punto d'arrivo di un'evoluzione che ha intaccato le concezioni assolutistiche della legge, ponendo la sua validità sotto la condizione del «principio di costituzionalità» (L. Favoreu — L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1991, 650 s.). La verifica di questa condizione, peraltro, è affare che riguarda il diritto, non i diritti e pertanto il *Conseil* è stato definito esattamente come il *régulateur de l'activité des pouvoirs publics*, anche se notevoli sono stati i suoi sforzi (a cominciare dall'assunzione della *Déclaratoin* dell'89 fra i parametri di giudizio della validità delle leggi) per trasformarsi in *protecteur des droits et des libertés* (J. Morange, *La protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1991, 2551 ss.).

Ma la tutela di questi ultimi appare come conseguenza della conformità della legge alla Costituzione; il procedimento di controllo *a priori* si svolge come raffronto tra testi normativi, indipendentemente dalla loro concreta applicazione a casi concreti e, per quanto si siano avute aperture all'esigenza di un contraddittorio, non contempla la rappresentazione delle ragioni dei titolari dei diritti, di fronte alle ragioni dei «padroni» della legge. Continua a prevalere nello «stile» della dottrina francese l'idea di un diritto «a un solo lato», un diritto come legislazione (ordinaria o costituzionale) e la scienza del diritto è, tra tutte le tendenze in atto nei diversi Paesi europei, ancora quella più legata ad atteggiamenti giurispositivistici di «servizio» del diritto posto. Si deve aggiungere: almeno per ora, fino a quando non si giunga ad accettare un sistema di ricorso giudiziario al *Conseil constitutionnel* che inserirebbe in primo piano nella dinamica della garanzia costituzionale l'esigenza di protezione dei diritti costituzionali individuali (N. Zanon, *L'exception d'inconstitutionnalité in Francia: una riforma difficile*, Torino, Giappichelli, 1990). Una simile innovazione non mancherebbe di innescare, prima o poi, rilevanti trasformazioni non solo nella pratica ma anche nella teoria del diritto.

b) *Il controllo di costituzionalità di diritto soggettivo: gli Stati Uniti*. Agli antipodi sta la logica del sistema nord-americano, sviluppatosi fin dall'inizio in base alle esigenze di tutela giudiziaria

immediata dei diritti fondati sulla Costituzione. La tutela di questi diritti e non altro è la ragione essenziale del sistema di giustizia costituzionale, nel quale il controllo sulla legge, almeno dal punto di vista concettuale, avviene *per incidens* in procedimenti giudiziari su controversie che coinvolgono concretamente i diritti delle parti e nei quali le ragioni del legislatore non trovano alcuno spazio di autonoma rappresentazione. Lo «stile» della scienza del diritto, all'opposto che in Francia, è basato sull'apprezzamento delle ragioni dei diritti quali appaiono riflessi nei singoli casi, secondo un metodo casistico che non si lascia imprigionare nelle pretese «pianificatorie» generali e astratte del diritto europeo. Più che al servizio del diritto obbiettivo, la scienza del diritto si dedica al servizio dei diritti soggettivi.

c) *Il privilegio del legislatore dei sistemi europei diversi dalla Francia.* A parte la Francia che su questo punto fa caso a sé, il controllo di costituzionalità sulle leggi in Europa è organizzato in modo tale da garantire un equilibrio tra le esigenze del legislatore e le esigenze dei diritti. Escludendo il *Judicial review of legislation* americano, svolto in modo «diffuso» da tutti i giudici nell'ambito della loro normale giurisdizione sui diritti individuali, si è voluto creare un sistema speciale che evitasse di sfociare nella *Judicial supremacy*, il che equivale a dire la supremazia, per il tramite della giurisdizione, dei diritti sulla legge. Il controllo di costituzionalità riservato a organi *ad hoc*, distinti dal potere giudiziario ordinario, cioè la cosiddetta *Verfassungsgerichtsbarkeit* o giurisdizione costituzionale, è rivolto a riconoscere, accanto a quelle dei titolari dei diritti costituzionali, le esigenze della legge e del legislatore. Si è parlato in proposito — per differenza dal sistema americano — di *privilegio del legislatore* (si v. *BVerfGE*, 1, (1951) 184 ss. e Laconi, *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria* 1° febbraio 1947, vol. VI, p. 292 s. della Edizione dei Lavori preparatori della Costituzione, a cura della Camera dei deputati, Roma, 1971). Questa espressione indica, in primo luogo, che il legislatore ha il suo giudice, operante attraverso procedimenti particolari e formato con personale non esclusivamente giudiziario, capace di considerare nel debito conto, accanto alle esigenze dei diritti, le esigenze propriamente politiche che si esprimono nella legge. Si può vedere qui un parallelismo con le ragioni storiche che determinarono il sorgere di un'altra «giustizia speciale», la giustizia amministrativa. Come allora si volle un giudice

della amministrazione, così ora si vuole un giudice *del* legislatore (formule in cui insieme si esprime ambigualmente tanto un oggetto quanto un'appartenenza). Nulla di tutto ciò nel sistema americano, che non conosce trattamenti privilegiati per il legislatore.

d) *Nullità o annullabilità della legge incostituzionale*. Il «privilegio del legislatore» si manifesta anche a proposito dell'efficacia della legge incostituzionale. Il sistema francese, data la sua caratterizzazione *a priori*, non pone problemi poiché è orientato nel senso di escludere in linea di principio che possa darsi una legge vigente incostituzionale. Le cose cambiano se invece il controllo è *a posteriori* e quindi si può dare il caso di una legge vigente ma incostituzionale e se vale il «privilegio del legislatore». Qui, si dice, la legge è vincolante per tutti, e quindi la sua efficacia è difesa dagli attacchi che le possano essere mossi in nome della Costituzione, fino a quando non si sia pronunciato il Tribunale o Corte costituzionale. Essa non è nulla ma annullabile e, finché non è annullata, è efficace.

In ciò sta la garanzia di fronte alla possibilità di mettere in questione la sua efficacia in ogni momento, da parte di qualsiasi soggetto. Questa possibilità, che vale almeno in linea di principio nel sistema del *Judicial Review*, si è ritenuta «anarchica», in quanto distruttiva dell'autorità dello Stato espressa attraverso la legge. Esigere in generale, come condizione preventiva dell'operatività di una legge, la giustificazione della sua validità significa distruggere la sua forza. L'autorità legislativa ha il diritto all' eseguibilità dei suoi atti, in base alla presunzione della loro legittimità. Solo dopo la pronuncia giudiziaria che ne accerti l'invalidità, quella presunzione può venir meno e, con essa, la sua forza obbligatoria.

e) *La responsabilità per l'esecuzione della legge incostituzionale*. Ancora come conseguenza della presenza o dell'esistenza del privilegio del legislatore, deriva la diversa posizione di coloro che abbiano violato diritti di terzi, in applicazione di leggi incostituzionali. Negli Usa, per quanto progressivamente limitata da ovvie esigenze di funzionalità in un'amministrazione dai compiti crescenti, la responsabilità piena e diretta dei *public officers*, nell'Ottocento in misura assai ampia, era la regola. L'atto contro la Costituzione, anche se conforme alla legge, era in linea di principio imputabile al singolo, come individuo, e di esso egli si assumeva la responsabilità di fronte ai diritti violati dei terzi. Il fondamento di questo principio, certamente estraneo alla mentalità europeo-continentale, stava nella constatazione che, se c'è violazione dei diritti,

l'atto è per definizione fuori dei limiti della delega di poteri conferita e ricevuta e quindi deve considerarsi come mero comportamento personale dell'agente. Egli non può considerarsi funzionario pubblico e perciò pretendere alcuna immunità (in argomento, G. Bognetti, *La responsabilità per Tort del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Milano, Giuffrè, 1963, soprattutto 182 ss.). Nei decenni a noi più vicini, la giurisprudenza ha notevolmente circoscritto le conseguenze applicative di questo principio, ma esso resta tuttora come lo sfondo generale degli strumenti giurisprudenziali utilizzati per circoscriverne caso per caso la portata. In Francia, il problema non si pone nemmeno, poiché la legge entrata in vigore è per definizione valida e non può nemmeno concettualmente porsi il problema di diritti soggettivi violati da atti dell'amministrazione, in conformità a una prescrizione legislativa ma in difformità dalla Costituzione. Negli altri Stati europei, la situazione è meno chiara. Qualcuno sostiene una posizione che si avvicina a quella francese, in base al concetto di «esecutorietà» della legge nei confronti dell'amministrazione, tenuta ciecamente alla sua osservanza. Altri, in base alla efficacia di annullamento della dichiarazione di incostituzionalità, avente effetti retroattivi, si sostiene l'assenza di efficacia vincolante della legge incostituzionale, nei confronti dell'amministrazione, i cui atti verrebbero comunque annullati in conseguenza dell'annullamento della legge incostituzionale su cui si basavano. Ma nessuno sostiene (a parte i casi abnormi di leggi puramente apparenti, nei quali dovrebbe riconoscersi l'esistenza di un obbligo di disapplicazione) la possibilità dei terzi di citare in risarcimento i funzionari che abbiano applicato leggi incostituzionali. La legge è legge e, anche se incostituzionale, la sua applicazione non «degrada» il funzionario a semplice individuo privato. Salva semmai una responsabilità dello Stato, ma se e in quanto una nuova legge intervenga per soddisfare i danneggiati.

f) *I limiti del controllo di costituzionalità delle leggi*. Si ha qui una situazione paradossale: in Europa — dove pure il processo costituzionale è costruito sulla duplice esigenza di considerare, oltre che i diritti, anche il potere legislativo — non esiste una clausola di esenzione dalla giurisdizione costituzionale come quella che, secondo la giurisprudenza nord-americana riguardante le *justiciability doctrines*, protegge le *political questions* (per l'essenziale, J.E. Nowak — R.D. Rotunda — J.N. Young, *Constitution Law*, St. Paul Minn., West Publishing, 1986, 102 ss. e L.H. Tribe,

American Constitutional Law, New York, The Foundation Press, 1988, 96 ss.). Ciò avviene perché, in Europa, la giurisdizione costituzionale nasce proprio come equilibrio tra *iura* e *leges* e quindi non si potrebbero immaginare leggi che non entrino in questo equilibrio. Leggi fuori di questo equilibrio sarebbero niente di diverso che la sopravvivenza di un assolutismo legislativo del tipo di quello proprio dello Stato di diritto legislativo dell'Ottocento. Le questioni di legittimità costituzionale delle leggi non possono mai essere estranee al controllo di costituzionalità. Esse possono essere infondate quando la legge è conforme alla Costituzione o quando manca la norma costituzionale (nei casi cioè di scelte legislative costituzionalmente indifferenti). Invece, negli Stati Uniti, dove pure nessuna considerazione specifica viene riservata al legislatore nel controllo sulle leggi, opera il principio della separazione dei poteri a impedire esorbitanze «politiche» delle Corti, fino alla Corte suprema. La stessa cosa non si può ripetere per l'Europa perché i Tribunali costituzionali si considerano generalmente al di fuori, o al di sopra della separazione dei poteri.

6. Malgrado le distanze di principio tra i diversi sistemi di controllo di costituzionalità sulle leggi vi sono stati — come è noto — notevoli passi di avvicinamento (per tutti, A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1982, 521 ss.). La Corte suprema degli Stati Uniti è ormai il giudice speciale delle grandi questioni di costituzionalità, analogo alle Corti costituzionali europee e, d'altra parte, la possibilità di innestare il controllo delle leggi, attraverso questioni pregiudiziali di costituzionalità, ha inserito le Corti costituzionali europee nel circuito giudiziario comune, con esiti sotto molti aspetti assimilabili a quelli del sistema statunitense. D'altra parte, lo stesso sistema francese ha subito una spettacolare evoluzione, tuttora in corso, verso una concezione «comune europea» della giustizia costituzionale. Ma le differenze permangono e — come si è cercato di dire — sono legate al diverso rapporto originariamente istituito tra legge e diritti, sotto la Costituzione. La comparazione deve operare per mettere in luce le convergenze, ma farebbe opera di fuorviante ideologia se trascurasse le differenze, che rimangono, sono significative e non costituiscono per nulla, in generale, un difetto che occorre necessariamente superare in vista di una omologazione.

Aprile 1992.