

Rivista N°: 4/2018  
DATA PUBBLICAZIONE: 16/10/2018

AUTORE: Gustavo Podestá Sedra \*

## LE ALBE DEGLI STATI COSTITUZIONALI. PER UN REVISIONISMO STORICO DEL JUDICIAL REVIEW E DI ALTRE PRATICHE COSTITUZIONALI

*Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il judicial review nel Settecento: i precedenti anteriori a Marbury v. Madison. – 3. Il judicial review nell'Ottocento. – 4. Il judicial review dall'inizio del Novecento alla II Guerra mondiale. – 5. Il judicial review dalla II Guerra mondiale in poi. – 6. Gli Stati costituzionali prima della II Guerra mondiale. – 7. Gli Stati costituzionali a prescindere dal judicial review. – 8. L'Ottocento e i testi costituzionali nelle pratiche dei Parlamenti e dei Governi. – 9. L'Ottocento e i Parlamenti custodi della costituzionalità. – 10. Conclusioni.*

### 1. Introduzione

Molte delle considerazioni che seguono sono state sviluppate dal sottoscritto in fase di elaborazione della tesi di Dottorato presso la *Sapienza Università di Roma*, dal titolo “*Costituzionalizzazione, Costituzione e teoria del diritto*”. Con l'intento di sottoporre ad una critica le diverse concezioni materiali della Costituzione, quella ricerca ha preso le mosse da una prospettiva storica sull'incremento del contenuto e della forza normativa dei testi costituzionali dell'Occidente, svoltosi sin dalla fine del Secolo XVIII fino ai nostri giorni.

Alla luce di tale prospettiva, una delle conclusioni cui sono giunto è stata che la pre-cettività delle Costituzioni dell'Ottocento e della prima metà del Novecento non fu del tutto insussistente come si suole leggere e dire. Ne è chiara dimostrazione lo sviluppo storico del *judicial review*, che, già in quei periodi, specialmente nell'America Latina, ma anche in Europa, era una realtà non trascurabile.

Ed è proprio dallo sviluppo storico del *judicial review* che muove il presente saggio. Mediante una brevissima sintesi, si intende dimostrare che, se da una parte, in molte Costituzioni del passato, esistevano disposizioni disapplicate – così come ve ne possono essere

---

\* Professore del “Corso Post-Laurea in Diritto Costituzionale” della *Faculdade de Direito do Instituto de Direito Público de São Paulo (IDP-SP)*, Brasile.

nelle odierne Costituzioni –, d'altra parte vi erano disposizioni costituzionali la cui supremazia normativa fu ribadita dal *judicial review*, al punto da non poter considerare tutti i testi costituzionali di allora, almeno non nella loro integralità, come semplici “*fogli di carta*”, usando l'espressione di Ferdinand Lassalle.

Le sottostanti considerazioni cercano di inserirsi modestamente in quella posizione teorica di stampo revisionista – presente, per esempio, nel saggio di Andrés Botero Bernal –, che, in base al *judicial review* praticato nell'America Latina sin dall'Ottocento, sostiene che, in tale continente, l'idea eurocentrica di una dicotomia tra uno *Stato liberale* del secolo XIX (“*legicentrista, positivista, decimonónico*”) e uno *Stato costituzionale* del dopoguerra (“*constitucionalcentrista, no-positivista, contemporaneo*”) non può trovare riscontro nella realtà storica<sup>1</sup>.

A dire il vero, il presente saggio cerca di sostenere che questa idea eurocentrica non pare adeguarsi nemmeno alla realtà storica dell'intero territorio europeo, soprattutto se si tiene presente il *judicial review* praticato in buona parte dell'Europa nella prima metà del Novecento.

Lo studio non si ferma comunque allo sviluppo storico del *judicial review*, ma intende altresì sostenere l'esistenza dello *Stato costituzionale*, per quanto forte o debole possa essere stata, addirittura in taluni Paesi dove il sindacato di legittimità non sia stato adottato o esercitato. Come si vedrà in chiusura del saggio, non mancano preziosissime ricerche storiche – anch'esse di stampo revisionista – che contribuiscono a porre in rilievo la presenza dello *Stato costituzionale* in base all'applicazione dei testi costituzionali operata dai Parlamenti e dai Governi, a prescindere da qualsiasi sanzione giudiziale.

Prima di proseguire, va tuttavia evidenziato che, ai fini del presente scritto, l'espressione “*judicial review*” è utilizzata esclusivamente per riferirsi a tale istituto nella sua pienezza, intendendolo cioè come controllo giudiziale della costituzionalità formale e materiale di tutte le norme giuridiche, soprattutto delle leggi, e non come controllo giudiziale che, delle leggi, sindacava soltanto la costituzionalità formale, o come controllo giudiziale di costituzionalità che si limitava alle sole fonti secondarie del diritto.

## **2. Il *judicial review* nel Settecento: i precedenti anteriori a *Marbury v. Madison***

Chiarito questo aspetto semantico, si potrebbe forse iniziare il discorso tralasciando il *judicial review* inaugurato dall'esperienza nordamericana settecentesca, in virtù dell'enorme letteratura esistente al riguardo, specialmente sul caso *Marbury v. Madison* e sul relativo retroscena politico.

Tuttavia, sulla scia di un indirizzo storiografico più accurato, ma non tanto diffuso, vale la pena soffermarsi brevemente su alcuni casi giudiziari anteriori a tale famoso preceden-

---

<sup>1</sup> A. B. BERNAL, *Matizando el discurso eurocéntrico sobre la interpretación constitucional en América Latina* in *Interpretación Jurisprudencial: memorias del II Simposio Internacional de Jurisprudencia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 134.

te, con lo scopo di porre in rilievo il fatto che la supremazia della Costituzione e il *judicial review* destinato a garantirla non sono una creazione *ex nihilo* del *Chief Justice* John Marshall.

Vanno innanzitutto menzionati i casi decisi prima dell'emanazione della Costituzione federale, in cui le leggi di alcuni Stati furono disapplicate in base alle rispettive costituzioni, ancorché nessuna di esse prevedesse esplicitamente il controllo giudiziale di costituzionalità. Tra il 1780 e il 1788, sembrano riscontrabili perlomeno quattro casi recanti le predette caratteristiche<sup>2</sup>.

Il primo si verificò nel 1780, nel *Holmes v. Walton*, quando la Suprema Corte del New Jersey disapplicò una legge la quale prevedeva una giuria di soli sei uomini per giudicare alcune cause. A quanto pare, nonostante la Costituzione del New Jersey non contemplasse nulla in proposito, i giudici ritennero che la composizione della giuria con dodici uomini – consueta nella pratica giudiziale di quello Stato – fosse stata costituzionalizzata, così che una legge che sancisse una giuria composta da soli sei uomini doveva essere considerata contraria all'ordinamento costituzionale<sup>3</sup>.

Il secondo e il terzo caso risalgono al 1786 e al 1787, nel New Hampshire, quando due Corti di grado inferiore disapplicarono una legge, il “*Ten-Pound Act*”, in base alla quale alcune cause di valore inferiore a dieci libbre dovevano essere sottoposte al giudice di pace, e non alla giuria. Per le Corti del New Hampshire, la Costituzione sanciva l'applicazione delle pratiche consuetudinarie concernenti la giuria, in modo tale che quest'ultima, come era consueto in quello Stato, doveva aver luogo sempre che il valore della controversia fosse inferiore a due libbre e non a dieci, come pretendeva la legge disapplicata. Attenta alle sentenze delle due Corti inferiori, l'Assemblea legislativa del New Hampshire abrogò il “*Ten-Pound Act*”<sup>4</sup>.

Il quarto caso, *Bayard v. Singleton*, si verificò nel 1787, nel North Carolina, quando la *Court of Conference* di tale Stato disapplicò il *Land Titles Act*, una legge che impediva di sottoporre ai giudici le cause concernenti la confisca delle proprietà dei cittadini britannici che non avevano giurato fedeltà al governo nordamericano. Nella loro sentenza, i giudici del North Carolina riconobbero espressamente la competenza del potere giudiziario a controllare la costituzionalità delle leggi e sostennero che il mandato elettivo dei deputati dello Stato non poteva conferire loro poteri illimitati e contrari alla Costituzione. Una particolarità del caso che merita essere sottolineata è che uno degli avvocati che sollevò la questione di incostituzionalità della legge era il futuro *Justice* James Iredell, che svolse un importante ruolo nello sviluppo teorico del *judicial review*, specialmente mediante il suo famoso scritto “*To the Public*”.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> W. M. TREANOR, William Michael, *Judicial Review Before Marbury*, in *Stanford Law Review*, vol. 58, 2005, p. 473.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 474-475.

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 475-476.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 478-480; M. C. CONTINENTINO, *História do judicial review. O mito de Marbury*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, jan/mar. 2016, pp. 123-124.

Successivamente, nel 1792, quando era già in vigore la Costituzione federale, si verificò l'*Hayburns case*, in cui la *Circuit Court* della Pennsylvania, composta da due *Justices* e un *Circuit Judge*, disapplicò una legge federale, l'*Invalid Pensions Act*.<sup>6</sup>

In quel periodo, oltre ad operare come giudici della Suprema Corte, i *Justices* operavano anche come giudici delle *Circuit Courts*, insieme ai *Circuit Judges*. La suddetta legge federale aveva attribuito alle *Circuit Courts*, e pertanto ai *Justices* ivi operanti, la competenza ad analizzare le richieste di pensione presentate dai veterani invalidi di guerra. Inoltre, la legge prevedeva che la decisione delle *Circuit Courts* sulla concessione o meno delle pensioni dovesse essere sottoposta alla *Segreteria della Guerra*.<sup>7</sup>

Quando le fu presentata una richiesta di pensione da parte del veterano William Hayburn, la *Circuit Court* della Pennsylvania, composta dai *Justices* Wilson e Blair, si rifiutò di analizzarla<sup>8</sup>, sostenendo che fosse un'attribuzione non corrispondente alla funzione giurisdizionale loro conferita dalla Costituzione federale; in più, nel sottoporre le decisioni dei giudici alla Segreteria della Guerra, l'*Invalid Pensions Act* avrebbe, secondo la Corte, violato il principio costituzionale dell'indipendenza dei poteri<sup>9</sup>.

Contro la decisione della *Circuit Court* della Pennsylvania, fu proposto da parte di Hayburn un *writ of mandamus* dinanzi alla Suprema Corte<sup>10</sup>.

Occorre aprire una parentesi per dire che, intanto, fuori da qualsiasi caso concreto, cioè senza che fossero state presentate loro richieste di pensioni, la *Circuit Court* del New York, composta dai *Justices* Jay e Cushing, e la *Circuit Court* del North Carolina, composta dal *Justice* Iredell, espressero pubblicamente il loro giudizio d'incostituzionalità sull'attribuzione di competenza prevista dalla legge in questione. Ossia, se si prende atto di tali manifestazioni pubbliche, nonché della predetta decisione della Corte della Pennsylvania, si può affermare che cinque dei sei *Justices* che componevano la Suprema Corte avevano ritenuto che l'*Invalid Pensions Act* dovesse essere disapplicato; in più, sembravano tutti disposti a ribadire questo giudizio nelle cause in cui venissero sollecitati, sia in qualità di giudici delle *Circuit Courts*, sia in qualità di giudici della Suprema Corte.

Prima però che il *writ* di Hayburn venisse giudicato dalla Suprema Corte, il Congresso, sensibile alla posizione dei cinque *Justices*, modificò l'*Invalid Pensions Act*, trasferendo la competenza dalle *Circuit Courts* ai *Circuit Judges* ("outside the bench"), le cui decisioni non potevano più essere revisionate dalla *Segreteria della Guerra*, ma soltanto riferite da

---

<sup>6</sup> *The Founders' Constitution*, University of Chicago, Article 3, Section 2, Clause 1, <[http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3\\_2\\_1s31.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_2_1s31.html)>, in data 08.12.2017.

<sup>7</sup> D. P. CURRIE, *The Constitution in Congress. The Federalist Period. 1789-1801*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, p. 155.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> Da ciò che risulta, la sentenza della *Circuit Court* della Pennsylvania non fu scritta, ma pronunciata soltanto oralmente. Le sue motivazioni si trovano comunque scritte in una lettera che fu inviata dalla Corte al Presidente Washington nell'aprile del 1792 (Si veda, in proposito, J. WILSON, *Collected works of James Wilson*, vol. I, Indianapolis, Liberty Fund, 2007, pp. 346-350).

<sup>10</sup> W. M. TREANOR, William Michael, *Judicial Review Before...*, cit., p. 536.

quest'ultima al Congresso affinché esso assumesse le determinazioni che avesse ritenuto opportune<sup>11</sup>.

Nonostante non sia stato giudicato dalla Suprema Corte, *l'Hayburn's Case* sembra essere il primo caso in cui una *Circuit Court* abbia disapplicato un atto del Congresso<sup>12</sup>. Più che altro, tutte le suddette vicende, che vanno dalla decisione della *Circuit Court* della Pennsylvania alla modifica dell'*Invalid Pensions Act*, sono indubbiamente degne di nota perché testimoniano che, sin dall'inizio, vi era una predisposizione del Congresso a sottomettersi alla Costituzione e al *judicial review*.

Da lì in poi, in una quindicina di altri casi, le Corti statali e le *Circuit Courts* esercitarono il controllo di costituzionalità, annullando alcune leggi emanate dagli Stati. Anche la Suprema Corte esercitò il *judicial review* sulle leggi locali, ma, da ciò che risulta, senza aver pronunciato alcuna sentenza d'incostituzionalità<sup>13</sup>.

Nel 1796, nel caso *Hylton v. U.S.*, la Suprema Corte confrontò, per la prima volta, il testo della Costituzione con quello di una legge federale. Nonostante quest'ultima non sia stata annullata, il semplice confronto operato dai *Justices* dimostrava che essi riconoscevano la propria competenza a farlo, competenza che, tuttavia, sarebbe ribadita in modo più esplicito solamente nel febbraio 1803, in forza della sentenza del *Chief Justice* John Marshall, nel caso *Marbury vs. Madison*<sup>14</sup>.

Intanto, dall'altra parte dell'Atlantico, in Francia, non vi fu alcuna apertura all'esercizio del *judicial review*. Il potere legislativo godeva di un'altissima stima – che si poteva già avvertire dallo spirito della *Declaración* del 1789 – nei confronti di una diffusa diffidenza nei riguardi dei giudici, ai quali era costituzionalmente vietato sospendere l'esecuzione delle leggi. In tale contesto, si era inaugurata una politica costituzionale che, per quasi due secoli, avrebbe respinto i tentativi di positivizzare il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi<sup>15</sup>, rendendone l'esercizio impossibile in assenza di un'espressa previsione costituzionale.

### 3. Il *judicial review* nell'Ottocento

Ebbene, contagiato dalle esperienze costituzionali di Stati Uniti e Francia, il secolo XIX subì la rapida diffusione territoriale dei testi costituzionali, quando molte monarchie europee, specialmente dopo le rivolte del 1848, si videro costrette ad emanarli, nello stesso tempo in cui essi si diffondevano nel continente americano, conseguentemente all'indipendenza delle colonie iberiche. Alcuni testi furono il risultato di assemblee rappresen-

---

<sup>11</sup> *The Founders' Constitution...*, cit.

<sup>12</sup> J. WILSON, *Colected...*, cit., p. 346.

<sup>13</sup> B. F. WRIGHT, *The growth of American constitutional law*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1967, pp. 28-32; W. M. TREATOR, William Michael, *Judicial Review Before...*, cit., pp. 498-554.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Sul rifiuto di tali tentativi si veda i due studi di M. BATTAGLINI: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 47-67; *Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Anno XII, n. 3, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 671-683.

tative, mentre altri furono ottriate; in quest'ultimo caso, si preferì adottare il titolo di *Carta* o *Statuto* invece di Costituzione, probabilmente nel tentativo di svincolarsi dal contesto rivoluzionario degli Stati Uniti e della Francia<sup>16</sup>.

Molti testi costituzionali sembrano non aver raggiunto un alto grado di precettività, venendo addirittura a subire rovesciamenti e sostituzioni, in un vero “*valzer delle Costituzioni*”, per usare l'espressione di Maurice Duverger.<sup>17</sup> Forse non sarebbe sbagliato dire che, almeno a principio, la *costituzionalizzazione* si presentò con quella caratteristica “*nominale*” cui si riferisce Karl Loewenstein, come se “i presupposti sociali ed economici – per esempio, la mancanza dell'istruzione in generale e, in particolare, dell'istruzione politica, l'inesistenza di una classe media indipendente e altri fattori” – avessero operato “contro una concordanza assoluta tra le norme costituzionali e le esigenze del processo del potere”, ostacolando “la completa integrazione delle norme costituzionali nella dinamica della vita politica”<sup>18</sup>.

Tuttavia, diversamente da quanto si suole leggere e dire, questo *déficit* normativo deve essere considerato più *cum grano salis*, non dovendo, per forza, essere inteso nel senso assoluto o sproporzionato, specialmente se si prende atto che, a partire dalla seconda metà del secolo XIX, iniziò la diffusione del *judicial review*.

Nei Paesi latinoamericani, esso fu previsto dagli stessi testi costituzionali e da alcune leggi ordinarie, come si può avvertire nelle esperienze di Haiti<sup>19</sup>, Repubblica Dominicana<sup>20</sup>, Bolivia<sup>21</sup>, Argentina<sup>22</sup>, Messico<sup>23</sup>, Venezuela<sup>24</sup>, Colombia<sup>25</sup>, El Salvador<sup>26</sup>, Costa Rica<sup>27</sup>, Brasile<sup>28</sup>, Nicaragua<sup>29</sup> e Honduras<sup>30</sup>.

Il controllo di costituzionalità fu prevalentemente adottato nella modalità diffusa, spettando a tutti i gradi di giurisdizione ed avendo effetti meramente *inter partes*. Un'eccezione interessante si trova nell'esperienza colombiana, la cui Costituzione del 1886, nella sua redazione originale, prevedeva soltanto un controllo preventivo e accentrato da parte della *Corte Suprema de Justicia*. Esso veniva attivato quando le Camere legislative insistevano

---

<sup>16</sup> Sulla questione della denominazione dei testi costituzionali (*Charte*, *Statuto*, ecc.) e del tentativo di svincolarli dal contesto rivoluzionario del secolo XVIII, si veda L. LACCHE, *Le carte ottriate. La teoria dell'octroi e le esperienze costituzionali nell'Europa post-rivoluzionaria* in *Giornale di storia costituzionale*, n. 18, II semestre, 2009, pp. 231-234.

<sup>17</sup> M. DUVERGER, *Le costituzioni della Francia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 45.

<sup>18</sup> K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 218.

<sup>19</sup> Costituzione del 1843, art. 162.

<sup>20</sup> Costituzione del 1844, art. 125, Costituzione del 1858, art. 26, e Costituzione del 1865, art. 65.

<sup>21</sup> Costituzione del 1851, art. 82; Costituzione del 1861, art. 65. 2; Costituzione del 1868, art. 79.2; Costituzione del 1871, art. 82. 2; Costituzione del 1878, art. 111.2; e Costituzione del 1880, art. 111.2.

<sup>22</sup> Costituzione del 1853 e le leggi 27/1862 e 48/1863.

<sup>23</sup> Ancorché limitato al *juicio de amparo*, esso è stato previsto dalla stessa Costituzione del 1857 e disciplinato dalla *Ley de Amparo* del 1869.

<sup>24</sup> Costituzione del 1858, art. 113. 8, e Costituzione del 1893, art. 110. 8.

<sup>25</sup> Costituzione del 1886, art. 90.

<sup>26</sup> Costituzione del 1886, art. 110.

<sup>27</sup> Esercitato sotto la Costituzione del 1871, a partire della legge ordinaria del 1887.

<sup>28</sup> Costituzione del 1891, art. 59, § 1°, e art. 60, “a”. Sulla fase iniziale del *judicial review* brasiliano, si veda L. B. RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal Federal. Defesa das liberdades civis (1891-1898)*, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1991, pp. 61-89.

<sup>29</sup> Costituzione del 1893, arts. 116.3 e 117.

<sup>30</sup> Costituzione del 1894, arts. 106 e 117.

nell'approvazione di un progetto di legge a cui il Presidente della Repubblica avesse opposto il veto per ragioni di incostituzionalità. Se la Corte decideva per la costituzionalità del progetto di legge, il Presidente era costretto a promulgarlo; altrimenti, il progetto doveva essere archiviato (artt. 88 e 90).

A prescindere però dalla sua modalità, in Haiti, Honduras, Nicaragua e Repubblica Dominicana, il *judicial review* non sembra essere stato esercitato. Invece, in tutti gli altri Paesi, il sindacato di legittimità fu messo in atto ed i giudici dichiararono l'incostituzionalità di leggi nazionali e locali.<sup>31</sup>

Intanto, negli Stati Uniti si continuò ad esercitare il controllo diffuso di costituzionalità inaugurato nel Settecento. Secondo la dottrina maggioritaria, la Suprema Corte si sarebbe un po' intimidita dopo *Marbury v. Madison*, giungendo a dichiarare l'incostituzionalità di una legge federale, per la seconda volta, solamente nel 1854, nel caso *Dred Scott v. Sandford*. Non manca però una storiografia revisionista che sostiene l'esistenza di precedenti anteriori in cui i *Justices*, pur senza dichiarare esplicitamente l'incostituzionalità degli atti del Congresso, ne avrebbero limitato i significati in base a un'*interpretazione conforme a Costituzione*.<sup>32</sup> È comunque indiscusso che, nel periodo posteriore alla Guerra Civile, la quantità dei casi di *judicial review* abbia subito un importante incremento nel Nordamerica.<sup>33</sup>

In Europa, il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi si manifestò in maniera più timida. L'unica previsione costituzionale che pare aver avuto successo è quella della Costituzione svizzera che, grazie alla riforma del 1874, permise al Tribunale Federale di controllare la costituzionalità delle leggi cantonali (art. 113, comma 1 e 3), rimanendo però impedito il controllo sulle leggi federali (art. 113, nella sua parte finale).<sup>34</sup>

In Norvegia, d'altra parte, la mancanza di una disposizione espressa della Costituzione del 1814 non impedì che avesse luogo quello che apparentemente fu il primo precedente di *judicial review* in tutta Europa, messo in atto nella modalità diffusa e *inter partes*. Ciò ac-

---

<sup>31</sup> P. J., EDER, *Judicial review in Latin America* in *Ohio State Law journal*, vol. 21, n. 4, Ohio, The Ohio State University, 1960, pp. 570-615; A. B. BERNAL, *Matizando...*, cit., pp. 129-153; O. V. MERCADO, *El control de la constitucionalidad de la ley. Estudio de derecho comparado*, D.F. México, 1978, pp. 150-155; J.-R. GARCIA, *El surgimiento del control de constitucionalidad en Bolivia: de la independencia a la Constitución Boliviana de 2009*, in *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 2, No. 3, Julio – Diciembre, 2014, México, UJAT, p. 70; E. A. IBARLUCÍA, *El neoconstitucionalismo y la "sobreinterpretación" constitucional*, in *Estudios de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2012, pp. 79-80; M. G. OROPEZA, *El amparo en negocio judiciales. El caso de Miguel Vega*, in *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n. 10, pp. 393-397; M. G. OROPEZA, M. R. RODRÍGUEZ, *Orígenes de la interpretación Judicial en México*, p. 393, nota 1255, <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/viewFile/10448/12592>>, in data 27.11.2017; L. B. RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal Federal. Defesa das liberdades civis. 1891-1898*, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1991, pp. 61-89.

<sup>32</sup> K. WHITTINGTON, *Judicial Review of Congress Before the Civil War* in *The Georgetown law journal*, May 2009; M. A. GRABER, *New Fiction: Dred Scott and the Language of Judicial Authority*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 82, Issue 1, Symposium: 150<sup>th</sup> Anniversary of Dred Scott Decision, December 2006.

<sup>33</sup> C. KEITH, *The United States Supreme Court and Judicial review of Congress, 1803-2001*, in *Judicature*, Volume 90, Number 4, January-February, 2007, <<http://www.utdallas.edu/~lck016000/JudicatureUSSCT.pdf>, in data 08.12.2017>.

<sup>34</sup> P. C. VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 49-69; M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 135; M. BATTAGLINI, *Contributi...*, cit.

cadde nel 1866, nel caso *Grev Wedel Jarlsberg v. Marinedepartementet*, in cui fu dichiarata l'incostituzionalità di una legge che imponeva agli ufficiali navali di tenere aggiornata la lista dell'equipaggio senza ricevere alcun compenso in ragione di tale mansione. La Suprema Corte norvegese stabilì che, in ipotesi analoghe, ove fosse sorto un contrasto tra la legge e la Costituzione, quest'ultima doveva prevalere<sup>35</sup>. Tale sentenza non fece riferimento al precedente di *Marbury v. Madison*, ma, secondo Arnfinn Bårdsen, non vi sono dubbi che perlomeno alcuni dei giudici di allora ne fossero a conoscenza.<sup>36</sup>

Infine, l'Ottocento vide anche la Grecia inaugurare il *judicial review*, a prescindere da una disposizione espressa nella Costituzione del 1864. Il controllo si sviluppò nella modalità diffusa e ebbe inizio nel 1893, con una decisione della Corte di Cassazione, che, malgrado non abbia dichiarato l'incostituzionalità della legge impugnata, riconobbe la competenza dei giudici a farlo. Cinque anni dopo, nel 1897, si registrò la prima sentenza d'incostituzionalità, quando la Corte di Cassazione dichiarò che l'art. 4 della legge 173 del 1867 violava il diritto di proprietà di cui all'art. 17 della Costituzione. Secondo la sentenza, nei casi "*in cui una disposizione di legge sia contraria alla Costituzione... il Tribunale ha il diritto di non applicare tale disposizione nel caso in giudizio*". Va sottolineato che, così come in Norvegia, la Corte di Cassazione greca non fece alcun riferimento a *Marbury v. Madison* nelle menzionate sentenze.<sup>37</sup>

#### 4. Il *judicial review* dall'inizio del Novecento alla II Guerra Mondiale

Le esperienze costituzionali della prima metà del Novecento sperimentarono una maggiore diffusione del controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi, che raggiunse la maggioranza dei Paesi latinoamericani e molte potenze europee.

In America Latina, il *judicial review* continuò, con maggiore o minore efficacia, a fare parte della vita giuridica dei dodici paesi già menzionati in precedenza e fu previsto altresì dai testi costituzionali di Cuba<sup>38</sup>, Paraguay<sup>39</sup>, Guatemala<sup>40</sup>, Cile<sup>41</sup>, Uruguay<sup>42</sup> e Panama<sup>43</sup>.

---

<sup>35</sup> R. SLAGSTAD, *The breakthrough of judicial review in the Norwegian system in Constitutional justice under old constitutions*, London-Boston, Kluwer, 1995, pp. 96-99; C. SMITH, *Judicial review of parliamentary legislation: Norway as a European pioneer in Amicus Curiae*, Issue 2, November 2000, pp. 11-12, <<http://sas-space.sas.ac.uk/3780/1/1355-1498-1-SM.pdf>>, in data 14.03.2016.

<sup>36</sup> A. BÅRDSSEN, *The Norwegian Supreme Court and the internationalization of law in Seminar for the EFTA Court and the Norwegian Supreme Court, 7<sup>th</sup> and 8<sup>th</sup> of October 2014*, Norwegian Supreme Court, p. 3, <<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/the-norwegian-supreme-court-and-the-internationalisation-of-law.pdf>>, in data 14.03.2016.

<sup>37</sup> D. DIMOULIS, *A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia. Um caso de "ativismo judicial" na Europa do século XIX*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan./jun. – 2003, pp. 215 e 219-222.

<sup>38</sup> Costituzione del 1901, art. 83.4, e legge ordinaria del 1903; Costituzione del 1934, art. 78.5; e Costituzione del 1940, artt. 174, "d", 182 e 183.

<sup>39</sup> Legge ordinaria 325 del 1918, sotto la Costituzione del 1870.

<sup>40</sup> Costituzione del 1844, art. 93, a partire della riforma costituzionale del 1921.

<sup>41</sup> Costituzione del 1925, art. 86.

<sup>42</sup> Costituzione del 1934, artt. 232 a 235.

<sup>43</sup> Costituzione del 1904, art. 105, e Codice Civile del 1916, art. 12; e Costituzione del 1941, art. 188.



A questo punto, le modalità del *judicial review* si erano molto incrementate rispetto al precedente secolo. In Colombia, per esempio, accanto al controllo avviato dal veto presidenziale, la riforma costituzionale del 1910 prevede il sindacato diffuso, con gli effetti *inter partes*,<sup>44</sup> nonché un'*acción pública* che permetteva a qualsiasi cittadino di impugnare la costituzionalità delle leggi direttamente presso la *Corte Suprema de Justicia*,<sup>45</sup> la cui decisione aveva effetti *erga omnes*.<sup>46</sup> A Cuba, le sentenze dei giudici ordinari potevano soltanto accertare l'esistenza di questioni di legittimità costituzionale nell'ambito dei casi concreti, permettendo alle parti di presentare ricorso d'incostituzionalità dinanzi al *Tribunal Supremo de Justicia*; lo potevano presentare anche i cittadini che, fuori da una fattispecie concreta sottoposta a giudizio, si sentissero lesi dall'applicazione di una legge che ritenessero incostituzionale; in entrambe le ipotesi, la sentenza del *Tribunal Supremo de Justicia* aveva effetti *inter partes* (Cost. 1901, art. 83.4, e legge del 31 marzo 1903). Successivamente, la *Ley constitucional* del 1934 (artt. 38 e 78.5) mantenne queste modalità di controllo, aggiungendo però l'*acción pública*, la cui sentenza esplicava effetti *erga omnes*, sulla scia dell'esperienza colombiana<sup>47</sup>.

Così come succedeva sin dal secolo precedente, nella maggior parte dei Paesi latinoamericani finora menzionati, il *judicial review* fu esercitato, provocando la dichiarazione d'incostituzionalità di leggi nazionali e locali. Solo per dare qualche numero, a Cuba, tra il 1901 e il 1942, ottantasei norme, tra leggi e decreti, furono annullati, mentre, in Colombia, circa venticinque azioni popolari ottennero esito favorevole. Al contrario, in Paraguay, in Haiti, in Honduras, in Nicaragua e nella Repubblica Dominicana, le norme costituzionali che sancivano il sindacato giudiziale di costituzionalità delle leggi sembrano non essere state mai applicate<sup>48</sup>.

In Europa, il *judicial review* iniziò a diffondersi con meno timidezza. Dopo la Norvegia e la Grecia<sup>49</sup>, che lo praticavano sin dall'Ottocento, si indirizzarono in tal senso anche la Romania, il Portogallo, la Germania, la Cecoslovacchia, l'Austria, l'Irlanda, la Spagna e l'Islanda.

Il punto di partenza sembra sia stato in Romania, quando vigeva ancora la Costituzione del 1866, che non prevedeva esplicitamente il *judicial review*. Nel 1902, la Corte di Cassazione confermò una decisione di un tribunale dipartimentale, che, in modo inedito, aveva dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione della legge sulla vendita di terreni.

---

<sup>44</sup> *Acto legislativo* 3/1910, art. 40.

<sup>45</sup> *Acto legislativo* 3/1910, art. 41.

<sup>46</sup> L. J. M. ORTIZ, *El sistema de control de constitucionalidad en Colombia*, in *Civilizar* 10 (19): 75-92, julio-diciembre de 2010, <<http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/46/44>>, in data 31.11.2017.

<sup>47</sup> F. F. SEGADO, *El Control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, ago. 2001, vol. 12, no.1, p. 205-228, <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art12.pdf>>; P. J. EDER, *Judicial review...*, cit., pp. 589-596 e 610-612.

<sup>48</sup> P. J. EDER, *Judicial review*, cit.; A. B. BERNAL, *Matizando*, cit.; O. V. MERCADO, *El control...*, cit., pp. 150-155.

<sup>49</sup> A partire del 1927, quasi tutte le Costituzioni greche succedute nel tempo (1927, 1968, 1973 e 1975) prevedero espressamente il *judicial review*, nella modalità diffusa. Ne fu un'eccezione la Costituzione del 1952, la cui omissione, tuttavia, non impedì che i giudici greci continuassero a esercitare il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi durante la sua vigenza (D. DIMOULIS, *A introdução...*, cit., pp. 215 e 216-217).

Dieci anni più tardi, nel 1912, un'altra disposizione di legge fu annullata dalla Corte di Cassazione, riconoscendosi definitivamente la competenza di tutti i giudici romeni a esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi<sup>50</sup>. Sotto la vigenza della Costituzione del 1923<sup>51</sup>, il *judicial review* fu previsto esplicitamente, sostituendosi il controllo diffuso con un controllo accentrato dinanzi alla Corte di Cassazione, tramite il quale è stata dichiarata l'incostituzionalità di almeno due leggi, sempre con effetti meramente *inter partes*<sup>52</sup>.

In Portogallo, la Costituzione del 1911 prevede il *judicial review* nella modalità diffusa e *inter partes*, il quale tuttavia sembra sia stato privato di qualsiasi efficacia a causa dell'onnipotenza parlamentare e di successive crisi istituzionali<sup>53</sup>. Dall'altra parte, con la Costituzione autoritaria del 1933<sup>54</sup>, i tribunali arrivarono, almeno in alcuni casi, ad esercitare il controllo di costituzionalità sulle leggi, il quale, sulla scia del testo costituzionale precedente, fu previsto nella modalità diffusa e *inter partes*<sup>55</sup>.

In Germania, anche in mancanza di una disposizione costituzionale esplicita, la giurisprudenza riconobbe la propria competenza al sindacato di costituzionalità delle leggi nella modalità diffusa e *inter partes*, il quale fu esercitato ben più di una volta e portò alla disapplicazione di almeno una legge del Reich. A quanto pare, si consolidò la premessa manifestata da Hugo Preuss durante il processo costituente di Weimar, secondo la quale “*il controllo giudiziale esiste sempre che non sia espressamente rifiutato*”, non potendosi immaginare “*un'attività giudiziale piena quando il tribunale debba vedersi costretto ad applicare una legge che, secondo la sua solida convinzione, sia incostituzionale*”.<sup>56</sup> In effetti, sin dall'entrata in vigore della Costituzione di Weimar, molti giudici sindacarono la costituzionalità delle leggi, competenza essa che fu ribadita in maniera definitiva dal Tribunale del Reich (*Reichsgericht*), nella famosa sentenza del 5 ottobre 1925, sostenendosi che “*giacché la stessa Costituzione del Reich non contiene alcun dispositivo in virtù del quale la decisione sulla costituzionalità delle leggi del Reich sia stata sottratta ai Tribunali e attribuita a un'altra istanza, si deve riconoscere il diritto e il dovere dei giudici di controllare la costituzionalità delle leggi del Reich*”.<sup>57</sup>

Sempre in Germania, il *judicial review* fu esercitato in modo da produrre persino effetti *erga omnes*, attraverso ricorsi proposti direttamente ad alcuni Tribunali superiori, sulla ba-

---

<sup>50</sup> V. ORESCO, *Le controle de la constitutionnalité des lois em Roumanie*, Paris, E. de Boccard, 1929, pp. 68-95.

<sup>51</sup> Costituzione del 1923, art. 103.

<sup>52</sup> V. ORESCO, *Le controle...*, cit., pp. 129-145.

<sup>53</sup> Costituzione del 1911, art. 63; e Costituzione del 1933, art. 122.

<sup>54</sup> Costituzione del 1933, art. 122.

<sup>55</sup> C. B. MORAIS, *Justiça Constitucional. Tomo I. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 334 e 338-339.

<sup>56</sup> “El control judicial existe siempre que no se halla expresamente excluido... creo que cuando no se dice nada se entiende por sí solo que hay control judicial... No me puedo imaginar una actuación judicial plena cuando el tribunal debe verse obligado a aplicar una ley que según su firme convicción es inconstitucional” (P. C. VILLALON, *La formación...*, cit., p. 83).

<sup>57</sup> “Puesto que la Constitución del Reich misma no contiene ningún precepto en virtud del cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del Reich fuera sustraída a los tribunales y transferida a otra instancia, hay que reconocer el derecho y el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich” (P. C. VILLALON, *La formación...*, cit., p. 83).

se degli artt. 13.2 e 19 della Costituzione di Weimar. Nell'ambito del controllo di compatibilità tra il diritto dei *Länder* e il "diritto federale", di cui all'art. 13.2, alcune leggi dei *Länder* furono annullate a causa della loro incompatibilità con la seconda parte della Costituzione<sup>58</sup>; nell'ambito del controllo sulle controversie di attribuzione tra il Reich e i *Länder*, di cui all'art. 19, più di una volta fu verificata la costituzionalità delle leggi del Reich e almeno una tra esse fu dichiarata incostituzionale<sup>59</sup>.

In Cecoslovacchia, la Costituzione prevede, per la prima volta in Europa, il *judicial review* accentrato in una Corte Costituzionale, le cui sentenze avevano effetti *erga omnes*<sup>60</sup>. Oltre alla modalità *successiva*, il controllo poteva essere operato anche preventivamente ed *ex officio*. In pratica, la Corte Costituzionale esercitò solamente una volta il *judicial review*, nella modalità preventiva ed *ex officio*, pronunciando una sentenza che, nonostante abbia confermato la costituzionalità di una legge, ne limitò il significato, mediante una vera "interpretazione conforme"<sup>61</sup>.

In Austria, la genialità di Hans Kelsen influenzò la previsione costituzionale di una modalità di *judicial review* che era, anch'essa, accentrata in una Corte Costituzionale e produceva effetti *erga omnes*<sup>62</sup>, sulla scia dell'esperienza cecoslovacca<sup>63</sup>, nonostante il pionierismo in materia sia spesso attribuito agli austriaci. A partire del 1925, la Corte Costituzionale assunse la competenza ad esercitare il controllo di legittimità preventivo, pronunciandosi su sollecitazione del governo federale o dei *Länder* ai fini di accertare se un progetto legislativo o amministrativo fosse un'attribuzione federale ovvero regionale<sup>64</sup>. In pratica, la Corte Costituzionale pronunciò più di venti sentenze che accertarono la costituzionalità delle leggi federali e dei *Länder*, molte delle quali furono dichiarate incostituzionali. Nell'ambito delle pronunce sul conflitto di attribuzione, la Corte Costituzionale si espresse per ben otto volte<sup>65</sup>.

In Spagna, si prevede un modello somigliante a quello cecoslovacco e austriaco<sup>66</sup>, eccezion fatta per un'ipotesi in cui il sindacato aveva effetti meramente *inter partes*, più precisamente quando le sentenze dichiaravano l'incostituzionalità *materiale* di una legge nell'ambito di un "*recurso de inconstitucionalidad*". In pratica, a causa del ritardo della legge ordinaria destinata a regolare la procedura giudiziale del controllo, tale modello fu esercitato soltanto a partire del 1934, con la dichiarazione di incostituzionalità di alcune leggi<sup>67</sup>.

---

<sup>58</sup> P. C. VILLALON, *La formación...*, cit., pp. 105-106.

<sup>59</sup> *Ivi*, pp. 153-154.

<sup>60</sup> Costituzione del 1920, art. I, e legge ordinaria del 1920.

<sup>61</sup> P. C. VILLALON, *La formación...*, cit., pp. 290-297.

<sup>62</sup> Costituzione del 1920, art. 140.

<sup>63</sup> Sull'inesistenza della stessa influenza kelseniana nell'adozione del controllo accentrato dalla Costituzione Cecoslovacca, si veda T. OLECHOWSKI, *The beginnings of constitutional justice in Europe*, online version, 16th June 2015, <<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/constitutionaljustice.doc>>, p. 82-83, in data 06.11.2016.

<sup>64</sup> Costituzione del 1920, artt. 138.2.

<sup>65</sup> P. C. VILLALON, *La formación...*, cit., pp. 429-433.

<sup>66</sup> Costituzione del 1931, art. 121.

<sup>67</sup> P. C. VILLALON, *La formación...*, cit., pp. 336-340.

In Irlanda, la Costituzione del 1922<sup>68</sup> attribuì a una *High Court* la competenza originaria su qualsiasi questione che riguardasse la validità di una legge dinanzi al testo costituzionale. A quanto pare, almeno in un caso (*State [Ryan] v. Lennon*, 1934), il menzionato tribunale esercitò tale competenza, senza comunque annullare l'atto impugnato<sup>69</sup>. Successivamente, la Costituzione del 1937<sup>70</sup> prevede il *judicial review*, sia nella modalità *successiva* - per essere esercitato dinanzi alla *High Court* e alla *Supreme Corte* - che nella modalità *preventiva* - per essere esercitato esclusivamente dalla *Supreme Court* nelle ipotesi in cui il Presidente le riferisse un progetto di legge che ritenesse incostituzionale, a somiglianza della procedura prevista dalla Costituzione colombiana del 1886. Uno dei primi casi in cui la legittimità di una legge fu controllata, e ritenuta incostituzionale, fu *State (Burke) v. Lennon*, giudicato nel 1940, cioè in vigenza della Costituzione irlandese del 1937<sup>71</sup>.

In Islanda, nonostante le Costituzioni del 1874 e del 1944 non contenessero alcuna previsione esplicita sul controllo di costituzionalità, il potere giudiziale islandese lo esercitò nella modalità diffusa sin dal 1900, cioè sotto la vigenza di entrambi i testi costituzionali. I primi casi che condussero alla disapplicazione di qualche legge per incostituzionalità si verificarono nel 1943; un altro avvenne nel 1946, seguito da molti altri.<sup>72</sup>

Ebbene, da quanto detto finora, la prognosi del *judicial review* verso la seconda metà del Novecento dovrebbe essere stata quella di un ininterrotto sviluppo in tutti i Paesi che lo avevano adottato e lo stavano esercitando. Tuttavia, come risaputo, se ciò fu vero per alcune nazioni, non lo fu per molte altre in cui, specialmente a cavallo degli anni '30, si instaurarono dittature, gestite da capi di governo che si arrogarono l'esercizio del potere legislativo, riuscendo a prevalere sulle Costituzioni, sui Parlamenti e sugli organi giudiziari, finendo per indebolire o interrompere l'esercizio del controllo giudiziale di costituzionalità.

Le dittature erano prevalentemente di carattere personale, basate sul gran carisma dei loro *leader*<sup>73</sup>, capaci di ottenere il sostegno delle forze armate, senza trovare antagonisti all'altezza nelle file dei Parlamenti e dei poteri giudiziari, i quali non riuscirono a garantire la supremazia costituzionale nemmeno laddove il *judicial review* era stato previsto e veniva esercitato.

---

<sup>68</sup> Costituzione del 1922, art. 65.

<sup>69</sup> The Supreme Court of Ireland, Important Judgments, The State (Ryan) -v- Lennon <[http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/4BDC71672260E0218025765E0036A4F4/\\$FILE/State%20\(Ryan\)%20v%20Lennon\\_1934.rtf](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/4BDC71672260E0218025765E0036A4F4/$FILE/State%20(Ryan)%20v%20Lennon_1934.rtf)>, in data 02.05.2016.

<sup>70</sup> Costituzione del 1937, artt. 26 e 34.

<sup>71</sup> F. X. BEYTAGH, *Constitutionalism in contemporary Ireland. An American perspective*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 1997, pp. 43-44.

<sup>72</sup> R. HELGADÓTTIR, *Nonproblematic judicial review: A case study in I CON (2001)*, vol. 9, n. 2, pp. 533-537, <<http://icon.oxfordjournals.org/content/9/2/532.full.pdf+html>>, in data 14.03.2016.

<sup>73</sup> Al proposito, si veda di B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, San Cesario di Lecce, Pensa Editore, 2009, pp. 197-200; *Les constitutions des nations américaines*, Paris, Librairie Delagrave, 1932, pp. LXXXVIII-CII.

## 5. Il *judicial review* dalla II Guerra mondiale in poi

Ben presto in alcuni Paesi, più tardi in altri, quelle dittature, così come altre istituite nella seconda metà del Novecento, furono rovesciate, permettendo la ripresa del *judicial review* laddove esso era stato interrotto o comunque indebolito. Inoltre, il sindacato di legittimità riuscì a penetrare nei territori in cui non era mai stato adottato o esercitato, raggiungendo una condizione di quasi onnipresenza nell'intero Occidente, specialmente alla fine degli anni novanta del secolo scorso.

In Europa, subito dopo la Seconda Guerra Mondiale, l'Italia stabilì, in modo inedito, il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi, esercitandolo prima in maniera diffusa e poi nella modalità accentrata<sup>74</sup>. Quest'ultima fu stabilita in Germania, dalla Costituzione del 1949, e ristabilita in Austria, col ripristino della Costituzione del 1920.

Nel 1963, la forza espansiva del controllo giudiziale di costituzionalità si fece sentire al punto da iniziare a penetrare in alcuni ordinamenti di matrice sovietica, i quali, di regola, si limitavano a prevedere un controllo preventivo attribuito agli stessi organi legislativi. Facendo eccezione a questa regola, il controllo di costituzionalità delle leggi fu istituito in Jugoslavia (Costituzioni del 1963 e del 1974), Polonia (riforma costituzionale del 1982) e Ungheria (riforma costituzionale del 1983), attraverso la previsione di appositi organi giurisdizionali, i cui membri erano eletti dalle assemblee legislative<sup>75</sup>.

Nel 1964, la Suprema Corte della Svezia pronunciò una sentenza in cui riconobbe definitivamente la competenza diffusa dei giudici a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi, il che, successivamente, fu espressamente previsto dalla Costituzione svedese dopo la riforma del 1979.<sup>76</sup>

Negli anni '70, il *judicial review* fu ristabilito in Spagna e rinvigorito in Portogallo, in forza delle rispettive esperienze di ridemocratizzazione.

Fu comunque negli anni '90, dopo la riorganizzazione dei Paesi dell'appena estinto *blocco sovietico*, che il *judicial review* acquisì, in Europa, l'attuale grado di espansione territoriale, essendo previsto in paesi come la Russia<sup>77</sup>, la Bulgaria<sup>78</sup>, la Estonia<sup>79</sup>, la Lettonia<sup>80</sup>, la Lituania<sup>81</sup>, e la Slovenia<sup>82</sup>, oltre ad essere ristabilito in Romania<sup>83</sup> e nel territorio dell'ex Cecoslovacchia, cioè, nelle odierne Slovacchia<sup>84</sup> e Repubblica Ceca<sup>85</sup>.

---

<sup>74</sup> S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 29-40.

<sup>75</sup> D. KULIC, *The Constitutional Court of Yugoslavia in the Protection of Basic Human Rights*, in Osgoode Hall Law Journal, York University, Vol. 11, number 2 (August 1973), pp. 275-284; G. D. VERGOTTINI, *Le transizioni...*, cit., p. 109; R. R. LUDWIKOWSKI, *Judicial Review in the Socialist System: Current Developments*, in CUA Law Scholarship Repository, The Catholic University of America, Columbus School of Law, 1988, pp. 89-108.

<sup>76</sup> J. NERGELIUS, *Constitutional reform in Sweden. Some important remarks*, in *TvCR Oktober 2013*, pp. 376-378, <file:///C:/Users/Gustavo/Downloads/200Constitutional\_reform\_in\_Sweden%20(4).pdf> in data 14.03.2016.

<sup>77</sup> Costituzione del 1993, art. 125.

<sup>78</sup> Costituzione del 1991, artt. 149-151.

<sup>79</sup> Costituzione del 1992, artt. 149.4 e 152.

<sup>80</sup> Costituzione ripristinata del 1922, art. 85.

<sup>81</sup> Costituzione del 1992, artt. 102-107

<sup>82</sup> Costituzione 1991, artt. 160-162.

Sempre negli anni '90, ma in un contesto sociale ovviamente diverso da quello delle ex repubbliche del *blocco sovietico*, la Suprema Corte della Danimarca dichiarò per la prima volta l'incostituzionalità di una legge, esercitando una competenza che non era espressamente prevista dalla Costituzione danese del 1953, sulla scia di ciò che altri due paesi scandinavi, la Norvegia e la Islanda, facevano già da molto tempo. La Finlandia, a sua volta, prevede finalmente il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi mediante la Costituzione emanata nel 1999, eliminando dal suo ordinamento le norme costituzionali precedenti che ne vietavano l'esercizio.

Nell'America latina, il *judicial review* continuò a essere esercitato da quasi tutti i Paesi che lo praticavano in precedenza, subendo nuove interruzioni o indebolimenti durante nuovi interregni dittatoriali.<sup>86</sup> Così com'è successo in Europa, fu solamente negli anni '90, dopo la ridemocratizzazione di gran parte dei Paesi, che il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi acquisì la quasi onnipresenza territoriale di cui gode attualmente, raggiungendo l'Ecuador<sup>87</sup> e il Perù<sup>88</sup>, ed essendo finalmente esercitato nei Paesi in cui, in passato, sembrava essere rimasto lettera morta.

Forse, tuttavia, il segno più emblematico del trionfo del *judicial review* non si trova nelle suddette vicende degli anni '90, bensì in quello che successe nell'ordinamento francese nel 1958 e poi nella prima decade del secolo XXI. La già accennata politica di rigetto del sindacato giudiziale di costituzionalità iniziò a cambiare con la Costituzione del 1958, che ne stabilì l'esercizio tramite l'istituzione di un organo giurisdizionale apposito, malgrado l'attuazione di quest'ultimo fosse ristretta a una modalità preventiva. Cinquanta anni dopo, la riforma costituzionale del 2008 allargò definitivamente l'ambito di tale controllo, rendendolo pure *successivo*, in modo tale da metterlo alla pari di quasi tutte le altre esperienze europee e americane. Si concludeva così, all'inizio del presente secolo, la rottura di quello che sembrava essere il tabù più resistente contro la diffusione del *judicial review*, il quale, fino ad allora, nella sua modalità *successiva*, non era riuscito a penetrare in quella che, insieme alla nordamericana, è l'esperienza costituzionale più antica del mondo.

Non va dimenticato che vi sono ancora delle eccezioni al controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi, come in Svizzera, dove esso rimane ristretto alle sole leggi cantonali,

---

<sup>83</sup> Costituzione del 1991, artt. 142-147.

<sup>84</sup> Costituzione del 1992, artt. 124-140.

<sup>85</sup> Costituzione del 1992, artt. 87-89.

<sup>86</sup> In Brasile, per esempio, dopo le dittature dell'Era Vargas (1930-1945), vi fu la ridemocratizzazione mediante l'emanazione della Costituzione del 1946. Tuttavia, dal 1964 fino al 1985, la dittatura tornò, stavolta nelle vesti di un governo eminentemente militare, il quale, sebbene abbia dichiaratamente tenuto la Costituzione del 1946 e poi emanato quella del 1967, operò sempre come un Potere costituente permanente, rendendo difficile la pratica di un'autentica esperienza costituzionale e, di conseguenza, di un autentico *judicial review*. Al proposito, sullo "pseudo" *judicial review* esercitato in Brasile durante la dittatura militare, si veda A. KOERNER, *Uma análise política do processo de representação de inconstitucionalidade pós-64*, in *Cadernos Temáticos "Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito"*, Rio de Janeiro, Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, dezembro, 2010, pp. 299-327; A. D. Z. CARVALHO, *Entre o dever da toga e o apoio à farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar*, <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294152017.pdf>>, in data 07.12.2017.

<sup>87</sup> Costituzione del 2008, art. 436.

<sup>88</sup> Costituzione del 1993, artt. 138 e 201-204.

ovvero a Cuba, che smise di praticarlo a partire della dittatura di Fulgencio Batista<sup>89</sup>, ovvero ancora in Olanda, dove vige fino ad oggi una disposizione della Costituzione che lo vieta espressamente.<sup>90</sup> Tali eccezioni corrispondono tuttavia a qualcosa d'irrisorio dinanzi alla quantità di Paesi che attualmente esercitano il *judicial review*, il quale fa parte di quasi tutte le esperienze giuridiche del mondo occidentale.<sup>91</sup>

## 6. Gli Stati costituzionali prima della II Guerra mondiale

Alla luce di questa brevissima sintesi storica, si possono fare diverse riflessioni, a cominciare dal fatto che il *judicial review* si è sviluppato nel tempo sotto diversi contesti politici e nelle più diverse modalità, essendo difficile teorizzare e ridurre queste ultime in solo due sistemi (*diffuso*, di matrice nordamericana, ed *accentrato*, di matrice austriaca) e vincolarli, in modo assoluto, a una determinata forma di Stato o a una determinata forma di governo (liberalismo o autoritarismo, individualismo o socialismo, federalismo o unitarismo, monarchia o repubblica, presidenzialismo o parlamentarismo, ecc.)<sup>92</sup>.

Ai fini di questo saggio, però, le riflessioni che interessano di più concernono il fatto che, prima della II Guerra Mondiale, l'esistenza del *judicial review* non può essere sottovalutata né tantomeno negata. Al di là dei confini statunitensi, il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi esiste sin dall'Ottocento, specialmente nell'America latina, ma persino nell'Europa continentale (Norvegia e Grecia). Successivamente, nella prima metà del Novecento, il *judicial review* aveva già raggiunto la maggioranza dei Paesi latino americani e quasi la metà dei Paesi europei allora esistenti.

---

<sup>89</sup> A seguito del colpo di Stato del generale Fulgencio Batista y Zaldívar, la Costituzione del 1940 fu sostituita con una *Legge Costituzionale* redatta dal proprio dittatore e pubblicata nel 1952. Nonostante quest'ultima mantenesse le stesse previsioni della Costituzione precedente rispetto al *judicial review*, esso smise di essere praticato, probabilmente a causa della compiacenza dei giudici con il sistema autoritario. La mancanza di un effettivo controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi perdurò pure sotto la prima Costituzione della Cuba castrista, sebbene anch'essa abbia mantenuto le previsioni costituzionali sul *judicial review*. Infine, la Costituzione cubana del 1976 cancellò formalmente la competenza della *Suprema Corte* ad esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi (F. F. SEGADO, *El control...*, cit., pp. 227-228).

<sup>90</sup> Costituzione del 1814, art. 120.

<sup>91</sup> Per un riscontro si rimanda all'elenco elaborato da R. MADDEX e collocato all'inizio della sua opera *Constitutions of the world*, Washington, Congressional Quarterly Inc., 1995, pp. xvi-xxi.

<sup>92</sup> È questa la stessa conclusione cui sembra giungere Dimitri Dimoulis nel suo saggio dedicato al *judicial review* in Grecia:

"Refletir sobre o caso da Grécia permite, em nossa opinião, relativizar as explicações esquemáticas sobre as formas do controle de constitucionalidade. Com efeito, muitos autores, antigos e novos, explicam a adoção do 'modelo americano' de controle difuso com referência a três fatores institucionais: ao caráter federal dos EUA, ao regime presidencialista e à adoção do sistema do *common law* que concede amplas possibilidades de criação de direito ao judiciário. Segundo essa visão, o 'modelo europeu' de controle concentrado ajustar-se-ia melhor às estruturas do Estado unitário, ao regime parlamentar e ao sistema jurídico legicêntrico.

A introdução do controle difuso no século XIX na Grécia, bem como a sua perenidade histórica, invalidam estas explicações. A estrutura do Estado grego foi sempre unitária e fortemente centralizada. Além disto, o parlamentarismo consolidou-se definitivamente já na segunda metade do século XIX. Finalmente, o sistema jurídico legicêntrico foi adotado imediatamente após o fim da guerra da Independência da Grécia, através da recepção dos grandes Códigos então vigentes na França e na Alemanha" (D. DIMOULIS, *A introdução...*, cit., p. 217).

Se si tiene presente che, in quei periodi, nelle condizioni di normalità istituzionale, il sindacato di legittimità si svolse in modo soddisfacente, cioè senza subire grosse ed efficaci resistenze da parte dei poteri legislativi ed esecutivi,<sup>93</sup> allora si può dire che le sentenze ivi pronunciate non servono soltanto a dimostrare la precettività dei dispositivi costituzionali applicati giudizialmente, ma anche ad attestare la diffusione nelle pratiche di tutte le autorità, giudiziali o meno, della premessa che la Costituzione è la norma giuridica suprema e, di conseguenza, deve prevalere su tutte le altre norme giuridiche, persino mediante la sanzione giudiziale.

Tale premessa si poteva già trovare nei precedenti nordamericani anteriori a *Marbury v. Madison*, così come nei precedenti ottocenteschi dell'America latina e dell'Europa. E forse la testimonianza ancora più forte della sua diffusione si trova negli Stati Uniti, in Norvegia, in Grecia e in tutti quegli altri Paesi in cui non fu necessaria nemmeno una specifica previsione costituzionale del controllo, venendo a consolidarsi quell'idea che poi fu manifestata da Hugo Preuss durante il processo costituente di Weimar, nonché dalla famosa sentenza del *Reichsgericht* del 5 ottobre 1925: l'idea cioè che “il controllo giudiziale esiste sempre che non sia espressamente rifiutato”.

Come visto in precedenza, vi furono periodi in cui il sindacato di legittimità dovette affrontare resistenze più grosse ed efficaci, come le dittature, che riuscirono a rovesciare molte Costituzioni e le rispettive modalità di *judicial review*. Ciononostante, per quanto brevi o lunghi siano stati i governi dittatoriali, essi si presentarono sempre come anomalie istituzionali, di carattere eccezionale e patologico nella vita costituzionale dei Paesi occidentali, cioè come momenti d'intervallo dei rispettivi *Stati costituzionali*. Appena scomparivano i governi dittatoriali, le Costituzioni tornavano ad essere praticate come norme giuridiche supreme, la cui precettività poteva essere di nuovo garantita dall'esercizio del controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi, così come succedeva in precedenza, con maggiore o minore efficacia.

Lo sviluppo storico del *judicial review* aiuta a dimostrare, dunque, che non solo con riferimento all'America latina, ma addirittura all'Europa, non si possa sostenere che lo *Stato costituzionale* abbia preso forma solamente dopo la II Guerra mondiale, come se non fosse

---

<sup>93</sup> Non si può tuttavia trascurare che, in taluni Paesi, il *judicial review* subì qualche protesta e resistenza iniziali da parte degli altri poteri e addirittura da parte di qualche membro dello stesso potere giudiziario, cercandosi di responsabilizzare, politicamente o giudizialmente, alcuni giudici. Ciò accadde, per esempio, negli Stati Uniti, dopo *Marbury v. Madison*, in Messico, dopo il famoso caso *Manuel Vega*, e, in Brasile, dopo il caso soprannominato “*Crime de Hermenêutica*”. In casi come questi, però, i tentativi di resistenza furono infruttiferi e, al contrario dei loro scopi, finirono per aiutare a consolidare ancora di più la competenza dei giudici a sindacare la costituzionalità delle leggi. Invece, le vicende che riuscirono davvero a fermare il *judicial review* si riferiscono a mosse molto più serie, di anomalie istituzionali, spesso materializzate nei colpi di Stato che originarono le dittature capaci di sottoporre le Costituzioni, i Parlamenti e i poteri giudiziari (Sulla pressione politica subita dai giudici nordamericani dopo *Marbury v. Madison*, si veda B. MITCHELL, L. P. MITCHELL, *A biography of the Constitution of the United States. Its origin, formation, adoption, interpretation*, New York, Oxford University Press, 1975, pp. 251-254; J. C. SOUTO, *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 19-33; R. LILLICH, *The Chase Impeachment in The American Journal of Legal History*, vol. 4, n. 1, Philadelphia, Temple University, jan. 1960, pp. 58-59. Sulle pressioni infruttifere operate contro il *judicial review* in Messico e in Brasile, si veda M. G. OROPEZA, *El amparo...*, cit., pp. 393-397; M. G. OROPEZA, M. R. RODRÍGUEZ, *Orígenes...*, cit., p. 393, nota 1255; L. B. RODRIGUES, *História...*, cit., pp. 82-89).



esistito, nemmeno in una versione debole, già nell'Ottocento e nella prima metà del Novecento.

Sebbene si riferisca alla storia del *judicial review* latino americano, non è sbagliato estendere anche all'Europa la conclusione di Andrés Botero Bernal, secondo il quale la dualità irriducibile tra lo *Stato liberale* del secolo XIX (*"legicentrista, positivista, decimonónico"*) e lo *Stato costituzionale* contemporaneo (*"constitucionalcentrista, no-positivista, contemporáneo"*) può essere molto valida ai fini didattici, ma si allontana dalla realtà storica.<sup>94</sup>

È vero che resta sempre plausibile l'affermazione che, nei confronti delle odierne Costituzioni, quelle dell'Ottocento e dell'inizio Novecento sembrano molto più caratterizzate da quell'aspetto *nominale* cui si riferisce Karl Loewenstein; anche perché non si può pretendere uno stesso livello di concretizzazione costituzionale tra il presente e il passato di più di un secolo fa, quando non ci si poteva nemmeno immaginare tutti gli aggiornamenti, tecnologici e di altri ordini culturali, che oggi rendono molto meno difficile l'osservazione e l'applicazione delle Costituzioni e delle altre norme giuridiche. Ciononostante, è altrettanto vero che lo sviluppo storico del *judicial review* attesta che i testi costituzionali del secolo XIX e dell'inizio del secolo XX non possono essere tutti intesi, in modo assoluto, come semplici "fogli di carta", come se non avessero avuto alcun valore precettivo capace di instaurare uno *Stato costituzionale*.

## 7. Gli Stati costituzionali a prescindere dal *judicial review*

Quest'ultima conclusione non può comunque essere limitata ai Paesi e ai periodi in cui sia stato esercitato il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi.

Certamente, l'esercizio del *judicial review* può essere considerato come il livello più avanzato di uno *Stato costituzionale*, quando la Costituzione inizia finalmente ad essere trattata, a tutti gli effetti, come le altre norme giuridiche, specialmente al fine di essere garantita da una sanzione giudiziale, persino nei confronti delle leggi; ossia, quando il guardiano precipuo della costituzionalità diventa quell'ente che, tra tutti gli organi dello Stato, è quello essenzialmente strutturato per operare in modo imparziale e, dunque, presumibilmente più giusto.

Tuttavia, questo non significa che, laddove il sindacato di legittimità non sia stato previsto o esercitato, non vi fosse uno *Stato costituzionale*, in cui esistesse un ragionevole grado di obbedienza dei Parlamenti, dei governi e degli stessi cittadini alle disposizioni costituzionali, a prescindere da una sanzione giudiziale.

E ciò è così perché il *judicial review* non è presupposto della supremazia costituzionale,<sup>95</sup> bensì una delle sue garanzie. Ossia, la Costituzione non è norma suprema perché vi

---

<sup>94</sup> A. B. BERNAL, *Matizando...*, cit., pp. 134.

<sup>95</sup> Nel senso contrario, si veda, per esempio, Bernard Schwartz, che nega l'esistenza della Costituzione laddove il sindacato giudiziale di costituzionalità delle leggi non sia stato adottato. Secondo l'Autore statunitense, "a constitution which cannot be enforced by the courts contains but empty words." In base a tale affermazione, egli nega l'esistenza di un vera Costituzione in Francia prima del 1958, quando il *judicial review* non era ancora

è una giurisdizione che annulla gli atti incostituzionali, ma piuttosto il contrario: l'esistenza di questa giurisdizione è solamente possibile perché la Costituzione è la norma suprema.<sup>96</sup>

Come sostiene Alessandro Pace, la supremazia costituzionale svolge un'importantissima funzione a prescindere dall'adozione del *judicial review*. "La sola presenza della costituzione innesca, infatti, nel processo politico, una possibilità di controllo del potere, da parte sia delle opposizioni che della società civile, che è impensabile (qualitativamente e quantitativamente) negli ordinamenti privi di costituzione documentale"<sup>97</sup>.

L'Autore italiano mette in rilievo anche l'errore di mitizzare il sindacato giudiziale di costituzionalità al punto da ritenere la supremazia costituzionale indebolita o soppressa a causa di sentenze delle Corti costituzionali che suscitano pesanti critiche sotto il profilo della loro stessa costituzionalità. Malgrado l'esistenza di tali critiche, "ciò non ha indotto gli studiosi contemporanei a negare la rigidità delle costituzioni che ci governano. Più correttamente ci si è limitati a deprecare la scarsa sensibilità costituzionale di volta in volta dimostrata dal legislatore o dai giudici"<sup>98</sup>.

Inoltre, secondo la corretta opinione di Pedro Cruz Villalón, il *judicial review* non è neppure l'unica modalità di difesa della Costituzione, la cui preminenza "*puede ser una realidad sustentada en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades públicas, en la conciencia de la legitimidad, y por tanto aún en el ejercicio, del derecho de resistencia*"<sup>99</sup>. Secondo l'Autore spagnolo, "*esas han sido durante mucho tiempo las armas de la Constitución en nuestro entorno más próximo. Y a bien poco conduciría el negarse a hablar de primacía de la Constitución en este contexto*".<sup>100</sup>

Ed è proprio questo contesto che si può presumere fosse esistente, per esempio, in Francia, fino al 1958, ed in Finlandia, fino al 1999, prima che entrambi i Paesi adottassero il *judicial review*; ed è sempre questo stesso contesto che si spera esista tuttora in Olanda, dove il sindacato di legittimità rimane vietato.

Di conseguenza, nonostante rappresenti una delle principali garanzie della supremazia costituzionale, il *judicial review* non è l'unico modo di dimostrare o misurare la precettività delle Costituzioni del passato, specialmente laddove non sia stato adottato o non abbia funzionato con un minimo di effettività. Per una tale dimostrazione o misurazione, bisogna, in realtà, rivolgere sempre l'attenzione alle concrete esperienze dei testi costituzionali, per capi-

---

stato adottato nemmeno nella sua versione preventiva: "The failure of the French judiciary to assert a power of review over the constitutionality of acts of the legislature has made the various constitutions in France mere paper instruments and has, in effect, placed the French legislature in a position of practical supremacy not unlike that enjoyed by the Parliament in Britain" (B. SCHWARTZ, *American constitutional law*, Cambridge, University Press of Cambridge, 1955, pp. 7-8).

<sup>96</sup> "No es posible, por tanto, afirmar que la Constitución es norma suprema porque existe una jurisdicción que sanciona la conducta inconstitucional, sino más bien al contrario: la existencia de esa jurisdicción sólo es posible porque la Constitución Española es norma suprema" (I. de OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 24-25).

<sup>97</sup> A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 92-93.

<sup>98</sup> *Ivi*, p. 93.

<sup>99</sup> P. C. VILLALÓN, *La formación...*, cit., p. 27.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

re, a grandi linee, la posizione che tutte le autorità, giudiziali o meno, e gli stessi cittadini, abbiano avuto nei confronti delle rispettive Costituzioni.

Sebbene quest'ultima affermazione possa sembrare ovvia, essa può considerarsi il necessario contrasto a quella parte della dottrina che pare ancora disposta a sopravvalutare il *judicial review* - intendendolo come presupposto della supremazia costituzionale - e a trattare il *passato costituzionale* come se esso avesse avuto come principali protagonisti le dottrine giuspubblicistiche e le rispettive *idee* di Costituzioni, invece che la concreta esperienza dei testi costituzionali, ovverosia la loro effettiva applicazione, attuazione, riforma e persino violazione da parte dei legislatori, governi, opposizioni, giudici, cittadini, ecc.

## 8. L'Ottocento e i testi costituzionali nelle pratiche dei Parlamenti e dei governi

In base a quanto esposto, devono essere lodati quegli studi storici che prendono atto delle concrete esperienze costituzionali, e non solo di quelle giudiziali.

Lo fa, per esempio, David P. Currie, i cui primi due volumi del *The Constitution in Congress* sono molto importanti per capire l'alto grado di prestigio che la Costituzione statunitense ebbe sin dall'inizio, dando luce a un vero *Stato costituzionale*.

Avendo come oggetto gli atti congressuali, invece dei precedenti della Suprema Corte, l'Autore dimostra che, durante il periodo federalista (1789-1801), anche quando i dibattiti e le discussioni sono diventati più estremisti, il Congresso e il Presidente della Repubblica sembrano essere rimasti fedeli alla Costituzione<sup>101</sup>. Quest'ultima uscì ancora più forte persino dal periodo più turbolento della presidenza di Thomas Jefferson (1801-1809), che comprende, tra le tante vicende polemiche, l'attacco politico all'indipendenza giudiziale.<sup>102</sup>

Lo studio del Currie, basato sulla concreta attività del Congresso, non serve soltanto ad attestare la precettività della Costituzione nordamericana, ma anche a sottolineare il fatto che la sentenza di *Marbury v. Madison* non fu un atto *ex nihilo* del Justice John Marshall, ma piuttosto il riflesso della diffusione tra tutte le autorità, giudiziali o meno, della premessa che la Costituzione è la norma giuridica suprema. Inoltre, la ricerca dell'Autore statunitense aiuta a demitizzare quel pregiudizio, molto consueto nel Nordamerica, secondo cui la Costituzione è soltanto quello che la Suprema Corte stabilisce che essa sia; al contrario di ciò, dalla ricerca del Currie si può evincere che l'interpretazione e l'applicazione costituzionali non sono fatte unicamente dal potere giudiziario, nonché dalle altre autorità che, nelle innumerevoli

---

<sup>101</sup> D. P. CURRIE, *The Constitution in Congress. The Federalist Period. 1789-1801*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, pp. 116-122 e 296-298.

<sup>102</sup> *Ivi*, pp. 157-158.

ipotesi in cui i *Justices* non vengono sollecitati,<sup>103</sup> finiscono, nel bene o nel male, per dare l'ultima parola sul significato della Costituzione.<sup>104</sup>

Un altro studio molto interessante, basato sulla pratica costituzionale del Parlamento e del governo, è quello di Anna Gianna Manca, sulle principali sfide subite dalla Costituzione prussiana tra gli anni 1850 e 1866.

Diversamente dalla realtà nordamericana esposta dal Currie, l'opera dell'Autrice italiana attesta la quasi inesistenza di uno *Stato costituzionale* in Prussia, sia a causa dell'emanazione di parecchie leggi e atti incostituzionali, sia a causa della mancata attuazione legislativa di molte disposizioni costituzionali. Per utilizzare un termine lanciato da due eminenti liberali di allora, il giurista Ludwig von Rönne ed il giudice Twesten, quello che pareva esservi in Prussia era, in realtà, uno *pseudocostituzionalismo* (*Scheinkonstitutionalismus*).<sup>105</sup>

Tuttavia, ad avviso del sottoscritto, l'arguta descrizione storica della Manca permette anche di concludere che, nonostante debolissima, la Costituzione prussiana del 1850 non sia stata trattata in maniera assoluta come un semplice *foglio di carta*.

È vero che, all'inizio dell'esperienza costituzionale, Federico Guglielmo IV si comportò ancora in maniera piuttosto assolutistica, prima chiudendo l'Assemblea costituente ed ottenendo, egli stesso, la Costituzione del 1848, per poi spingere le Camere legislative a riformarla, rendendo il testo costituzionale più gradito agli interessi conservatori e trasformandolo in una nuova Costituzione, quella del 1850.<sup>106</sup> È altrettanto vero, però, che il monarca successivo, Guglielmo I, non si sentì di forzare la mano nello stesso modo, sembrando molto più disposto ad aggirare la Costituzione invece di affrontarla in maniera diretta e assoluta, diversamente da quanto operato dal suo predecessore. A quanto pare, ad un certo punto, perfino gli elementi più forti della società prussiana si sentirono almeno un po' vincolati alla Costituzione del 1850, non potendo trascurarla nel suo complesso. Ossia, in un determinato momento, lo *Stato costituzionale* spuntò in Prussia e, malgrado la sua grande debolezza, la società prussiana non si poté più sottrarre ad esso.

---

<sup>103</sup> "Before 1800 nearly all of our constitutional law was made by Congress or the President, and so was much of it thereafter. Indeed a number of constitutional issues of the first importance have *never* been resolved by judges; what we know of their solution we owe to the legislative and executive branches, whose interpretations have established traditions almost as hallowed in some cases as the Constitution itself" (D. P. CURRIE, *The Constitution...*, cit., pp. ix-x).

<sup>104</sup> Senza escludere, a principio, la plausibilità di una teoria come quella di Louis Fischer, secondo cui, persino nelle ipotesi in cui la Suprema Corte viene sollecitata, non si può dire che sono i *Justices* ad avere il monopolio sul significato della Costituzione; questo significato, in realtà, sarebbe determinato nell'ambito dei "*constitutional dialogues*", cioè, nell'ambito di un processo in cui "*all three branches converge and interact with their separate interpretations. Important contributions also come from the states and the general public*" (L. FISCHER, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 3).

<sup>105</sup> A. G. MANCA, *La sfida...*, cit., p. 443-444.

<sup>106</sup> Per una sintesi dei principali eventi che vanno dallo stabilimento della Dieta del 1847 fino all'emanazione della Costituzione del 1850, si veda J. H. ROBINSON, *A Brief Sketch of the Origin and Nature of the Prussian Constitution*, in *Constitution of the Kingdom of Prussia translated and supplied with an Introduction and Notes*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 5, Supplement 8 (Sep. 1894), pp. 10-15, <<http://www.jstor.org/stable/1009032>>, in data 21.11.2017.

Basti pensare alla vicenda più critica riguardante il bilancio pubblico che, dal 1862 al 1866, fu autorizzato dal governo, su appoggio della *Camera dei signori*, in mancanza di un'apposita legge, cioè senza il consenso della *Camera dei deputati*, con inottemperanza a quanto previsto dagli artt. 62 e 99 della Costituzione. Sebbene palesemente illecita, questa posizione governativa non fu svolta senza alcuna giustificazione giuridico-costituzionale da parte del re e di Bismarck, che si sorressero sulla teoria della lacuna ("*Lückentheorie*"). Secondo tale teoria, la Costituzione imponeva lo stanziamento annuale del bilancio per legge, ma nulla diceva sull'ipotesi in cui le branche del parlamento non concordassero tempestivamente sul contenuto di quella legge, omissione che corrisponderebbe ad un'autentica lacuna normativa. Allora questa lacuna permetterebbe che le spese pubbliche venissero effettuate in base ad un semplice provvedimento amministrativo a condizione che l'anno finanziario si concludesse senza che la *Camera dei deputati* e la *Camera dei signori* concordassero sul contenuto della legge di bilancio.<sup>107</sup>

Sebbene fosse fragilissimo, l'impegno nel sostenere questa teoria dimostra che il re ed il suo governo non erano disposti ad operare esplicitamente contro la Costituzione, preferendo cercare sotterfugi per tentare di nascondere o alleggerire l'incostituzionalità. Non è casuale che, nella riapertura della legislatura del 1863, Bismarck espresse la sua intenzione di presentare un progetto di legge retroattiva nel tentativo di legittimare le spese pubbliche sostenute in mancanza di un'apposita legge.<sup>108</sup> Ad avviso della Manca, ciò può "valere come un segno della sua intima consapevolezza di non poter fare *tabula rasa* della norma costituzionale vigente senza rischiare di innescare un inarrestabile processo di disintegrazione dello Stato"<sup>109</sup>.

E al di là delle vicende più critiche riguardanti il bilancio, si deve far notare che non tutte le battaglie parlamentari furono vinte dai conservatori e contro il testo costituzionale. Ne è esempio l'insuccesso dell'ordinanza del giugno 1863, la quale limitava la libertà di stampa ed era stata emanata dal re in base all'art. 63 della Costituzione, cioè in assenza delle Camere e per ragioni di "sicurezza pubblica, o di bisogni urgenti e straordinari". Appena le Camere si riaprirono, i deputati decisero di rigettare la suddetta ordinanza, sostenendo, tra l'altro, la sua contrarietà agli artt. 27 (libertà di stampa) e 63 della Costituzione, infliggendo dunque una sconfitta al re. Fatto curioso è che, una volta sconfitto, il re ritenne di dover emanare un'altra ordinanza per abrogare quella rigettata, sebbene la maggioranza dei deputati non lo reputasse necessario, perché ne avevano già negato la validità in base all'art. 106 della Costituzione, secondo cui *l'esame della validità dei decreti reali non apparteneva alle autorità dell'amministrazione e della giustizia (Behörden), bensì alle Camere*. A proposito di questo dispositivo costituzionale, vale sottolineare che Ludwig von Rönne lo interpretò come il diritto delle Camere di giudicare sulla *conformità materiale delle ordinanze alla Costituzio-*

---

<sup>107</sup> A. G. MANCA, *La sfida...*, cit., pp. 395-441 e 443.

<sup>108</sup> Al proposito, la cosiddetta legge d'indennità ("*Indemnitätsgesetz*"), che concesse al governo un'autorizzazione retroattiva delle spese pubbliche effettuate da semplice provvedimento amministrativo negli anni 1862-1866, fu varata solamente nel 1866, quando i successi militari di Bismarck aiutarono a rompere il fronte dell'opposizione nella Camera dei deputati (A. G. MANCA, *La sfida...*, cit., pp. 599-600).

<sup>109</sup> A. G. MANCA, *La sfida...*, cit., p. 438.

ne, intendendolo dunque come una tipica competenza destinata al controllo politico di costituzionalità, argomento che tratteremo nel prossimo paragrafo.<sup>110</sup>

Prima di proseguire, va aperta una parentesi per lodare quello che è forse il maggior pregio della ricerca della Manca, cioè l'aver descritto le pratiche costituzionali del Parlamento e del Governo prendendo atto anche delle dottrine costituzionali di allora, specialmente delle cosiddette *concezioni materiali* di Costituzione. Ciò ha permesso all'Autrice italiana di giungere alla felicissima conclusione che la contrapposizione *costituzione materiale/costituzione formale* deve essere "riportata in quello che è il suo vero mondo: il regno dell'ideologia e della riflessione sulla realtà e non quello della realtà stessa, come vorrebbe far credere chi, come E. R. Huber, sostiene che è solo <<la costituzione in senso sostanziale>> a dover costituire l'oggetto della storia costituzionale"<sup>111</sup>.

## 9. L'Ottocento e i Parlamenti custodi della costituzionalità

Altrettanto lodabili sono quegli studi riguardanti la pratica ottocentesca dei Parlamenti che, in mancanza del *judicial review*, operarono come *custodi* della costituzionalità degli atti statali.

Vi sono, per esempio, le belle pagine che Marta Lorente Sariñena ha dedicato alle sanzioni parlamentari contro le "infracciones" alla Costituzione spagnola del 1812.

Secondo la Sariñena, nei tre periodi di vigenza del testo costituzionale di Cadiz (1812-1814, 1820-1823 e 1836-1837), in base agli artt. 373 e 374, il Parlamento ("Cortes generales") annullò gli effetti di parecchi atti statali considerati incostituzionali. Tra le decisioni vi erano, per esempio, quelle che scarceravano i cittadini dalle prigioni sotterranee, ritenendo trattarsi di un modo indiretto di tortura; oppure decisioni che cancellavano elezioni operate contro le prescrizioni del processo elettorale stabilito dalla Costituzione.<sup>112</sup>

Essendo il Parlamento l'organo custode della costituzionalità, le leggi da quest'ultimo emanate non erano oggetto di controllo, il quale si estendeva comunque a tutti gli altri atti statali. Oltre ad annullare gli atti considerati incostituzionali, le decisioni parlamentari sospendevano automaticamente le autorità che avevano torto e i casi venivano deferiti al potere giudiziario perché esso decidesse sulle pene loro applicabili.<sup>113</sup>

La procedura poteva essere avviata dallo stesso Parlamento o dalle sollecitazioni ("*representaciones*") presentate dai cittadini (stranieri compresi), dai membri del potere esecutivo e dai giudici.<sup>114</sup> A tal proposito, esaminando le "*representaciones*" arrivate alle "Cortes generales", Sariñena afferma che le domande erano innumerevoli e provenivano da tutta la Spagna e da una pluralità di enti e cittadini (dalle autorità delle gran città e dei paesini, da

---

<sup>110</sup> *Ivi*, pp. 468-476 e 493.

<sup>111</sup> *Ivi*, p. 28.

<sup>112</sup> M. L. SARIÑENA, *Las infracciones a la constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 366-367.

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 367.

<sup>114</sup> *Ivi*, pp. 107-137.

cittadini di alta e di bassa estrazione sociale, dagli “*ayuntamentos constitucionales*”, dai miliziani, ecc) i quali non presentavano semplici richieste di giustizia, in termini generali e imprecisi, bensì argomenti che cercavano di dimostrare l’esistenza di atti contrari alle disposizioni costituzionali. Ecco perché una delle conclusioni cui è giunta l’Autrice è quella sulla necessità di relativizzare la consueta affermazione secondo la quale la Costituzione di Cadiz sarebbe stata completamente sconosciuta al popolo spagnolo;<sup>115</sup> invece – sostiene la Sariñena – fu proprio la conoscenza che gli spagnoli avevano della loro Costituzione che permise loro, tramite le “*representaciones*”, di collaborare nel consolidamento del Parlamento come “*órgano protector de la primera norma*”.<sup>116 117</sup>

Ad avviso del sottoscritto, tra queste ed altre felicissime conclusioni cui si è giunti in base all’operato delle “*Cortes generales*”, la ricerca di Marta Lorente Sariñena aiuta a dimostrare che, durante la vigenza della Costituzione di Cadiz, malgrado qualche sfida e condizionamento politico,<sup>118</sup> si diffuse e si praticò l’idea che il testo costituzionale non solo era precettivo, ma addirittura occupava la cima dell’ordinamento. Non è forse casuale che, in qualche passaggio della sua opera, l’Autrice spagnola non si crea dei problemi nel riferirsi a quel periodo storico utilizzando l’espressione “*Estado constitucional*”.<sup>119</sup>

Oltre allo studio della Sariñena, va menzionata anche la ricerca di Marcelo Casseb Continentino sul controllo politico di costituzionalità esercitato in Brasile in vigenza della Costituzione monarchica del 1824<sup>120</sup>, ossia, prima che l’avvento della repubblica la sostituisse con la Costituzione del 1891 e inaugurasse il *judicial review*.

Il menzionato controllo politico fu previsto dalla riforma costituzionale del 1834<sup>121</sup>, sottoposta poi alla legge interpretativa del 1840.<sup>122</sup> Il sindacato spettava al Parlamento (“*Assembleia geral*”) ed aveva come oggetto solamente le leggi provinciali, che venivano annullate nel caso in cui si concludesse per l’incostituzionalità. Il controllo poteva essere *preventivo*,

---

<sup>115</sup> “Ciertamente existe un dato innegable: el pueblo español no se levantó para defender la Constitución en 1814 ni en 1823. Sin embargo, también es cierto que el incontable número de representaciones llegadas a las Cortes provenían de todos los rincones del país y de ultramar. Al mismo tiempo, estuvieron firmadas por particulares, Ayuntamientos constitucionales, empleados de todo tipo, milicianos, etc., cuestión que contradice la lapidaria afirmación sobre el desconocimiento absoluto del pueblo español de la obra constitucional” (M. L. SARIÑENA, *Las infracciones...*, cit., p. 118).

<sup>116</sup> “El esfuerzo revolucionario no podía detenerse en la publicación de una norma, y el conocimiento que de ella tenían los habitantes del territorio español convirtió a las Cortes, necesariamente, en el órgano protector de la primera norma a través, sobre todo, de la protección debida a los titulares de los derechos. Esto es, a los hombres y a los ciudadanos” (M. L. SARIÑENA, *Las infracciones...*, cit., p. 117).

<sup>117</sup> M. L. SARIÑENA, *Las infracciones...*, cit., pp. 117-122

<sup>118</sup> Sulle sfide e i condizionamenti politici subiti nell’ambito dello stesso controllo di costituzionalità operato dalle *Cortes generales*, si veda M. L. SARIÑENA, *Las infracciones...*, cit., pp. 371-407.

<sup>119</sup> M. L. SARIÑENA, *Las infracciones...*, cit., pp. 372-373.

<sup>120</sup> M. C. CONTINENTINO, *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. Percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*, São Paulo, Almedina, 2015.

<sup>121</sup> Lo scopo principale della riforma costituzionale del 1834 fu di attribuire potestà legislative alle Provincie, istituendo le Assemblee legislative provinciali, sottoponendole però al controllo di costituzionalità da parte dell’Assemblea generale (artt. 16 e 20 della legge di riforma).

<sup>122</sup> La legge interpretativa del 1840 toccò diversi aspetti della riforma costituzionale del 1834. Per quanto riguarda al controllo di costituzionalità, la legge interpretativa stabilì che, nel potere di veto legislativo dei Presidenti delle provincie, di cui all’art. 16 della riforma costituzionale, era implicitamente prevista la possibilità di negare la sanzione ad una legge provinciale in ragione della sua contrarietà alla Costituzione imperiale.

quando avviato dal veto legislativo dei Presidenti delle province (art. 16 della riforma del 1834), o *successivo*, ipotesi in cui veniva avviato dallo stesso Parlamento (art. 20 della riforma del 1834).<sup>123</sup>

Nonostante qualche segno di malfunzionamento<sup>124</sup>, questa modalità di verifica della costituzionalità, specie quando iniziata dai Presidenti delle province, sembra sia stata ragionevolmente osservata<sup>125</sup>, e vi furono almeno ventuno casi di leggi provinciali bocciate, sia per incostituzionalità formale che materiale. A titolo di esempio, una legge della provincia del Piauí fu dichiarata incostituzionale in base agli artt. 6.I, 179.XIII, 179.XIV e 179.XVI, della Costituzione, per aver stabilito una distinzione etnica tra bianchi e mulatti/liberti al fine di associarsi a una fratellanza religiosa di quella provincia; inoltre, alcune leggi che istituirono imposte provinciali furono considerate eccessive in quanto minacciavano l'industria e i diritti in generale, come nei casi riguardanti le leggi provinciali del Rio Grande do Norte e di Minas Gerais, che avrebbero leso la libertà costituzionale dell'industria nello stabilire agevolazioni fiscali alla produzione di vasellame.<sup>126</sup>

Come afferma Paulo Bonavides, può anche essere vero che il periodo della monarchia brasiliana sia stato quello in cui il potere si è allontanato di più dalla Costituzione<sup>127</sup>; tuttavia, l'esercizio del controllo di costituzionalità istituito dalla riforma costituzionale del 1834, sottoposta poi alla legge interpretativa del 1840, è una delle principali dimostrazioni che, a dispetto dalle sfide subite nel primo decennio, il testo costituzionale non ha costituito un semplice *foglio di carta*.

Al riguardo, pur trascurando il sindacato di costituzionalità esercitato dal Parlamento brasiliano,<sup>128</sup> è lo stesso Bonavides ad affermare che la Costituzione monarchica iniziò a legittimarsi con la riforma del 1834, diventando davvero una Costituzione<sup>129</sup>; secondo l'Autore

---

<sup>123</sup> M. C. CONTINENTINO, *História do Controle...*, cit., pp. 297-298.

<sup>124</sup> La principale causa del malfunzionamento riguardava la morosità con cui l'Assemblea legislativa esaminava la costituzionalità delle leggi provinciali; molte di esse, nonostante contrarie alla Costituzione, rimasero in vigore senza che fossero effettivamente sindacate; oppure furono annullate al tempo in cui si trovavano già abrogate dalle stesse provincie; inoltre, la lentezza da parte dei legislatori spinse il governo a sospendere l'applicazione delle leggi provinciali ritenute incostituzionali, competenza essa che non era prevista dalla Costituzione e che rappresentava, dunque, una vera usurpazione dell'attribuzione dell'Assemblea legislativa (M. C. CONTINENTINO, *História do Controle...*, cit., pp. 303-310).

<sup>125</sup> "Esse procedimento de verificação da constitucionalidade era razoavelmente observado, inclusive porque constituía um precioso instrumento a ser utilizado pelo governo imperial para inspecionar os excessos e os abusos das assembleias provinciais. Era rotineira a prática de, através de Avisos, ordenar-se aos presidentes para não sancionarem projetos de lei diante de sua inconstitucionalidade. Evidentemente, em muitos casos o controle escapava à vigilância do governo, sendo necessário lançar mão de outras modalidades de fiscalização, inclusive de formas não previstas na Constituição" (M. C. CONTINENTINO, *História do Controle...*, cit., p. 302).

<sup>126</sup> M. C. CONTINENTINO, *História do Controle...*, cit., pp. 298-299 e 310.

<sup>127</sup> P. BONAVIDES, P. DE ANDRADE, *História constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, 1991, p. 7.

<sup>128</sup> Così come la maggior parte dei contemporanei giuristi brasiliani, Paulo Bonavides sembra proprio trascurare il controllo di costituzionalità esercitato dal Parlamento nella vigenza della Costituzione del 1824. Egli arriva persino a dire che "*durante a fase constitucional do Império inexistiu o controle de constitucionalidade*". Come sostiene Marcelo Casseb Continentino, "*Bonavides sintetizou a história do controle de constitucionalidade no Brasil como ênfase para a falta de previsão normativa e para a incoerência de uma efetiva prática institucional sob a vigência da Constituição de 1824 bem como para sua introdução tardia apenas com o advento do regime constitucional republicano*" (M. C. CONTINENTINO, *História do Controle...*, cit., pp. 40-41 e nota 36).

<sup>129</sup> P. BONAVIDES, P. DE ANDRADE, *História...*, cit., p. 110.



brasiliano, malgrado la legge interpretativa del 1840 abbia limitato gli elementi innovativi della precedente riforma,<sup>130</sup> quest'ultima riuscì comunque a consolidare le libertà costituzionali, le quali entrarono nella coscienza nazionale in maniera stabile e definitiva.<sup>131</sup>

In breve, la Carta costituzionale della monarchia brasiliana si legittimò col tempo, instaurando uno *Stato costituzionale* che, sebbene abbia trovato maggiore efficacia durante le successive fasi repubblicane, non pare essersi indebolito quanto quello della Costituzione prussiana del 1850. E, malgrado sembri un argomento trascurato dal Bonavides e da tanti altri autorevoli giuristi brasiliani<sup>132</sup>, il sindacato parlamentare della costituzionalità delle leggi provinciali funziona senz'altro come un'importante testimonianza della forza normativa della Costituzione brasiliana del 1824.

Naturalmente, oltre ad attestare un certo grado di precettività della Costituzione di Cadiz e della Costituzione brasiliana del 1824, le ricerche della Sariñena e del Continentino hanno molti altri pregi degni di nota. Uno di essi è di aver fatto capire che l'assenza del *judicial review* non significa, per forza, l'assenza della supremazia costituzionale, specialmente quando il Parlamento si fa da custode della costituzionalità, seppur in maniera non tanto virtuosa; al riguardo, entrambe le ricerche contribuiscono anche a far notare che i Parlamenti, più o meno impegnati che fossero nel mestiere di sindacare la costituzionalità, non erano gli organi più adeguati, per non dire attrezzati, a svolgere quel ruolo, peccando principalmente di omissione e di ritardo.

Un altro pregio delle ricerche della Sariñena e del Continentino è che esse servono ad evidenziare un tema che pare molto trascurato dalla storiografia contemporanea dei rispettivi Paesi, magari riuscendo a stimolare simili imprese di ricerca altrove,<sup>133</sup> specialmente se si tiene presente il gran numero di Costituzioni ottocentesche che contenevano disposizioni riguardanti il controllo politico della costituzionalità.<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> Al riguardo, se si ritiene, con Bonavides, che la legge interpretativa del 1840 non si sia limitata ad interpretare la riforma del 1834, ma piuttosto limitarla, si deve per forza ritenere che quella legge interpretativa era incostituzionale, giacché fu emanata come semplice legge ordinaria, fuori dalla procedura speciale di riforma di cui agli artt. 173-178 della Costituzione monarchica. A proposito di quest'ultimo articolo, esso permetteva la riforma della Costituzione tramite semplice legge ordinaria soltanto se l'oggetto dei dispositivi riformati non concernesse *i limiti e le attribuzioni dei poteri politici o i diritti politici e individuali dei cittadini*, materie che senz'altro riguardavano la legge interpretativa del 1840. Sull'incostituzionalità della legge interpretativa del 1840, si veda P. BONAVIDES, P. DE ANDRADE, *História...*, cit., pp. 122-123.

<sup>131</sup> P. BONAVIDES, P. DE ANDRADE, *História...*, cit., pp. 124-125.

<sup>132</sup> Come accennato in una precedente nota a piè di pagina, non solo Paulo Bonavides, ma la gran parte dei contemporanei giuristi brasiliani trascura la pratica del controllo di costituzionalità esercitato dal Parlamento durante il periodo monarchico. Basta pensare all'elenco di giuristi elaborato dal Continentino in un passaggio della sua ricerca, elenco esso che, sebbene non esaustivo, riferisce alcuni dei più autorevoli costituzionalisti brasiliani (Sull'elenco elaborato dal Continentino, si veda M. C. CONTINENTINO, *História do Controle...*, cit., pp. 32-47).

<sup>133</sup> È quello che sembra essere già capitato, per esempio, al messicano Francisco Ramos Quiroz, che ha elaborato un saggio sul controllo politico di costituzionalità previsto dalla Costituzione di Cadiz e la sua influenza sul controllo politico di costituzionalità esercitato in base alle Costituzioni dello Stato messicano di Michoacán (F. R. QUIROZ, *El control constitucional en la Carta Gaditana de 1912 y su influencia en Michoacán en el siglo XIX*, in *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el Occidente Novohispano*, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3961/19.pdf>>, p. 331-354, in data 12.12.2017).

<sup>134</sup> P. J., EDER, *Judicial review...*, cit., pp. 572-575.

## 10. Conclusioni

Ebbene, alla luce di tutto ciò che è stato detto, si può dire che, sin dalla fine del Settecento, l'esperienza costituzionale iniziò a diffondersi nel territorio Occidentale, acquisendo sempre più forza normativa, consolidandosi tramite le pratiche delle autorità costituite e degli stessi cittadini. Ne è una delle più chiare dimostrazioni lo sviluppo storico del *judicial review*, ancorché esso non possa essere inteso come presupposto o come l'unico modo di dimostrare o misurare la supremazia costituzionale, la quale si è consolidata anche grazie alla pratica delle autorità non giudiziali, specialmente laddove non sia stato adottato o esercitato il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi.

Questo consolidamento, però, non si sviluppò in maniera unilineare nel tempo e nello spazio, avendo talvolta subito interruzioni involutive; ciascun Paese ebbe i rispettivi momenti d'inaugurazione e di maggior o minore effettività dello *Stato costituzionale*, senza dire degli eventuali periodi d'intervallo, in cui la Costituzione venne a mancare, spesso a causa di eventi straordinari, come le crisi politiche, le dittature, le guerre civili, le guerre esterne, ecc.

In Italia, per esempio, dove lo *Statuto Albertino* fu declassato a semplice legge ordinaria, l'esistenza dello *Stato costituzionale* si poté avvertire solamente nel dopo guerra, con l'emanazione della Costituzione del 1947. In Germania, al contrario, lo *Stato costituzionale* si avvertì molto prima, principalmente durante la repubblica di Weimar, quando divenne chiaro che spettava al potere giudiziario, in base alla Costituzione, porre fine all'assolutismo legislativo.<sup>135</sup> E ciò sarà stato ancora più sentito durante gli anni 1925-1929, quando le pressioni interne ed esterne vennero meno. Da lì in poi, se non fosse stato per le risapute catastrofi, impossibili da rimediare da parte del solo potere giudiziario, privo dell'elemento carismatico e militare su cui contavano il Führer ed i suoi seguaci, la Germania, come sostiene Stolleis, sarebbe potuta rimanere una felice repubblica in un felice *Stato costituzionale*.<sup>136</sup> Il nazismo

---

<sup>135</sup> "It quickly became clear that the conservative bourgeois judiciary and its three instruments of judicial review, administrative review, and constitutional review could serve well as a check on the much-feared phenomenon of parliamentary absolutism. This presupposed, however, that basic rights would be seen as legal norms. From around 1925, following the inflation of 1923–24, basic rights, particularly the rights of property and equality, were strengthened as a bastion against parliament. Laws that violated these basic rights were to be treated as invalid. Attempts were also made to bind the lawmakers to the basic rights, especially to the concept of equality (Leibholz 1925; Kaufmann 1927). Thus, there was a distinct increase in the interpretation of basic rights, and the idea of constitutional review took on an unwanted vitality" (M. STOLLEIS, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in *Ratio Juris*, vol. 16, n. 2, June 2003, pp. 277-278).

<sup>136</sup> "All these considerations took on a certain urgency in the years between 1925 and 1929. In retrospect, these were the only years of the Weimar Republic in which both internal and external pressures proved to be less severe. These were the years of Gustav Stresemann's foreign policy, in which he restructured Germany's payment of reparations, achieved rapprochement with France, and brought about Germany's acceptance into the League of Nations. Inflation was under control and capital was coming into the country. Even the phase of civil war militia and putsch attempts seemed to be over. Unemployment insurance was introduced. Reform laws were being drawn up, including the introduction of a Reich Administrative Court (*Reichsverwaltungsgericht*), and a structural "Reich Reform" was underway.

It might have become a happy republic under a 'happy constitution' (Clavero 1997). It might have, that is, had these positive developments not suddenly turned to catastrophe. The world economic slump hit Germany with a vengeance, and unemployment exceeded anything known earlier. In October 1929, Germany's best politician, Gustav Stresemann, died. In 1930 the last democratically legitimized government fell. From then on, politi-

e la II Guerra mondiale non rappresentano, quindi, il caos dal quale uscì un'inedita esperienza costituzionale tedesca; a dire il vero, quei due avvenimenti corrispondono a un drastico e drammatico periodo d'intervallo di un'esperienza costituzionale esistente da molto tempo. E forse questo "molto tempo" non si riferisce esclusivamente alla repubblica di Weimar, potendo avanzare fino alla Costituzione del 1871, sempre che ciò si possa dimostrare attraverso una ricerca storica sulla concretizzazione di quest'ultima, che prenda atto delle pratiche costituzionali dei Parlamenti, dei governi, del potere giudiziario<sup>137</sup> e degli stessi cittadini.

Insomma, per dimostrare lo sviluppo storico di uno *Stato costituzionale*, cioè, le tappe d'inaugurazione, di debolezza, di splendore e di eventuali intervalli, bisogna rivolgere sempre l'attenzione alle concrete esperienze del rispettivo o dei rispettivi testi costituzionali, per capire, in grandi linee, la postura che tutte le autorità, giudiziali o meno, e gli stessi cittadini abbiano avuto nei loro confronti.

Come detto in precedenza, sebbene quest'ultima affermazione possa sembrare ovvia, essa può considerarsi il necessario contrasto a quella parte della dottrina che pare ancora disposta a sopravvalutare il *judicial review* - intendendolo come presupposto della supremazia costituzionale -, e a trattare il *passato costituzionale* come se esso avesse avuto come principali protagonisti le dottrine giuspubblicistiche e le rispettive *idee* di Costituzioni, invece che la concreta esperienza dei testi costituzionali, cioè, le loro effettive applicazioni, attuazioni, riforme e persino violazioni da parte dei legislatori, governi, opposizioni, giudici, cittadini, ecc.

L'inizio del Novecento, per esempio, non fu soltanto il periodo delle dottrine di Heller, Kelsen e Schmitt, ma soprattutto, e in prima linea, il periodo delle *azioni popolari* del *judicial review* colombiano e cubano; il periodo dei testi costituzionali messicano (1917) e tedesco (1919), i cui contenuti andarono molto oltre la disciplina del *potere statale*; il periodo delle sentenze che inaugurarono il *judicial review* in Romania, Portogallo, Germania, ecc.; insomma, l'inizio del Novecento fu un periodo pieno di concrete esperienze costituzionali, la cui considerazione è fondamentale per controllare le accuratezze delle dottrine costituzionalistiche di allora, e non il contrario, come talvolta sembra essere fatto.

L'esistenza degli *Stati costituzionali* nell'Occidente deve essere pertanto ricercata molto prima della II Guerra mondiale e non può limitarsi ai Paesi e ai periodi in cui il *judicial review* sia stato esercitato.

Sotto questo indirizzo, lo studio del passato costituzionale non solo rende più accurate le proprie conclusioni, ma ha il pregio di ribadire la premessa da cui muove e che deve illuminare anche l'interpretazione del presente, e che un po' intreccia quella *Wille zur Verfas-*

---

cians and the masses turned increasingly towards authoritarian solutions, yearning for a 'leader' who would promise them a 'salvation' from all evils" (M. STOLLEIS, *Judicial Review...*, cit., pp. 278-279).

<sup>137</sup> Al proposito del ruolo giudiziario nella concretizzazione della Costituzione tedesca del 1871, sebbene i giudici non sindacassero ancora la costituzionalità materiale delle leggi, loro sembravano già controllare la costituzionalità dei regolamenti emanati dal potere esecutivo, come riferiscono Pedro Cruz Villalon e Michael Stolleis (P. C. VILLALON, *La formación...*, cit., p. 74; M. STOLLEIS, *Judicial Review...*, cit., pp. 269-271).

*sung* teorizzata da Konrad Hesse,<sup>138</sup> cioè, la premessa secondo cui la precettività delle Costituzioni, così come di tutte le altre norme giuridiche, non può svilupparsi senza la cooperazione di tutte le autorità, giudiziali o meno, e degli stessi cittadini.

Nel ribadire questa premessa, lo studio del passato può, innanzitutto, aiutare ad attribuire il giusto valore al *judicial review*, riconoscendone il gran merito senza trascurare l'importanza altrettanto fondamentale dei legislatori, dei governi e dei cittadini, nell'esito delle Costituzioni; inoltre, lo studio del passato può rendere ancora più palese il fatto che la tenuta degli *Stati costituzionali* è un impegno costante, non potendosi mai abbandonare la *difesa della Costituzione*,<sup>139</sup> nemmeno nei Paesi in cui essa conta, da tanto tempo, su un alto grado di precettività, dovendo stare sempre attenti affinché le condizioni di splendore raggiunte dagli *Stati costituzionali* non siano mai sopravvalutate al punto da trascurare le giuste protezioni istituzionali.

E quest'ultimo aspetto si fa ancora più pressante nel momento attuale, quando i partiti populistici sembrano essersi risvegliati, sia in Europa che in America. Occorre chiedersi, ad esempio, se non sarà stata una sopravvalutazione della forza dello *Stato costituzionale* tedesco ad avere spinto il *Bundesverfassungsgericht* ad abbassare la guardia nella sentenza del 17 gennaio 2017, in cui si è deciso di non sciogliere un partito di estrema destra, l'NDP, malgrado i giudici ne abbiano inteso il programma come un affronto diretto contro l'ordinamento costituzionale.<sup>140</sup> Sebbene la Costituzione di Bonn possa corrispondere a un periodo di splendore dell'esperienza costituzionale tedesca, non si sarà dimenticato che quel testo costituzionale, senza le giuste protezioni istituzionali, può fare la stessa fine della Costituzione di Weimar?

---

<sup>138</sup> “Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*” (K. HESSE, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, SAFE, 1991, p. 19).

<sup>139</sup> Per *difesa della Costituzione* si intende, tra l'altro, quegli impegni che, secondo Alessandro Pace, si svolgono in quattro diversi fronti o piani: “*sul piano politico*, resistendo alla delegittimazione consistente nell'attribuire alla <<vecchia>> costituzione tutte le colpe possibili del cattivo funzionamento del sistema, conseguentemente individuando le cause e le responsabilità effettive (dei politici e dei burocrati); *sul piano giudiziario*, reagendo con fermezza alle violazioni della costituzione e, comunque, ai tentativi di sua disapplicazione; *sul piano dottrinale*, rifuggendo da quei metodi interpretativi che, identificando senza residui la costituzione nei soli valori prepositivi, finiscono per vanificare sia l'importanza del testo, sia, implicitamente, l'importanza della scrittura come fondamento della rigidità; infine *sul piano legislativo-costituzionale*, rendendosi effettivamente disponibili per tutte le necessarie integrazioni e innovazioni, che siano costituzionalmente ammissibili, ma a patto siano specifiche e gradualità” (A. PACE, *Potere...*, cit., p. 163-164).

<sup>140</sup> Sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 17 gennaio 2017, si veda *Headnotes to the Judgment of the Second Senate of 17 January 2017 - 2 BvB 1/13*, <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117\\_2bvb000113en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/01/bs20170117_2bvb000113en.html)>, in data 08.12.2017; A. GATTI, *Il parteiverbot e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell'ordinamento tedesco*, in *Rivista AIC* n. 3/2017, <<http://www.rivistaaic.it/il-parteiverbot-e-la-nuova-incostituzionalita-a-geometria-variabile-nell-ordinamento-tedesco.html>>, in data 08.12.2017; M. M. B. LIMA, *O Tribunal Federal Constitucional alemão e a infeliz decisão sobre o NDP*, <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-18/martonio-lima-infeliz-decisao-tribunal-constitucional-alemao>>, in data 08.12.2017.