



Università degli Studi di Ferrara

Dottorato di ricerca in  
Diritto costituzionale

XXIV CICLO

Coordinatore Prof. ANDREA PUGIOTTO

**Le Corti costituzionali nelle transizioni democratiche:  
i casi dell'Italia, della Spagna e della Repubblica ceca**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

**Dottorando**

Dott. FRANCESCO BIAGI

**Tutore**

Prof. ANDREA GUAZZAROTTI

Anni 2009/2011



Al mitico Rocco



# Indice

## Capitolo 1 Corti costituzionali e transizioni “sostanziali”

<b>1. Le transizioni democratiche.</b>	<b>p. 11</b>
1.1. I percorsi verso la democrazia: le “ondate di democratizzazione” di Huntington.	p. 12
1.2. Le coordinate temporali della transizione democratica.	p. 13
1.3. Transizioni basate su una revisione costituzionale e Costituzioni provvisorie.	p. 14
1.4. Alcuni caratteri costanti della transizione democratica.	p. 15
<b>2. Il consolidamento democratico.</b>	<b>p. 16</b>
2.1. Transizione e consolidamento: differenze e tratti comuni.	p. 17
2.2. La democrazia “consolidata”.	p. 17
<b>3. La transizione “sostanziale”.</b>	<b>p. 18</b>
3.1. Il ruolo delle nuove Costituzioni democratiche nei processi di transizione democratica.	p. 18
3.2. La nozione “sostanziale” di transizione.	p. 19
<b>4. Attori e fattori delle transizioni democratiche.</b>	<b>p. 21</b>
4.1. Gli attori.	p. 21
4.2. I fattori.	p. 24
<b>5. Attori specifici in un’area geografica specifica: le Corti costituzionali in Europa.</b>	<b>p. 26</b>
5.1. La giurisdizione sui conflitti: la <i>Staatsgerichtsbarkeit</i> .	p. 26
5.2. Il legislatore negativo.	p. 27
<b>6. Lo stretto legame tra l’istituzione delle Corti costituzionali e i processi di transizione democratica.</b>	<b>p. 29</b>
6.1. La lezione impartita dai regimi autoritari.	p. 29
6.2. La sfiducia verso i giudici ordinari.	p. 31
6.3. Le Corti costituzionali nei processi costituenti.	p. 32
6.4. La questione della legittimità democratica delle Corti costituzionali nei processi di transizione.	p. 33
6.5. Il ruolo del Consiglio d’Europa e dell’Unione Europea nell’istituzione delle Corti costituzionali nei Paesi dell’Europa centrale ed orientale.	p. 35
<b>7. Le “tre generazioni di Corti costituzionali europee”: i casi di studio dell’Italia, della Spagna e della Repubblica ceca.</b>	<b>p. 36</b>
<b>8. La scelta di un’indagine per ordinamento.</b>	<b>p. 38</b>

## **Capitolo 2**

### **La prima generazione: il caso della Corte costituzionale italiana**

<b>1. La transizione “formale”: dal 25 luglio 1943 al 1° gennaio 1948.</b>	<b>p. 41</b>
1.1. 25 luglio 1943 - 2 giugno 1946: le “Costituzioni provvisorie” e il referendum istituzionale.	p. 41
1.2. Cenni sull’Assemblea costituente.	p. 45
<b>2. La previsione della Corte costituzionale nella Carta del 1948.</b>	<b>p. 46</b>
2.1. Esperienze di giustizia costituzionale sotto il Fascismo e nel corso del periodo transitorio.	p. 46
2.2. Il dibattito precedente ai lavori dell’Assemblea costituente.	p. 47
2.3. Il dibattito in Assemblea costituente.	p. 48
2.4. La VII disposizione transitoria e finale.	p. 51
<b>3. Il periodo 1948-1956: la transizione “sostanziale” bloccata.</b>	<b>p. 51</b>
3.1. Il contesto politico-istituzionale all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione.	p. 51
3.2. Il fallimento della “legge truffa” e la fine del centrismo.	p. 53
3.3. Il “congelamento” della Costituzione e la continuità dello Stato.	p. 54
3.3.1. La sentenza 7 febbraio 1948 della Corte di Cassazione.	p. 56
3.3.2. Il sindacato diffuso di costituzionalità nel periodo 1948-1956 come “canale di continuità” dello Stato.	p. 58
3.4. Il lungo e complesso cammino per l’entrata in funzione della Corte costituzionale.	p. 64
<b>4. L’entrata in funzione della Corte costituzionale: il punto di svolta della transizione “sostanziale”.</b>	<b>p. 68</b>
4.1. La Corte e la “bonifica” della legislazione fascista: il “cuore” della transizione “sostanziale”.	p. 68
4.1.1. Modi e tempi della “bonifica”.	p. 69
4.1.2. Le decisioni “in controtendenza”.	p. 71
4.2. La sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale: il primo caso di espulsione dall’ordinamento di una norma fascista.	p. 71
4.3. La Corte e i culti acattolici: uno stimolo (indiretto) per le riforme.	p. 75
4.4. Corte e il diritto di sciopero: la “supplenza” dinanzi all’inerzia del Parlamento.	p. 79
4.5. La Corte e l’ordine pubblico: un esempio di fermezza e prudenza.	p. 83
<b>5. Riflessioni conclusive.</b>	<b>p. 89</b>
5.1. La Corte costituzionale nella transizione democratica: un organo “di rottura”...	p. 89
5.2. ... e “controcorrente”.	p. 90

## **Capitolo 3**

### **La seconda generazione: il caso del Tribunale costituzionale spagnolo**

<b>1. La transizione “formale”: dal 20 novembre 1975 al 29 dicembre 1978.</b>	<b>p. 93</b>
1.1. 20 novembre 1975 – 15 dicembre 1976: la morte di Franco e la Legge per la riforma politica.	p. 94

1.2. 15 dicembre 1976 – 15 giugno 1977: le riforme e le prime elezioni democratiche.	p. 96
1.3. 15 giugno 1977 – 29 dicembre 1978: il processo costituente.	p. 98
1.4. Gli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione: una democrazia ancora fragile.	p.100
<b>2. L'istituzione del <i>Tribunal constitucional</i>.</b>	<b>p.103</b>
2.1. L'antecedente: il <i>Tribunal de garantías constitucionales</i> .	p.103
2.2. Il dibattito dinanzi alle <i>Cortes constituyentes</i> .	p.104
2.3. La Legge organica del Tribunale costituzionale e l'entrata in funzione del <i>Tribunal constitucional</i> .	p.107
<b>3. Le quattro linee d'intervento del Tribunale costituzionale per garantire una "transition in action".</b>	<b>p.108</b>
3.1. Il Tribunale costituzionale e il valore normativo della Costituzione.	p.109
3.1.1. La Costituzione come norma <i>non</i> giuridica nella storia del costituzionalismo spagnolo.	p.109
3.1.2. Il dibattito dottrinale relativo al valore normativo della Costituzione del 1978.	p.110
3.1.3. Gli orientamenti contrastanti del Tribunale Supremo.	p.112
3.1.4. L'affermazione del valore normativo della Costituzione da parte del Tribunale costituzionale.	p.113
3.2. Il Tribunale costituzionale e le norme precostituzionali.	p.115
3.2.1. I riferimenti normativi e il dibattito dottrinale.	p.115
3.2.2. La soluzione adottata dal Tribunale costituzionale.	p.117
3.2.3. La questione delle norme precostituzionali nella giurisprudenza (qualitativamente rilevante) del Tribunale costituzionale.	p.119
3.3. Il Tribunale costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali.	p.124
3.3.1. I diritti fondamentali nella transizione "formale": i primi segni di discontinuità.	p.124
3.3.2. I diritti fondamentali nella Costituzione del 1978.	p.125
3.3.3. Il Tribunale costituzionale e la realizzazione di un autentico sistema dei diritti fondamentali.	p.125
3.4. Il Tribunale costituzionale e l'organizzazione territoriale dello Stato.	p.129
3.4.1. L'organizzazione territoriale dello Stato al centro del processo di transizione "sostanziale".	p.129
3.4.2. Il "caos senza speranza" del Titolo VIII della Costituzione e l'intervento del Tribunale costituzionale.	p.132
3.4.3. La costruzione <i>giurisprudenziale</i> dello Stato autonomico: prima fase (1980-1983)...	p.133
3.4.4. ... e seconda fase (1983-1992).	p.134
<b>4. Riflessioni conclusive.</b>	<b>p.135</b>
4.1. Il <i>Tribunal constitucional</i> e le ragioni di un'azione di successo.	p.135
4.2. La messa in discussione della transizione democratica, la transizione in corso e la crisi di legittimazione del Tribunale costituzionale	p.137

## **Capitolo 4**

### **La terza generazione: il caso della Corte costituzionale della Repubblica ceca**

<b>1. La transizione “formale”: dal 17 novembre 1989 al 1° gennaio 1993.</b>	<b>p.141</b>
1.1. 17 novembre 1989 – 6 giugno 1992: le riforme, la Costituzione “mancata” e il problema del rapporto tra centro e periferia.	p.141
1.2. La dissoluzione della Federazione e la nascita di due Stati indipendenti.	p.145
<b>2. Gli anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione della Repubblica ceca.</b>	<b>p.147</b>
2.1. Il quadro politico-costituzionale.	p.147
2.2. L’ingresso nel Consiglio d’Europa e nell’Unione Europea.	p.149
<b>3. La Corte costituzionale della Repubblica ceca: un organo “voluto ma contestato”.</b>	<b>p.152</b>
3.1. Le precedenti esperienze di giustizia costituzionale nella regione.	p.152
3.2. L’istituzione della Corte costituzionale della Repubblica ceca.	p.153
3.3. L’ostilità verso la Corte costituzionale.	p.156
<b>4. L’azione della Corte costituzionale: tra “giustizia di transizione” e tutela dei diritti fondamentali.</b>	<b>p.158</b>
4.1. “ <i>Dealing with the past</i> ”: la Corte e la “giustizia di transizione”.	p.159
4.1.1. La “giustizia di transizione”: alcuni profili problematici.	p.159
4.1.2. La rottura con il passato: la Corte e la legge sull’illegittimità del regime comunista e sull’opposizione ad esso.	p.162
4.1.3. La difesa della democrazia: la Corte federale, la Corte ceca e le leggi di lustrazione	p.165
4.1.4. Rimediare alle ingiustizie: la Corte e le leggi sulla restituzione della proprietà.	p.169
4.2. La Corte e i diritti fondamentali.	p.172
4.2.1. I diritti fondamentali: dalla Costituzione del 1920 agli anni della transizione “formale”.	p.172
4.2.2. La Carta dei diritti e delle libertà fondamentali.	p.174
4.2.3. Lo <i>status</i> della CEDU e dei trattati internazionali sui diritti umani.	p.175
4.2.4. La tutela dei diritti fondamentali: la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di voto.	p.176
<b>5. Riflessioni conclusive.</b>	<b>p.183</b>

## **Capitolo 5**

### **Conclusioni**

<b>1. L’azione delle Corti costituzionali nelle transizioni democratiche: tra interventi comuni e priorità.</b>	<b>p.187</b>
<b>2. Le variabili.</b>	<b>p.189</b>
2.1. Il modello di giustizia costituzionale prescelto.	p.189
2.2. Il tempo di entrata in funzione delle Corti costituzionali.	p.190

2.3. Lo <i>status</i> e la nomina dei giudici costituzionali.	p.190
2.4. Le modalità di accesso alle Corti costituzionali e i soggetti legittimati a ricorrere.	p.191
2.5. L'orientamento degli altri soggetti costituzionali e degli attori politici.	p.192
2.6. La partecipazione del Paese ad organizzazioni sovranazionali europee.	p.193
2.7. L'utilizzo da parte delle Corti costituzionali del diritto straniero e della comparazione; il riferimento alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.	p.194
<b>3. Le Corti costituzionali dell'Italia, della Spagna e della Repubblica ceca quali attori protagonisti della transizione "sostanziale".</b>	<b>p.196</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>p.197</b>



# Capitolo 1

## Corti costituzionali e transizioni “sostanziali”

SOMMARIO: 1. Le transizioni democratiche. – 1.1. I percorsi verso la democrazia: le “ondate di democratizzazione” di Huntington. – 1.2. Le coordinate temporali della transizione democratica. – 1.3. Transizioni basate su una revisione costituzionale e Costituzioni provvisorie. – 1.4. Alcuni caratteri costanti della transizione democratica. – 2. Il consolidamento democratico. – 2.1. Transizione e consolidamento: differenze e tratti comuni. – 2.2. La democrazia “consolidata”. – 3. La transizione “sostanziale”. – 3.1. Il ruolo delle nuove Costituzioni democratiche nei processi di transizione democratica. – 3.2. La nozione “sostanziale” di transizione. – 4. Attori e fattori delle transizioni democratiche. – 4.1. Gli attori. – 4.2. I fattori. – 5. Attori specifici in un’area geografica specifica: le Corti costituzionali in Europa. – 5.1. La giurisdizione sui conflitti: la *Staatsgerichtsbarkeit*. – 5.2. Il legislatore negativo. – 6. Lo stretto legame tra l’istituzione delle Corti costituzionali e i processi di transizione democratica. – 6.1. La lezione impartita dai regimi autoritari. – 6.2. La sfiducia verso i giudici ordinari. – 6.3. Le Corti costituzionali nei processi costituenti. – 6.4. La questione della legittimità democratica delle Corti costituzionali nei processi di transizione. – 6.5. Il ruolo del Consiglio d’Europa e dell’Unione Europea nell’istituzione delle Corti costituzionali nei Paesi dell’Europa centrale ed orientale. – 7. Le “tre generazioni di Corti costituzionali europee”: i casi di studio dell’Italia, della Spagna e della Repubblica ceca. – 8. La scelta di un’indagine per ordinamento.

### 1. Le transizioni democratiche

Uno studio sul ruolo delle Corti costituzionali nei processi di transizione democratica non può prescindere da alcune riflessioni sul concetto stesso di transizione. Se in linea assolutamente generale tale termine indica un “passaggio da uno stato, da una condizione, da una situazione a un’altra”<sup>1</sup>, da un punto di vista giuridico-politico, invece, per transizione, si intende “l’intervallo che si estende tra un regime politico e un altro”<sup>2</sup>. Più specificatamente, essa consiste in un “periodo ambiguo ed intermedio in cui il regime ha abbandonato alcuni caratteri determinanti del precedente assetto istituzionale senza avere acquisito tutti i caratteri del nuovo regime che sarà instaurato”<sup>3</sup>. Si tratta evidentemente di definizioni estremamente ampie, in grado di ricomprendere tutti i mutamenti del sistema politico.

Ciò che caratterizza una transizione è dunque l’idea di evoluzione, di mutamento, di passaggio: si tratta di un passaggio da un qualsiasi tipo di regime politico ad un altrettanto indefinito regime politico, e per questo la transizione può essere considerata il ponte che unisce due regimi di segno opposto. Va infatti evidenziato il fatto che, nonostante con la c.d. “terza ondata di democratizzazione”<sup>4</sup> la transizione per antonomasia sia divenuta la transizione *democratica*, in realtà un processo di transizione può comportare anche l’abbandono di una forma di stato democratica per instaurare un regime di tipo autoritario (transizioni *autoritarie*)<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Questa è la definizione che viene fornita dal dizionario Garzanti della lingua italiana.

<sup>2</sup> O’DONNELL G., SCHMITTER P.C., *Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, in O’DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from Authoritarian Rule*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986, pag. 6.

<sup>3</sup> MORLINO L., *Democrazie e democratizzazioni*, il Mulino, Bologna, 2003, pag. 122.

<sup>4</sup> HUNTINGTON S.P., *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, il Mulino, Bologna, 1995 (trad. ingl. *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991).

<sup>5</sup> Le transizioni autoritarie sono state numerose nel corso della storia. Al riguardo è sufficiente fare riferimento alla “seconda e terza ondata di riflusso” teorizzate da HUNTINGTON S.P., *La terza ondata. I processi di democratizzazione*

In questo lavoro l'attenzione si focalizzerà esclusivamente sulle transizioni democratiche, che consistono nell'evoluzione di un ordinamento che si affranca da un regime non democratico per dare vita ad una democrazia. Lo studio di questi processi si è particolarmente sviluppato in seguito alla caduta del Muro di Berlino nel novembre 1989, quando un numero cospicuo di Paesi del centro e dell'est Europa si sono liberati dal regime comunista per dare vita ad ordinamenti di tipo democratico. In questo periodo lo studio di tali fenomeni si è affermato al punto tale da dare vita, secondo alcuni Autori, ad una disciplina specifica, denominata "Transitology"<sup>6</sup>.

Gli scritti sulle transizioni hanno visto prevalere, soprattutto in un primo momento, i contributi di storici, politologi, sociologi, filosofi ed economisti, e solo successivamente anche i giuristi (e segnatamente i costituzionalisti) hanno iniziato ad analizzare tali processi. Questi ultimi, infatti, "non hanno amato il tema della "transizione", per sua natura ambiguo, pericoloso e oggettivamente sfuggente". Essi "hanno prestato la loro attenzione all'ordinamento "costituito" o, tutt'al più, al delicato momento del potere "costituente", ma certo – almeno in genere – hanno trascurato l'analisi delle fasi..., per così dire, intermedie; delle fasi, appunto, di "transizione"<sup>7</sup>. Proprio per questi motivi, nel presente lavoro, che resta di taglio prettamente costituzionalistico, non mancheranno riferimenti a contributi di Autori di altre scienze sociali, al fine di dare conto della complessità e della molteplicità di prospettive che offre tale materia<sup>8</sup>.

### 1.1. I percorsi verso la democrazia: le "ondate di democratizzazione" di Huntington

La scelta di abbandonare il precedente regime per avviare un processo di democratizzazione può avvenire per diversi motivi. Riprendendo quanto teorizzato da Huntington<sup>9</sup>, tale scelta può essere innanzitutto il risultato graduale di una evoluzione del sistema politico. La prima "ondata di democratizzazione"<sup>10</sup>, avvenuta tra il 1828 e il 1926, trova le sue radici nella rivoluzione americana e in quella francese, anche se la nascita di istituzioni democratiche nazionali è un fenomeno proprio dell'Ottocento. Tale ondata fu caratterizzata dalla graduale apertura del sistema politico, senza rotture apparenti: si pensi agli Stati Uniti<sup>11</sup>, alla Francia o alla Gran Bretagna dove si verificarono

---

alla fine del XX secolo, cit., pagg. 39-44. La prima cominciò nel 1922 con la marcia su Roma di Mussolini, e si propagò in Portogallo (1926), Germania (1933), Austria (1934) Grecia (1936), Cecoslovacchia (1938), Spagna (1939). Altri colpi di stato militari o ritorni a regimi autoritari avvennero in Brasile, Argentina (1930) e Uruguay (1933). La seconda ondata di riflusso si verificò negli anni Sessanta e Settanta e caratterizzò in modo particolare l'America Latina, l'Africa e l'Asia, ma in alcuni casi anche l'Europa (si pensi al golpe militare in Grecia del 1967). Attualmente un ordinamento nel quale paiono esserci i presupposti per una transizione di tipo autoritario è l'Ungheria: la nuova Costituzione, infatti, entrata in vigore il 1° gennaio 2012, ha sollevato forti critiche da parte di numerosi osservatori, anche internazionali, i quali hanno interpretato diverse sue disposizioni come conferma di un'involuzione autoritaria che il Paese avrebbe imboccato a partire dalla vittoria elettorale dei conservatori (cfr. DE SIMONE M., *Ungheria: la nuova Costituzione. Verso una deriva autoritaria?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>6</sup> Si veda SCHMITTER P.C., *Transitology: The Science or Art of Democratization?*, in TULCHIN J.S., ROMERO B. (a cura di), *The Consolidation of Democracy in Latin America*, Lynne Rienner, Boulder, 1995, pagg. 11-41; BUNCE V., *Should Transitologists be Grounded?*, in *Slavic Review*, vol. 54, n. 1, 1995, pagg. 111-125.

<sup>7</sup> SPADARO A., *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in SPADARO A., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, Giappichelli, Torino, 2000, pag. 47.

<sup>8</sup> L'importante apporto offerto al diritto costituzionale comparato da altre scienze sociali è sottolineato, fra gli altri, da BOGNETTI G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 178-179.

<sup>9</sup> HUNTINGTON S.P., *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, cit., pag. 35 ss.

<sup>10</sup> Con tale espressione si intende "una serie di passaggi da regimi autoritari a regimi democratici, concentrati in un periodo di tempo ben determinato in cui il numero di fenomeni che si producono nella direzione opposta (passaggi da regimi democratici a regimi autoritari) è significativamente inferiore" (HUNTINGTON S.P., *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, cit., pag. 36).

<sup>11</sup> Cfr. CHAMBERS W.N., *Party Development and the American Mainstream*, in CHAMBERS W.N., BURNHAM W.N. (a cura di), *The American Party Systems: Stages of Political Development*, Oxford University Press, New York, 1967,

significative aperture, in modo particolare per quel che concerne il diritto di voto (allargamento del suffragio, riduzione del voto multiplo...).

Un secondo percorso verso la democrazia può avvenire in seguito alla sconfitta militare di un regime autoritario, come è accaduto all'indomani della Seconda Guerra Mondiale quando la vittoria alleata promosse le istituzioni democratiche in Germania, Italia, Giappone e Austria, vale a dire in quei Paesi sconfitti che non rientravano affatto nell'orbita democratica. Questa "seconda ondata" di democratizzazione (che va dal 1943 al 1962) ha riguardato, inoltre, diversi ordinamenti latinoamericani, asiatici ed anche africani (come nel caso della Nigeria), anche se le istituzioni democratiche di questi Paesi spesso non sopravvissero a lungo.

La "terza ondata" di democratizzazione ha, invece, inizio nel 1974 in Portogallo con la caduta del regime di Salazar. Nello stesso anno cade altresì la giunta militare al potere in Grecia dal 1967, mentre nel 1975 la morte di Francisco Franco segna la fine della lunga dittatura spagnola. Verso la fine degli anni Settanta i processi di transizione democratica si trasferiscono in America Latina (si pensi all'Ecuador, al Perù, alla Bolivia, all'Uruguay, al Brasile, all'Honduras, al Guatemala...) e in Asia (come nei casi dell'India, della Turchia, delle Filippine e della Corea). Come già accennato in precedenza, poi, in seguito alla caduta del Muro di Berlino un numero elevato di Paesi dell'Europa centrale ed orientale iniziano un processo di transizione democratica, dopo lunghi anni di regime comunista.

A partire dal dicembre 2010, inoltre, si sono verificate in diversi Paesi arabi (Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto, Giordania, Siria, Yemen...) una serie di rivolte e proteste (che hanno portato, in alcuni casi, anche alla caduta di dittatori<sup>12</sup>) contro i regimi autocratici (o semi-autocratici) esistenti. L'ampiezza e la diffusione di tali movimenti sono state tali che ben presto si è incominciato ad utilizzare l'espressione "Primavera araba"<sup>13</sup>. Risulta, tuttavia, del tutto prematuro parlare di una "quarta ondata di democratizzazione", dal momento che, allo stato attuale, il destino di tali transizioni è estremamente incerto: infatti, pur essendo stato intrapreso in diversi ordinamenti un percorso volto all'instaurazione di un ordinamento democratico (si pensi, in particolare, al Marocco, alla Libia, alla Tunisia e all'Egitto), il rischio di una reinstaurazione del regime autoritario (o parzialmente autoritario) è ancora forte. Ciò non deve sorprendere in alcun modo, dal momento che, come si vedrà meglio nei prossimi paragrafi, una delle caratteristiche principali delle transizioni è data proprio dall'*incertezza* del loro destino.

## 1.2. Le coordinate temporali della transizione democratica

Da un punto di vista temporale, la transizione "è segnata da uno sgretolamento, quantomeno significativo, del regime autocratico, quale punto di partenza, e dall'insediarsi di un governo democratico elettivo, quale estremo finale"<sup>14</sup>. Va rilevato, tuttavia, come in numerosi casi l'ultimo passaggio sia rappresentato dall'entrata in vigore della nuova Costituzione democratica. Ciò è testimoniato soprattutto se si prendono in esame i processi di transizione democratica avvenuti in Europa. E' sufficiente, al riguardo, fare riferimento ai tre ordinamenti che verranno analizzati nel presente lavoro, vale a dire Italia, Spagna e Repubblica ceca. In Italia, infatti, è opinione più che consolidata il fatto che la transizione sia iniziata il 25 luglio 1943 (quando Vittorio Emanuele III

---

pagg. 12-13.

<sup>12</sup> Si pensi alla caduta di Ben-Ali in Tunisia, di Mubarak in Egitto e di Gheddafi in Libia.

<sup>13</sup> Gli sviluppi costituzionali delle transizioni in tali ordinamenti sono monitorati dal Max Planck Institute all'interno del progetto "Constitutional Reform in Arab Countries" ([http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know\\_transfer/constitutional\\_reform\\_in\\_arab\\_cfm](http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know_transfer/constitutional_reform_in_arab_cfm)).

<sup>14</sup> MEZZETTI L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Cedam, Padova, 2003, pag. 5.

revoca dalla carica di Capo del Governo Mussolini, e procede alla formazione di un Governo tecnico affidato alla guida del Maresciallo Badoglio) e sia terminata il 1° gennaio 1948 (giorno in cui entra in vigore la Costituzione repubblicana); in Spagna si ritiene spesso che la *transición* abbia avuto inizio il 20 novembre 1975 con la morte di Franco e sia terminata il 29 dicembre 1978 con l'entrata in vigore della Costituzione<sup>15</sup>; la transizione democratica in Cecoslovacchia, infine, incomincia il 17 novembre 1989 (quando ha inizio la c.d. Rivoluzione di velluto), e termina il 1° gennaio 1993, quando si scioglie la Federazione ceca e slovacca e nascono due Stati indipendenti (la Repubblica ceca e la Repubblica slovacca), ed entra in vigore la Costituzione della Repubblica ceca. Insomma, in tutti i casi appena ricordati la Costituzione rappresenta "l'espressione giuridica della transizione di successo"<sup>16</sup>.

Se dunque è certamente vero che il termine transizione non ha giuridicamente un significato univoco, è altrettanto evidente che esso venga "riferito a un mutamento da un regime costituzionale che esiste a un altro che si sta affermando al suo posto"<sup>17</sup>, e per questo motivo spesso si parla di "transizioni costituzionali"<sup>18</sup>.

### 1.3. Transizioni basate su una revisione costituzionale e Costituzioni provvisorie

A questo punto pare opportuno effettuare alcune importanti precisazioni. Innanzitutto va rilevato come non sempre una transizione democratica comporti l'adozione di una nuova Costituzione: infatti, "possono aversi transizioni che si incentrano su una revisione costituzionale o che non necessitano di mutamenti formali di un testo costituzionale"<sup>19</sup>. Il Messico costituisce un eccellente esempio di transizione democratica avvenuta attraverso successive modifiche della Costituzione. A partire dal 1977, infatti, si sono verificate numerose e importanti riforme costituzionali in materia elettorale (che hanno riguardato anche l'introduzione di organi elettorali<sup>20</sup>), le quali hanno svolto un ruolo decisivo nel processo di democratizzazione del Paese. Tali riforme hanno reso possibile il pluripartitismo e hanno consentito l'alternanza al potere in un ordinamento che sino a quel momento si era caratterizzato per la presenza di un partito egemonico, il *Partido Revolucionario Institucional* (PRI)<sup>21</sup>.

Un altro esempio di particolare interesse riguarda il Portogallo. Si ritiene, infatti, che siano state le riforme costituzionali del 1976 e del 1976 a garantire un'effettiva transizione alla democrazia. La Costituzione del 1976, infatti, presentava numerosi riferimenti ad una transizione verso una società ed una economia di tipo socialista, ma con le modifiche del 1976 e del 1976 venne abolito il Consiglio della Rivoluzione, fu creato il Tribunale costituzionale, venne ridotto, in determinati ambiti, il potere del Presidente, ed inoltre furono eliminati (anche se con alcune eccezioni) i riferimenti ideologici originari e furono cancellati i principi socialisti dell'economia. Le

---

<sup>15</sup> Anche se, come si mostrerà al Cap. 3 par. 1, in Spagna si registra un intenso dibattito dottrinale relativamente all'individuazione del momento iniziale e di quello conclusivo della transizione democratica.

<sup>16</sup> Così RUBIO-MARÍN R., *Women and the Cost of Transition to Democratic Constitutionalism in Spain*, in *International Sociology*, n. 18, 2003, pag. 253, la quale, tuttavia, contesta tale posizione.

<sup>17</sup> DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, VII ed., vol. 1, Padova, Cedam, 2007, pag. 214.

<sup>18</sup> DE VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1998.

<sup>19</sup> DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, in CALAMO SPECCHIA M., CARLI M., DI PLINIO G., TONIATTI R. (a cura di), *I Balani occidentali. Le costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 4.

<sup>20</sup> Si rinvia al par. 4.1.

<sup>21</sup> Sul ruolo svolto dalle riforme elettorali nel processo di democratizzazione in Messico cfr. BECERRA R., SALAZAR P., WOLDENBERG J., *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México, 2000; CÓRDOVA VIANELLO L., *La reforma electoral y el cambio político en México*, in *Reforma política y electoral en América latina 1978-2007*, Editorial UNAM, México, 2008.

modifiche della forma di stato in questo ordinamento sono state talmente radicali “da far pensare che l’organo di revisione abbia in realtà utilizzato poteri costituenti”<sup>22</sup>.

Le transizioni che, quantomeno in un primo momento, sono avvenute senza cambiamenti formali del testo costituzionale hanno riguardato in particolare i mutamenti politici: ad esempio, “nei Balcani occidentali si sono verificati cambiamenti politici radicali senza modifica costituzionale, soprattutto nella Serbia e in Montenegro: infatti, fino all’adozione delle Costituzioni del 2006, la transizione politica di queste due Repubbliche è avvenuta sulla base delle Costituzioni adottate nel 1990 ed è stata guidata dalle vecchie *élites* (in Serbia almeno fino alla svolta democratica dell’ottobre 2000)”<sup>23</sup>.

E’ inoltre necessario evidenziare il fatto che la nozione di transizione non coincide con quella di “Costituzione provvisoria”, la quale “indica strumenti costituzionali connessi con fasi storiche caratterizzate dalla precarietà o provvisorietà delle soluzioni adottate che preludono a successive scelte definitive. *La transizione costituzionale non genera, se non in casi particolari, Costituzioni transitorie*”<sup>24</sup>. Un esempio di Costituzione transitoria (o provvisoria) può essere quello del Sud Africa del 1993, Costituzione che è rimasta in vigore sino a quando non è stata approvata la Costituzione definitiva del 1996; o ancora si pensi alla “Piccola” Costituzione polacca del 1992, la quale è restata in vigore sino al 1997, quando è stata adottata la nuova Carta fondamentale. Più recentemente, poi, sono state approvate Costituzioni provvisorie in alcuni ordinamenti nordafricani coinvolti nella “Primavera araba”, vale a dire in Libia<sup>25</sup>, Tunisia ed Egitto.

#### 1.4. Alcuni caratteri costanti della transizione democratica

La dottrina ha analizzato nello specifico i diversi tipi, modi e processi di transizione, cercando persino di effettuare una classificazione delle transizioni stesse<sup>26</sup>. Tali questioni risultano quantomai complesse e non possono essere affrontate nel presente lavoro, tuttavia pare importante ricordare alcune caratteristiche che paiono essere costanti nei processi di transizione alla democrazia.

La transizione democratica comporta, in primo luogo, un *cambiamento della forma di stato*. Come evidenziato poc’anzi, infatti, si deve trattare di un passaggio da un regime autocratico ad uno di tipo democratico: quest’ultimo “è caratterizzato da una struttura pluralistica, pluripartitica e a potere ripartito”, mentre il primo “è monolitico, monopartitico e a potere concentrato”. Lo Stato autocratico “viene ad assumere un carattere residuale e negativo, in quanto comprende tutte le esperienze che non possono essere qualificate come democratiche”<sup>27</sup>. Esso può essere o di tipo autoritario (come nel caso dell’Italia fascista di Mussolini, della Spagna di Franco, del Portogallo di Salazar, di alcuni ordinamenti dell’Europa centro-orientale sino alla fine degli anni Ottanta, ovvero come nel caso delle dittature militari presenti in diversi ordinamenti latinoamericani) o di tipo totalitario (come nel caso dello stalinismo sovietico, della Cina di Mao, di alcuni ordinamenti dell’Europa centro-orientale e balcanici sino alla fine degli anni Ottanta<sup>28</sup>, o ancora della Germania

---

<sup>22</sup> DE VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali*, cit., pag. 161. Cfr. altresì DE VERGOTTINI G., *Principio di legalità e revisione della Costituzione portoghese del 1982*, in PIZZORUSSO A., VARANO V., *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 1154.

<sup>23</sup> WOELK J., *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, Cedam, Padova, 2008, pag. 25.

<sup>24</sup> DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pagg. 3 e 4.

<sup>25</sup> In tale ordinamento, in particolare, è stata adottata una “Dichiarazione costituzionale” provvisoria.

<sup>26</sup> Cfr. MEZZETTI L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, cit., pag. 10 ss.

<sup>27</sup> VOLPI M., *La classificazione delle forme di stato*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 236.

<sup>28</sup> Basti pensare all’Albania sotto il regime di Enver Hoxha (1946-1990).

nazional-socialista di Hitler)<sup>29</sup>.

Perché si possa parlare di transizione democratica, si ripete, è necessario che si verifichi il mutamento della forma di stato. La transizione, invece, dalla IV alla V Repubblica francese, ad esempio, pur comportando l'adozione di una nuova Costituzione e la relativa modifica della forma di governo (il passaggio dal parlamentarismo al semipresidenzialismo), non ha determinato la modifica della forma di stato, la quale è rimasta liberaldemocratica<sup>30</sup>.

La seconda caratteristica di una transizione democratica riguarda il dato cronologico, vale a dire la sua *provvisorietà*. La transizione si colloca, infatti, tra un prima e un dopo, è una sorta di limbo tra una forma di stato e un'altra. E' un periodo che non è destinato a durare per sempre, ma che deve portare (*rectius*: che vorrebbe portare) a un qualcosa di nuovo, di diverso rispetto a ciò che esisteva precedentemente.

La terza caratteristica del processo di transizione democratica è data dalla sua *incertezza*, dalla sua *indeterminatezza* quanto agli esiti<sup>31</sup>. “La transizione alla democrazia non è processo lineare o razionale: notevole è la plasticità e finanche l'indefinitezza delle identità politiche, troppi sono i dubbi che pervadono ogni soggetto coinvolto, frequente la commistione di motivi ed interessi, non esclusa è la possibilità che alcuni fattori necessari o sufficienti per fuoriuscire dal regime autoritario cambino di significato o di segno... Altro carattere fondamentale è l'indefinitezza delle regole del gioco politico nel dipanarsi dalla transizione: emergono in flusso incessante, dopo essere state, in buona misura, oggetto di aspra contesa”<sup>32</sup>.

## 2. Il consolidamento democratico

Effettuando alcune riflessioni sulla nozione di transizione, è evidente come non si possa non fare riferimento anche ad un altro concetto strettamente collegato, vale a dire quello di consolidamento democratico, il quale si ritiene abbia inizio una volta terminato il periodo di transizione. In Italia, ad esempio, è opinione comune che esso sia iniziato il 1° gennaio 1948, giorno in cui è entrata in vigore la Costituzione repubblicana.

Sono stati compiuti numerosi sforzi da parte della dottrina per riuscire a dare una definizione a tale nozione e per distinguerla da quella di transizione. E' stato detto che si parla di consolidamento in riferimento alla “legittimazione, alla diffusione di valori democratici, alla neutralizzazione di attori antisistema, alla supremazia dei civili sui militari, all'eliminazione di enclavi militari, alla costruzione di partiti, all'organizzazione degli interessi, alla stabilizzazione delle regole elettorali, alla routinizzazione delle politiche, al decentramento, all'introduzione di meccanismi di democrazia diretta, alle riforme – in particolare giudiziarie –, all'alleviare la povertà, alla stabilizzazione economica”<sup>33</sup>. Il consolidamento è stato definito, poi, come “rafforzamento, irrobustimento, rassodamento del sistema democratico”<sup>34</sup>, o ancora come “un processo lento, ma caratterizzato da uno scopo ben preciso, in cui le *forme* democratiche lasciano il posto alla *sostanza* democratica mediante la riforma delle istituzioni statali, la regolarizzazione delle elezioni, il rafforzamento della società civile, e un'abitudine generale da parte della società civile alle nuove

---

<sup>29</sup> Sulle differenze tra regimi autoritari e regimi totalitari si veda PASQUINO G., *Nuovo corso di scienza politica*, il Mulino, Bologna, IV ed., 2009, pag. 255 ss.

<sup>30</sup> Si veda DE VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali*, cit., pag. 163.

<sup>31</sup> Sulla nozione di “incertezza” cfr., in particolare, O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., *Tentative conclusions about uncertain democracies*, pag. 3 ss.

<sup>32</sup> MEZZETTI L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, cit., pagg. 5 e 6.

<sup>33</sup> MEZZETTI L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, cit., pagg. 33 e 34.

<sup>34</sup> MORLINO L., *Consolidamento democratico: definizione e modelli*, in *Rivista italiana di Scienza Politica*, vol. 16, n. 2, 1986, pag. 203.

‘regole del gioco’ democratiche”<sup>35</sup>.

## 2.1. Transizione e consolidamento: differenze e tratti comuni

I politologi, in particolare, hanno spesso cercato di identificare le caratteristiche che tendenzialmente distinguono la transizione dal consolidamento. Ad esempio, mentre nella transizione è in gioco l’emergere stesso delle regole, nel consolidamento le regole sono già date per esistenti. Nel primo processo, dunque, si tratta di problemi di “cambio di regime”, nel secondo di “funzionamento del regime”<sup>36</sup>: il consolidamento, infatti, è considerato un processo che si sviluppa in un quadro normativo già delimitato<sup>37</sup>.

Un altro aspetto che differenzia la transizione dal consolidamento è dato dall’incertezza. Quest’ultima, come visto, costituisce uno dei tratti distintivi della transizione, mentre il processo di consolidamento è caratterizzato da maggiori certezze<sup>38</sup>: se la transizione, infatti, è caratterizzata da un’indeterminatezza di “regole del gioco” prevedibili, con il consolidamento le incertezze progressivamente diminuiscono, man mano che le diverse procedure diventano meglio note e comprese, nonché maggiormente accettate<sup>39</sup>. Diversi sono altresì i prodotti dei due processi: “la transizione sfocia nella creazione di un nuovo regime; il consolidamento sfocia nella stabilità e persistenza di tale regime”<sup>40</sup>.

Oltre alle differenze, possono essere ricordati altresì alcuni tratti comuni che caratterizzano i due processi. Al pari delle transizioni, infatti, i processi di consolidamento “possono differire profondamente da caso a caso... Possono coinvolgere diversi istituti e attori a stadi divergenti di ogni singolo processo... Può variare notevolmente l’ammontare di tempo richiesto per il consolidamento... Infine, i progressi verso il consolidamento non sono né inevitabili né monodirezionali”<sup>41</sup>.

## 2.2. La democrazia “consolidata”

Un’altra questione, poi, lungamente dibattuta riguarda il momento in cui una democrazia possa considerarsi effettivamente consolidata. Se per alcuni Autori la democrazia consolidata è solo un idealtipo<sup>42</sup>, secondo altri si tratta di “una situazione politica in cui... la democrazia sia divenuta

---

<sup>35</sup> CAROTHERS T., *The End of the Transition Paradigm*, in *Journal of Democracy*, vol. 13, n. 1, 2002, pag. 7 (corsivo nostro).

<sup>36</sup> MUNCK G.L., *Disaggregating Political Regime: Conceptual Issues in the Study of Democratization*, Kellogg Institute, Working Paper n. 228, 1996 (corsivo nostro).

<sup>37</sup> CRESPO I., *¿Hacia donde van las democracias latinoamericanas?*, in ALCANTARA M., CRESPO I. (a cura di), *Los límites de la consolidación democrática in América Latina*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pagg. 13-28.

<sup>38</sup> PRZEWORSKI A., *Some Problems in the Study of the Transition to Democracy*, in O’DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transition from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, vol. III, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986, pagg. 57-61.

<sup>39</sup> WHITEHEAD L., *The Consolidation of Fragile Democracies: A Discussion with Illustrations*, in PASTOR R.A. (a cura di), *Democracy in the Americas: Stopping the Pendulum*, Holmes and Meier, New York-London, 1989, pagg. 76-95.

<sup>40</sup> MEZZETTI L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, cit., pag. 43.

<sup>41</sup> GUNTHER R., PUHLE H.J., DIAMANDOUROS P.N., *Introduction*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995, pagg. 19-20.

<sup>42</sup> BURTON M., GUNTHER R., HIGLEY J., *Introduction: Elite Transformations and Democratic Regimes*, in HIGLEY J., GUNTHER R. (a cura di), *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pagg. 1-37.

“l’unica alternativa politica” esistente ovvero sia “*the only game in town*”<sup>43</sup>.

Più probabilmente, una democrazia può essere considerata realmente consolidata solamente nel momento in cui i rappresentanti vengono eletti mediante elezioni libere e trasparenti; vi è un effettivo funzionamento del principio della separazione dei poteri (sia in senso verticale sia in senso orizzontale); i poteri civile e militare sono separati e vi è una supremazia del primo sul secondo; lo Stato e la religione sono tra loro separati; vi è una tutela effettiva dei diritti fondamentali della persona, fra cui, in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di informazione, la tutela dei diritti delle minoranze, il diritto di associazione, nonché la garanzia effettiva del principio di eguaglianza.

### 3. La transizione “sostanziale”

#### 3.1. Il ruolo delle nuove Costituzioni democratiche nei processi di transizione democratica

Come ricordato in precedenza, la dottrina (in particolare quella giuridica) tende spesso, più o meno esplicitamente, a considerare le prime elezioni democratiche, e ancor di più l’entrata in vigore della nuova Costituzione democratica, come il punto di arrivo, il termine della transizione e l’inizio del consolidamento. Tale impostazione, tuttavia, pare piuttosto “riduttiva”, poiché non in grado di mostrare, invece, la complessità, l’articolatezza e la dinamicità di tali processi. L’analisi, infatti, delle transizioni in Italia, Spagna e Repubblica ceca ha evidenziato con estrema chiarezza il fatto che l’entrata in vigore di una nuova Costituzione democratica, pur rappresentando indubbiamente l’elemento più significativo di cambiamento e di discontinuità tra il vecchio e il nuovo ordinamento, non è in grado di determinare, di per sé, il passaggio *effettivo* da un ordinamento di tipo autoritario ad uno democratico<sup>44</sup>. La Costituzione ha il merito di formalizzare, di cristallizzare il mutamento (ovvero un “programma” di mutamento), ma non è in grado di determinare da sola l’effettivo cambiamento della forma di stato<sup>45</sup>.

Secondo, infatti, la prospettiva più tradizionale, ciò che sembra realmente distinguere la transizione dal consolidamento (ovviamente da un punto di vista più specificatamente giuridico) è dato dal fatto che la prima consiste nel periodo in cui vengono sanciti formalmente nella Carta costituzionale i nuovi valori e principi che stanno alla base del nuovo ordinamento, mentre attraverso il secondo si procede alla loro stabilizzazione e al loro radicamento. Viene, tuttavia, da chiedersi se tale distinzione non sia più teorica che sostanziale: come si fa, infatti, a “consolidare” un qualcosa che, sotto molti aspetti, esiste solo “sulla carta”, ma che non è stato ancora messo in pratica? E’ stato opportunamente osservato, infatti, che “i principi [costituzionali] sono quasi sempre mere aspirazioni, propositi, programmi, e quindi tutto si sposta nella fase attuativa e nelle

---

<sup>43</sup> LINZ J.J., STEPAN A., *Transizione e consolidamento democratico*, il Mulino, Bologna, 2000, pag. 7.

<sup>44</sup> Rileva DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pag. 4, come “la fase attuativa della Costituzione è sempre caratterizzata da processi di adattamento della realtà fattuale ai principi. E’ in questa fase che si manifesta nel tempo la distanza tra quanto voluto dai costituenti e quanto consentito dalla situazione di fatto”.

<sup>45</sup> Sottolinea, infatti, DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., pag. 215, che “la Costituzione, una volta decisa, ha la sua *istantaneità*, essa immobilizza un cambiamento, lento o repentino che sia stato il processo che l’ha generato e, fino a che non venga mutata, è destinata a vigere”. Non vanno sottovalutate, inoltre, le *modalità* con cui avviene la scrittura di una Costituzione. In Italia, ad esempio, l’Assemblea costituente, eletta nel 1946 sulla base di elezioni libere a suffragio universale, costituì un importantissimo momento di collaborazione tra le diverse forze politiche (democristiani, liberali, comunisti, socialisti...); in Marocco, al contrario, la nuova Costituzione entrata in vigore l’anno scorso è stata redatta da un Comitato di esperti nominati personalmente dal Re, tanto che l’impressione è che si tratti di un esempio moderno di Costituzione “*octroyée*” (cfr. HENNANI N., *Le projet de la nouvelle Constitution: entre audace et prudence*, in *La Constitution en Afrique*, 2011, disponibile *on-line* all’indirizzo [http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know\\_transfer/constitutional\\_reform\\_in\\_arab\\_/marokko.cfm](http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know_transfer/constitutional_reform_in_arab_/marokko.cfm)).

prassi che si formeranno”<sup>46</sup>.

Si prenda come esempio il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali della persona, che costituiscono senza dubbio gli elementi cardine di tutte le democrazie: i diritti fondamentali, una volta sanciti dalla nuova Costituzione, non hanno ancora trovato alcun tipo di applicazione, per cui non si può certo dire che debbano essere “consolidati”. Sarebbe un controsenso. Si potrebbero consolidare solo se avessero già avuto un principio di applicazione pratica. Si pensi all’Italia, e in particolare si consideri il periodo che ha fatto seguito all’entrata in vigore della Costituzione del 1948: per lungo tempo, quantomeno sino alla entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956 (ma in parte anche in seguito), le norme sulle libertà fondamentali non hanno ricevuto effettiva applicazione, e continuavano ad essere applicate diverse leggi fasciste in palese contrasto con la Carta del ’48<sup>47</sup>.

La transizione, insomma, intesa come passaggio da un vecchio regime ad uno completamente diverso fondato su nuovi principi e valori, non può ritenersi conclusa con la mera entrata in vigore di un nuovo testo costituzionale: il rischio che si corre, infatti, è quello di avere a che fare con una “democrazia di facciata”<sup>48</sup>, caratterizzata dal paradosso per cui la nuova Costituzione democratica si viene a trovare all’interno di un ordinamento che, anche solo per alcuni aspetti, è ancora, *de facto*, autoritario<sup>49</sup>. Nei casi più estremi si sarà in presenza di “Costituzioni senza costituzionalismo”, vale a dire di ordinamenti nei quali, nonostante la formale adozione di una Carta costituzionale, non viene assicurata la legittimazione popolare dei governanti, non viene garantita la legittimità dei loro atti e comportamenti e non vi è un’effettiva tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini.

### 3.2. La nozione “sostanziale” di transizione

Qualora, invece, si decida di accogliere un’interpretazione “sostanziale” di transizione, si farà riferimento anche al periodo in cui i principi fondamentali che caratterizzano il nuovo ordinamento sono realmente messi in pratica. Seguendo tale interpretazione, dunque, la conclusione del processo costituente in senso stretto non sancisce la fine della transizione e l’inizio del consolidamento, ma, al contrario, dà inizio alla *seconda fase della transizione*, quella in cui viene data effettiva attuazione ai nuovi principi previsti sulla carta<sup>50</sup>. Se infatti tutti i nuovi principi e valori previsti nella Costituzione rimangono lettera morta, la transizione rimarrà incompiuta. E’ quindi di tutta evidenza come la transizione sostanziale vada di pari passo con l’attuazione della

---

<sup>46</sup> DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pag. 4

<sup>47</sup> Come si vedrà ampiamente nel Cap. 1.

<sup>48</sup> DE VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali*, cit., pag. 26.

<sup>49</sup> La presenza di una nuova Costituzione democratica in un contesto per certi versi ancora autoritario ha riguardato, in modo particolare nel periodo 1948-1956, la stessa Italia (come si mostrerà nel Cap. 1 par. 3). Un forte scarto tra quanto previsto dal nuovo testo costituzionale e la realtà dei fatti si è verificato altresì in diversi ordinamenti dell’Europa orientale (nei Balcani in particolare: cfr. DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pag. 7), in America Latina e in Africa (OKOTH-OGENDO H.W.O., *Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in GREENBERG D., KATZ S.N., OLIVIERO M.B., WHEATLEY S.C. (a cura di), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, Oxford, 1993).

<sup>50</sup> Con questa distinzione ci si richiama in parte a quanto sostenuto da O’DONNELL G., *Transitions, Continuities, and Paradoxes*, in MAINWARING S., O’DONNELL G., VALENZUELA J.S., *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1992, pag. 18, secondo il quale un processo di democratizzazione implica due transizioni: “la prima è la transizione dal precedente regime autoritario all’instaurazione di un governo democratico. La seconda transizione va dall’instaurazione di tale governo al consolidamento della democrazia o, in altre parole, all’effettivo funzionamento di un *regime democratico*”.

Costituzione. Parafrasando una nota distinzione<sup>51</sup>, non sembra, insomma, azzardato distinguere tra “*transition in the books*” (*rectius*: “*in the Constitution*”) e “*transition in action*”.

Questa seconda fase risulta essere generalmente molto più lunga rispetto alla prima: la strada, infatti, che conduce ad una democrazia consolidata è particolarmente complessa, e ciò spiega il perché le transizioni non sempre siano coronate da successo. “In un numero ristretto di paesi le aperture politiche iniziali sono chiaramente fallite e si sono reinstaurati regimi di tipo autoritario... La maggior parte dei Paesi in via di transizione... non sono né di tipo dittatoriale, né chiaramente rivolti verso la democrazia. Sono entrati in una *zona politica grigia*. Hanno alcune caratteristiche proprie della vita politica democratica”, ma allo stesso tempo “soffrono di seri *deficit democratici*”<sup>52</sup>.

Se la transizione, intesa in senso tradizionale, ha tendenzialmente un momento preciso di inizio (la crisi del regime autoritario) e un altrettanto preciso momento conclusivo (le prime elezioni democratiche e l’entrata in vigore della nuova Costituzione), non altrettanto può dirsi per quella “sostanziale”. Possono essere identificati tre casi principali.

- a) Se il processo di transizione ha successo, con il passare del tempo la transizione sostanziale va a *sfumare* nel consolidamento, senza che sia possibile individuare un vero e proprio “stacco” tra queste due fasi. Va evidenziato come, pur essendo la transizione e il consolidamento “concettualmente distinti”, essi possono “sovrapporsi da un punto di vista temporale o addirittura coincidere”<sup>53</sup>. Se quindi è necessario fissare dei confini concettuali tra questi due processi, non sarebbe corretto intendere il consolidamento come uno *step* che segue in maniera netta il completamento della fase di transizione. L’analisi di numerosi processi di transizione democratica mostra, dunque, come spesso, da un punto di vista pratico, la tradizionale bipartizione transizione/consolidamento non sia sufficiente a spiegare la complessità e la dinamicità del procedimento. Quest’ultimo è, invece, costituito da tre passaggi: transizione formale, transizione sostanziale e consolidamento. Il traguardo finale è dato dalla democrazia consolidata.
- b) In altri casi, invece, quando il processo di transizione incontra delle difficoltà, si entra nella “zona politica grigia” e si incontrano Paesi “bloccati da qualche parte nel processo di democratizzazione”: sono queste le cosiddette “semi-democrazie, democrazie formali, democrazie elettorali, democrazie di facciata, pseudo-democrazie...”<sup>54</sup>. Sono questi regimi ibridi, nei quali convivono istituti più o meno liberali (elezioni più o meno libere) ed istituti illiberali (violazione dei diritti fondamentali, regole emergenziali finalizzate a reprimere gli oppositori...).
- c) In altri casi ancora può capitare che le difficoltà abbiano il sopravvento e che dunque la transizione fallisca e venga instaurato nuovamente un ordinamento di tipo autoritario<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Sulla distinzione tra “*law in the books*” e “*law in action*” si veda GUTTERIDGE H.C., *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946; ASCARELLI T., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, pag. 508; NEWMAYER K.H., *Law in the Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé*, in ROTONDI M. (a cura di), *Buts et méthodes du droit comparé*, Cedam, Padova, 1973.

<sup>52</sup> CAROTHERS T., *The End of the Transition Paradigm*, cit., pag. 9 (corsivo nostro).

<sup>53</sup> GUNTHER R., PUHLE H.J., DIAMANDOUROS P.N., *Introduction*, cit., pag. 3.

<sup>54</sup> E’ il caso di diversi ordinamenti africani e asiatici (cfr. CAROTHERS T., *The End of the Transition Paradigm*, cit., pag. 10 ss.)

<sup>55</sup> E’ il caso di alcuni Paesi dell’Africa e dell’Asia (cfr. CAROTHERS T., *The End of the Transition Paradigm*, cit., pag. 9).

Il successo, dunque, del processo di transizione non deve mai essere dato per scontato, poiché può sempre verificarsi “uno slittamento delle democrazie liberali verso la categoria delle democrazie meramente “elettorali” o anche ad un’involuzione delle democrazie elettorali in senso pseudo democratico o finanche autoritario: la patologia che può interessare i singoli sistemi democratici che attraversino esperienze di transizione costituzionale e sperimentino percorsi di consolidamento democratico può giungere a manifestarsi in una *stagnazione* del tasso qualitativo e quantitativo della democrazia o addirittura in un regresso verso forme non democratiche”<sup>56</sup>.

Ogni transizione, dunque, è caratterizzata dall’incertezza, non solo perché le “regole del gioco” sono incerte o poiché risulta essere estremamente complesso predire la lunghezza di tale periodo, ma anche perché il *destino* stesso della transizione è incerto. Proprio per riuscire a capire quale sarà il destino del processo di transizione democratica, pare essere di importanza centrale la seconda fase della transizione, vale a dire quella “sostanziale”. In questa fase, infatti, si potrà verificare se i nuovi principi e valori previsti dalla nuova Costituzione sono effettivamente messi in pratica (aprendo così la strada al consolidamento: caso a), o se invece rimangono sulla carta (facendo entrare il Paese nella c.d. “zona grigia”, con il rischio di una reinstaurazione del regime autoritario: casi b e c).

#### 4. Attori e fattori delle transizioni democratiche

Come ricordato in precedenza, i processi di transizione e di consolidamento democratico sono estremamente complessi: essi, infatti, non sono lineari o razionali, bensì sono processi dinamici caratterizzati da numerosissime variabili, le quali sono rappresentate da una molteplicità di attori (vale a dire i soggetti coinvolti nel processo di transizione) e fattori (cioè i fatti che influenzano il periodo di transizione). La storia ci ha mostrato, inoltre, che tali processi sono avvenuti in tutto il mondo e in fasi storiche diverse<sup>57</sup>.

##### 4.1. Gli attori

Gli attori che prendono parte a tali processi sono molteplici e profondamente diversi tra loro. Essi possono essere classificati in due gruppi: il primo comprende gli attori “istituzionali”, mentre il secondo è formato dagli attori “non istituzionali”. Nel primo gruppo si trovano i militari, il governo, il Parlamento<sup>58</sup>, il potere giudiziario<sup>59</sup>, il Capo dello Stato, gli organi elettorali<sup>60</sup>...; il secondo gruppo, invece, ricomprende la società civile, i gruppi di interesse<sup>61</sup>, le *élites*, il popolo inteso come “nazione”... In una posizione “ibrida”, poi, si collocano i partiti politici, i quali fungono da cerniera

---

<sup>56</sup> DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pag. 5.

<sup>57</sup> Un’analisi a livello mondiale dei processi di transizione e consolidamento democratico si trova in MEZZETTI L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, cit. e ID., *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Giappichelli, Torino, 2000.

<sup>58</sup> LIEBERT U., COTTA M. (a cura di), *Parliament and Democratic Consolidation in Southern Europe*, Pinter, London, 1990; LIEBERT U., *The Centrality of Parliament in the Consolidation of Democracy: A Theoretical Exploration*, ICPS Working Paper n. 7, Barcelona, 1989.

<sup>59</sup> Il ruolo svolto dalla magistratura nei processi di transizione e di consolidamento in Italia, Spagna e Repubblica ceca sarà oggetto di analisi nei rispettivi Capitoli.

<sup>60</sup> Gli organi elettorali (come evidenziato più avanti) sono organi indipendenti, di norma previsti a livello costituzionale, chiamati ad amministrare e controllare il processo elettorale, partendo dalla fase pre-elettorale sino alla risoluzione delle controversie in merito ai risultati delle elezioni.

<sup>61</sup> SCHMITTER P.C., *Organized Interests and Democratic Consolidation in Southern Europe*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (ed. by), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., pag. 284 ss.

tra istituzioni e società.

Nella presente ricerca non è ovviamente possibile soffermarsi su ciascuno di questi attori. Pare opportuno, tuttavia, fare qualche cenno al ruolo svolto da alcuni di questi soggetti al fine di dare conto dei diversi modi in cui essi sono coinvolti nei processi di transizione democratica.

Per quanto concerne gli attori “istituzionali”, va ricordato, innanzitutto, il ruolo svolto dai militari. In diversi ordinamenti latinoamericani, ad esempio, le forze armate sono state spesso coinvolte in modi diversi nei processi di democratizzazione, dal momento che durante i regimi autoritari esse avevano governato il Paese (è questo il caso dell’Ecuador 1972-1979; del Brasile 1964-1984; dell’Argentina 1976-1983; dell’Uruguay 1973-1984) ovvero fornito il proprio appoggio al dittatore (*caudillo*) (si pensi al Cile, con il generale Pinochet (1973-1989); al Paraguay con Stroessner (1954-1989); a Panama con Noriega (1982-1989); ad Haiti con Cedras (1991-1994)). Al fine di garantire una transizione democratica “sostanziale”, è stato pertanto necessario superare le dittature militari assicurando la supremazia dei civili sulle forze armate<sup>62</sup>.

Un altro Paese, poi, che ha visto un forte coinvolgimento dei militari è stato senza dubbio la Turchia. Al termine della Seconda Guerra Mondiale, tale ordinamento è passato da un sistema autoritario a partito unico ad un regime democratico multipartitico. Il Paese, tuttavia, ha continuato per lungo tempo a caratterizzarsi per una marcata instabilità politica: in ben tre occasioni, infatti, i militari hanno assunto direttamente (nel 1960-61 e nel 1980-83) o indirettamente (1971-73) il potere in seguito a un colpo di stato. A questi relativamente brevi periodi di dittatura militare è, poi, sempre seguito il riemergere di procedure elettorali di tipo democratico<sup>63</sup>.

Il coinvolgimento dei militari è testimoniato altresì dalle recenti transizioni nei Paesi arabi<sup>64</sup>. Si pensi, ad esempio, all’Egitto: dopo la fine del lungo regime di Mubarak, il potere è stato assunto dal Consiglio Supremo delle Forze Armate, il quale, per l’appunto, è chiamato a guidare il Paese in questa fase di trasformazione.

Un altro esempio di attori “istituzionali” coinvolti nei processi di transizione democratica, è dato dagli organi elettorali<sup>65</sup>, vale a dire quegli organi indipendenti, di norma previsti a livello costituzionale, chiamati ad amministrare e controllare il processo elettorale, partendo dalla fase pre-elettorale sino alla risoluzione delle controversie in merito ai risultati delle elezioni<sup>66</sup>. Tali organismi, infatti, hanno svolto un ruolo chiave nelle transizioni “sostanziali”, dal momento che

---

<sup>62</sup> Sul ruolo dei militari nei processi di democratizzazione in America Latina si veda O’DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from authoritarian rule. Latin America*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986; GOODMAN L., MENDELSON J., RIAL J. (a cura di), *Los militares y la democracia. El futuro de las relaciones civico-militares en America Latina*, Peitho, Montevideo, 1990; AGÜERO F., *Democratic Consolidation and the Military in Southern Europe and South America*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di.), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., p. 124 ss; AGÜERO F., *The Military and the Limits to Democratization in South America*, in MAINWARING S., O’DONNELL G., VALENZUELA J.S. (a cura di), *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1992, pag. 153 ss. Sul ruolo dei militari in Asia, invece, si rinvia a DIAMOND L., LINZ J.J., LIPSET S.M., *Democracy in Developing Countries. Asia*, Adamantine Press, London, 1989.

<sup>63</sup> Cfr. SUNAR I., SAYARI S., *Democracy in Turkey: Problems and Prospects*, in O’DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from Authoritarian Rule. Southern Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986, pag. 165 ss.

<sup>64</sup> Sul ruolo dei militari nelle recenti transizioni nei Paesi arabi cfr. BARANY Z., *The Role of the Military*, in *Journal of Democracy*, vol. 22, n. 4, 2011, pag. 28 ss.

<sup>65</sup> In inglese sono comunemente definiti *Electoral Management Bodies* (EMBs)

<sup>66</sup> Cfr. PASTOR R., *The Role of Electoral Administration in Democratic Transitions: Implications for Policy and Research*, in *Democratisation*, vol. 6, n. 4, 1999, pag. 1 ss.; KÜHNE W., *The Role of Elections in Emerging Democracies and Post-Conflict Countries. Key Issues, Lessons Learned and Dilemmas*, in <http://library.fes.de/pdf-files/iez/07416.pdf>; PEGORARO L., PAVANI G., PENNICINO S., *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bononia University Press, Bologna, 2011.

hanno garantito, attraverso la loro attività, l'effettiva attuazione di diverse disposizioni costituzionali, in particolare quelle relative alle elezioni e alla rappresentanza di governo. Ad esempio, nell'analizzare la storia degli organi elettorali in America Latina, emerge chiaramente come lo spirito che promosse la creazione di tali organismi fu quello di garantire trasparenza e credibilità ai processi elettorali, come condizione necessaria per l'instaurazione della democrazia<sup>67</sup>. Memori di lunghi anni di regimi o dittature militari, ovvero di sistemi caratterizzati da un partito egemonico, diversi Costituenti latinoamericani hanno, infatti, ritenuto che organi specializzati in materia elettorale potessero favorire una transizione effettiva verso forme di Stato democratiche. Oltre al caso del Messico ricordato in precedenza<sup>68</sup>, si pensi al Costa Rica: "la storia elettorale... ha mostrato il forte impatto che l'organo elettorale autonomo ha avuto sul benessere democratico dello Stato. A partire dal 1949, si sono tenute nel paese 13 elezioni consecutive in cui i due maggiori partiti politici si sono alternati al potere. Tale fatto ha rafforzato la democrazia del Paese e ha consolidato il sentimento popolare secondo cui le istituzioni elettorali lavorano al fine di garantire libere elezioni"<sup>69</sup>.

Un altro esempio di attore "istituzionale" che può giocare un ruolo decisivo nel processo di democratizzazione del Paese è rappresentato dal Capo dello Stato. Come verrà analizzato più nel dettaglio nel Capitolo dedicato alla Spagna, il ruolo svolto dal Re Juan Carlos de Borbón nella transizione spagnola costituisce un esempio eccellente. Il Sovrano, infatti, in seguito alle dimissioni di Carlos Arias Navarro (politico franchista appartenente ai settori più reazionari del regime), nominò quale *Presidente del Gobierno* Adolfo Suárez González, il quale divenne uno degli autori del *cambio*. Inoltre, non va dimenticato l'intervento del Re nel tentativo di colpo di Stato nel Parlamento spagnolo avvenuto il 23 febbraio 1981. Quel giorno, infatti, il Colonnello della *Guardia Civil* Antonio Tejero Molina fece irruzione nel *Congreso de los Diputados* con circa 400 soldati della *Guardia Civil* e tenne in ostaggio i deputati presenti sino alle 10 di mattina del giorno seguente. Grazie soprattutto all'intervento del Re Juan Carlos, il quale non diede il proprio appoggio al *golpe*, Tejero rinunciò al suo progetto e si arrese alla polizia. Non è un caso, dunque, che il Re sia stato definito "*el piloto del cambio*" (il pilota del cambiamento)<sup>70</sup>.

Un altro Sovrano che ha inciso in maniera significativa nel processo di transizione è Mohammed VI in Marocco. Salito al trono nel 1999 in seguito alla morte di Hassan II, il Re marocchino ha favorito in questi anni una serie di importanti cambiamenti nel Paese: si segnalano,

---

<sup>67</sup> Va sottolineato come negli Anni Venti del XIX secolo Simón Bolívar teorizzò, accanto ai tre "tradizionali", un quarto potere dello Stato, il *poder electoral*, il quale trovò per la prima volta fondamento nella Costituzione della Bolivia del 19 novembre 1826. La teorizzazione di tale potere ha influenzato non poco i diversi costituenti latinoamericani nel momento in cui sono stati chiamati a disciplinare la gestione e il controllo delle elezioni nei rispettivi Paesi. Si può notare come attualmente le Costituzioni di quattro ordinamenti (Nicaragua, Venezuela, Ecuador e Bolivia) prevedono espressamente il potere elettorale, mentre due (Costa Rica e Uruguay) sembrano farlo in maniera implicita. A livello istituzionale il concetto di *poder electoral* è stato attuato attraverso la creazione di organi elettorali incaricati dell'organizzazione delle elezioni e della risoluzione delle relative controversie, con funzioni, dunque, sia amministrative sia giurisdizionali. Tale soluzione ricorda la posizione sostenuta da Ackerman, secondo il quale gli organi di supervisione delle elezioni previsti in diversi Paesi del mondo (India, Regno Unito...) si collocano in un'orbita – cosiddetta "*democracy branch*" – esterna rispetto ai tre tradizionali poteri dello Stato (ACKERMAN B., *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, 2000, p. 712 ss.).

<sup>68</sup> Si rinvia al par. 1.3.

<sup>69</sup> HERNÁNDEZ VALLE R., *Costa Rica: A Powerful Constitutional Body*, in *Electoral Management Design: The International IDEA Handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Stockholm, 2006, p. 79.

<sup>70</sup> Si veda POWELL C., *El piloto del cambio. El rey, la monarquía y la transición a la democracia*, Planeta, Barcelona, 1991.

in particolare, la riforma del diritto di famiglia (grazie alla quale si ha avuto un miglioramento della condizione femminile), l'istituzione della Commissione Equità e Riconciliazione (volta ad investigare i crimini commessi nel periodo 1956-1999) e l'approvazione nel 2011 della nuova Costituzione (la quale ha previsto una maggiore tutela dei diritti fondamentali, l'autonomia della magistratura, un rafforzamento dei poteri del Primo ministro e una serie di limitazioni ai poteri del sovrano)<sup>71</sup>.

Con riferimento agli attori "non istituzionali", non deve essere dimenticata l'importanza delle *élites*: esse, infatti, sono elementi decisivi nelle transizioni democratiche coronate da successo ed una "precondizione per la democrazia consolidata"<sup>72</sup>.

All'interno di questo secondo gruppo di attori deve essere ricompreso altresì il popolo inteso come "nazione". Bartole, infatti, riferendosi alle transizioni democratiche nell'Europa centrale ed orientale, sottolinea il ruolo decisivo svolto dal popolo, precisando, tuttavia, che "questo non è soltanto il risultato di una attuale e prolungata comunanza di vita sullo stesso territorio e nell'ambito dello stesso ordinamento giuridico. A questi due vincoli un altro se ne aggiunge, quello dell'appartenenza alla stessa comunità nazionale, alla stessa nazione, che trascende la dimensione territoriale e quella giuridica, anche se proprio, appunto, tramite quest'ultima, assume una particolare rilevanza al fine della qualificazione degli Stati interessati"<sup>73</sup>.

Come ricordato precedentemente, poi, una posizione intermedia, "ibrida", è rivestita dai partiti politici, i quali sono chiamati a svolgere una funzione di raccordo tra la società e le istituzioni. Proprio in ragione di tale posizione, i partiti politici svolgono un ruolo chiave nella determinazione del successo o del fallimento di un processo di democratizzazione. Essi sono "gli attori più capaci di formare, mantenere, esprimere e accrescere opinioni in merito alla legittimità o illegittimità di un regime"<sup>74</sup>. All'interno di una società, infatti, sono sempre presenti correnti ideologiche, convinzioni diffuse, valori e principi di riferimento, ma sono i partiti ad esercitare una funzione determinante per quanto concerne il loro mantenimento e rafforzamento. Una questione importante, poi, riguarda il rapporto tra il consolidamento del regime democratico e la stabilizzazione e la strutturazione dei partiti. In diversi casi si è registrata una forte correlazione tra questi due aspetti, tuttavia alcune esperienze di transizioni nell'Europa meridionale hanno mostrato come invece la stabilizzazione e la strutturazione dei partiti non sono condizioni sufficienti per il consolidamento di un regime democratico: in Spagna, ad esempio, nonostante i partiti fossero meno strutturati rispetto a quelli italiani, il processo di transizione e consolidamento è stato di gran lunga più rapido rispetto a quanto avvenuto in Italia<sup>75</sup>.

## 4.2. I fattori

Al pari degli attori, anche i fattori che concorrono a determinare il successo o il fallimento

---

<sup>71</sup> Sulle riforme costituzionali in Marocco si veda il sito del Max Planck Institute relativo al progetto "*Constitutional Reform in Arab Countries*": [http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know\\_transfer/constitutional\\_reform\\_in\\_arab\\_/marokko.cfm](http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know_transfer/constitutional_reform_in_arab_/marokko.cfm)

<sup>72</sup> Si veda HIGLEY J., GUNTHER R. (a cura di), *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

<sup>73</sup> BARTOLE S., *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, il Mulino, Bologna, 1993, pagg. 50-51.

<sup>74</sup> MORLINO L., *Political Parties and Democratic Consolidation in Southern Europe*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., pag. 315.

<sup>75</sup> Si veda nuovamente MORLINO L., *Political Parties and Democratic Consolidation in Southern Europe*, cit., pag. 359. Sul ruolo dei partiti politici nei processi di transizione democratica cfr. altresì PRIDHAM G. (a cura di), *Securing Democracy: Political Parties and Democratic Consolidation in Southern Europe*, Routledge, London, 1990.

delle transizioni democratiche sono particolarmente numerosi e diversi tra loro. Essi possono essere suddivisi in due gruppi: il primo comprende i fattori endogeni, mentre il secondo annovera quelli esogeni. Del primo gruppo fanno parte gli eventi inaspettati, le decisioni repentine e audaci, il talento individuale, la sfiducia tra le persone, la natura del precedente regime non democratico<sup>76</sup>, i sistemi elettorali e dei partiti, le convinzioni religiose e filosofiche, l'esistenza di una cultura e di una tradizione democratica, il livello di sviluppo economico e sociale, la struttura costituzionale prescelta, la "statualità"... Nel secondo gruppo, invece, è importante ricordare il contesto e le influenze internazionali, nonché lo "Zeitgeist".

Tra i fattori endogeni va menzionata innanzitutto la struttura costituzionale prescelta. È stato spesso osservato, infatti, che la forma di governo presidenziale ha denotato, rispetto a quella parlamentare o anche semi-presidenziale, una minore funzionalità ai fini del consolidamento democratico, "ed una maggiore attitudine a favorire fenomeni di involuzione nel funzionamento della forma di governo"<sup>77</sup>.

Un fattore, poi, che è stato spesso sottovalutato, ma che può risultare decisivo per riuscire a creare uno Stato realmente democratico, è dato dalla "statualità". In molti Paesi, infatti, "la crisi del regime non democratico si intreccia anche con profonde differenze relative a ciò che la *polis* (ovvero la comunità politica) dovrebbe essere effettivamente, e quale *demos* o quali *demoi* (popolo o popoli) debba o debbano appartenere a quella comunità politica. Quando vi sono profonde differenze circa la definizione dei confini territoriali dello Stato, corrispondente a una certa comunità politica, e su chi abbia il diritto di cittadinanza in quello Stato, si pone un problema che definiamo di "statualità"<sup>78</sup>. Come si vedrà più diffusamente nel capitolo dedicato alla Spagna, i nazionalismi catalano e basco rappresentano un chiaro esempio di questa questione particolarmente delicata. Non va dimenticato, poi, che un problema di "statualità" si pose anche in Italia, con specifico riferimento alla questione del separatismo siciliano. Tale situazione, tuttavia, venne risolta ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione, attraverso la promulgazione dello Statuto della Sicilia il 16 maggio 1946<sup>79</sup>. Anche nella Repubblica federale ceca e slovacca il problema della "statualità" venne risolto in radice: nel 1992, infatti, venne adottata una legge costituzionale che stabiliva che la Federazione avrebbe cessato di esistere il 31 dicembre 1992, e che gli Stati che ad essa sarebbero succeduti erano la Repubblica ceca e la Repubblica slovacca<sup>80</sup>.

Per quel che concerne i fattori esogeni, vanno ricordati in primo luogo il contesto e le influenze internazionali. È noto, ad esempio, che gli Stati Uniti sono stati spesso coinvolti nei processi di transizione in diverse regioni del mondo (Europa, America Latina, Africa, Asia...). Per quel che riguarda l'Italia, si ricorda, ad esempio, la decisione del Governo di aderire nel luglio 1947 al c.d. "Piano Marshall" ed al conseguente "European Recovery Program", elaborato dall'esecutivo statunitense al fine di promuovere la rinascita economica dell'Europa occidentale, la quale era uscita fortemente impoverita dal secondo conflitto mondiale. In alcuni casi, poi, l'intervento delle forze straniere ha riguardato persino i processi costituenti. Si pensi, ad esempio, a quanto accaduto in Germania e in Giappone al termine della Seconda Guerra Mondiale, dove molti dei principi fondamentali stabiliti in Costituzione sono stati, *de facto*, imposti dalle forze alleate<sup>81</sup>. Non va

---

<sup>76</sup> Si veda LINZ J.J., STEPAN A., *Transizione e consolidamento democratico*, cit., pag. 91 ss.

<sup>77</sup> DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pag. 6; si veda altresì ACKERMAN B., *The New Separation of Powers*, cit., pagg. 645-646; LINZ J.J., *Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make A Difference?*, in LINZ J.J., VALENZUELA A. (a cura di), *The Failure of Presidential Democracy*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1994.

<sup>78</sup> LINZ J.J., STEPAN A., *Transizione e consolidamento democratico*, cit., pag. 25.

<sup>79</sup> MARINO G.C., *Storia del separatismo siciliano*, Editori riuniti, Roma, 1979.

<sup>80</sup> Si rinvia al Cap. 4 par. 1.2.

<sup>81</sup> Basti pensare alla forma di governo parlamentare in Giappone, o alla forma di stato federale in Germania (cfr. DE

dimenticato, inoltre, che, a partire dal 1985, l'allora *leader* dell'Unione sovietica Mikhail Gorbachev ha contribuito in modo importante alle transizioni democratiche nell'Europa centrale ed orientale. Va altresì evidenziato che per molti Paesi europei la prospettiva di entrare a far parte dell'Unione Europea (o dell'allora Comunità Economica Europea) ha rappresentato un ulteriore stimolo per velocizzare il processo di democratizzazione del Paese: è questo il caso, oltre che dei numerosi ordinamenti dell'Europa centro-orientale, della Spagna e del Portogallo<sup>82</sup>.

Un altro importante fattore esogeno è rappresentato dallo "*Zeitgeist*". Tale concetto deriva dalla tradizione tedesca di storia delle idee e si riferisce allo "spirito dei tempi". Secondo Linz e Stepan "quando un Paese fa parte di una comunità ideologica internazionale in cui quella democratica è semplicemente una tra le numerose ideologie in competizione, le probabilità di giungere alla democrazia e vederla consolidarsi sono notevolmente inferiori rispetto ad una situazione in cui lo spirito dei tempi è tale da lasciare le ideologie democratiche senza concorrenti significativi"<sup>83</sup>. L'effetto di uno *Zeitgeist* favorevole o sfavorevole alla democrazia può essere facilmente compreso se si confronta l'Europa tra le due guerre (in cui l'ideale democratico era in competizione con altre ideologie concorrenti tra cui comunismo, fascismo, monarchia costituzionale autoritaria e predemocratica e, sebbene in misura forse minore, cattolicesimo<sup>84</sup>) con l'Europa della metà degli anni Settanta e della metà degli anni Ottanta (dove invece la democrazia non lasciava spazio a concorrenti ideologiche rilevanti).

## 5. Attori specifici in un'area geografica specifica: le Corti costituzionali in Europa

Nel presente lavoro verranno presi in esame attori specifici, vale a dire le Corti costituzionali, all'interno di una precisa area geografica, ovvero l'Europa. La previsione di tali organi, come si mostrerà più avanti, risulta essere, a partire dal secondo dopoguerra, strettamente collegata ai processi di transizione democratica. A questo punto pare necessario riprendere, seppure brevemente, le origini della giustizia costituzionale in Europa.

### 5.1. La giurisdizione sui conflitti: la *Staatsgerichtsbarkeit*

Le prime esperienze di giustizia costituzionale nel continente europeo furono strettamente

---

VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali*, cit., pagg. 21-22).

<sup>82</sup> Sulle ruoli svolte dalle influenze internazionali nel centro e nell'est Europa si veda LINZ J.J., STEPAN A., *L'Europa post-comunista*, il Mulino, Bologna, 2000, pag. 17 ss. (trad. ingl. *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1996, pagg. 235-457). Sul ruolo svolto dal contesto internazionale nel sud dell'Europa cfr. PRIDHAM G., *The International Context of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., pag. 166 ss.; ID., *Securing Democracy: The International Context of Regime Transition in Southern Europe*, cit. Riflessioni di carattere generale sul ruolo delle influenze internazionali si trovano, poi, in LINZ J.J., STEPAN A., *Transizione e consolidamento democratico*, il Mulino, Bologna, 2000, pag. 115 ss. (trad. ingl. *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1996, pagg. 3-83, 139-147, 219-230, 434-457); WHITEHEAD L., *International Aspects of Democratization*, in O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from authoritarian rule. Comparative Perspectives*, cit., pag. 4 ss.

<sup>83</sup> LINZ J.J., STEPAN A., *Transizione e consolidamento democratico*, cit., pag. 118.

<sup>84</sup> LINZ J.J., STEPAN A., *Transizione e consolidamento democratico*, cit., pag. 118, ritengono, al contrario, che il cattolicesimo costituisca un'ideologia alla pari delle altre. Per quel che riguarda specificatamente l'Italia, va ricordato il periodo del secondo Ottocento, nel quale il cattolicesimo condizionò fortemente la nascita e lo sviluppo del parlamentarismo liberale (GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Laterza, Bari, 2002, pag. 146). Si ricorda, inoltre, che nella Repubblica di Weimar la componente politico-parlamentare cattolica non rappresentava "un saldo sostegno per il regime" (MORTATI C., *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, pag. 218).

legate al carattere decentrato degli Stati. In questo tipo di ordinamenti si sentì, infatti, l'esigenza di creare "un'istanza con funzioni di garanzia e di preservazione del "contratto federativo", che risolv[esse] le controversie pregiudizievoli per la pace e la sicurezza del sistema, e riconduc[esse] a omogeneità il pluralismo istituzionale sotteso al primitivo *pactum foederis*"<sup>85</sup>. In questo senso, va dunque ricordato che è nella "struttura federale della Confederazione tedesca del 1815 che si può rinvenire il germe della giustizia costituzionale, e proprio in termini di regolazione di competenze tra gli Stati partecipi della Confederazione stessa, ma anche di conflitti tra Federazione e Stati federati"<sup>86</sup>. Successivamente, si pensi al *Reichsgericht* austriaco che, dal 1867, dirimeva i conflitti tra il *Reich* e i *Länder* e tra i *Länder* stessi. In Svizzera la Costituzione del 1874 stabiliva un sistema confederale che progressivamente si è evoluto in uno di tipo federale: al fine di garantire la superiorità della Federazione sui Cantoni venne introdotta la possibilità, da parte di una sala del Tribunale Supremo, di annullare le leggi cantonali<sup>87</sup>. La Costituzione di Weimar del 1919 prevedeva che il Tribunale costituzionale del *Reich* (*Staatsgerichtshof*) fosse chiamato a risolvere, oltre alle controversie tra organi costituzionali all'interno del *Reich* e dei *Länder*, anche i conflitti tra *Reich* e *Länder* e tra *Länder* stessi. Nella Costituzione austriaca del 1920 venne introdotto un *quid pluris*: il Tribunale costituzionale, infatti, non solo poteva annullare le leggi dei *Länder* in contrasto con la Costituzione, ma anche le leggi della Federazione qualora queste non avessero rispettato il regime di distribuzione delle competenze previsto dalla Carta costituzionale<sup>88</sup>.

Si assiste, dunque, in Europa, già nel corso dell'Ottocento, alla nascita di un determinato "tipo" di giustizia costituzionale, vale a dire la *Staatsgerichtsbarkeit*, la quale mira all'ordinata convivenza tra i diversi livelli di potere politico all'interno dello Stato<sup>89</sup>. Ciò che invece, fino al Novecento, non fu possibile realizzare in Europa, se non con rare eccezioni, è il tipo di giustizia costituzionale che mira alla garanzia di diritti, individuali e sociali, protetti dalla Costituzione, essenzialmente contro le leggi, la *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Nell'Europa del XIX secolo mancava, infatti, un elemento centrale per la nascita della giustizia costituzionale, vale a dire il pluralismo sociale e politico<sup>90</sup>.

## 5.2. Il legislatore negativo

Seguendo l'espressione di Favoreu, il 1920 segna l'inizio della prima "ondata" di giustizia costituzionale<sup>91</sup>: vedono la luce, infatti, la Corte costituzionale cecoslovacca<sup>92</sup>, la Corte costituzionale austriaca<sup>93</sup> e, qualche anno più tardi (nel 1931), viene istituito in Spagna il Tribunale

---

<sup>85</sup> D'ORLANDO E., *La funzione arbitraria della Corte costituzionale tra Stato centrale e governi periferici*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2005, pag. 40.

<sup>86</sup> PEGORARO L., *Giustizia costituzionale*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, cit., pag. 471.

<sup>87</sup> Sulle esperienze di giustizia costituzionale europee dell'Ottocento, cfr. LUTHER J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990.

<sup>88</sup> Anche se al di fuori del continente europeo, è evidente come non possa, poi, essere dimenticata la Corte Suprema degli Stati Uniti che garantì, sostanzialmente sin dal 1787, le prerogative della Federazione rispetto agli Stati membri.

<sup>89</sup> Per la distinzione tra *Staatsgerichtsbarkeit* e *Verfassungsgerichtsbarkeit*, si veda PIZZORUSSO A., *Art. 134 Cost.*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, pag. 27 ss.

<sup>90</sup> Si veda ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1977.

<sup>91</sup> Secondo l'espressione coniata da FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, pag. 4.

<sup>92</sup> Costituzione del 29 febbraio 1920.

<sup>93</sup> Costituzione del 1° ottobre 1920, la cosiddetta *Oktoberverfassung*, formulata sulla base del progetto elaborato dal maestro della "scuola giuridica viennese" Hans Kelsen.

delle garanzie costituzionali<sup>94</sup>.

Secondo Kelsen la Corte costituzionale non era un vero e proprio tribunale, poiché non giudicava su situazioni concrete, su fatti specifici, ma effettuava un controllo astratto sulle leggi, eliminando la norma incompatibile con la Costituzione, con effetti *ex nunc*, o addirittura, in alcuni casi, con effetto differito *pro futuro*: secondo il giurista praghese, infatti, un organo la cui funzione è quella di verificare se una norma è compatibile o meno con la Costituzione non è un organo giurisdizionale, ma legislativo. Il Tribunale, in particolare, è un organo legislativo *negativo*: il legislatore positivo, infatti, è quello che innova l'ordinamento emanando nuove leggi, mentre quello negativo ha il compito di eliminare quelle leggi che risultano essere in contrasto con la norma suprema costituzionale<sup>95</sup>. Il fine di questa costruzione era quello di evitare il “rischio di un governo dei giudici”<sup>96</sup>, dal momento che, in quel determinato momento storico, si stavano affermando in Europa realtà come quella del movimento del diritto libero (*Freirechtsbewegung*)<sup>97</sup>, e della comunità popolare (*Volksgemeinschaft*)<sup>98</sup>, le quali volevano liberare in qualche modo i giudici dalla stretta osservanza della legge.

Il modello kelseniano si propone di evitare proprio il rischio di governo dei giudici, sancendo per l'appunto la sottomissione di questi alla legge e attribuendo unicamente alla Corte costituzionale il compito di eliminare le norme in contrasto con la Costituzione. La volontà di impedire lo sviluppo di un controllo di costituzionalità sulla falsariga di quello americano si può rinvenire chiaramente nell'art. 89 della Costituzione austriaca del 1920, dove veniva impedito espressamente ai giudici ordinari di effettuare un controllo di costituzionalità sulle leggi.

Se il modello kelseniano rappresenta un atto di sfiducia nei confronti dei giudici, il sistema statunitense di controllo di costituzionalità delle leggi trova, invece, la sua genesi proprio nella volontà di stabilire la supremazia del potere giudiziario sugli altri poteri, in particolare su quello legislativo. Più specificatamente, le motivazioni storiche ed ideologiche di tale atteggiamento “affondano le radici nel disegno delle classi agiate borghesi americane del diciannovesimo secolo di

---

<sup>94</sup> Tali Corti non ebbero, nel breve periodo, particolare fortuna: “l'esperienza austriaca fu debole e breve”, la Corte cecoslovacca “non riuscì a funzionare effettivamente” e la vita del *Tribunal* “fu effimera come quella della II Repubblica spagnola” (TAJADURA TEJADA J., *Constitución y democracia en la Unión Europea*, in TAJADURA TEJADA J., DE MIGUEL J., *Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008, pag. 20). Su queste esperienze di giustizia costituzionale si veda CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987. Più specificatamente, sulle Corti spagnola e cecoslovacca si rimanda ai Capp. 3 e 4.

<sup>95</sup> KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, ETAS, Milano, 1984.

<sup>96</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La posición jurídica del Tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, in *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, n. 1, 1981, pag. 44.

<sup>97</sup> In aperta critica al positivismo giuridico, i giusliberisti ritenevano che il giudice fosse chiamato a “colmare i silenzi e le incertezze della legge, impegnandosi in una attività giurisprudenziale metafilologica e creativa...”; il giurista, inoltre, era tenuto a procedere ad un allargamento delle fonti positive, cercando di valorizzare fonti normative diverse dalla legge. Da qui il ricorso “alla consuetudine, alla prassi amministrativa e giudiziaria, alla giurisprudenza; il richiamo ai giudizi di valore diffusi o prevalenti nel corpo sociale, alla natura delle cose...; l'utilizzazione della comparazione e dei metodi e dei risultati di altre scienze sociali, in particolare della sociologia, e dei dati della psicologia individuale e collettiva, delle analisi e delle leggi economiche...” (VOLPE G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, pag. 29 ss.).

<sup>98</sup> Nel sistema della *Volksgemeinschaft* il giudice, trovandosi dinanzi ad una determinata fattispecie, “non è tenuto a qualificarla in base alle norme positive che, tra l'altro, potrebbero anche non prevederla, ma può e deve attingere al più ampio e perfetto diritto della comunità popolare, non soltanto nei casi di inesistenza della norma positiva, ma anche laddove ritenga che nel caso concreto il contenuto della norma positiva da applicare contrasti con i valori ed i fini comunitari: occorrerà allora procedere all'individuazione diretta ed immediata di norme mediante il riferimento al “vero” ordinamento giuridico popolare” (VOLPE G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, cit., pag. 98).

proteggere ricorrendo ai giudici i propri diritti costituzionali e soprattutto patrimoniali (i propri capitali ed imprese) contro temute usurpazioni ed espropriazioni delle assemblee legislative<sup>99</sup>. In questo senso, l'ideologia liberale ottocentesca europea e quella statunitense si differenziavano profondamente. In Europa, infatti, la volontà degli ordinamenti era quella di procedere ad un riordinamento e ad una stabilizzazione, mediante l'introduzione di codici, dei propri sistemi normativi, "così da ridurre al minimo i margini di discrezionalità creativa lasciati al giudiziario e dal ricondurre la giurisdizione per quanto possibile ad operazioni di pura logica"<sup>100</sup>. Il fine, dunque, era quello di "limitare" il più possibile l'attività del giudice (e infatti, come visto poc'anzi, il controllo di costituzionalità delle leggi verrà affidato ad un organo *ad hoc*, un "legislatore negativo"). Negli Stati Uniti, al contrario, con la *judicial review* le corti sono chiamate ad interpretare disposizioni costituzionali spesso estremamente indeterminate ed elastiche, con la conseguenza di dover "inserire nel proprio ragionamento, destinato a sindacare la validità delle leggi per decidere le controversie, elementi di valutazione per loro natura discrezionali e (nel senso alto della parola) "politici"<sup>101</sup>. La fiducia riposta nel potere giudiziario era, dunque, rispetto all'Europa, di gran lunga maggiore<sup>102</sup>.

## **6. Lo stretto legame tra l'istituzione delle Corti costituzionali e i processi di transizione democratica**

### **6.1. La lezione impartita dai regimi autoritari**

A partire dal termine della Seconda Guerra Mondiale, si può notare come molto spesso la ragione che ha portato alla creazione delle Corti costituzionali sia strettamente legata ai processi di transizione democratica. "L'esperienza storica comparata ci ha mostrato come, quasi sempre, l'affrancarsi da regimi autoritari suppone la creazione di un Tribunale costituzionale"<sup>103</sup>: si pensi all'Italia e alla Germania (le cui Corti costituzionali rappresentano un chiaro esempio della seconda "ondata" di giustizia costituzionale<sup>104</sup>), e successivamente al Portogallo, alla Spagna e, qualche anno più avanti, agli ordinamenti dell'Europa centro-orientale in seguito alla caduta del regime comunista (terza "ondata" di giustizia costituzionale<sup>105</sup>).

L'adozione in Europa del modello kelseniano (in luogo di quello "americano" caratterizzato da un sistema diffuso di controllo di costituzionalità) non si spiega solamente in virtù di ragioni storiche, date dal fatto che il nostro continente già aveva vissuto esperienze – per la verità effimere – di tal tipo (per l'appunto la Corte cecoslovacca, austriaca e spagnola)<sup>106</sup>. Sono le "terribili lezioni

---

<sup>99</sup> VOLPE G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, cit., pag. 157.

<sup>100</sup> BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. I. La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998, pag. 67.

<sup>101</sup> BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. I. La Costituzione liberale*, cit., pag. 67

<sup>102</sup> Va precisato, tuttavia, che il potere giudiziario negli Stati Uniti non nasce forte. BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. I. La Costituzione liberale*, cit., pag. 60, infatti, ricorda che esso è un potere "debolmente strutturato", dal momento che la Costituzione contempla esclusivamente la Corte Suprema come organo giurisdizionale necessario e rimette alla scelta del Congresso se e in che misura istituire corti federali inferiori. A ciò si aggiunge il fatto che la Costituzione non precisa nemmeno quale sia il numero dei componenti della Corte Suprema, cosicché rimane al legislativo il potere di stabilirlo con legge e, dunque, di interferire, volendo, sulla sua composizione e indirettamente sui suoi indirizzi giurisprudenziali.

<sup>103</sup> TAJADURA TEJADA J., *Constitución y democracia en la Unión Europea*, cit., pag. 22.

<sup>104</sup> FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, cit., pag. 4.

<sup>105</sup> FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, cit., pag. 4.

<sup>106</sup> RAMOS ROMEU F., *The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions*, in *Review*

dell'esperienza nazista e fascista<sup>107</sup> che stanno alla base della creazione delle Corti costituzionali in Germania e in Italia, nonché alla reinstaurazione della Corte austriaca<sup>108</sup>. In maniera analoga, è la volontà di stabilire una vera democrazia dopo i periodi di dittatura che spiega l'istituzione dei tribunali spagnolo e portoghese<sup>109</sup>. Ragioni simili hanno, poi, portato all'adozione di Corti costituzionali nei paesi del centro e dell'est Europa dopo decenni di regime comunista. In tali ordinamenti, infatti, tali organi hanno acquisito un vero e proprio valore simbolico, divenendo "il marchio di fabbrica, ... la prova del carattere democratico del... Paese"<sup>110</sup>.

Certo è che i costituenti, in modo particolare quelli italiani e tedeschi, hanno operato una "scommessa" piuttosto rischiosa nel decidere di dare fiducia ad organi *ad hoc* come le Corti costituzionali, soprattutto se si considera l'esito certamente non positivo che aveva caratterizzato le precedenti esperienze di giustizia costituzionale in Austria, Spagna e Cecoslovacchia.

La scelta di attribuire la funzione di giustizia costituzionale a organi *ad hoc* non deve essere data per scontata, poi, se si effettua un confronto con diversi ordinamenti extraeuropei. Nell'affrontare i processi di transizione democratica, infatti, alcuni Paesi hanno preferito "preservare le proprie distinte tradizioni, ovvero prendere scelte completamente diverse"<sup>111</sup>: si considerino, ad esempio, alcuni ordinamenti latinoamericani, i quali hanno optato, nel processo di democratizzazione, per un sistema diffuso di *judicial review*, ovvero per la creazione di una *Sala constitucional* all'interno della Corte Suprema<sup>112</sup>. Anche il caso del Giappone è emblematico: anche in ragione dell'intervento particolarmente penetrante degli Stati Uniti nel corso del processo costituente, infatti, in tale ordinamento è stato adottato il sistema diffuso di controllo della costituzionalità delle leggi<sup>113</sup>.

Il fatto che l'istituzione delle Corti costituzionali vada di pari passo all'instaurazione di ordinamenti democratici è altresì testimoniato dall'argomento *a contrariis* per cui "nessun regime dittatoriale e oppressivo ha mai accettato un sistema efficace, e non meramente nominale, di giustizia costituzionale"<sup>114</sup>. Gli esempi sono numerosi. Si pensi al venir meno della giustizia costituzionale nella Germania di Hitler<sup>115</sup>, o al caso dell'Austria dopo l'*Anschluss* del 1938. Lo

---

*of Law & Economics*, vol. 2, n. 1, 2006, pag. 110, sottolinea che l'imitazione di esperienze democratiche simili può avere giocato un ruolo importante nella diffusione delle Corti costituzionali, producendo una sorta di "effetto cascata".

<sup>107</sup> FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, cit., pag. 11.

<sup>108</sup> Sono sempre tali lezioni che hanno indotto l'adozione della CEDU e della giurisdizione della (vecchia) Commissione europea dei diritti dell'uomo e della Corte EDU. Si precisa, tuttavia, come non tutti i Paesi (si pensi soprattutto alla Gran Bretagna) guardassero con favore a queste misure. Per tale motivo si giunse ad un compromesso per cui, da un lato, venne istituita una Corte competente ad accertare le violazioni della Convenzione da parte degli Stati membri, dall'altro fu attribuita agli stessi Stati la facoltà (e non l'obbligo) di accettare che ai singoli fosse riconosciuto un diritto di ricorso individuale di fronte alla Commissione, e si stabilì che la competenza della Corte ad essere investita di tale ricorso fosse facoltativa, sottoposta ad una apposita accettazione da parte degli Stati (cfr. POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 28 ss.).

<sup>109</sup> Si veda ancora FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, cit., pag. 11.

<sup>110</sup> SÓLYOM L., *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, in *International Sociology*, n. 18, 2003, pag. 134.

<sup>111</sup> HARDING A., LEYLAND P., GROPPI T., *Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pag. 10.

<sup>112</sup> Cfr. FROSINI J.O., PEGORARO L., *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pag. 39 ss.

<sup>113</sup> Si veda KAWAGISHI N., *The Birth of Judicial Review in Japan*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n. 2, 2007, pag. 308 ss.

<sup>114</sup> CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, il Mulino, Bologna, 1994, pag. 69.

<sup>115</sup> L'ultima sentenza del Tribunale costituzionale (*Staatsgerichtshof*) (in cui, peraltro, esso negava la propria

stesso avvenne anche in Spagna, dove il decreto del 4 maggio 1937 determinò lo scioglimento del *Tribunal de garantías constitucionales*, il quale era ritenuto in aperto contrasto con le norme su cui si fondava il nuovo regime franchista<sup>116</sup>. Un altro esempio ancora è dato dal Sud Africa dell'*apartheid*, “dove la politica liberticida della segregazione razziale portò ad una lunga battaglia fra *High Court*, che voleva dichiarare l’incostituzionalità di alcune leggi razziste, e le branche politiche che per vari anni riuscirono ad abolire praticamente il potere di controllo delle corti”<sup>117</sup>.

## 6.2. La sfiducia verso i giudici ordinari

La scelta di optare per il modello austriaco piuttosto che per quello statunitense è altresì legata alla sfiducia nei confronti dei giudici ordinari: ora, tuttavia, non si tratta di una sfiducia verso “i giudici in quanto tali, ma in quanto parte del precedente regime autoritario o per via del loro timido atteggiamento in passato quando si trattava di affrontare questioni costituzionali”<sup>118</sup>. A ben vedere, come si vedrà più diffusamente nei capitoli dedicati all’Italia e alla Spagna, se si prendono in esame l’esperienza di questi due ordinamenti prima dell’entrata in funzione delle rispettive Corti costituzionali (ma in parte anche successivamente), ci si potrà rendere conto che tali timori non erano certo infondati. Analizzando la giurisprudenza dei giudici ordinari italiani in materia costituzionale nel periodo 1948-1956 (caratterizzato da un sindacato diffuso di costituzionalità), emerge con tutta evidenza che tale sindacato è stato esercitato poco e male. In modo particolare la Corte di Cassazione, infatti, spesso assecondata dal Consiglio di Stato, “ha usato la sua abilità ermeneutica assai più nel senso della inattuazione che della attuazione della norma costituzionale”, dando “pessima prova della sua idoneità quale giudice in materia di controllo di legittimità costituzionale”<sup>119</sup>. Anche in Spagna, prima dell’entrata in funzione del Tribunale costituzionale, il Tribunale Supremo (al pari della Cassazione italiana) aveva a più riprese considerato la Costituzione quale “testo programmatico” o “dichiarazione di principi”<sup>120</sup>, costituendo, dunque, più che un aiuto, un ostacolo all’attuazione della Costituzione e dunque al processo di democratizzazione stesso. Va ribadito che, nei due casi appena richiamati, la sfiducia non era diretta verso i giudici in quanto parte del potere giudiziario, ma in quanto classe di funzionari formati sotto regimi autoritari.

Spingendo per un momento il campo di indagine al di fuori dal continente europeo, va detto come anche il Giappone rappresenti un esempio della scarsa efficacia del modello diffuso di costituzionalità nei processi di democratizzazione. In tale ordinamento, infatti, il controllo di costituzionalità è stato esercitato “con estrema prudenza, se non reticenza”<sup>121</sup> da parte della Corte Suprema. Al riguardo, basti pensare che tale organo, istituito nel 1947, ha dichiarato per la prima volta l’incostituzionalità di una legge solamente nel 1973<sup>122</sup>.

---

competenza) risale al 30 giugno del 1933 (cfr. VOLPE G., *L’ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, cit., p. 240).

<sup>116</sup> Cfr. ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986, pag. 78.

<sup>117</sup> CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, cit., p. 70.

<sup>118</sup> HARDING A., LEYLAND P., GROPPI T., *Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective*, cit., pag. 10. In questo senso si veda anche FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, cit., pag. 12.

<sup>119</sup> CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1978, pag. 77.

<sup>120</sup> Si rimanda al Cap. 3 par. 3.1.3.

<sup>121</sup> DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1964, pag. 549; cfr. altresì CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., pag. 78.

<sup>122</sup> La situazione, anche successivamente, non è cambiata di molto: essa, infatti, negli oltre sessanta anni di attività, ha dichiarato incostituzionali solamente otto leggi. Così facendo, si è guadagnata la fama della “Corte costituzionale più

Cappelletti sottolinea il fatto che la scelta di optare per un modello accentrato di costituzionalità piuttosto che per uno diffuso si spiega anche per motivi eminentemente di tipo tecnico. L'introduzione del modello statunitense in ordinamenti di *civil law* (quali quelli dell'Europa continentale), infatti, porterebbe alla conseguenza che una legge potrebbe essere disapplicata da determinati giudici poiché ritenuta incostituzionale, mentre potrebbe essere applicata da altri poiché considerata conforme alle disposizioni costituzionali<sup>123</sup>. Inoltre “potrebbe accadere che lo stesso organo giudiziario, che ieri aveva disapplicato una data legge, la applichi invece oggi, avendo mutato opinione sul problema della sua legittimità costituzionale. Potrebbero addirittura formarsi veri e propri “contrastati di tendenza” fra organi giudiziari di tipo diverso... o... di diverso grado”<sup>124</sup>.

### 6.3. Le Corti costituzionali nei processi costituenti

Lo stretto legame tra l'istituzione di Corti costituzionali e i processi di transizione democratica è altresì testimoniato dal fatto che in alcuni ordinamenti tali organi sono entrati in funzione *prima* dell'adozione della nuova Costituzione, svolgendo, dunque, un ruolo importante all'interno del processo costituente. Si pensi, ad esempio, al caso della Polonia, dell'Albania o (spingendo il campo di indagine al di fuori dell'Europa) del Sud Africa. In Polonia, la Corte costituzionale<sup>125</sup>, nel corso del lungo processo (durato otto anni, dal 1989 al 1997) che ha portato all'adozione della nuova Costituzione, si è preoccupata di sancire principi fondamentali quali quello dell'indipendenza del *judicial review* o della separazione dei poteri dello Stato<sup>126</sup>.

In Albania nel 1991 è entrata in vigore la Legge sulle Principali Disposizioni Costituzionali (*Law on the Major Constitutional Provisions*), più comunemente nota come “Costituzione transitoria”, la quale prevedeva pluralismo politico, separazione dei poteri e protezione dei diritti fondamentali. L'anno seguente venne istituita, per la prima volta nella storia del Paese, una Corte costituzionale<sup>127</sup>. Tale organo, nel periodo che va dal 1992 al 1998 (anno di entrata in vigore della

---

conservatrice del mondo” (LAW D.S., *The Anatomy of a Conservative Court. Judicial Review in Japan*, in *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, pag. 1545 ss.).

<sup>123</sup> E' noto come, invece, nei sistemi di *common law* il giudizio di incostituzionalità di una legge, in virtù del principio dello *stare decisis*, finisce per avere una vera e propria efficacia *erga omnes*: infatti, la decisione presa dagli organi giudiziari superiori (e in particolare dalla Corte Suprema) risulta essere vincolante per tutti gli altri organi giudiziari.

<sup>124</sup> CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., pagg. 63-64. In realtà la teoria sostenuta da Cappelletti sembrerebbe essere smentita dall'esperienza latinoamericana. Tali ordinamenti, infatti, appartenenti alla famiglia di *civil law*, sono riusciti a garantire egualmente l'uniforme interpretazione della Costituzione, pur in assenza della regola del precedente vincolante che è tipica, invece, degli ordinamenti di *common law*. Ciò è stato garantito in diversi modi. In alcuni ordinamenti (Bolivia, Colombia, Perù, Guatemala, Messico) il sistema di giustizia costituzionale è organizzato in modo tale per cui i giudici ordinari possono dichiarare l'incostituzionalità della norma con effetti limitati al caso concreto, mentre solo la Corte costituzionale (o la Corte Suprema) può annullare una legge con effetti *erga omnes*. Una soluzione differente è stata adottata dall'Argentina e dal Brasile, dove le decisioni della Corte Suprema hanno formalmente effetti *inter partes*, ma poiché sono state emanate dall'organo giudiziario di rango più elevato i tribunali inferiori sono obbligati a rispettarle, e di conseguenza tali pronunce hanno, *de facto*, un effetto *erga omnes*. Ancora diversa è la soluzione adottata dal Venezuela. In tale ordinamento l'art. 321 del Codice di procedura civile stabilisce che i giudici sono tenuti a rispettare la giurisprudenza della Cassazione in casi analoghi, al fine di proteggere l'integrità della legislazione e l'uniformità della giurisprudenza: in questo caso, dunque, l'effetto vincolante delle decisioni della Corte Suprema è stato codificato. In tal senso, non parrebbe sussistere “un collegamento necessario tra il modo in cui viene esercitato il controllo di costituzionalità (accentrato o diffuso) e la tradizione di *common law* o di *civil law* del Paese” (FROSINI J.O., PEGORARO L., *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?*, cit., pag. 50).

<sup>125</sup> La Corte era stata prevista dal *Constitutional Tribunal Act* del 29 aprile 1985, dunque sotto il precedente regime.

<sup>126</sup> Si veda BRZEZINSKI M., *The Struggle for Constitutionalism in Poland*, Macmillan, London, 2000.

<sup>127</sup> La Corte venne prevista dalla l. cost. 7561/1992.

nuova Costituzione), emanò importanti sentenze in materia di giusto processo e si occupò in diverse occasioni di “giustizia di transizione”<sup>128</sup>, pronunciandosi, in particolare, sulla legittimità costituzionale delle “leggi di lustrazione”<sup>129</sup> adottate nel Paese<sup>130</sup>.

In Sud Africa alla Corte costituzionale era stato attribuito il compito di verificare che la Costituzione finale (quella che sarà poi la Costituzione del 1996) non fosse in contrasto con i 34 principi costituzionali fondamentali che dovevano guidare l’Assemblea costituente<sup>131</sup>. Deve essere evidenziato come tale controllo “sia stato effettuato scrupolosamente dalla Corte costituzionale”<sup>132</sup>: i giudici, infatti, si sono rifiutati di certificare il primo testo costituzionale e hanno obbligato l’Assemblea costituente ad apportare numerose modifiche alla Costituzione finale sulla base dei 34 principi. La Corte ha poi sancito la rottura con il passato segregazionista mediante l’emanazione di sentenze nelle quali veniva abolita la pena di morte e il carcere per debito, veniva stabilito il divieto di trattamenti inumani e degradanti e veniva dichiarata l’incostituzionalità delle punizioni corporali, “tutti capisaldi dell’ideologia segregazionista”<sup>133</sup>.

Ciò che accomuna, dunque, gli ordinamenti sopra richiamati è il “paradosso della partecipazione di un organo costituito [vale a dire la Corte costituzionale] al processo costituente”<sup>134</sup>.

#### **6.4. La questione della legittimità democratica delle Corti costituzionali nei processi di transizione**

Un’ulteriore ragione che spiega – quantomeno in parte – la decisione di adottare Corti costituzionali è legata alla sfiducia nei confronti del potere legislativo: le esperienze autoritarie di

---

<sup>128</sup> Sulla nozione di “giustizia di transizione” si rinvia al Cap. 4 par. 4.1.1.

<sup>129</sup> Le “leggi di lustrazione” hanno lo scopo di impedire alle persone coinvolte con il precedente regime autoritario o in qualche modo interessate ad un suo ritorno di ricoprire cariche importanti all’interno del nuovo apparato statale. Sul punto si rinvia al Cap. 4 par. 4.1.3.

<sup>130</sup> Legge 7666/1993; legge 8001/1995 (Legge sul genocidio e sui crimini contro l’umanità commessi durante il regime comunista per motivi politici, ideologici e religiosi); legge 8043/1995 (Legge sulla verifica del carattere morale degli ufficiali o di altre persone connesse con la difesa dello Stato democratico). Un commento alla prima legge si trova in IMHOLZ K., *A Landmark Constitutional Court Decision in Albania*, in KRITZ N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995, pag. 729 ss.; per un commento su tutte e tre le leggi cfr. ELLIS M.S., *Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pagg. 185-187; IMHOLZ K., *States of Emergency as Pretexts for Gagging the Press. Word Play at Albania’s Constitutional Court*, in *East European Constitutional Review*, vol. 6, n. 4, 1997. Deve essere ricordato, inoltre, che nel 2009 è entrata in vigore in Albania una nuova legge di lustrazione (legge 10034/2008), che è stata tuttavia dichiarata incostituzionale dalla Corte nel marzo 2010.

<sup>131</sup> La Corte venne prevista dalla Costituzione provvisoria del 1993 all’art. 98.

<sup>132</sup> LOLLINI A., PALERMO F., *Comparative Law and the “Proceduralization” of Constitution-Building Processes*, in RAUE J., SUTTER P. (a cura di), *Facets and Practices of State-Building*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pag. 310; sul ruolo della Corte costituzionale sudafricana si veda altresì LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, il Mulino, Bologna, 2005, pag. 127 ss.; KLUG H., *South Africa’s Constitutional Court: Enabling Democracy and Promoting Law in the Transition from Apartheid*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pag. 174 ss.

<sup>133</sup> LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, cit., pag. 141.

<sup>134</sup> LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, cit., pag. 127. L’Autore osserva, in particolare, che i processi di transizione democratica più recenti (come ad esempio quello sudafricano) possono essere suddivisi “in una pluralità di fatti e atti costituenti adottati da una pluralità di organi: in taluni casi essi hanno esercitato un potere costituente di fatto, in altri è stato loro assegnato, in misura differente, l’esercizio di porzioni di potere costituente” (pag. 140).

diversi Paesi europei avevano mostrato come spesso fosse proprio il legislatore “la più grande minaccia alla libertà”, avendo questi il potere di introdurre nell’ordinamento “ingiustizie sistematiche”<sup>135</sup>. Memori, dunque, di tali esperienze, i diversi costituenti, una volta previsti nel nuovo testo costituzionale i nuovi principi e valori supremi, decisero di optare per l’introduzione di Corti costituzionali al fine di tutelarsi rispetto alla “attività legislativa arbitraria”<sup>136</sup>. Tali organi, insomma, dovevano servire a controbilanciare le istituzioni maggioritarie “delle quali era stato fatto cattivo uso sotto i regimi fascisti e comunisti”<sup>137</sup>. In effetti, la più volte affermata natura “antimaggioritaria” delle Corti costituzionali è emersa chiaramente sin dall’inizio della loro attività: diverse esperienze (quella italiana *in primis*) dimostrano, infatti, che tali organi abbiano costituito sin da subito un vero e proprio contrappeso, volto, cioè, ad impedire a maggioranze transitorie di intaccare i diritti fondamentali dei cittadini attraverso la mancata attuazione delle disposizioni costituzionali<sup>138</sup>.

Va sottolineato, tuttavia, come l’istituzione di Corti costituzionali non sia sempre stata vista di buon occhio, anzi si sono spesso registrate diverse resistenze alla loro introduzione nell’ordinamento e manifestazioni di ostilità al loro operato. “Superare il dogma politico della supremazia parlamentare”<sup>139</sup>, cioè riconoscere che il Parlamento è subordinato alla Costituzione e che è necessario affidare ad un organo giurisdizionale il compito di annullare atti di organi legittimati dalla volontà popolare, non è stata dunque cosa facile. L’Italia, la Spagna (anche se in tono decisamente minore) e alcuni ordinamenti dell’Europa dell’est costituiscono chiari esempi. Nel dibattito dell’Assemblea costituente italiana, infatti, le forze di sinistra, ed in modo particolare il partito comunista, espressero più di una perplessità relativamente alla creazione di un organo di tale tipo<sup>140</sup>. Le preoccupazioni erano fondamentalmente due: innanzitutto si temeva che la Corte avrebbe svolto un ruolo più che altro conservatore, invece che di sostegno alle politiche riformatrici<sup>141</sup>. In secondo luogo, non si riteneva ammissibile che all’interno di un ordinamento democratico potessero “esistere poteri di controllo sulla attività degli organi costituzionali democraticamente formati, svolti da organi di natura prevalentemente tecnica”<sup>142</sup>.

La Corte costituzionale della Repubblica ceca, poi, al pari di diverse altre Corti costituzionali dell’est Europa create in seguito alla caduta del Muro di Berlino, ha sperimentato quello che è stato definito “paradosso dell’accettazione e del rigetto delle Corti costituzionali”<sup>143</sup>. Se

---

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La posición jurídica del Tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, cit., pag. 45.

<sup>136</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La posición jurídica del Tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, cit., pag. 45. Per quanto riguarda specificatamente l’Italia, anche BOGNETTI G., *The American Constitution and Italian Constitutionalism. An Essay in Comparative Constitutional History*, CLUEB, Bologna, 2008, pag. 58, sottolinea che “la ragione principale per cui i costituenti italiani hanno dato il loro assenso [all’introduzione di un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi] ha probabilmente avuto a che fare... con l’esperienza del Fascismo. La maggior parte dei costituenti hanno voluto adottare tale sistema poiché ritenevano che esso avrebbe potuto costituire un’utile garanzia contro possibili futuri abusi commessi dal legislativo sui diritti civili e politici dei cittadini...”.

<sup>137</sup> SÓLYOM L., *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, cit., pag. 135

<sup>138</sup> Non sembra essere questo il caso, tuttavia, della Corte costituzionale della Repubblica ceca per quel che riguarda le decisioni adottate in materia di “giustizia di transizione” (si rinvia al Cap. 4 par. 5).

<sup>139</sup> DE VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali*, cit., pag. 84.

<sup>140</sup> Si rinvia al Cap. 2 par. 2.3.

<sup>141</sup> Timore espresso anche dal Partito comunista spagnolo (si rinvia al Cap. 3 par. 2.2.).

<sup>142</sup> ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, cit., pag. 322. Alla fine, tuttavia, prevalsero le posizioni delle altre forze politiche (*in primis* la Democrazia cristiana), le quali erano invece favorevoli all’introduzione di una Corte costituzionale (si veda il Cap. 2 par. 2.3.).

<sup>143</sup> HOLLÄNDER P., *The Role of the Czech Constitutional Court: Application of the Constitution in Case Decisions of Ordinary Courts*, in *Parker School Journal of East European Law*, vol. 4, 1997, pag. 445.

da un lato, cioè, tale organo godeva di grande popolarità e prestigio tra le persone, dall'altro manifestazioni di ostilità espresse dai giudici, dal Parlamento e dalla dottrina erano piuttosto comuni: veniva negato, ad esempio, il carattere vincolante delle sentenze della Corte, e si affermava persino che il legislativo, in nome del principio della sovranità parlamentare, potesse ignorare quanto deciso da tale organo<sup>144</sup>.

Insomma, il “problema formidabile”<sup>145</sup> della legittimità democratica delle Corti costituzionali emerge spesso nelle fasi di giovane esperienza democratica, nelle quali appare più stridente il paradosso per cui i nuovi poteri democratici – appena riconquistati – vengono in qualche modo “frenati” dall'attività delle Corti costituzionali<sup>146</sup>.

## **6.5. Il ruolo del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea nell'istituzione delle Corti costituzionali nei Paesi dell'Europa centrale ed orientale**

Un ruolo di primo piano nella creazione delle Corti costituzionali nei Paesi dell'Europa centrale ed orientale in seguito al crollo del regime comunista è stato svolto sia dal Consiglio d'Europa sia dall'Unione Europea. Il primo, infatti, consapevole del ruolo importante che tali organi avrebbero svolto nello sviluppo democratico, ha fortemente incoraggiato la loro istituzione. “Nel processo di ammissione [al Consiglio d'Europa] l'esistenza di una Corte costituzionale costituiva un punto importante e il Consiglio verificava le condizioni del giudizio di costituzionalità. Più il funzionamento democratico di un determinato Stato era incerto, più il Consiglio d'Europa prescriveva misure per rafforzare i poteri della Corte costituzionale...”<sup>147</sup>. In questo senso, di fondamentale importanza è stata l'attività svolta dalla “Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto” (nota come “Commissione di Venezia”), organo consultivo del Consiglio d'Europa<sup>148</sup>. Istituita nel 1990, la Commissione è stata concepita inizialmente come strumento d'ingegneria costituzionale di emergenza, in un contesto di transizione democratica. Essa ha svolto un ruolo chiave nell'adozione di Costituzioni conformi agli standard del patrimonio costituzionale europeo, ed ha visto la propria attività evolvere progressivamente sino a diventare un'istanza di riflessione giuridica indipendente, internazionalmente riconosciuta. Non pare certo un caso come, oltre all'assistenza in materia di elezioni e referendum, l'attività della Commissione si sia concentrata specificatamente proprio nell'area della giustizia costituzionale: questi campi costituiscono, infatti, due fra i punti maggiormente sensibili in un Paese in transizione verso la democrazia<sup>149</sup>. Oltre a seminari, conferenze e pubblicazioni di vario tipo, l'attività di supporto della

<sup>144</sup> Si veda più nello specifico il Cap. 4 par. 3.3.

<sup>145</sup> CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, cit., pag. 65.

<sup>146</sup> Un'ulteriore testimonianza delle perplessità relative all'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale (anche se “diffuso”) è dato dal Giappone. Nei dibattiti costituenti, infatti, venne espressa la preoccupazione che il sistema di *judicial review* previsto nella nuova Costituzione “avrebbe reso la Corte Suprema più forte della nuova Dieta...” (KAWAGISHI N., *The Birth of Judicial Review in Japan*, cit., pag. 319).

<sup>147</sup> SÓLYOM L., *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, cit., pagg. 135 e 153. Per quel che riguarda specificatamente il caso della Repubblica federale ceca e slovacca si rimanda al Cap. 4 par. 2.2.

<sup>148</sup> Come esempio di attività consultiva (si veda l'art. 3 dello Statuto), può essere ricordato il recente documento in materia di libertà di riunione, preparato dalla Commissione di Venezia in collaborazione con l'Ufficio dell'OSCE per le Istituzioni democratiche e i Diritti umani. Tale documento contiene delle linee guida volte ad assistere gli Stati membri affinché garantiscano che la loro legislazione in materia di libertà di riunione rispetti gli standard europei ed internazionali (si veda *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, II ed., OSCE, Varsavia, Polonia, 2010). Per un'introduzione alla Commissione di Venezia cfr. BARTOLE S., *La Commissione per la democrazia attraverso il diritto*, in *Quad. cost.*, n. 2, 1993, pag. 319 ss.

<sup>149</sup> Con specifico riferimento all'attività di controllo di costituzionalità delle leggi, va ricordata una delle primissime

Commissione in materia di giustizia costituzionale riguarda la possibilità di fornire pareri alle Corti costituzionali in qualità di “*amicus curiae*”<sup>150</sup>.

Vale la pena sottolineare sin d’ora, inoltre, la profonda influenza che la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo eserciterà sulla giurisprudenza delle Corti costituzionali del centro e dell’est Europa createsi in seguito al crollo del regime comunista (ma in parte anche su quella delle Corti spagnola e portoghese)<sup>151</sup>.

Alcuni Autori hanno evidenziato, poi, che l’istituzione di Corti costituzionali negli ordinamenti dell’Europa centrale ed orientale sia legata al processo di integrazione comunitaria: la prospettiva, infatti, di entrare a far parte dell’Unione Europea potrebbe avere indotto i costituenti di tali Paesi ad istituire questo tipo di organi<sup>152</sup>. Secondo altri, tuttavia, ciò risulta essere “alquanto improbabile”, poiché al momento della caduta del Comunismo la prospettiva di entrare in Europa “andava al di là delle più rosee aspettative”<sup>153</sup>. La prima visione, tuttavia, pare essere più plausibile: come sostenuto da Ackerman, infatti, le nuove élites politiche dei Paesi dell’Europa centrale ed orientale non potevano in alcun modo ignorare gli effetti che le loro scelte avrebbero avuto nell’immediato futuro, soprattutto in prospettiva di una integrazione nell’Unione Europea<sup>154</sup>.

## **7. Le “tre generazioni di Corti costituzionali europee”: i casi di studio dell’Italia, della Spagna e della Repubblica ceca**

Come accennato in precedenza, nel presente lavoro si prenderanno in esame le Corti costituzionali, analizzando il loro ruolo all’interno dei processi di transizione “sostanziale” e di consolidamento democratico.

La dottrina si è occupata ampiamente della c.d. transizione “formale”: sono numerosissimi, infatti, gli studi che hanno analizzato a fondo i percorsi che hanno portato, dalla crisi del regime autoritario, alle prime elezioni democratiche e all’entrata in vigore delle nuove Costituzioni<sup>155</sup>. In questa ricerca, tuttavia, l’attenzione non si limiterà all’analisi della transizione “formale”, ma anzi si focalizzerà proprio sulla seconda e sulla terza fase del processo di transizione (transizione “sostanziale” e consolidamento), cercando di verificare se e come i nuovi principi e valori contenuti in Costituzione hanno ricevuto effettiva applicazione: si esaminerà, dunque, il rapporto tra transizione alla democrazia e costituzionalismo.

Tale operazione verrà effettuata da una prospettiva particolare, vale a dire quella offerta

---

prese di posizione della Commissione, in cui si affermava che la “verifica della costituzionalità delle leggi da parte delle Corti costituisce una funzione fondamentale in uno Stato basato sulla *rule of law*” (Commissione di Venezia e CSCE, *Seminario di esperti delle istituzioni democratiche*, Oslo, 4-15 novembre 1991).

<sup>150</sup> Tali pareri non riguardano la legittimità costituzionale delle leggi, ma questioni di diritto costituzionale comparato o di diritto internazionale.

<sup>151</sup> Si rinvia al Cap. 3 par. 3.3.3., Cap. 4 par. 4.2.3. e Cap. 5 par. 2.7.

<sup>152</sup> Si veda ad esempio PROCHÁZKA R., *Mission Accomplished. On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, Central European University Press, Budapest, 2002, pagg. 17-20; ISSACHAROFF S., *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, New York University School of Law, 2010, pag. 7.

<sup>153</sup> LACH K., SADURSKI W., *Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pag. 218.

<sup>154</sup> ACKERMAN B., *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pagg. 776-777.

<sup>155</sup> E’ stato scritto, infatti, che “il comparatista deve limitare la sua analisi alle forme giuridiche della transizione politico-costituzionale – dalle previgenti forme di Stato (autoritarie, totalitarie o di democrazia socialista) a quelle di democrazia pluralista – ed in particolare all’assetto costituzionale dei poteri disegnato nei nuovi ordinamenti costituzionali ed alle connesse forme di legittimazione democratica (procedure costituenti)” (GAMBINO S., *Costituzionalismo e transizioni democratiche*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 3).

dalle Corti costituzionali. Nello specifico, verranno presi in esame tre ordinamenti: Italia, Spagna e Repubblica ceca. La scelta di analizzare proprio questi Paesi è motivata dal fatto che essi rappresentano casi di studio particolarmente interessanti, dal momento che le loro Corti costituzionali, utilizzando l'espressione di Lázló Sólyom<sup>156</sup>, appartengono alle “tre generazioni di Corti costituzionali europee”, tutte venutesi a creare in seguito a un “cambiamento di sistema”<sup>157</sup>. La prima generazione è rappresentata dalle Corti costituzionali tedesca e italiana, le quali sono state istituite negli anni Cinquanta in seguito alla caduta dei regimi nazista e fascista; la seconda generazione, data dalle Corti spagnola e portoghese, ha fatto seguito al venir meno dei regimi autoritari di Franco e di Salazar negli anni Settanta; la terza generazione, infine, è costituita dalle Corti costituzionali degli ordinamenti dell'Europa centrale e orientale in seguito al crollo del regime comunista. Sólyom, dunque, lega in modo indissolubile le “generazioni” di Corti costituzionali ai tre grandi processi di transizione democratica verificatisi in Europa nel corso del Novecento<sup>158</sup>.

Nella ricerca si cercherà, innanzitutto, attraverso un'analisi empirica, di verificare se le Corti costituzionali di questi tre ordinamenti sono riuscite mediante le loro pronunce a rendere possibile una prima piena attuazione delle disposizioni costituzionali, contribuendo a garantire in tal modo (assieme ovviamente ad altri attori e fattori<sup>159</sup>) il processo di transizione “sostanziale” prima e quello di consolidamento poi. Saranno indicati, quindi, gli ambiti in cui si è concentrata la loro attività, e verranno evidenziate le variabili che hanno influenzato la loro azione, mettendo in luce le analogie e le differenze da Paese a Paese. Secondo Favoreu “lo sviluppo della giustizia costituzionale ha rappresentato certamente l'avvenimento più memorabile del Diritto costituzionale europeo della seconda metà del Ventesimo secolo”<sup>160</sup>: in questo studio si cercherà, quindi, di andare a verificare se anche nell'ambito delle transizioni democratiche tali organi hanno svolto un ruolo così decisivo.

Pur con tutte le differenze (come si mostrerà a breve) da Paese a Paese, le transizioni avvenute in Italia, Spagna e Repubblica ceca presentano, già *prima facie*, alcune caratteristiche di base analoghe. Innanzitutto, si tratta di tre ordinamenti europei che hanno sperimentato una transizione di tipo democratico coronata da successo; in secondo luogo tutti e tre i Paesi hanno sancito la rottura rispetto al precedente regime autoritario principalmente attraverso l'adozione di una nuova Costituzione democratica, e dunque in questo senso si è trattato di transizioni costituzionali<sup>161</sup>; infine, tutti e tre gli ordinamenti hanno attribuito la funzione di giustizia costituzionale a organi *ad hoc*, vale a dire le Corti costituzionali.

---

<sup>156</sup> Lázló Sólyom ha insegnato Legge in diverse Università, sia in Ungheria sia all'estero; è stato inoltre Presidente della Corte costituzionale ungherese dal 1990 al 1998, nonché Presidente dell'Ungheria dal 2005 al 2010.

<sup>157</sup> SÓLYOM L., *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, cit., pag. 135 (corsivo nostro).

<sup>158</sup> Va precisato che l'espressione di Sólyom “tre generazioni di Corti costituzionali” era già stata precedentemente utilizzata da FROMONT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, pag. 18 ss. Secondo il giurista francese la prima generazione corrispondeva alle Corti costituzionali create in seguito alla Prima Guerra Mondiale, la seconda generazione alle Corti istituite in seguito alla Seconda Guerra Mondiale (comprendendo in un'unica fase – a differenza di Sólyom – sia le Corti italiana e tedesca degli anni Cinquanta, sia quelle spagnola e portoghese della fine degli anni Settanta-primi anni Ottanta), e la terza generazione alle Corti create in seguito al crollo del regime comunista. Tale espressione inoltre richiama fortemente le “tre ondate di giustizia costituzionale” di Favoreu (v. par. 5.2. e 6.1.), il quale – a differenza di Sólyom – riunisce in un'unica fase (la terza) la creazione delle Corti in Spagna e Portogallo con l'istituzione delle Corti dei Paesi ex-comunisti degli anni Novanta. Si è scelto di seguire la tripartizione operata da Sólyom dal momento che, come si mostrerà nei prossimi Capitoli, dà conto delle profonde differenze che si riscontrano nei diversi periodi storici e nell'attività di ciascuna “generazione” di Corti costituzionali.

<sup>159</sup> Si veda il par. 4.

<sup>160</sup> FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, cit., pag. 3.

<sup>161</sup> Come ricordato in precedenza (par. 1.3.), non sempre le transizioni democratiche sono accompagnate dall'entrata in vigore di una nuova Carta costituzionale.

## 8. La scelta di un'indagine per ordinamento

E' parso opportuno analizzare il ruolo svolto dalle Corti costituzionali in Italia, Spagna e Repubblica ceca (quali casi esemplificativi delle "tre generazioni delle Corti costituzionali europee") effettuando un'indagine Paese per Paese, dedicando a ciascun ordinamento un Capitolo specifico. La scelta è motivata dal fatto che i dati raccolti hanno evidenziato con grande chiarezza la specificità, la particolarità, l'*unicità* di ciascuna transizione, e in questo senso risulta essere del tutto condivisibile l'osservazione secondo cui "ogni transizione ha la sua storia"<sup>162</sup>. Innanzitutto, infatti, va sottolineato il fatto che il contesto storico, politico ed istituzionale è profondamente diverso da Paese a Paese, non foss'altro perché le transizioni democratiche in esame riguardano tre momenti storici completamente differenti tra loro.

In secondo luogo ciò che risulta essere rilevante ai fini della transizione in un determinato ordinamento non è detto che lo sia in un altro. Gli esempi sono numerosi: la questione delle leggi di lustrazione è stata centrale nella Repubblica ceca ma non in Italia e in Spagna; la questione delle leggi precostituzionali è stata fondamentale in Italia, ma non nella Repubblica ceca...

Inoltre, deve essere evidenziato il fatto che ogni ordinamento ha avuto la sua *priorità* nel processo di transizione democratica<sup>163</sup>, la quale è divenuta di conseguenza anche la priorità della Corte costituzionale, e in ciascun Capitolo si vuole dare conto di ciò.

Effettuare, invece, una comparazione trasversale per argomento-materia, analizzando, cioè, come ciascuna delle questioni più rilevanti riguardanti la transizione è stata affrontata nei rispettivi ordinamenti, sarebbe risultato quantomai problematico: non si sarebbe riusciti, infatti, a dare conto di tutte le differenze che sussistono da Paese a Paese, ed inoltre si sarebbe corso il rischio di effettuare una comparazione fortemente squilibrata. E' sufficiente pensare, al riguardo, alla questione della c.d. "giustizia di transizione": l'argomento sarebbe stato particolarmente approfondito nel caso della Repubblica ceca (sono infatti numerose le pronunce della Corte costituzionale in questa materia), mentre non sarebbe stato trattato per nulla nel caso dell'Italia e della Spagna (dove infatti non si registrano sentenze dei rispettivi organi di giustizia costituzionale su tali questioni).

Nel prossimo Capitolo verrà, dunque, analizzato il caso dell'Italia, prendendo in esame la "prima fase"<sup>164</sup> della Corte costituzionale: durante tale periodo, iniziato nel 1956 e terminato verso la fine degli anni Sessanta, la Corte ha concentrato la propria attività sull'eliminazione della legislazione fascista che continuava a limitare numerose libertà civili, politiche, religiose e sociali.

Nel terzo Capitolo, dedicato alla Spagna, verrà presa in considerazione l'attività del Tribunale costituzionale dal 1980 sino agli inizi degli anni Novanta. In tale periodo quest'organo è stato particolarmente attivo non solo nell'attività di interpretazione e di protezione dei diritti fondamentali, ma anche per quel che concerne la questione, estremamente delicata, delle autonomie territoriali.

Il quarto Capitolo si concentrerà sulla Repubblica ceca. La giurisprudenza della Corte costituzionale di tale Paese si è occupata principalmente, nei suoi primi dieci anni circa di attività, della tutela dei diritti fondamentali della persona, nonché di questioni relative alla c.d. "giustizia di transizione" (si pensi alla sue pronunce sulla legge sulla illegittimità del partito comunista, o sulle leggi di lustrazione, ovvero ancora sulle leggi sulla restituzione della proprietà).

---

<sup>162</sup> OLIVETTI RASON N., *Alcune considerazioni conclusive*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit, pag. 492.

<sup>163</sup> Priorità che, in estrema sintesi, si possono identificare nella "bonifica" della legislazione fascista in Italia, nella risoluzione delle questioni concernenti l'organizzazione territoriale in Spagna e nella "giustizia di transizione" nella Repubblica ceca.

<sup>164</sup> CHELI E., *Il giudice delle leggi*, il Mulino, Bologna, 1996, pag. 35.

Nelle Conclusioni, infine, verrà espressa una valutazione sul ruolo svolto da ciascuna di queste Corti costituzionali e verranno individuate le variabili che hanno influenzato la loro attività.



## Capitolo 2

### La prima generazione: il caso della Corte costituzionale italiana

SOMMARIO: 1. La transizione “formale”: dal 25 luglio 1943 al 1° gennaio 1948. – 1.1. 25 luglio 1943 - 2 giugno 1946: le “Costituzioni provvisorie” e il referendum istituzionale. – 1.2. Cenni sull’Assemblea costituente. – 2. La previsione della Corte costituzionale nella Carta del 1948. – 2.1. Esperienze di giustizia costituzionale sotto il Fascismo e nel corso del periodo transitorio. – 2.2. Il dibattito precedente ai lavori dell’Assemblea costituente. – 2.3. Il dibattito in Assemblea costituente. – 2.4. La VII disposizione transitoria e finale. – 3. Il periodo 1948-1956: la transizione “sostanziale” bloccata. – 3.1. Il contesto politico-istituzionale all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione. – 3.2. Il fallimento della “legge truffa” e la fine del centrismo. – 3.3. Il “congelamento” della Costituzione e la continuità dello Stato. – 3.3.1. La sentenza 7 febbraio 1948 della Corte di Cassazione. – 3.3.2. Il sindacato diffuso di costituzionalità nel periodo 1948-1956 come “canale di continuità” dello Stato. – 3.4. Il lungo e complesso cammino per l’entrata in funzione della Corte costituzionale. – 4. L’entrata in funzione della Corte costituzionale: il punto di svolta della transizione “sostanziale”. – 4.1. La Corte e la “bonifica” della legislazione fascista: il “cuore” della transizione “sostanziale”. – 4.1.1. Modi e tempi della “bonifica”. – 4.1.2. Le decisioni “in controtendenza”. – 4.2. La sentenza 1/1956 della Corte costituzionale: il primo caso di espulsione dall’ordinamento di una norma fascista. – 4.3. La Corte e i c.d. “culti acattolici”: uno stimolo (indiretto) per le riforme. – 4.4. Corte e il diritto di sciopero: la “supplenza” dinanzi all’inerzia del Parlamento. – 4.5. La Corte e l’ordine pubblico: un esempio di fermezza e prudenza. – 5. Riflessioni conclusive. – 5.1. La Corte costituzionale nella transizione democratica: un organo “di rottura”... – 5.2. ... e “controcorrente”.

#### 1. La transizione “formale”: dal 25 luglio 1943 al 1° gennaio 1948

Risulta essere piuttosto agevole individuare il momento iniziale e quello conclusivo della transizione “formale”<sup>165</sup> in Italia. Si ritiene comunemente, infatti, che essa abbia avuto inizio il 25 luglio 1943 (quando Vittorio Emanuele III revocò dalla carica di Capo del Governo, Mussolini, procedendo alla formazione di un Governo tecnico affidato alla guida del generale Badoglio) e sia terminata il 1° gennaio 1948 (giorno in cui entrò in vigore la Costituzione repubblicana)<sup>166</sup>. Come si tenterà di mostrare, il 2 giugno 1946 (giorno in cui si svolse il referendum istituzionale e in cui venne eletta l’Assemblea costituente) ha costituito senza dubbio uno spartiacque all’interno della transizione: la fase, infatti, che va dal 25 luglio 1943 al 2 giugno 1946, è caratterizzata dall’emanazione delle c.d. “Costituzioni provvisorie” e dal dibattito relativo alla questione istituzionale; dal 2 giugno 1946 al 1° gennaio 1948, invece, si assiste al periodo “costituente” in senso stretto, vale a dire la fase in cui l’Assemblea costituente lavora per dare vita alla Costituzione repubblicana.

##### 1.1. 25 luglio 1943 – 2 giugno 1946: le “Costituzioni provvisorie” e il referendum istituzionale

Il 25 luglio del 1943 il Gran Consiglio del Fascismo, approvando il celebre ordine del giorno proposto da Dino Grandi, sfiduciò di fatto il Capo del Governo e del partito, Mussolini, facendo appello al Re affinché riassumesse la guida del Paese. E’ stato spesso sottolineato come l’arresto di Mussolini rappresentò una sorta di tentativo di ripristino delle istituzioni statutarie, sull’assunto che

---

<sup>165</sup> Secondo l’espressione utilizzata nel Cap. 1 par. 3.

<sup>166</sup> Anche se vi è stato chi ha spostato il termine della transizione democratica al giorno dello svolgimento delle elezioni politiche del 18 aprile 1948 (cfr. PASQUINO G., *The Demise of the First Fascist Regime and Italy’s Transition to Democracy: 1943-1948*, in O’DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transition from Authoritarian Rule. Southern Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986, pag. 45).

fosse possibile separare le responsabilità della Corona da quelle del Fascismo<sup>167</sup>. La speranza degli ambienti monarchici era infatti quella di riuscire a sottrarre alla Corona ogni colpa relativa all'instaurazione del regime autoritario e alle scelte da questo compiute, attribuendo tutte le responsabilità al Fascismo. Di segno completamente opposto era, invece, la posizione dei movimenti antifascisti, i quali avevano ripetutamente sostenuto la complicità della Corona con la dittatura, dalla sua nascita sino al 1943. A ben vedere, entrambe le argomentazioni presentano elementi di verità. Da un lato, infatti, è di tutta evidenza che lo stesso avvento del regime fascista nel 1922 fu frutto di una decisione del Re di rottura della legalità statutaria: al riguardo è sufficiente pensare al fatto che l'incarico di Capo del Governo fosse stato conferito a Mussolini per telegramma, senza le consuete consultazioni da parte del Re<sup>168</sup>. E', inoltre, difficile negare la copertura istituzionale fornita dalla Corona al Fascismo in determinate situazioni, come nel caso della promulgazione delle leggi razziali (r.d.l. 1728/1938). D'altro lato, non era scontato "trovare degli elementi giuridico formali sui quali individuare una responsabilità diretta del sovrano per la mancata salvaguardia delle guarentigie costituzionali in esso previste e per le modifiche in senso autoritario introdotte nell'ordinamento durante la dittatura mussoliniana. Infatti l'idea che la monarchia dovesse essere garante dello Statuto non si fondava su alcuna norma di questo ma solo sulla interpretazione liberale della Costituzione..."<sup>169</sup>.

Il Re procedette quindi alla nomina del generale Badoglio quale Presidente del Consiglio. Questi, attraverso la decretazione d'urgenza, soppresse gli istituti che maggiormente avevano caratterizzato il regime fascista, vale a dire il partito nazionale fascista, il Gran Consiglio del Fascismo, il Tribunale speciale per la difesa dello Stato e la Camera dei fasci e delle corporazioni. Nel gennaio del 1944, inoltre, vennero approvati due importanti decreti (il r.d.l. 25/1944<sup>170</sup>, e il r.d.l. 26/1944<sup>171</sup>) che determinarono l'abrogazione delle leggi razziali e la reintegrazione nei diritti dei cittadini italiani e stranieri già dichiarati appartenenti alla "razza" ebraica<sup>172</sup>.

In seguito all'armistizio dell'8 settembre 1943 si vennero a creare due Governi contrapposti: quello del Regno del Sud con a capo Vittorio Emanuele III e Badoglio, e quello della Repubblica Sociale Italiana a Nord con a capo Mussolini. Nonostante fossero state restaurate le condizioni minime di pluralismo politico, il contrasto, che sarebbe durato fino all'abolizione della monarchia, tra Corona e forze politiche antifasciste dei Comitati di liberazione nazionale, si stava acuendo sempre più. Ogni decisione imponeva di scegliere tra soluzioni che avrebbero determinato una continuità ovvero una discontinuità rispetto al regime statutario. La prima era voluta da casa Savoia e dalle forze interne ed esterne che la sostenevano (*in primis* gli inglesi); la discontinuità, invece, era sostenuta dai partiti antifascisti e dalle forze interne ed esterne che volevano l'instaurazione di un nuovo ordinamento (si pensi agli americani). E' evidente che sullo sfondo vi era il giudizio sul Fascismo e soprattutto sull'atteggiamento e le responsabilità di Vittorio Emanuele III.

---

<sup>167</sup> Si veda SACCOMANNO A., *La transizione italiana: le Costituzioni provvisorie*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 398.

<sup>168</sup> A ciò si aggiunge il fatto che nel 1922, in occasione della marcia su Roma, il Re si rifiutò di firmare lo stato d'assedio, e conferì a Mussolini l'incarico di formare un nuovo Governo.

<sup>169</sup> GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Laterza, Bari, 2002, pag. 391.

<sup>170</sup> Conteneva disposizioni per la reintegrazione nei diritti civili e politici dei cittadini italiani e stranieri già dichiarati o considerati di "razza ebraica".

<sup>171</sup> Conteneva disposizioni per la reintegrazione nei diritti patrimoniali dei cittadini italiani e stranieri già dichiarati o considerati di "razza ebraica".

<sup>172</sup> Tali decreti posero le basi per l'elaborazione di una normativa sui temi dell'attività restitutiva, risarcitoria e riparatoria, destinata a svilupparsi, articolarsi e definirsi nell'arco di un cinquantennio. Si veda *L'abrogazione delle leggi razziali: l'Egeli e le restituzioni*, disponibile all'indirizzo on-line [http://www.governo.it/Presidenza/DICA/beni\\_ebraici/PAG261\\_300.pdf](http://www.governo.it/Presidenza/DICA/beni_ebraici/PAG261_300.pdf); BRUNELLI G., *Lili, ebrea e donna, discriminata due volte*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007, pag. 396 ss.

Il conflitto trovò un parziale superamento nell'aprile del 1944 con il c.d. "compromesso istituzionale" (altresì definito "compromesso De Nicola", o "patto di Salerno"): esso prevedeva che Vittorio Emanuele III rinunciasse all'esercizio dei suoi poteri (senza tuttavia abdicare, come fortemente richiesto dagli antifascisti), affidando questi al principe ereditario Umberto, nominato luogotenente generale del Regno: si trattò "di una soluzione di emergenza a carattere rivoluzionario, perché contemplava una luogotenenza atipica, non prevista dallo Statuto Albertino e perché prevedeva un Re che si ritira a vita privata (quindi rimane formalmente Re), ma è impedito dall'esercitare i suoi poteri"<sup>173</sup>.

Il 18 giugno 1944 si istituì il Ministero Bonomi, il quale rappresentò un mutamento sostanziale per quanto concerne i rapporti tra Corona e Ministero: infatti, mentre Badoglio e i suoi ministri si consideravano, ai sensi dello Statuto, ministri del Re, secondo una visione dei loro poteri che pareva estremamente simile a quella di una monarchia costituzionale, il Ministero Bonomi si riteneva legato alla Corona solo da un punto di vista formale. E' vero, infatti, che era stata quest'ultima a procedere alla nomina, ma lo aveva fatto su indicazione del Comitato centrale di liberazione nazionale, e per questo risulta condivisibile l'opinione secondo cui il Ministero pareva essere "l'organo esecutivo" del Comitato<sup>174</sup>.

Di centrale importanza nella storia della transizione fu senza dubbio l'emanazione del decreto legge luogotenenziale 151/1944, la c.d. "prima Costituzione provvisoria": tale provvedimento stabilì innanzitutto che la decisione in merito alla forma istituzionale (Monarchia o Repubblica) sarebbe stata presa da un'Assemblea costituente eletta a suffragio universale, e che dunque fino a quel momento doveva essere attuata la cosiddetta "tregua istituzionale". Vennero dettate, poi, una serie di regole volte a disciplinare la funzione legislativa: quest'ultima, fino alla formazione del nuovo Parlamento, doveva essere esercitata dal Governo mediante decreti legislativi, sanzionati e promulgati dal Luogotenente del Regno. Secondo Calamandrei il decreto 151/1944 costituì "l'atto di nascita del nuovo ordinamento democratico italiano", dal momento che esso "aveva ormai rotto ogni continuità costituzionale col regime precedente, e nel quale la monarchia non poteva più vantare altro che aspettative di fatto, non già diritti fondati sul "patto fra Re e popolo" che essa aveva rotto e la cui decadenza aveva reso al popolo la sua piena sovranità"<sup>175</sup>.

Va poi ricordata l'importante decisione presa dal secondo Governo Bonomi, il 5 aprile 1945, di convocare una Consulta nazionale, chiamata a fornire pareri in merito all'esercizio del potere legislativo da parte del Governo, soprattutto per quel che riguarda progetti di bilanci, rendiconti consuntivi, imposte e leggi elettorali. Il maggior merito della Consulta fu probabilmente quello "di aver abituato, dopo tanti anni di silenzio, il popolo italiano all'esistenza di un'assemblea politica nella quale venivano dibattuti liberamente i maggiori argomenti della politica nazionale, discussi i vari aspetti della condotta governativa e approntati, sia pure nei limiti imposti dal suo carattere consultivo, disegni di legge di rilevanza costituzionale destinati a incidere profondamente sull'ordinamento del Paese. Tra questi fu essenziale quello per l'elezione dei deputati dell'Assemblea costituente..."<sup>176</sup>.

Un'altra introduzione rilevante da un punto di vista costituzionale fu data dall'istituzione, mediante decreto luogotenenziale 435/1945, del Ministero per la Costituente, il quale aveva la funzione di predisporre gli elementi per lo studio della nuova Costituzione. Tra le diverse commissioni che vennero istituite, va ricordata, in particolare, la "Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato", presieduta da Ugo Forti. Si è molto discusso sui frutti

---

<sup>173</sup> BARILE P., *Il caso italiano*, in AA.VV., *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Cedam, Padova, 2000, pag. 184.

<sup>174</sup> Cfr. GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, cit., pagg. 396-397.

<sup>175</sup> CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1966, pag. 300 ss.

<sup>176</sup> GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, cit., pag. 400.

dell'opera della Commissione: secondo alcuni essa “produsse relazioni ed elaborazioni di grande interesse”<sup>177</sup>, mentre altri hanno espresso un giudizio più cauto, secondo il quale il lavoro svolto “riguardava temi piuttosto tecnici e su questo riassumeva le conclusioni della dottrina italiana e internazionale, senza grandi capacità creative”<sup>178</sup>. Ciò su cui sembra, invece, esserci accordo riguarda la notevole influenza che la Commissione Forti ebbe sull'Assemblea costituente<sup>179</sup>: molte delle persone appartenenti a tale Commissione vennero, infatti, successivamente elette alla Costituente<sup>180</sup>, e in questo senso si spiega il perché sia stato affermato che per costoro la Commissione “fu senza dubbio un importante momento per affinare le armi”<sup>181</sup>.

Nel marzo del 1946, la decisione presa due anni prima con il decreto 151/1944 fu riveduta, e si stabilì che la scelta tra Monarchia e Repubblica venisse affidata al corpo elettorale. Tale soluzione finì per accontentare sostanzialmente tutte le forze politiche, e non solo i monarchici<sup>182</sup>. Il decreto legislativo luogotenenziale 98/1946 (altresì definito “Seconda Costituzione provvisoria”) precisava, poi, che il Governo avrebbe mantenuto il potere legislativo, salva la materia costituzionale, le leggi elettorali e l'approvazione dei trattati internazionali<sup>183</sup>.

Preme sottolineare come nel corso di tutta la transizione “formale” l'esecutivo non si occupò, se non in rari casi, delle riforme della legislazione ordinaria, preoccupandosi esclusivamente delle questioni urgenti<sup>184</sup>. Se il Paese, quindi, una volta approvata la Costituzione, dovette affrontare la questione della legislazione fascista che era trapassata quasi “in blocco” alla democrazia, fu anche in ragione del mancato intervento riformatore del Governo nel quinquennio 1943-1948. Le Cortes spagnole e l'Assemblea federale cecoslovacca, invece, come si vedrà nei prossimi Capitoli<sup>185</sup>, già durante la transizione “formale” procedettero ad approvare numerose leggi volte a garantire la tutela delle libertà fondamentali, sancendo così una prima, forte discontinuità rispetto al regime precedente.

Nella primavera del 1946 si registrò un altro rilevante passo in avanti nel processo di democratizzazione, vale a dire le consultazioni elettorali amministrative. Non va dimenticato, infatti, che durante il regime fascista, in luogo dei sindaci elettivi, vi erano i podestà, nominati dal Governo. Con le elezioni amministrative, dunque, non solo vi fu la possibilità di verificare quale fosse la reale forza dei partiti politici, ma venne altresì restituita al popolo la facoltà di eleggere liberamente i propri amministratori<sup>186</sup>.

Il 9 maggio 1946, e dunque a neanche un mese dal referendum istituzionale del 2 giugno, Vittorio Emanuele III decise di abdicare a favore del figlio Umberto, il quale, come ricordato, era divenuto Luogotenente del Regno a partire dal giugno 1944. Tale decisione (che ad alcuni parve

---

<sup>177</sup> BARILE P., *Il caso italiano*, cit., pag. 190.

<sup>178</sup> POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, il Mulino, Bologna, 1995, pag. 80.

<sup>179</sup> Cfr., ad esempio, CHELI E., *Il problema storico della Costituente in Pol. dir.*, 1973, pag. 492; POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, cit., pag. 80; BARILE P., *Il caso italiano*, cit., pag. 190.

<sup>180</sup> Si pensi a Calamandrei, Fanfani, Mortati, Tosato...

<sup>181</sup> POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, cit., pag. 80.

<sup>182</sup> E' sufficiente pensare, infatti, alla DC (repubblicana nella sua dirigenza, ma con un elettorato sicuramente diviso) che in tal modo poteva non scoprirsi troppo su un tema così delicato. Anche le sinistre accettarono la consultazione popolare, a condizione, tuttavia, che le elezioni per la Costituente si svolgessero contestualmente al referendum.

<sup>183</sup> Sulle vicende relative al decreto del 1946 si veda PICHIERRI A., *La Costituzione provvisoria*, Mandese, Taranto, 1996, pag. 242 ss.

<sup>184</sup> Cfr. PIZZORUSSO A., *Le stagioni della Costituzione*, in TARCHI R., *Disposizioni transitorie e finali (I-XVIII)*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, pag. XXXVI.

<sup>185</sup> Si rinvia rispettivamente al Cap. 3 par. 3.3.1. e al Cap. 4 par. 4.2.1.

<sup>186</sup> Cfr. PAVONE C., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, pag. 404.

una violazione della tregua istituzionale<sup>187</sup>) costituì un'ultima, disperata mossa da parte del Sovrano per cercare di garantire alla Corona una situazione più favorevole in occasione del referendum.

Il 2 giugno i cittadini italiani votarono, dunque, sia per il referendum istituzionale, sia per eleggere l'Assemblea costituente in base a una legge elettorale proporzionale. Si trattò delle prime elezioni a suffragio universale (anche femminile) che si fossero svolte in Italia. Sull'esito del voto vi furono grosse contestazioni. La Repubblica vinse con 12.717.923 voti validi (pari al 54.26%), contro i 10.719.824 voti validi ottenuti dalla Monarchia: va detto che anche contando i voti non validi (vale a dire le schede bianche e quelle nulle) la Repubblica avrebbe prevalso con il 51.01%. In attuazione di quanto previsto dal decreto legislativo del marzo 1946, il Presidente del Consiglio assunse in via provvisoria le funzioni di Capo dello Stato.

## 1.2. Cenni sull'Assemblea costituente

L'Assemblea costituente si insediò il 25 giugno 1946 e procedette alla nomina del proprio Presidente nella persona di Giuseppe Saragat, mentre tre giorni dopo elesse Enrico De Nicola quale Capo provvisorio dello Stato. A quel punto si presentò il problema dell'organizzazione dei lavori: era di tutta evidenza, infatti, che un'assemblea composta da 556 persone<sup>188</sup> molto difficilmente avrebbe potuto elaborare un testo così complesso come una Carta costituzionale. Si decise così di affidare ad una apposita Commissione composta da settantacinque membri (e per questo definita "Commissione dei Settantacinque") la redazione di un testo base. Questa elesse come Presidente Meuccio Ruini e si divise in tre sottocommissioni: una per i "diritti e doveri dei cittadini", una per l'"ordinamento costituzionale della Repubblica" (a sua volta divisa in due sottocommissioni: una sul "potere esecutivo" e una sul "potere giudiziario") e la terza, infine, per i "diritti e doveri economico-sociali". Il testo base della Costituzione fu presentato in Assemblea nel gennaio 1947 e discusso continuamente per 9 mesi. L'approvazione finale avvenne il 22 dicembre 1947, con 453 voti a favore e 62 contro, dunque l'88% dei presenti votò sì.

Nonostante in Assemblea costituente si registrassero in partenza posizioni alquanto distanti tra loro, alla fine si riuscì a raggiungere un compromesso "di alto profilo"<sup>189</sup>. Tale compromesso riguardava le componenti essenziali, le "anime" dello schieramento politico italiano del tempo: "la cattolica, che trovava la sua espressione nella Democrazia cristiana, quella operaia tradizionale, organizzata nel partito comunista e nella maggior parte di quello socialista, e quella variamente ispirata alla tradizione risorgimentale e impersonata nelle diverse formazioni democratiche e liberali"<sup>190</sup>. Il limite, tuttavia, del compromesso fu dato dal fatto che esso rimase "a livello di élites intellettuali e politiche... senza un adeguato consenso di massa": mancò, insomma, un sufficiente coinvolgimento dell'opinione pubblica nei lavori della Costituente<sup>191</sup>. Il radicamento dei principi costituzionali nelle coscienze delle c.d. "masse cattoliche" e "masse comuniste" richiese, dunque, non poco tempo e non pochi sforzi<sup>192</sup>.

Un secondo aspetto che pare opportuno mettere in luce è dato dal consenso estremamente

---

<sup>187</sup> Si veda, ad esempio, BARILE P., *Il caso italiano*, cit., pag. 191.

<sup>188</sup> La Democrazia cristiana ottenne 207 seggi, il Partito socialista 115, il Partito comunista 104, l'Unione democratica nazionale 41, l'Uomo qualunque 30, il Partito repubblicano 23, il Blocco nazionale delle libertà 16, il Partito d'azione 7, e le altre formazioni politiche 13.

<sup>189</sup> BARBERA A., *I principi della Costituzione repubblicana: dal "compromesso" al radicamento progressivo*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2009, pag. 314.

<sup>190</sup> GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, cit., pag. 414.

<sup>191</sup> In tal senso cfr. POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, cit., pag. 80.

<sup>192</sup> Cfr. BARBERA A., *I principi della Costituzione repubblicana: dal "compromesso" al radicamento progressivo*, cit., pag. 315.

ampio (quasi il 90%) con cui venne approvata la Costituzione. Ciò si spiega solamente se si tengono in considerazione due caratteristiche fondamentali della Carta costituzionale italiana: la sua lunghezza e la sua apertura. “E’ una Costituzione “lunga”, perché un consenso così vasto si è potuto realizzare soltanto sommando, e non selezionando, le istanze, gli interessi e i valori delle diverse componenti. E’ una Costituzione “aperta”, nel senso che non pretende di individuare il punto di equilibrio tra i diversi interessi, ma si limita ad elencarli, a giustapporli, lasciando alla legislazione successiva di individuare il punto di bilanciamento”<sup>193</sup>.

Non vanno, inoltre, dimenticate le circostanze storiche e politiche, per certi versi irripetibili, nelle quali si trovò a lavorare la Costituente. Innanzitutto va considerato il fatto che l’Italia si era appena lasciata alle spalle non solo una guerra Mondiale, ma anche venti anni di regime autoritario che avevano profondamente segnato il Paese. Questa situazione portò alla naturale conseguenza che una delle preoccupazioni più grandi – se non la maggiore – della Costituente fu quella di impedire in ogni modo il ripetersi di esperienze di tal tipo, e dunque di cercare il più possibile di proteggere la democraticità dell’ordinamento che si andava formando. Ciò spiega il perché la Carta del ’48 si caratterizzi per una grande attenzione ai diritti delle minoranze, per la scelta di una forma di governo parlamentare, per la previsione di un Presidente del Consiglio quale *primus inter pares* rispetto agli altri ministri, per l’istituzione di organi di garanzia quale la Corte costituzionale, e così via. Questo “garantismo della Costituzione repubblicana”<sup>194</sup> non si spiega, tuttavia, se oltre al dato storico appena menzionato non si prende in considerazione anche un aspetto più strettamente politico. Durante i lavori della Costituente, infatti, nessuna delle forze politiche era in grado di prevedere quale sarebbe stato il risultato delle prime elezioni politiche, e di conseguenza nessun partito poteva contare con una certa sicurezza di poter conquistare la maggioranza in Parlamento. Anzi, il timore di ognuno era proprio quello di perdere le elezioni: il risultato fu quindi che “la paura di soccombere [prevalse] sul desiderio di imporsi... Da qui prende senso la Costituzione stessa, tutta rivolta a fissare i confini oltre i quali non può andare la volontà della maggioranza, quale essa sia”<sup>195</sup>.

## **2. La previsione della Corte costituzionale nella Carta del 1948**

Una volta analizzata la transizione “formale”, pare opportuno passare ad esaminare il processo che ha portato alla previsione della Corte costituzionale nella Carta del 1948. Dopo qualche riferimento alle esperienze di giustizia costituzionale sotto il Fascismo e nel corso del periodo transitorio, si procederà all’analisi dell’acceso dibattito relativo all’introduzione di un organo di giustizia costituzionale sia nei lavori della Commissione Forti e nei Congressi dei vari partiti, sia in quelli dell’Assemblea costituente. In ultimo verrà effettuato qualche cenno alla VII disp. trans. e fin. della Costituzione, nella quale venne previsto, sino all’entrata in funzione della Corte costituzionale, un sindacato diffuso di costituzionalità.

### **2.1. Esperienze di giustizia costituzionale sotto il Fascismo e nel corso del periodo transitorio**

La Corte costituzionale prevista dalla Costituzione del ’48 non costituisce la prima esperienza in assoluto di giustizia costituzionale in Italia. Facendo partire la nostra indagine dal

---

<sup>193</sup> BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, XII ed., 2011, pag. 123.

<sup>194</sup> GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d’Italia 1848-1994*, cit., pag. 422.

<sup>195</sup> BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, cit., pag. 123. Su tale questione cfr. anche POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, cit., pag. 81; BOGNETTI G., *The American Constitution and Italian Constitutionalism. An Essay in Comparative Constitutional History*, Clueb, Bologna, 2008, pagg. 66-67.

periodo fascista<sup>196</sup>, già nel 1925 si registrano alcune significative prese di posizione favorevoli all'introduzione di un organo di controllo di legittimità degli atti dell'esecutivo, come, ad esempio, quelle del procuratore generale della Corte di Cassazione Appiani e del *leader* socialista riformista Turati<sup>197</sup>.

Se questi due episodi non ebbero alcun seguito, di lì a poco venne, invece, emanato un provvedimento che avrebbe potuto offrire una base solida al sindacato giurisdizionale di costituzionalità: la legge 2693/1928, che istituiva il Gran Consiglio del Fascismo, prevedeva, infatti, all'art. 12, che tale organo dovesse fornire un parere obbligatorio di tipo preventivo su tutte le questioni costituzionali, e a tal fine erano state individuate sette categorie comprendenti una serie di materie considerate, per l'appunto, di rilievo costituzionale. In assenza, dunque, del controllo da parte del Gran Consiglio, il giudice era tenuto a ritenere la legge invalida e di conseguenza a non applicarla. È stato osservato come da un punto di vista tecnico "il sindacato, almeno in astratto, restava di tipo formale poiché il giudice era legittimato a non applicare le leggi in questione in presenza di una violazione appunto del sistema formale previsto dall'art. 12. Alla base c'era però effettivamente anche un sindacato di tipo materiale, quantomeno per ciò che concerneva il diretto collegamento tra le materie dotate di rilievo costituzionale e il procedimento aggravato creato per tutelarne il loro aspetto sostanziale"<sup>198</sup>.

Nel corso del periodo transitorio va ricordata un'importante sentenza emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite civili, la 121/1947<sup>199</sup>. In tale pronuncia la Cassazione aveva dichiarato l'incostituzionalità, con effetti *inter partes*, dell'art. 4 del d.lgs. 44/1946 del Presidente del Consiglio, con cui erano state convalidate e ratificate le disposizioni del decreto ministeriale del 26 luglio 1944: secondo la Corte, infatti, tali disposizioni violavano i limiti della potestà legislativa attribuita al Governo con il d.l.l. 98/1946 integrativo e modificativo del decreto luogotenenziale 151/1944, dal momento che andavano ad incidere sulla "materia costituzionale", la quale era, invece, sottratta alla disponibilità dell'esecutivo. La Cassazione precisava che con l'espressione "materia costituzionale" si dovessero intendere i "fondamentali principi dell'ordinamento giuridico costituzionale", fra cui, *in primis*, vi era quello del "rispetto della divisione e coordinazione dei poteri". La Corte affermava, poi, con forza la necessità che gli organi del potere giudiziario effettuassero il sindacato di legittimità costituzionale sugli atti normativi emanati dal Governo in base ai decreti 151/1944 e 98/1946. Va evidenziato come in un periodo in cui si discuteva su come creare un sistema di controllo di costituzionalità e a quale organo affidarlo, tale sentenza "sembrava fugare molti dubbi e anticipare alcune riflessioni come quelle legate, ad esempio, alla previsione della VII disposizione transitoria alla Costituzione"<sup>200</sup>.

## 2.2. Il dibattito precedente ai lavori dell'Assemblea costituente

Il dibattito relativo all'opportunità o meno di introdurre un effettivo sistema di giustizia costituzionale in Italia ebbe inizio già durante i lavori della Commissione Forti, all'interno della

---

<sup>196</sup> Sulla storia del controllo di costituzionalità delle leggi in Italia cfr. BATTAGLINI M., *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957; BIGNAMI M., *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>197</sup> Gli interventi di Appiani e Turati sono riportati da TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, in *Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Feltrinelli, Milano, 1973, pag. 193.

<sup>198</sup> CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 60.

<sup>199</sup> Cassaz., Sez. Un. Civ., 28 luglio 1947, n. 1212, in *Foro it.*, I, 1947, pag. 545 ss.

<sup>200</sup> CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, cit., pagg. 81 e 82.

quale si registrarono una pluralità di proposte che si riprodussero in gran parte anche in sede di Assemblea costituente. Vi era, infatti, chi auspicava l'istituzione di una Corte di garanzia costituzionale (Selvaggi), chi, invece, propendeva per un sistema diffuso di giustizia costituzionale (Gueli), e ancora chi sosteneva che dovessero essere le Sezioni Unite della Corte di Cassazione a decidere sulla costituzionalità delle leggi (Azzariti). Nella relazione finale della Commissione, tuttavia, cadde la "candidatura" della Cassazione, e prevalse l'idea che a garantire la legittimità costituzionale delle leggi dovesse essere un organo *ad hoc*, per l'appunto una Corte costituzionale, non appartenente al potere giudiziario: "per la prima volta, quindi, seppure in via ipotetica, in una sede ufficiale si auspicava la creazione di una Corte diversa nel ruolo e nelle funzioni dalla Corte di Cassazione"<sup>201</sup>. Va rilevato, inoltre, come, a differenza di quello che sarebbe poi risultato l'orientamento prevalente in sede di Assemblea costituente, i membri della Commissione Forti erano concordi sull'attribuire a ciascun cittadino la facoltà di adire direttamente l'organo di giustizia costituzionale<sup>202</sup>, con efficacia *erga omnes* della pronuncia.

Nello stesso periodo, inoltre, si stavano svolgendo "i congressi dei principali partiti politici italiani e in molti di essi il tema dell'amministrazione della giustizia e della nuova legge fondamentale fu... sottoposto all'attenzione dei membri delle assemblee"<sup>203</sup>. In linea generale si registrava, da parte di tutte le forze politiche, un atteggiamento favorevole all'istituzione di una Corte costituzionale, con l'importante eccezione, tuttavia, del partito comunista<sup>204</sup>. Va detto che anche all'interno dei partiti che guardavano con favore al nuovo organo si registravano posizioni diverse, che riguardavano, tra l'altro, l'opportunità o meno di introdurre la possibilità in capo ai cittadini di ricorrere direttamente alla Corte<sup>205</sup>. Le divergenze non avevano a che fare, tuttavia, solamente con aspetti di tipo prettamente "tecnico": ciò che, infatti, "divideva già i vari partiti in maniera più netta era la natura del controllo che avrebbe dovuto esercitare la Corte ed è significativo che democristiani e liberali si preoccupassero di sottolineare subito la propria avversione ad ogni sindacato che non fosse esclusivamente giurisdizionale, il che ovviamente importava conseguenze non di scarso rilievo sulla scelta dei giudici e sulla competenza del nuovo organismo"<sup>206</sup>.

### 2.3. Il dibattito in Assemblea costituente

Nei lavori della II Sottocommissione, creata all'interno della Commissione dei Settantacinque, la discussione sulla "Suprema Corte costituzionale" (come era stata definita inizialmente) verteva intorno a tre proposte: quella dell'azionista Piero Calamandrei, quella del

---

<sup>201</sup> CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, cit., pag. 91.

<sup>202</sup> In modo analogo, dunque, a ciò che sarebbe poi stato previsto in Germania (*verfassungsbeschwerde*) e in Spagna (*recurso de amparo*). Sui lavori della Commissione Forti in materia si veda MINISTERO PER LA COSTITUENTE (a cura di), *Commissione per la riorganizzazione dello Stato. Relazione all'Assemblea costituente. Problemi costituzionali. Organizzazione dello Stato*, Roma, 1946. Interessanti riflessioni sui lavori della Commissione in materia si trovano poi in PIZZORUSSO A., *Art. 134 Cost.*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, pag. 67.

<sup>203</sup> TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 197.

<sup>204</sup> Togliatti, infatti, il 19 dicembre 1945, in occasione del V Congresso nazionale del PCI, affermava: "Non siamo in linea di principio contro nessuna misura di questo genere. Pensiamo però che una simile istituzione la quale ha un valore per quei paesi dove è storicamente sorta, in accordo con tutto il costume giuridico e politico, trasportata nel nostro, probabilmente non avrebbe più nessun valore... E' evidente che se vogliamo avere garanzie reali di difesa della democrazia dobbiamo cercarle in un'altra direzione...".

<sup>205</sup> Anche se con sfumature diverse, parevano favorevoli alla c.d. "azione popolare" i democristiani, i socialisti, gli azionisti e i repubblicani.

<sup>206</sup> TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 199.

democristiano Giovanni Leone e quella di Gennaro Patricolo, del gruppo misto. L'articolato progetto di Calamandrei prevedeva due tipologie di controllo sulla legittimità delle leggi: un controllo in via incidentale e con efficacia limitata al caso deciso, il quale doveva spettare ai giudici ordinari e in ultima istanza alla prima sezione della Suprema Corte costituzionale; uno in via principale, e con efficacia generale ed astratta, attribuito, invece, solamente alla Suprema Corte costituzionale a Sezioni Unite. Da evidenziare come, in quest'ultimo caso, la possibilità di adire la Corte doveva spettare, oltre agli enti stabiliti dalla legge, a qualsiasi cittadino<sup>207</sup>.

Nella sua proposta, Leone evidenziò la necessità della creazione di una Corte di giustizia costituzionale che si collocasse al di fuori dei tre poteri dello Stato, e propose (in modo analogo a quanto auspicato da Calamandrei) di attribuire all'iniziativa popolare, seppur entro determinati limiti, il potere di adire l'organo di giustizia costituzionale<sup>208</sup>.

Anche Patricolo ribadiva l'importanza del fatto che la Suprema Corte costituzionale si collocasse al di fuori dei tre tradizionali poteri dello Stato, ed inoltre sosteneva come la richiesta del giudizio sulla costituzionalità delle leggi potesse provenire da un membro del Parlamento o del Governo, dal potere giudiziario, da una Regione o da almeno cinquecento cittadini.

Si passò quindi alla discussione in sede di Assemblea plenaria della Commissione dei Settantacinque. I lavori iniziarono con una proposta di Luigi Einaudi che andava in senso del tutto opposto rispetto a quanto si era dibattuto sino a quel momento. Egli, infatti, richiamando espressamente l'esperienza di *judicial review* statunitense, proponeva l'introduzione nell'ordinamento italiano di un sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi. Attribuiva, inoltre, alla Corte di Cassazione a sezioni riunite il compito di risolvere i conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato, fra lo Stato e le Regioni e fra le Regioni<sup>209</sup>. La proposta di Einaudi non trovò, tuttavia, alcun seguito.

Il progetto che venne proposto all'Assemblea costituente prevedeva già quelle disposizioni che sarebbero poi state accolte in via definitiva, pur con qualche modifica, nel testo della Costituzione. Si diceva, infatti, che la Corte costituzionale avrebbe giudicato della costituzionalità di tutte le leggi, che avrebbe risolto i conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato, fra lo Stato e le Regioni, fra le Regioni, e infine che avrebbe giudicato il Presidente della Repubblica ed i Ministri accusati a norma della Costituzione. Nella relazione al progetto si precisava come non fosse stata accolta l'idea di affidare il controllo di costituzionalità alla magistratura ordinaria poiché, come custode supremo della Costituzione, era parso opportuno "un organo speciale e più alto".

Va sottolineato come il dibattito in Assemblea costituente fu "maggiormente rivolto all'aspetto politico, rispetto a quello propriamente tecnico". Le posizioni delle forze politiche, in effetti, erano piuttosto nette. Da un lato vi erano i "vecchi" e autorevoli esponenti del precedente regime liberale<sup>210</sup>, i quali, criticando la Corte costituzionale, "confermavano un più radicale dissenso generale sull'assetto *compromissorio*"<sup>211</sup> della nuova Carta costituzionale<sup>212</sup>. Ma era soprattutto la sinistra, e segnatamente la sinistra comunista, a paventare il peggio quando si riferiva alla introduzione del nuovo organo di giustizia costituzionale. In primo luogo essa temeva che la Corte avrebbe svolto un ruolo sostanzialmente "conservatore", invece che di sostegno alle politiche

---

<sup>207</sup> Atti Ass. cost., II sottocommissione, II sez., 14 e 15 gennaio 1947.

<sup>208</sup> Atti Ass. cost., II sottocommissione, II sez., 14 e 15 gennaio 1947.

<sup>209</sup> Commissione per la Costituzione in seduta Plenaria, 1° febbraio 1947.

<sup>210</sup> Così RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, pag. 42.

<sup>211</sup> RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pag. 42.

<sup>212</sup> Si pensi a quanto sostenuto da Nitti: "In fondo, quale sarebbe l'occupazione abituale di questa Corte Suprema, di cui nessuno sente il bisogno, che non esiste in nessun Paese, e di cui nessuno sa le possibilità di esistenza e di sviluppo? Io dunque vedo in questa nuova istituzione... un danno, e una inutile illusione..." (Atti ass. cost., 8 marzo 1947).

riformatrici<sup>213</sup>: al riguardo è stato sottolineato da Zagrebelsky (che scrive nel 1977) come la preoccupazione di affidare ad un organo “tecnico” la funzione di controllo di costituzionalità si spiegava in ragione del fatto che “in una società come la nostra il diritto era ed è ancora prevalentemente strumento di conservazione, più che di trasformazione”, e che spesso “le Corti costituzionali costituirono l’ultimo argine, in nome di una legittimità superiore, contro il mutamento”<sup>214</sup>. I comunisti ritenevano, inoltre, inammissibile che in una democrazia un organo di natura tecnica, non eletto dai cittadini, potesse dichiarare l’incostituzionalità di una legge emanata dal Parlamento, organo sovrano eletto dal popolo. Anzi, se c’era una istituzione a cui affidare tale funzione, questa doveva essere proprio il Parlamento<sup>215</sup>. Le sinistre, insomma, temevano che la Corte costituzionale “avrebbe finito con lo svuotare di senso l’idea di supremazia parlamentare e, con essa, il principio di legittimazione *popolare* del potere”<sup>216</sup>.

Di segno completamente opposto erano le posizioni delle altre forze politiche, le quali, invece, erano favorevoli all’introduzione di una Corte costituzionale. Tra i maggiori sostenitori di tale organo vi era la DC, la quale aveva compreso perfettamente come l’esistenza di una Corte costituzionale fosse indispensabile per garantire la rigidità della nuova Costituzione, e che senza di essa la Carta si sarebbe ridotta “a una romantica dichiarazione dei diritti dell’uomo, a un semplice *cahier* dei desideri”<sup>217</sup>. La Corte sarebbe servita, inoltre, contro i possibili abusi del potere legislativo<sup>218</sup>, e inoltre – rispondendo così indirettamente alle critiche avanzate da sinistra – non avrebbe di certo menomato il potere del Parlamento, avendo pur sempre questo la possibilità di riapprovare la legge mediante il procedimento aggravato di revisione costituzionale<sup>219</sup>.

Da un punto di vista più tecnico, va ricordato come i lavori della Costituente terminarono con il respingimento dell’emendamento Mortati (con cui si prevedeva di introdurre il ricorso diretto da parte del singolo alla Corte<sup>220</sup>) e, più in generale, con la questione dell’accesso al giudizio di costituzionalità che doveva ancora essere completato. Al riguardo, venne approvato nel dicembre del 1947 il c.d. “emendamento Arata”, il quale prevedeva di rinviare ad una successiva legge (che divenne la l. cost. n. 1 del 1948) proprio le modalità di introduzione del giudizio della Corte.

---

<sup>213</sup> Ravagnan, ad esempio, affermava: “Se si pensa, infatti, che nella Costituzione dovranno essere contemplate, ad esempio, varie forme di proprietà (privata, statale, ecc.), è da prevedere che la maggioranza dei voti andrà, alle elezioni, a quei partiti che comprenderanno nel loro programma profonde riforme della struttura economica del Paese; e di conseguenza si avrà un Parlamento configurato in modo che le leggi da esso approvate incideranno sulla proprietà privata e forse, in determinati settori, la modificheranno. In tali condizioni, se un qualsiasi cittadino, appartenente alla opposizione, potesse mettere in moto il meccanismo della Corte costituzionale, ... tutta quest’attività legislativa riformatrice sarebbe paralizzata, in quanto un organo porrebbe sotto tutela tutti gli altri, pur senza trarre il suo potere dalla volontà della maggioranza” (Atti Ass. Cost., II sottocommissione, II sez., 13 gennaio 1947). I timori espressi nei confronti della Corte proprio in materia di rapporti economici, e segnatamente concernenti il diritto di proprietà, con il passare del tempo sono stati definiti da parte della dottrina “giustificati” (TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, pag. 318 ss.).

<sup>214</sup> ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1977, pagg. 324 e 325. L’Autore si riferisce, in particolare, alla sfortunata esperienza di giustizia costituzionale della Repubblica di Weimar ed al contrasto tra Corte Suprema statunitense e il Presidente Roosevelt nel periodo del *New Deal*.

<sup>215</sup> Queste le considerazioni di Nenni: “Sulla costituzionalità delle leggi non può deliberare che l’Assemblea nazionale, il Parlamento, non potendo accettarsi altro controllo che quello del popolo. La progettata Corte potrà essere formata degli uomini i più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale, ma per non essere essi gli eletti del popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento” (Atti ass. cost., 10 marzo 1947).

<sup>216</sup> RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pag. 43.

<sup>217</sup> Così Paolo Rossi (Atti ass. cost., 28 novembre 1947).

<sup>218</sup> Cfr. Codacci Pisanelli (Atti ass. cost., 28 novembre 1947).

<sup>219</sup> Si veda Ambrosini (Atti Ass. cost., 28-29 novembre 1947).

<sup>220</sup> In questo senso si rovesciano le posizioni sostenute nella Seconda Sottocommissione da diverse forze politiche, fra cui anche la stessa Democrazia cristiana, la quale, come ricordato, auspicava l’introduzione di un’azione popolare.

## 2.4. La VII disposizione transitoria e finale

In ultimo va ricordata l'approvazione, senza particolari discussioni, della VII disp. trans. e fin. della Costituzione, la quale prevedeva che sino a quando non fosse entrata in funzione la Corte costituzionale, le decisioni di legittimità costituzionale avrebbero avuto luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione (sancendo dunque un controllo diffuso di costituzionalità). A causa dei ritardi nell'emanazione delle norme costituzionali e ordinarie, la Corte iniziò la propria attività solamente nel 1956, e dunque per ben otto anni i giudici ordinari ebbero la possibilità di esercitare il sindacato di costituzionalità delle leggi. Di fatto, tuttavia, tale sindacato venne esercitato in un numero estremamente ristretto di casi.

## 3. Il periodo 1948-1956: la transizione “sostanziale” bloccata

Nel Capitolo precedente è stato sottolineato il fatto che spesso l'entrata in vigore di una nuova Costituzione democratica, pur rappresentando indubbiamente l'elemento più significativo di cambiamento e di discontinuità tra il vecchio e il nuovo ordinamento, non è in grado di determinare, di per sé, il passaggio effettivo da un ordinamento di tipo autoritario ad uno democratico. L'Italia sembra costituire uno degli esempi maggiormente evidenti di tale constatazione. Il periodo, infatti, che va dal 1948 al 1956 si caratterizzò per un “congelamento”<sup>221</sup> della Costituzione, nel senso che molto spesso diverse ed importanti disposizioni costituzionali non trovavano applicazione e al loro posto venivano applicate leggi emanate nel precedente regime autoritario in evidente contrasto con quanto sancito dalla Carta del '48. Tale situazione determinò, dunque, una fase di stallo del processo di transizione “sostanziale” che riuscì ad essere effettivamente superata solamente in seguito all'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956. Nei paragrafi che seguono verrà dato conto, innanzitutto, del contesto politico-istituzionale in cui si trovava l'Italia nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione. Si tenterà, poi, di mostrare in che senso e in che misura il processo di transizione nel periodo 1948-1956 può essere definito “bloccato”, e nell'indicare le cause che determinarono tale situazione, verrà rivolta particolare attenzione all'analisi del sindacato diffuso di costituzionalità. Infine, verrà analizzato il lungo e complesso *iter* che portò all'entrata in funzione della Corte costituzionale.

### 3.1. Il contesto politico-istituzionale all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, l'Italia, e più in generale l'Europa, si trovavano all'inizio del lungo periodo di forte contrapposizione tra il c.d. “blocco occidentale” legato agli Stati Uniti e il c.d. “blocco sovietico” legato all'Unione Sovietica. La scelta di campo dell'Italia a favore del modello occidentale non fu mai seriamente messa in discussione<sup>222</sup>. Che gli italiani si sentissero più vicini al blocco occidentale, lo si era già compreso in occasione delle

---

<sup>221</sup> PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, pag. 73, utilizza tale espressione riferendosi in particolare al periodo 1948-1953; si ritiene, tuttavia, che tale “congelamento” sia giunto sino al 1956.

<sup>222</sup> Due elementi, in particolare, giocavano a vantaggio di tale opzione, vale a dire la notevole “dipendenza politica ed economica dai vincitori”, nonché “l'atteggiamento del comunismo italiano... assai poco disposto alla difesa” della Venezia Giulia dinanzi all'occupazione delle forze jugoslave, “tendenti con estrema brutalità a cancellare ogni presenza della nostra popolazione dalla regione” (GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, cit., pag. 440).

elezioni amministrative e di quelle per l'Assemblea costituente del 1946, quando gli elettori diedero in maggioranza il loro voto ai partiti moderati (DC *in primis*), ideologicamente assai distanti dalle forze di sinistra. Tale tendenza raggiunse il proprio apice proprio nelle elezioni politiche del 18 aprile 1948, quando la DC ottenne da sola il 48,5% ed ebbe la maggioranza assoluta dei seggi alla Camera; il partito comunista e quello socialista, al contrario, che avevano formato un'alleanza denominata "Fronte popolare", subirono una sonora sconfitta, ottenendo il 31% dei voti<sup>223</sup>. Tali elezioni costituirono per certi versi un vero e proprio spartiacque, poiché sancirono definitivamente la fine della collaborazione – che aveva caratterizzato in particolare il biennio costituente – tra le forze centriste capeggiate dalla Democrazia cristiana e i partiti di sinistra<sup>224</sup>.

Le profonde differenze ideologiche tra le forze politiche portarono alla nascita di una convenzione tacita, definita *conventio ad excludendum*, la quale escludeva in modo permanente il partito comunista e, fino al 1963, anche quello socialista (considerato non sufficientemente integrato nel sistema di valori di una democrazia pluralista) dall'area di Governo. A queste due forze politiche si aggiungevano, poi, i monarchici e la destra neofascista (il Movimento sociale italiano), caratterizzati da posizioni estreme tali da non renderli idonei a fare parte dell'esecutivo del Paese. La *conventio ad excludendum*, che determinò dunque l'affermarsi a livello nazionale del centrismo, fu indubbiamente uno dei tratti che maggiormente caratterizzò la giovane democrazia italiana.

Spostando l'attenzione sul fronte della politica estera, vanno ricordati tre atti di notevole importanza costituzionale: la legge 168/1949, di ratifica ed esecuzione dello Statuto del Consiglio d'Europa (al quale l'Italia aveva aderito il 5 maggio dello stesso anno)<sup>225</sup>, la legge 465/1949, con cui l'Italia aderì al Trattato del Nord Atlantico (NATO), nonché la legge 766/1952, con la quale venne ratificato il Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA). Tali atti, che costituirono "le prime limitazioni della sovranità italiana"<sup>226</sup>, andavano evidentemente nella direzione di consolidare sempre più la scelta per il modello occidentale<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> La schiacciante maggioranza democristiana alla Camera non venne particolarmente indebolita nemmeno dalla nomina di 107 senatori di diritto effettuata dal Presidente della Repubblica il 22 aprile 1948: la III disp. trans. e fin. stabiliva, infatti, che per la prima composizione della Camera alta fossero nominati senatori dal Capo dello Stato persone già titolari di specifiche cariche pubbliche, ovvero oggetto di persecuzione da parte del regime fascista. Come detto, tale designazione non modificò i rapporti tra maggioranza di Governo ed opposizione, dal momento che le condizioni richieste per accedere alla carica fecero sì che vennero nominate persone dalla provenienza e dalla militanza più disparata.

<sup>224</sup> PASQUINO G., *The Demise of the First Fascist Regime and Italy's Transition to Democracy: 1943-1948*, cit., pag. 45. Va detto che in realtà una profonda frattura si era già aperta nel maggio 1947 in occasione della crisi del terzo Governo De Gasperi, quando quest'ultimo decise di dare vita ad un esecutivo senza la partecipazione delle sinistre: queste ultime "definirono un "colpo di stato" l'operazione politica di De Gasperi, sulla base dell'assunto che la Costituzione provvisoria impegnava ad una coesistenza del potere fino alla pronuncia dell'elettorato dopo lo scioglimento della Costituente" (POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, cit., pag. 145).

<sup>225</sup> La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, venne ratificata dall'Italia il 26 ottobre 1955. Il ricorso individuale diretto alla Commissione europea dei diritti dell'uomo e la giurisdizione obbligatoria della Corte di Strasburgo vennero accettati dall'Italia solo nel luglio 1973 (cfr. POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010, pagg. 35 e 67).

<sup>226</sup> PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 107.

<sup>227</sup> Particolarmente accesi furono i dibattiti in Parlamento con i quali si procedette all'approvazione di tali leggi. Erano soprattutto le sinistre a dissentire dalla partecipazione a tali organizzazioni sovranazionali: esse, infatti, temevano che "lo stesso processo di integrazione europea venisse guidato dagli Stati Uniti (o si svolgesse comunque in un senso filo-americano)" e che "la prevista Comunità politica europea ... [fosse] anch'essa ideata in funzione antisovietica" (PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 109).

### 3.2. Il fallimento della “legge truffa” e la fine del centrismo

L'ampissimo consenso di cui godeva la DC andò progressivamente scemando nel corso della prima legislatura<sup>228</sup>. Proprio in ragione di tale situazione il Governo, nonostante le durissime critiche provenienti non solo dalle sinistre ma anche, in parte, dal proprio interno, decise di approvare la legge 148/1953 (ben presto denominata dai suoi oppositori “legge truffa”): essa, abbandonando il vecchio sistema proporzionale puro, prevedeva un nuovo sistema che attribuiva un consistente premio di maggioranza, il 65% dei seggi, al gruppo di liste che avesse raggiunto almeno la metà più uno dei voti. Le opposizioni contestavano il fatto che la formula proporzionale pura fosse alla base della Costituzione, e che comunque il premio di maggioranza fosse eccessivo. Le preoccupazioni erano fondamentalmente due. Da un lato si temeva che la Democrazia cristiana, ottenendo nuovamente la maggioranza assoluta dei seggi, potesse essere libera di scegliersi gli alleati a lei più congeniali, escludendo una volta ancora le sinistre dall'area di Governo; d'altro lato, si poteva pensare che con una maggioranza così ampia la DC avrebbe potuto ottenere abbastanza facilmente i due terzi dei componenti di ciascuna Camera necessari per procedere alla modifica della Costituzione senza la necessità di procedere al referendum<sup>229</sup>. Tali problemi vennero, tuttavia, cancellati proprio dalle elezioni del 7 giugno 1953, nelle quali, seppure per soli 55.000 voti circa, non scattò il premio di maggioranza<sup>230</sup>. Peraltro, già l'anno seguente il Governo decise di procedere all'abrogazione della “legge truffa”, sostituendola con una legge proporzionale. Quest'ultima rimase in vigore per lunghissimo tempo, caratterizzando dunque fortemente il sistema politico italiano.

L'esito delle elezioni provocò innanzitutto un notevole indebolimento della (sino ad allora sostanzialmente indiscussa) *leadership* di De Gasperi e, più in generale, del centrismo. Già nell'agosto del 1953 De Gasperi rassegnò le dimissioni, e gli subentrò come Capo del Governo il democristiano Giuseppe Pella, il quale ebbe il merito di avere dato inizio al processo volto a risolvere la questione di Trieste. Nel febbraio 1954 divenne Presidente del Consiglio Mario Scelba, notoriamente anticomunista e fortemente osteggiato dalle sinistre per via del “pugno di ferro” con cui cercava di garantire l'ordine pubblico. Tra gli atti più controversi di tale Governo vi fu l'emanazione, il 4 dicembre 1954, di una direttiva “con cui si prescriveva alle pubbliche amministrazioni di esercitare i loro poteri discrezionali (per esempio in tema di concessioni o licenze), discriminando gli oppositori politici”<sup>231</sup>. La nomina, sempre nel 1954, “di una personalità attiva ed amante del nuovo come Amintore Fanfani a segretario della Democrazia cristiana al posto di Alcide De Gasperi e, più ancora, l'elezione di Giovanni Gronchi, espressione di una certa sinistra cattolica, a Presidente della Repubblica alla scadenza del settennato di Einaudi il 29 aprile 1955, diedero il segno del mutamento del quadro politico e di fatto sanzionarono, con la caduta del

---

<sup>228</sup> Tale calo di consensi fu confermato dalle consultazioni amministrative provinciali e comunali del 1951 e del 1952.

<sup>229</sup> PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pagg. 113-114, osserva come la prima preoccupazione fosse molto più fondata della seconda: “la Democrazia cristiana e l'intera maggioranza centrista non avevano bisogno, in quel momento storico, di revisionare a fondo la Costituzione... La riforma elettorale puntava piuttosto a rafforzare la *conventio ad excludendum* relativa al Governo”.

<sup>230</sup> Sul mancato ottenimento del premio di maggioranza si ricordino le parole di BALLADORE PALLIERI G., *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Il foro padano*, 1954, pag. 22: “Va fatta lode all'elettorato italiano ed è indice della maturità politica di questo e induce a bene sperare nel futuro democratico del nostro Paese, il fatto che contro di essa [la “legge truffa”] gli elettori italiani si siano pronunciati”. Sulla “legge truffa” cfr. altresì PASQUINO G., *Sistemi politici comparati*, Bononia University Press, Bologna, 2007, pag. 43.

<sup>231</sup> PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 138. Particolarmente critici in merito a tale circolare sono CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955, pag. 295 (il quale ritiene si tratti di un “programma di politica discriminatoria...”) e BASSO L., *Il principe senza scettro*, Feltrinelli, Milano, 1958, pag. 235 (il quale parla di “restaurazione di una mentalità fascista”).

Ministero Scelba il 22 giugno 1955, la fine del centrismo”<sup>232</sup>.

### 3.3. Il “congelamento” della Costituzione e la continuità dello Stato

Una volta ricordato, seppure a grandi linee, il contesto politico-istituzionale che caratterizzava l’Italia nel periodo 1948-1956, pare opportuno rivolgere l’attenzione al problema relativo all’attuazione (*rectius*: alla mancata attuazione) della Costituzione nel medesimo lasso di tempo. Il giudizio espresso dalla dottrina su tale questione è netto. Nel 1953 Ballardore Pallieri affermava che “a chi chiedesse quale applicazione abbia avuto la Costituzione durante la prima legislatura del Parlamento repubblicano italiano... si è tentati di riassumere in una sola parola la sconcertante risposta: nessuna”<sup>233</sup>. Nel 1955 Calamandrei, a sua volta, scriveva che il suo saggio, dal titolo “La Costituzione e le leggi per attuarla”, si sarebbe, invece, dovuto intitolare “La Costituzione inattuata”, ovvero “Come si fa a disfare una Costituzione”. A suo avviso, infatti, “la Costituzione apparentemente entrata in vigore il 1° gennaio 1948, in realtà non è mai stata osservata così com’è scritta: è accaduto invece che in questi anni si è venuta lentamente creando attraverso un lavoro di restaurazione dei vecchi ordinamenti, *un regime del tutto diverso da quello scritto nella Costituzione*, dalla quale il governo di fatto si è andato ogni giorno di più allontanando”<sup>234</sup>.

Le affermazioni sopra riportate risultano essere in gran parte condivisibili. Nel periodo 1948-1956, infatti, non venne data applicazione a numerose ed importanti disposizioni della Costituzione. All’inadempimento, infatti, nel campo dei diritti fondamentali, si accompagnò la mancata istituzione di organi quali la Corte costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura, il Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro, la mancata creazione delle regioni ordinarie e ancora la mancata emanazione della legge attuativa del referendum. Rimasero, poi, in funzione organi del precedente regime autoritario o creati nel periodo transitorio che avrebbero dovuto venire soppressi ovvero coordinati con le disposizioni costituzionali<sup>235</sup>. Non va dimenticato, inoltre, come, a causa della mancata entrata in funzione della Corte costituzionale, fosse sopravvissuta l’Alta Corte per la regione siciliana. A ciò si aggiunge il fatto che, in ossequio al principio della continuità normativa, vennero lasciate in vigore le leggi del precedente regime fascista in palese contrasto con le disposizioni della Costituzione: fra tali provvedimenti normativi vanno ricordati in particolare il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS), il Codice penale (il c.d. “Codice Rocco”) e il Codice di procedura penale, vale a dire i “tre testi fondamentali della tirannia fascista”<sup>236</sup>.

Sono certamente molteplici le ragioni che spiegano il perché di tale “congelamento” costituzionale. Prima fra tutte va ricordato il c.d. “ostruzionismo della maggioranza”<sup>237</sup>, attraverso cui il Governo riusciva ad evitare che le leggi di attuazione della Costituzione venissero approvate. I motivi di tale atteggiamento da parte della maggioranza governativa non si spiegano solo in ragione del fatto che il dare esecuzione alle norme costituzionali avrebbe necessariamente comportato una compressione della libertà di manovra di cui godeva in quel momento la maggioranza; è necessario altresì considerare “che nel pesante clima di delegittimazione reciproca in cui versavano Governo ed opposizione” il Governo non era intenzionato a regalare “all’opposizione il successo dell’accoglimento di una delle sue tesi di fondo: l’adempimento del dettato costituzionale”; inoltre, “l’attuazione del programma di riforme strutturali... avrebbe richiesto un saldo governo di

---

<sup>232</sup> GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d’Italia 1848-1994*, cit., pag. 461.

<sup>233</sup> BALLADORE PALLIERI G., *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, cit., pag. 47.

<sup>234</sup> CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pagg. 211 e 277.

<sup>235</sup> E’ questo il caso degli organi speciali di giurisdizione (VI disp. trans. e fin.) e del Tribunale militare supremo (VI disp. trans. e fin.).

<sup>236</sup> CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pag. 253.

<sup>237</sup> La nota espressione è di CALAMANDREI P., *L’ostruzionismo della maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953, pag. 129.

maggioranza che potesse ottenere questi risultati in tempi ridotti e che potesse sbaragliare la scontata resistenza interna agli apparati. In un Governo di coalizione ciò appariva impossibile”<sup>238</sup>.

Un'altra ragione che ha contribuito in modo determinante all'inattuazione delle disposizioni costituzionali è data dalla impressionante continuità tra Fascismo e post-Fascismo (oltre che di norme) di persone e di apparati<sup>239</sup>: in un numero estremamente elevato di casi, infatti, prefetti, questori, alti gradi dell'esercito e magistrati continuarono a mantenere il proprio ruolo indisturbati, dal momento che il processo di epurazione produsse risultati particolarmente limitati<sup>240</sup>. Il tentativo, infatti, di riforma dell'amministrazione italiana ebbe risultati a dir poco fallimentari: “la parte amministrativa della sanzioni contro il Fascismo... avrebbe dovuto essere con particolare evidenza finalizzata alla costruzione di uno Stato nuovo o almeno profondamente rinnovato. Ma proprio su questo terreno la “continuità dello Stato” celebrò uno dei suoi maggiori successi”<sup>241</sup>. Anche sul fronte giudiziario i risultati non furono certo soddisfacenti: “la magistratura chiamata ad applicare nella nuova forma di Stato repubblicana le nuove regole della Costituzione democratica, finì col rappresentare un corpo unico, trapassato quasi in blocco dal fascismo alla democrazia, nella sua gran parte dichiaratamente estraneo al processo democratico di rinnovamento istituzionale”<sup>242</sup>.

In effetti il bilancio relativo all'opera di “defascistizzazione” degli apparati statali, nonostante la corposa e severa (quantomeno all'inizio) normativa emanata nel periodo 1944-1946 andasse proprio nella direzione di un regolamento dei conti con il precedente regime autoritario<sup>243</sup>, fu decisamente negativo. In primo grado la repressione dei delitti fascisti era affidata alle Corti straordinarie d'assise (poste sotto il controllo della magistratura ordinaria), le quali, in linea generale, applicarono le leggi senza fare particolari sconti. Nei giudizi di appello e in Cassazione, tuttavia, le pene irrogate “si persero nella babele di ricorsi e controricorsi”<sup>244</sup>, finché annullamenti, rinvii ed altri espedienti finirono con il vanificare le decisioni dei giudici di prima istanza.

A ciò si aggiunge la c.d. “amnistia Togliatti”, adottata dal Guardasigilli comunista il 22 giugno 1946: tale provvedimento aveva lo scopo di concedere l'amnistia a coloro che avevano commesso delitti politici prima della Liberazione, escludendo, però, reati “compiuti da persone rivestite di elevate funzioni di direzione civile e politica o di comando militare”, “fatti di strage, sevizie particolarmente efferate, omicidio o saccheggio” e delitti “compiuti a scopo di lucro”. Di fatto, tuttavia, l'amnistia venne estesa a vere e proprie fattispecie criminali, tanto che è stata definita “una sorta di amnistia al Fascismo”<sup>245</sup>.

Nei paragrafi che seguono si tenterà di mostrare che l'inattuazione della Costituzione e la

---

<sup>238</sup> POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, cit., pagg. 148 e 149.

<sup>239</sup> Su tale tema si veda PAVONE C., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, cit.; FIORILLO M., *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Giuffrè, Milano, 2000; cenni anche in CRAINZ G., *Autobiografia di una Repubblica. Le radici dell'Italia attuale*, Donzelli, Roma, 2009, pag. 53 ss.

<sup>240</sup> Si veda PINELLI C., *Cinquant'anni dopo: Gronchi, Tambroni e la forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2010, pag. 758; PIZZORUSSO A., *Le stagioni della Costituzione*, cit. pag. XXXVII; *contra cfr.* WOLLER H., *I conti con il Fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, il Mulino, Bologna, 1997, il quale sostiene come l'epurazione, anche se molto limitata nel tempo, fu piuttosto vasta.

<sup>241</sup> PAVONE C., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, cit., pag. 140.

<sup>242</sup> FIORILLO M., *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., pagg. 217 e 226.

<sup>243</sup> Fra i provvedimenti di defascistizzazione più importanti si possono ricordare il decreti luogotenenziali 134/1944, 159/1944 e 142/1955.

<sup>244</sup> FIORILLO M., *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., pag. 236.

<sup>245</sup> FIORILLO M., *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, cit., pag. 237. Sulla “giustizia di transizione” (vedi Cap. 4 par. 4.1.1.) in Italia, cfr. altresì KRITZ N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., vol. 2, 1995, pag. 153 ss.; DE SIERVO U., *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giur. cost.*, 1975, pag. 3267 ss.

perdurante applicazione della legislazione fascista furono imputabili, oltre che ai motivi appena richiamati, ad uno scarso e poco efficace esercizio del sindacato di costituzionalità da parte della magistratura ordinaria.

### 3.3.1. La sentenza 7 febbraio 1948 della Corte di Cassazione

Per riuscire a comprendere la giurisprudenza della magistratura ordinaria in materia costituzionale nel periodo che va dal 1948 al 1956 è necessario prendere le mosse dalla sentenza del 7 febbraio 1948<sup>246</sup> della Corte di Cassazione (emanata, dunque, a poco più di un mese dall'entrata in vigore della Costituzione), seguita a breve dalla sentenza 303/1948 del Consiglio di Stato<sup>247</sup>. Tale pronuncia, infatti, influenzerà in modo determinante l'operato dei giudici nel lasso di tempo appena ricordato. L'oggetto della controversia riguardava la retroattività delle leggi penali anteriori alla Costituzione. I ricorrenti si erano, infatti, rivolti alla Cassazione per chiedere che, in applicazione dell'art. 25 Cost., venisse dichiarata l'abrogazione del d.l. 159/1944 (che stabiliva sanzioni retroattive per i delitti fascisti). Per risolvere il caso la Cassazione stabilì per la prima volta la distinzione tra norme costituzionali programmatiche o direttive e norme costituzionali precettive<sup>248</sup>, queste ultime a loro volta suddivise in norme di immediata applicazione e norme di non immediata applicazione<sup>249</sup>. Secondo la Suprema Corte l'art. 25 c. 2 Cost. (secondo cui "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso") era da considerarsi una norma programmatica, "per non aver nulla stabilito in tema di successione di leggi più favorevoli, limitandosi a riaffermare il 1° comma soltanto dell'art. 2 cod. pen... [Tale norma] impegna soltanto il futuro legislatore ordinario, e non abroga le leggi penali preesistenti, che contengono sanzioni penali per fatti commessi anteriormente alla loro entrata in vigore"<sup>250</sup>. Bartole, riprendendo alcune osservazioni di Crosa e di Pierandrei, mette in luce che tale tesi "prende a

---

<sup>246</sup> Cassazione Sez. Un. Pen., 7 febbraio 1948, in *Foro it.*, II, 1948, pag. 58 ss., con nota di AZZARITI G., *La retroattività di leggi penali anteriori alla nuova Costituzione*.

<sup>247</sup> La sentenza è pubblicata in *Giur. it.*, III, 1948, pag. 81 ss., con nota di ESPOSITO C., *Leggi vecchie e Costituzione nuova*.

<sup>248</sup> Va osservato come il riferimento alle "norme programmatiche" non poteva considerarsi certo una novità dal momento che già diversi membri della Costituente avevano indicato il carattere programmatico di determinate parti della Costituzione (cfr. PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 75).

<sup>249</sup> Le norme programmatiche o direttive sono quelle che "non contengono né per i singoli un precetto cogente né per il legislatore un invito a legiferare, ma solo principi direttivi sui quali dovrà orientarsi, se e quando il legislatore lo riterrà conveniente, la legislazione ordinaria"; le norme precettive di applicazione immediata, invece, "entrano immediatamente in vigore anche nei confronti dei singoli, impedendo la emanazione di leggi ordinarie discordanti e modificando o abrogando quelle anteriori che siano in contrasto"; le norme precettive di applicazione differita, infine, "impediscono la emanazione di leggi ordinarie in contrasto, ma che non possono entrare in vigore immediatamente nei confronti dei singoli, perché la loro entrata in vigore è condizionata alla emanazione di leggi di attuazione, che il precetto costituzionale espressamente prescrive al legislatore ordinario" (CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pag. 228). La letteratura relativa alla distinzione e agli effetti delle norme programmatiche e di quelle precettive è sterminata. Fra gli scritti più importanti si ricorda: CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952; AZZARITI G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951; ESPOSITO C., *Leggi vecchie e Costituzione nuova*, cit., pag. 81 ss.; BARILE P., PREDIERI A., *Efficacia abrogativa delle norme della Costituzione italiana*, in CALAMANDREI P., LEVI A., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, pag. 69 ss.; VIRGA P., *L'entrata in vigore della nuova Costituzione*, in *Nuova Rassegna*, 1949, pag. 67 ss.

<sup>250</sup> I primi 3 commi dell'art. 2 c.p. recitano: "1) Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. 2) Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. 3) Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile".

modello l'art. 2 del c.p., per contrapporre la completezza di questo rispetto all'incompletezza del precetto costituzionale, senza tenere conto che si tratta di normative finalizzate ad obiettivi diversi, e che comunque la norma sull'applicazione della legge più favorevole non costituisce affatto lo sviluppo logico e necessario della norma costituzionale... Non spetta all'interprete stabilire fino a che punto il legislatore debba legiferare"<sup>251</sup>.

Con tale decisione, la Cassazione, da un lato, fece salve le (poco efficaci) norme in materia di repressione dei delitti fascisti<sup>252</sup>, e, dall'altro, adottò un orientamento destinato a durare sino all'entrata in funzione della Corte costituzionale. Dalla distinzione tra norme programmatiche e norme precettive, infatti, discese poi il principio secondo cui soltanto le norme precettive e di immediata applicazione (altresì dette "complete") fossero in grado di determinare l'abrogazione delle norme precostituzionali in contrasto con la nuova Carta fondamentale. Le disposizioni, dunque, del Codice penale, di quello di procedura penale o del TULPS incompatibili con la Costituzione spesso non venivano colpite poiché la Costituzione non contrapponeva altri precetti di immediata applicazione idonei alla loro sostituzione. "Occorre[va] attendere, per la loro abrogazione, che il legislatore ordinario provved[esse] ad emanare nuovi precetti particolari, ispirati ai nuovi principi costituzionali, che sostitu[essero] quelli divenuti incompatibili"<sup>253</sup>.

Va altresì sottolineato che l'affermazione della Cassazione (contenuta sempre nella sentenza del 7 febbraio 1948) secondo cui "in linea generale, può dirsi che le norme, le quali riconoscono e garantiscono diritti di libertà civile... sono, di massima, oltre che precettive, anche di immediata applicazione", verrà ben presto (come si vedrà nel prossimo paragrafo) smentita non solo dalla giurisprudenza degli altri organi giurisdizionali, ma anche dalle proprie decisioni: quella, infatti, che sembrava essere una "presunzione di precettività"<sup>254</sup>, si risolse, invece, in un numero elevato di casi, in una "presunzione di programmaticità". Certo è che, considerata l'epoca, la Cassazione emanò una sentenza che – paradossalmente – per certi versi poteva essere considerata addirittura abbastanza innovatrice, soprattutto se raffrontata con alcune posizioni dottrinarie: secondo alcuni Autori, infatti, la Costituzione era da considerarsi indirizzata esclusivamente al "legislatore futuro"<sup>255</sup>.

---

<sup>251</sup> BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, pag. 46.

<sup>252</sup> Secondo GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli, 2011, pag. 159, "la strategia della Cassazione (stemperare il contrasto ricorrendo al concetto di non autoapplicabilità) valeva a non mettere subito in discussione la "legittimazione" della neonata Costituzione, in termini di sua intrinseca coerenza. Sarebbe stato paradossale, infatti, che l'atto costituzionale con cui si instaurava un ordinamento antitetico a quello fascista potesse determinare l'annullamento delle norme da poco varate *proprio* per segnare la discontinuità con il passato regime".

<sup>253</sup> BATTAGLIA A., *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962, pagg. 127-128. Tale orientamento della Cassazione risulta essere del tutto opposto a quello adottato dalla magistratura in seguito all'entrata in vigore dello Statuto albertino nel 1848: "allora le Cassazioni regionali affermarono ripetutamente che "la sola apparizione dello Statuto portava abrogazione immediata, *ipso iure*, di tutto ciò che allo Statuto fosse contrario" (ID., *I giudici e la politica*, cit., pag. 128). Ciò avvenne anche perché lo Statuto albertino, all'art. 81, prevedeva una clausola di abrogazione espressa. Va detto che sull'efficacia delle clausole di abrogazione espressa si registrano pareri contrastanti. BATTAGLIA A., *I giudici e la politica*, cit., pag. 124, ad esempio, ritiene che "l'effetto fulminante delle abrogazioni disposte esplicitamente dal legislatore è cosa ben diversa dal lento riconoscimento delle abrogazioni tacite dichiarate dal giudice". PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 79, al contrario, è piuttosto scettico: "clausole così genericamente formulate lasciano pur sempre ai giudici il compito di determinare la portata dell'effetto abrogativo".

<sup>254</sup> Secondo l'espressione di PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 76.

<sup>255</sup> Si veda VIRGA P., *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1948, pag. 278 ss.; AZZARITI G., *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, IV, 1956.

### 3.3.2. Il sindacato diffuso di costituzionalità nel periodo 1948-1956 come “canale di continuità” dello Stato

Come già accennato, fra gli elementi che spiegano maggiormente la continuità tra Fascismo e post-Fascismo deve essere ricordato il fatto che diverse leggi appartenenti al periodo autoritario e in aperto contrasto con le disposizioni costituzionali erano rimaste in vigore. E' questo il caso, innanzitutto, del TULPS (approvato con r.d. 773/1931), il quale attribuiva, in certi casi, poteri discrezionali alle autorità di polizia e ai prefetti. Erano poi rimasti in vigore i c.d. “codici fascisti”, fra cui vanno ricordati in primo luogo il Codice penale e il Codice di procedura penale, entrambi del 1931, rimasti “praticamente invariati” e nei quali “sopravvive[va] in maniera tanto più pericolosa quanto più subdola, il freddo spirito inquisitorio e poliziesco del Fascismo”<sup>256</sup>. Tale spirito fascista non è invece rinvenibile nel Codice civile e in quello di procedura civile, pur approvati entrambi durante il regime, nel 1941. TULPS, Codice Rocco e Codice di procedura penale rappresentano indubbiamente i casi più emblematici di legislazione pre-costituzionale, ma non vanno dimenticate anche le migliaia di leggi (alcune risalenti all'unificazione del Regno d'Italia) trapassate in blocco dal vecchio al nuovo ordinamento.

Alla luce di tale continuità normativa, la VII disp. trans. e fin. della Costituzione risultava di centrale importanza. La prima questione da risolvere riguardava i vizi che potevano essere oggetto di sindacato di costituzionalità da parte della magistratura. La dottrina si interrogò, infatti, se il controllo di costituzionalità (che, giova ricordarlo, doveva avere luogo “nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione”) dovesse riguardare esclusivamente i vizi formali<sup>257</sup> ovvero anche quelli sostanziali. In alcuni casi si sostenne addirittura che, qualora il giudice avesse ritenuto la questione rilevante e non manifestamente infondata, questi fosse chiamato a sospendere il processo e ad attendere la decisione della futura Corte costituzionale<sup>258</sup>. Al di là di alcune sporadiche incertezze<sup>259</sup>, la giurisprudenza si mostrò, invece, piuttosto compatta nel sostenere il potere degli organi giurisdizionali di effettuare un sindacato materiale e non puramente formale<sup>260</sup>.

Il bilancio del controllo diffuso di costituzionalità dal 1948 al 1956 è di norma considerato dalla dottrina “complessivamente negativo”<sup>261</sup>, dal momento che più che favorire, ha ostacolato l'attuazione della Costituzione, consentendo la permanenza in vigore della sopra menzionata legislazione fascista. Tale giudizio risulta abbastanza condivisibile, anche se pare necessario effettuare alcune precisazioni. Da un'attenta analisi della giurisprudenza di tale periodo, emergono, infatti, due tendenze che vale la pena sottolineare: una relativa ai primi dodici articoli e alla prima parte della Costituzione, l'altra riguardante la seconda parte della Costituzione. Alla base di entrambe le tendenze vi è il fatto che il fulcro di gran parte delle decisioni dei giudici in materia di controllo di costituzionalità delle leggi verteva attorno alla distinzione tra programmaticità e

<sup>256</sup> CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pag. 252.

<sup>257</sup> Il sindacato di tipo formale era quello che era stato posto in essere durante la vigenza dello Statuto albertino.

<sup>258</sup> Su quest'ultima tesi e sul dibattito relativo a quali vizi potessero essere oggetto di controllo di costituzionalità si veda COSTANZO P., *VII disposizione transitoria e finale*, in TARCHI R., *Disposizioni transitorie e finali (I-XVIII)*, cit., pag. 150 ss.; CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, cit., pag. 103 ss.

<sup>259</sup> Nel 1950 la Cassazione e il Consiglio di Stato si chiedevano se gli organi giurisdizionali, in assenza della Corte costituzionale, fossero legittimati a giudicare sulla costituzionalità delle leggi (cfr. Cass. Sez. Un., 27 aprile 1950, in *Foro padano*, 1951, pag. 158 ss.; Cons. Stato, Sez. V., 17 novembre 1950, n. 1133, in *Cons. Stato*, 1950, pag. 740).

<sup>260</sup> *Ex multis*, cfr. Cass. Sez. Un. Civ., 15 gennaio 1953, n. 107, 108 e 109, in *Foro it.*, I, 1953, pag. 192.

<sup>261</sup> Così RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pag. 47; cfr. altresì ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, cit., pag. 333; BATTAGLIA A., *I giudici e la politica*, cit., pag. 136.

precettività delle norme costituzionali, secondo quanto indicato dalla Cassazione nella sentenza del 7 febbraio 1948<sup>262</sup>.

#### 1) Tendenza relativa ai Principi fondamentali e alla prima parte della Costituzione

La prima tendenza riguarda il fatto che sono soprattutto le supreme magistrature a sostenere la programmaticità o la non immediata applicabilità delle disposizioni relative ai Principi fondamentali e alla prima parte della Costituzione, impedendo così l'abrogazione delle "vecchie" leggi<sup>263</sup>. Al contrario, i giudici comuni di grado inferiore sembrano essere dotati di una maggiore "sensibilità costituzionale", dal momento che risultano essere più propensi ad optare per la precettività delle norme costituzionali. I rari casi in cui le posizioni si ribaltano sembrano essere proprio l'eccezione che conferma la regola. Se si tiene presente tale comportamento, non deve stupire più di tanto, allora, il fatto che i giudici comuni di grado inferiore, a differenza delle supreme magistrature, risulteranno essere i migliori "alleati" della Corte costituzionale nella battaglia per l'attuazione della Costituzione<sup>264</sup>. Certo è che sostenere la programmaticità di tale norme costituzionali risultava ostacolare non poco il processo di democratizzazione del Paese, soprattutto in considerazione del fatto che "la grande differenza tra il regime democratico e il regime fascista doveva essere... la immediata entrata in funzione delle garanzie *delle libertà*"<sup>265</sup>.

a) *Norme costituzionali generalmente considerate programmatiche* – La Cassazione<sup>266</sup> ritenne che a fondamento della capacità della donna di assumere l'ufficio di giudice popolare nelle Corti d'Assise e nelle Corti d'Appello, non potessero essere invocati gli artt. 3 e 51 Cost. Secondo la Suprema Corte, infatti, l'art. 51, contenete una norma di carattere programmatico, demandava al legislatore ordinario la determinazione dei requisiti necessari per l'assunzione dei vari uffici pubblici; inoltre, sulla base della VII disp. trans. e fin. Cost., doveva ritenersi ancora in vigore il r.d. 12/1941, sull'ordinamento giudiziario, che stabiliva *expressis verbis* che solamente i cittadini di sesso maschile potessero essere ammessi all'esercizio di funzioni giudiziarie.

Sempre per quel che concerne i principi fondamentali, vennero considerate norme programmatiche anche gli artt. 4<sup>267</sup>, 5<sup>268</sup> e 10 (limitatamente alla parte che assicura il diritto di asilo agli stranieri a cui sia impedito, nel loro Paese, l'effettivo esercizio delle libertà democratiche)<sup>269</sup>.

Nell'ambito della prima parte della Costituzione, risultano di particolare interesse le diverse interpretazioni dell'art. 13 offerte, da un lato, dalla Corte di Cassazione e, dall'altro, dai giudici comuni. Secondo la Suprema Corte, infatti, tale articolo, pur avendo carattere precettivo, non era anche di immediata applicazione, e dunque non potevano considerarsi abrogati gli istituti

---

<sup>262</sup> Per un panorama della giurisprudenza comune in attuazione della VII disp. trans. e fin. Cost. si veda soprattutto la *Rassegna di Giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali*, in *Giur. cost.*, 1956, I, pag. 272 ss. Stralci di alcune sentenze di tale periodo si trovano poi in CANOSA R., FEDERICO P., *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, il Mulino, Bologna, 1948, pag. 192 ss.

<sup>263</sup> Secondo CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., pagg. 100-101, "si assiste..., specie da parte delle magistrature superiori, a una vera e propria battuta di caccia alla ricerca di norme "programmatiche" nel testo della Costituzione, allo scopo pratico di escludere l'abrogazione tacita di norme anteriori e quindi, in buona sostanza, di esimersi dal dare concreta e immediata applicazione alle norme della Costituzione".

<sup>264</sup> Si rinvia al par. 4.2.

<sup>265</sup> CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pag. 306.

<sup>266</sup> Cass. Civ. Sez. I, 22 dicembre 1952, in *Tem*, 1953, pag. 1 ss.; e anche Cass. Civ. Sez. I, 17 gennaio 1953, n. 127, in *Foro it.*, 1953, I, pag. 161 ss.

<sup>267</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 27 gennaio 1954, n. 194, in *Foro it.*, 1954, I, pag. 1283.

<sup>268</sup> Cons. Stato Sez. VI, 27 settembre 1952, n. 720, in *Cons. Stato*, 1952, pag. 1362 ss.

<sup>269</sup> Cons. Stato Sez. IV, 27 febbraio 1952, n. 298, in *Cons. Stato*, 1952, pag. 156 ss.

dell'ammonizione e del confino previsti dal TULPS<sup>270</sup>. Di avviso opposto, invece, erano diversi giudici comuni, secondo cui l'art. 13 era a tutti gli effetti norma precettiva di immediata applicazione<sup>271</sup>. Analoghe divergenze interpretative si registrano anche relativamente all'art. 16: secondo la Cassazione, infatti, tale norma aveva carattere programmatico<sup>272</sup>, mentre i giudici comuni sostenevano che si trattasse di un precetto immediatamente operante<sup>273</sup>.

Anche in relazione all'art. 21 si osservano orientamenti giurisprudenziali contrastanti: in linea generale la Cassazione, a differenza dei giudici comuni<sup>274</sup>, dichiarava la programmaticità della norma, come conseguenza della sua "formulazione generica ed astratta"<sup>275</sup>. Non mancano, tuttavia, alcune pronunce (molto poche, in verità) in cui la Suprema Corte sancisce la precettività dell'art. 21 (ritenendo così abrogato l'art. 113 TULPS che subordina all'autorizzazione della autorità di pubblica sicurezza l'affissione di stampati<sup>276</sup>), così come si registrano pronunce di giudici comuni che sostengono il suo carattere programmatico<sup>277</sup>.

Di natura programmatica, poi, sono considerati gli artt. 24<sup>278</sup> e, come visto nel paragrafo precedente, 25 c. 2. E' interessante poi notare come la Cassazione, seguita dalla quasi totalità dei giudici ordinari<sup>279</sup>, ritenesse che l'art. 57, n. 1, c.p., relativo alla responsabilità oggettiva dei direttori di giornali, non fosse incompatibile con il principio della responsabilità personale sancito dall'art. 27 c. 1; quest'ultimo era da considerarsi, infatti, o una norma precettiva di non immediata applicazione<sup>280</sup>, ovvero una norma programmatica *tout cour*<sup>281</sup>.

Nell'ambito dei rapporti economici, veniva sostenuta la programmaticità degli artt. 31 (da cui derivava la legittimità del licenziamento delle infermiere che, violando il divieto regolamentare, avevano contratto matrimonio<sup>282</sup>), 32<sup>283</sup>, 37<sup>284</sup>, 39<sup>285</sup> e 43<sup>286</sup>. Sull'art. 36, relativamente al principio

---

<sup>270</sup> *Ex multis*, Cass. Pen. Sez. Un. 20 gennaio 1951, in *Foro it.*, II, pag. 65 ss.; e anche Cass. Pen. Sez. Un., 28 aprile 1951, *Riv. Poliz.*, 1951, pag. 525 ss.

<sup>271</sup> Cfr. Trib. Napoli, Sez. XVIII Pen., 22 febbraio 1950, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pag. 406 ss; Pret. Napoli, 1 aprile 1950, in *Giur. it.*, 1950, II, pag. 374; Pret. Teramo, 26 giugno 1950, in *Giur. it.*, 1951, pag. 25 ss.

<sup>272</sup> Cass. Pen. Sez. III, 4 giugno 1951, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXXII, 1951, II, pag. 406; e anche Cass. Pen. Sez. III, 24 marzo 1952, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXXIII, 1952, I, pag. 569.

<sup>273</sup> Pret. Catania, 9 gennaio 1950, in *Foro it.*, 1950, II, pag. 144.; Pret. Teramo, 20 giugno 1950, in *Giur. it.*, 1951, II, pag. 25.

<sup>274</sup> Pret. Castellamare del Golfo, 29 marzo 1949, in *Foro pad.*, 1950, IV, pag. 91; Pret. Roma, 28 giugno 1950, in *Arch. pen.*, 1951, II, pag. 63.

<sup>275</sup> *Ex multis*, Cass. Pen. Sez. III, 29 gennaio 1951, in *Giust. pen.*, 1951, II, pag. 633; Cass. Pen. Sez. III, 5 ottobre 1951, in *Arch. pen.*, 1951, II, pag. 641; Cass. Pen. Sez. III, 15 ottobre 1951, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXXII, 1951, III, pag. 626.

<sup>276</sup> Cass. Pen. Sez. III, 17 gennaio 1950, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXXI, 1950, I, pag. 128; Cass. Pen. Sez. III, 24 gennaio 1950, in *Foro it.*, 1950, II, pag. 73.

<sup>277</sup> Pret. Napoli, 11 novembre 1949, in *Foro pen.*, 1949, pag. 618; Pret. Piombino, 10 marzo 1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, pag. 957.

<sup>278</sup> Cass. Pen. Sez. I, 3 novembre 1954, in *Foro pen.*, 1955, pag. 216.

<sup>279</sup> Cfr. Trib. Milano, 15 giugno 1950, in *Giust. pen.*, 1951, II, pag. 293.

<sup>280</sup> App. Roma, Sez. VI, 30 novembre 1949, in *Arch. ric. giur.*, 1950, pag. 740.

<sup>281</sup> Trib. Roma Sez. II, in *Arch. pen.*, 1955, II, pag. 36.

<sup>282</sup> Cons. Stato Sez. II, 26 maggio 1952, n. 801, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXXI, 1952, II, pag. 1692.

<sup>283</sup> Cons. Stato, Sez. V, 10 giugno 1955, n. 855, in *Cons. Stato*, 1955, pag. 697.

<sup>284</sup> Cons. Stato, Sez. V, 16 maggio 1952, n. 801, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXXI, 1952, II, pag. 1692; si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 1954, n. 59, in *Riv. Corte Conti*, 1954, IV, pag. 246.

<sup>285</sup> Cass. Pen. Sez. III, 30 ottobre 1951, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXXII, 1951, III, pag. 655; Cass. Pen. Sez. III, 19 novembre 1951, in *Giur. sic.*, 1952, III, pag. 1.

<sup>286</sup> Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 1954, n. 82, in *Cons. Stato*, 1954, pag. 51.

della giusta retribuzione, si registravano orientamenti giurisprudenziali contrastanti: in linea generale, infatti, la Cassazione e i giudici comuni affermavano che si trattasse di una norma precettiva di immediata applicazione<sup>287</sup>, ma non mancavano le pronunce di segno opposto, che ne sostenevano la natura programmatica<sup>288</sup>. Emblematica è la sentenza del Pretore di Palestrina, il quale sosteneva che “l’art. 36 della Costituzione *ha carattere insieme precettivo e programmatico*, in quanto riconosce al lavoratore il diritto alla retribuzione sufficiente, determinabile dal giudice in base all’art. 2099 c.c., e in quanto i criteri di proporzionalità e di sufficienza della retribuzione richiedono una specificazione legislativa”<sup>289</sup>.

Anche nell’ambito dei rapporti politici, in modo particolare la Cassazione tendeva a considerare le norme costituzionali meramente programmatiche: è infatti questo l’orientamento in relazione agli artt. 48<sup>290</sup>, 51<sup>291</sup> e 53<sup>292</sup>.

*b) Norme costituzionali generalmente considerate precettive* – In un numero decisamente più ristretto di casi la giurisprudenza ha, invece, attribuito natura precettiva alle norme costituzionali. E’ questo, innanzitutto, il caso delle norme a tutela della libertà religiosa, vale a dire gli artt. 8<sup>293</sup> e 19<sup>294</sup>. Parimenti è stata considerata norma precettiva l’art. 17, che ha così determinato l’abrogazione dell’art. 18 TULPS nella parte in cui richiedeva il preavviso per le riunioni in luogo aperto al pubblico<sup>295</sup>.

Nell’ambito dei rapporti economici, la Cassazione, pur dichiarando la natura precettiva dell’art. 35 nella parte in cui viene sancito il diritto dei cittadini ad emigrare, non ha però riconosciuto il diritto di propaganda per l’emigrazione<sup>296</sup>. La Suprema Corte e i giudici comuni hanno poi affermato che l’art. 40 era da considerarsi una norma precettiva e di immediata applicazione, e che la mancanza della legge a cui esso fa riferimento non poteva “determinare il disconoscimento del diritto di sciopero in violazione della proclamazione fattane dalla Costituzione”<sup>297</sup>.

Nell’ambito dei rapporti politici, va segnalato come l’art. 50 (diritto di petizione) venisse

---

<sup>287</sup> *Ex multis*, Cass. Civ. Sez. II, 13 settembre 1954, n. 3047, in *Riv. dir. lav.*, 1955, II, pag. 180; Cass. Civ. Sez. II, 18 dicembre 1954, n. 4552, in *Riv. giur. lav.*, 1955, II, pag. 185; Pret. Torino, 9 marzo 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1950, II, pag. 258; App. Aquila, 24 ottobre 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, pag. 1.

<sup>288</sup> *Ex multis*, Cons. Stato Sez. VI, 27 settembre 1952, n. 720, in *Cons. Stato*, 1952, pag. 1362; Trib. Roma, 4 febbraio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, pag. 380.

<sup>289</sup> Pret. Palestrina, 31 marzo 1955, in *Giust. civ.*, 1955, I, pag. 847 (corsivo nostro).

<sup>290</sup> Cass. Civ. Sez. I, 18 giugno 1950, n. 1960, in *Foro it.*, I, pag. 600.

<sup>291</sup> Cass. Civ. Sez. I, 18 giugno 1950, n. 1960, in *Foro it.*, I, pag. 600; Cons. Stato, Sez. IV, 11 agosto 1950, n. 392, in *Cons. Stato*, 1950, pag. 213.

<sup>292</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 25 marzo 1954, n. 846, in *Giur. it.*, 1954, I, pag. 823.

<sup>293</sup> Cass. Pen. Sez. III, 7 maggio 1953, in *Foro it.*, 1954, II, pag. 164; Pret. Ferentino, 26 marzo 1953, in *Foro it.*, 1954, II, pag. 69.

<sup>294</sup> Cass. Pen. Sez. III, 7 maggio 1953, in *Foro it.*, 1954, II, pag. 164; Pret. Avola, 11 marzo 1952, in *Dir. eccl.* 1953, pag. 281; Pret. Fivizzano, 26 febbraio 1953, in *Dir. eccl.*, 1953, pag. 263.

<sup>295</sup> *Ex multis*, Cass. Pen. Sez. Un., 1 luglio 1950, in *Arch. pen.*, 1951, II, pag. 91; Pret. Bologna, 18 ottobre 1949, in *Giust. pen.*, 1950, II, pag. 69.

<sup>296</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 4 luglio 1953, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, pag. 328.

<sup>297</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 24 febbraio 1951, in *Riv. dir. lav.*, 1952, II, pag. 197; Trib. Lodi, 10 novembre 1950, in *Foro it.*, 1951, I, pag. 841. Le uniche eccezioni a tale orientamento sono date dalle pronunce del tribunale di Cremona, il quale aveva sostenuto che lo sciopero “poiché è sempre cagione di danno per la società, deve ritenersi in linea di principio illegittimo. L’art. 40... va inteso come riconoscimento del diritto di sciopero, il cui esercizio, però, è subordinato all’emanazione delle leggi che dovranno regolarlo. Fino a quando tali leggi non siano emanate... l’esercizio del diritto di sciopero non può ritenersi consentito” (Trib. Cremona, 18 dicembre 1950, in *Foro pad.*, 1951, IV, pag. 132; Trib. Cremona, 29 giugno 1949, in *Foro pad.*, 1950, IV, pag. 112).

considerata norma precettiva di immediata applicazione<sup>298</sup>.

Rimane piuttosto oscuro il criterio in base al quale determinate norme sono state considerate programmatiche, mentre altre precettive. Queste ultime, infatti, non sembrano in alcun modo formulate in maniera più precisa e “concreta” rispetto alle prime. Viene, dunque, da pensare che siano prevalsi criteri non strettamente di tipo tecnico.

## 2) Tendenza relativa alla seconda parte della Costituzione

La seconda tendenza che può essere riscontrata nell’analisi della giurisprudenza del periodo 1948-1956 consiste nel fatto che la magistratura, al fine di garantire quanto più possibile la continuità dello Stato e di favorire comunque i tre poteri tradizionali dello Stato, tende a considerare le norme della seconda parte della Costituzione programmatiche ovvero precettive a seconda dei casi. La volontà di continuità, inoltre, è confermata dal fatto che i termini stabiliti dalle disposizioni transitorie e finali sono spesso considerati ordinatori e non perentori.

In questo senso, vengono considerate norme precettive gli artt. 68 (immunità dei parlamentari)<sup>299</sup>, 77 (decreto legge)<sup>300</sup>, 95 c. 3 (organizzazione amministrativa della Presidenza del Consiglio)<sup>301</sup>, 111 c. 2 (ricorso in Cassazione per violazione di legge)<sup>302</sup>.

Anche l’art. 102, che sancisce il divieto di istituire giudici straordinari o speciali, viene considerata in linea generale norma precettiva di immediata applicazione. *De facto*, tuttavia, tale articolo trova una applicazione limitata, poiché secondo la Cassazione il termine di cinque anni stabilito dalla VI disp. tran. e fin. per la revisione delle giurisdizioni speciali preesistenti “va considerato sollecitatorio e non perentorio”<sup>303</sup>.

Che la volontà fosse quella di garantire la continuità della legislazione lo si comprende, poi, da una pronuncia del Consiglio di Stato che attribuisce carattere programmatico e non precettivo all’art. 97, relativo all’organizzazione dei pubblici uffici: in questo modo, infatti, restano in vigore (poiché non abrogate da tale norma) le disposizioni di legge anteriori<sup>304</sup>.

Nonostante in linea generale, come ricordato poc’anzi, venga attribuito carattere precettivo all’art. 111 c. 2, la Corte di Cassazione (seguita poi dal Tribunale Supremo Militare) dichiara inammissibile il ricorso per Cassazione contro le decisioni del Tribunale Supremo Militare, attribuendo così natura programmatica alla norma e non ritenendo rilevante il fatto che il termine di un anno imposto al legislatore per il riordinamento di quell’organo fosse scaduto (così come disposto dalla VI disp. trans. e fin. della Costituzione)<sup>305</sup>. La conseguenza fu che “per lunghi anni venne... conservata la vecchia struttura della giustizia militare, arrivandosi addirittura ad un recupero della competenza dei tribunali militari nei confronti di cittadini solo potenzialmente soggetti agli obblighi militari, in congedo e, quindi, non in “servizio alle armi”, per reati di stampa

<sup>298</sup> La Cassazione precisava, tuttavia, che tale articolo non faceva venire meno la possibilità in capo al Prefetto di vietare, per ragioni di ordine pubblico, la raccolta di firme (*ex multis*, Cass. Pen. Sez. III, 25 maggio 1951, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXXII, 1951, II, pag. 376; Cass. Pen. Sez. III, 3 luglio 1951, in *Giust. pen.*, 1952, II, pag. 323).

<sup>299</sup> Assise Padova, 22 giugno 1953, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953, pag. 291.

<sup>300</sup> Trib. Firenze, 27 agosto 1948, in *Giur. it.*, 1949, II, pag. 112.

<sup>301</sup> C. Conti, Sez. Controllo, 18 dicembre 1948, n. 250, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, pag. 125.

<sup>302</sup> *Ex multis*, Cass. Civ. Sez. Un., 7 giugno 1949, n. 1418, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVIII, 1949, II, pag. 508; Cass. Civ. Sez. Un., 2 aprile 1949, n. 776, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVIII, 1949, I, pag. 538.

<sup>303</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 15 gennaio 1949, in *Arch. pen.*, 1949, II pag. 267; si veda anche Cass. Pen. Sez. Un., 25 febbraio 1950, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXXI, 1950, I, pag. 211.

<sup>304</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 1950, n. 224, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, pag. 108.

<sup>305</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 15 gennaio 1949, in *Giur. compl. Cass. pen.*, XXX, 1949, II, pag. 760; Trib. Sup. Mil., 7 giugno 1949, in *Giust. Pen.*, 1950, III, pag. 42. Successivamente la Cassazione tornerà a sostenere la precettività della norma, ma ribadendo che la sua attuazione è subordinata al riordinamento del tribunale (Cass. Pen. Sez. Un., 21 gennaio 1950, in *Arch. pen.*, 1950, II, pag. 556).

demandati al giudizio di quei tribunali da una normativa che palesemente contraddiceva la restrizione dei loro poteri ai soli reati militari commessi da appartenenti alle forze armate<sup>306</sup>.

Si registrano, invece, contrasti interpretativi in merito all'art. 100 c. 2, relativi alla partecipazione della Corte dei Conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria: secondo il Consiglio di Stato, infatti, si tratta di una norma di non immediata attuazione<sup>307</sup>, mentre la Corte dei Conti ne sostiene la precettività<sup>308</sup>.

La magistratura ha poi ritenuto di immediata applicazione gli artt. 103 c. 3 (limiti della giurisdizione militare) e 113. Nel primo caso, infatti, l'interprete ha ritenuto immediatamente applicabile la norma che stabilisce che in tempo di pace i tribunali militari hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Armate, sancendo così l'abrogazione dell'art. 264, n. 1., lett. c) dell'allora Codice penale militare di pace che assegnava ai tribunali militari la cognizione in materia di delitti previsti dalla legge penale comune commessi da militari con abuso della qualità di militare o durante l'adempimento di un servizio militare<sup>309</sup>. In modo analogo, nel secondo caso si è concluso per la diretta applicabilità del divieto di escludere o limitare la tutela giurisdizionale a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti, producendo così l'abrogazione dell'art. 9 c. 1 del d.lgs. 89/1946, che sottraeva a qualsiasi impugnativa il decreto prefettizio di concessione di terre incolte<sup>310</sup>. In entrambi i casi si è avuto "un rafforzamento dei poteri delle autorità giurisdizionali ordinarie e dei giudici amministrativi"<sup>311</sup>: probabilmente la decisione (controcorrente, rispetto alla generalità dei casi) di procedere all'abrogazione di normative legislative anteriori si spiega proprio in ragione dell'interesse dei giudici ad ampliare l'ambito di esercizio delle proprie funzioni.

E' senz'altro vero che l'esperienza di controllo di costituzionalità delle leggi tra il 1948 e il 1956 offrì un contributo importante relativamente alla formazione "nel nostro Paese di una diffusa coscienza "pratica" sulle problematiche della giustizia costituzionale" e "per il significato che essa ebbe nel panorama di una cultura giuridica in via di profonda trasformazione"<sup>312</sup>. Tuttavia, dall'analisi della giurisprudenza di tale periodo sembrano prevalere altre considerazioni, concernenti la continuità dello Stato. In questo senso non pare azzardato parafrasare l'espressione di Pavone, e affermare che l'esperienza di sindacato diffuso di costituzionalità ha rappresentato, assieme ad altri fattori precedentemente ricordati, un importantissimo "canale di continuità" tra Fascismo e post-Fascismo<sup>313</sup>. Il paradosso è dato dal fatto che se la Costituzione era rimasta inattuata in diverse sue parti, e di conseguenza il processo di transizione "sostanziale" per molti

---

<sup>306</sup> BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 87. Sulla VI disp. trans. e fin. si veda altresì TARCHI R., *VI disp. trans. e fin.*, in TARCHI R., *Disposizioni transitorie e finali (I-XVIII)*, cit., pag. 134 ss.

<sup>307</sup> Cons. Stato, Sez. II, parere 1° giugno 1948, n. 642, in *Riv. amm.*, 1949, II, pag. 568.

<sup>308</sup> C. Conti, Sez. Controllo, 31 gennaio 1949, *Riv. amm.*, 1950, II, pag. 133.

<sup>309</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 15 gennaio 1949, n. 3, in *Arch. pen.*, 1949, II, pag. 474; Cass. Pen. Sez. Un., 16 maggio 1953, n. 19, in *Arch. ric. giur.*, 1954, pag. 154; Cass. Pen. Sez. Un., 18 maggio 1953, in *Riv. Corte Conti.*, 1954, IV, pag. 100.

<sup>310</sup> Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 1948, n. 303, in *Foro it.*, 1948, III, pag. 1113; si veda altresì Cass. Civ. Sez. Un., 31 gennaio 1948, n. 157, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, I, pag. 210.

<sup>311</sup> BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 54.

<sup>312</sup> COSTANZO P., *VII disposizione transitoria e finale*, cit., pagg. 145 e 146.

<sup>313</sup> PAVONE C., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, cit., pag. 105, infatti, si riferisce alla Repubblica sociale italiana quale "canale di continuità". In realtà diversi Autori hanno difeso l'opera della magistratura: cfr. CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pag. 212 e 224; AZZARITI G., *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, cit., pag. 2, secondo cui fra i meriti della magistratura vi era stato non solo l'utilizzo prudente del secondo comma della VII disp. trans. e fin., ma anche il rifiuto di considerare norme programmatiche tutte le disposizioni della Costituzione.

versi si era bloccato, questo era dovuto anche all'azione di uno degli strumenti che maggiormente avrebbe dovuto garantire, invece, l'attuazione costituzionale, vale a dire il controllo di costituzionalità delle leggi<sup>314</sup>. Tutto ciò pare tanto più sorprendente quanto più si pensi al ruolo fondamentale (come si vedrà nei prossimi paragrafi) che, al contrario, ha giocato la Corte costituzionale nel determinare la discontinuità tra vecchio e nuovo ordinamento.

Riprendendo l'espressione di Carothers<sup>315</sup>, l'Italia del periodo 1948-1956 sembrava, dunque, impantanata in una "zona politica grigia", in cui ad istituti liberali (fra cui, ad esempio, la garanzia di elezioni libere) si affiancava, in alcuni casi, una violazione dei diritti fondamentali dovuta alla mancata attuazione delle norme costituzionali.

### 3.4. Il lungo e complesso cammino per l'entrata in funzione della Corte costituzionale

Pare ora opportuno richiamare il lungo e complesso *iter* che ha portato all'entrata in funzione della Corte costituzionale. Secondo diversi Autori<sup>316</sup>, il ritardo nell'inizio dell'attività del giudice delle leggi costituisce uno degli esempi per eccellenza dell'"ostruzionismo della maggioranza". In realtà le ragioni che hanno determinato tale ritardo risultano essere molto più complicate, ed inoltre non va dimenticato il fatto che vi è stato chi – il Presidente della Repubblica – ha svolto un ruolo importante volto a favorire l'entrata in funzione del giudice costituzionale. Proprio al fine di dare conto della complessità della situazione, verrà effettuata una distinzione tra a) il ritardo nell'approvazione della l. cost. 1/1953 e della legge 87/1953 e b) il ritardo nella nomina dei primi giudici costituzionali da parte del Parlamento.

a) *Il ritardo nell'approvazione della l. cost. 1/1953 e della legge 87/1953: ragioni politiche, ma anche tecnico-giuridiche*

Per quel che riguarda le leggi relative alla Corte, va ricordato come la Costituente, in regime di *prorogatio*, approvò il 9 febbraio 1948 la l. cost. n. 1, recante "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale". Successivamente, già il 14 luglio 1948 (dunque poco tempo dopo le elezioni di aprile) venne presentato al Senato il disegno di legge governativo contenente le norme di quella che sarebbe poi divenuta la legge 87/1953 ("Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale"). Secondo il Governo, infatti, la l. cost. 1/1948 aveva già adempiuto a quanto previsto dal primo comma dell'art. 137 Cost.<sup>317</sup>, per cui era necessario esclusivamente adempiere a quanto stabilito dal secondo comma della medesima norma costituzionale<sup>318</sup>. A questo punto, tuttavia, i lavori subirono una brusca frenata. In parte, come si è detto, ciò fu dovuto all'allora imperante ostruzionismo della maggioranza, la quale tentò di rallentare l'esame del disegno di legge allo scopo di "non approvarlo

---

<sup>314</sup> Cfr. BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pagg. 36-37, secondo cui "l'indirizzo giurisprudenziale [nel periodo 1948-1956] non ha certamente dispiegato... un contributo determinante nella transizione ad un sistema compiuto di democrazia costituzionale nel nostro Paese". GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 288, mette in luce come la resistenza al cambiamento non era solo propria della maggioranza e delle supreme magistrature, ma anche di buona parte della dottrina.

<sup>315</sup> Cap. 1 par. 3.2.

<sup>316</sup> Primo fra tutti CALAMANDREI P., *L'ostruzionismo della maggioranza*, cit.; ma vedi anche TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 208 ss.; ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, cit., pag. 327.

<sup>317</sup> Art. 137 c. 1: "Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte".

<sup>318</sup> Art. 137 c. 2: "Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte".

in tempo per la fine della legislatura<sup>319</sup>. D'altro canto, socialisti e comunisti tentarono di evitare che il processo di approvazione della legge rimanesse insabbiato. Al riguardo, pare interessante notare come le posizioni delle forze politiche in relazione all'istituzione della Corte costituzionale si erano rovesciate: infatti, in seguito alle elezioni dell'aprile del 1948, e dunque una volta chiariti i rapporti di forza tra gli schieramenti, coloro che in Assemblea costituente avevano sostenuto l'introduzione di un organo di giustizia costituzionale, erano divenuti ora i suoi più accerrimi nemici; a loro volta le sinistre, che in Costituente avevano guardato con sospetto alla creazione della Corte, sembravano ora non poterne più fare a meno.

Ritenere, tuttavia, che i problemi di rallentamento nell'approvazione della legge, fossero esclusivamente di tipo politico vorrebbe dire non fornire una ricostruzione completa ed obiettiva dei fatti. Paladin sottolinea infatti che “gli scontri che hanno tanto rallentato l'entrata in vigore della legge 87 (come pure – di riflesso – quella relativa alla legge costituzionale n. 1 del '53) ... esprimevano divergenze reali e profonde, riguardanti il ruolo della Corte ed i suoi rapporti con gli organi costituzionali di indirizzo politico, che hanno traversato e scomposto – non a caso – la maggioranza stessa<sup>320</sup>. Tra le ragioni tecnico-giuridiche che determinavano il rallentamento dei lavori parlamentari, De Siervo<sup>321</sup> ricorda innanzitutto come la stessa istituzione della Corte costituzionale costituisse una novità rispetto alla tradizione costituzionale non solo in Italia, ma anche in Europa<sup>322</sup>; inoltre, i dubbi e le incertezze relativi al completamento del disegno costituzionale in materia di giustizia costituzionale non erano “propri dei soli esponenti politici, ma riguardavano anche i giuristi<sup>323</sup>; a tutto ciò andava aggiunto che parallelamente alla legge ordinaria venne approvata altresì la legge costituzionale seguendo il procedimento *ex art.* 138.

Per l'approvazione della legge ordinaria furono necessari, alla fine, ben cinque passaggi parlamentari. Vale la pena ricordare come nel disegno di legge governativo<sup>324</sup> si registrassero parecchi punti oscuri<sup>325</sup> e, per alcuni versi, una “concezione alquanto riduttiva del nuovo organo e delle funzioni che avrebbe dovuto espletare<sup>326</sup>. In Senato vennero apportate alcune significative modifiche, fra cui il divieto del mantenimento della precedente attività professionale, l'introduzione

---

<sup>319</sup> BISOGNI G., *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in DE SIERVO U., GUERRIERI S., VARSORI A., *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, Carocci, Roma, 2004, pag. 75.

<sup>320</sup> PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 98.

<sup>321</sup> DE SIERVO U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in CARNEVALE P., COLAPIETRO C., *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>322</sup> Cfr. altresì MORTATI C., *La Corte costituzionale ed i presupposti per la sua vitalità*, Iustitia, Roma, 1949, pag. 69.

<sup>323</sup> DE SIERVO U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., pag. 56. Cfr. altresì BISOGNI G., *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, cit., pag. 80, il quale sostiene che “se si analizza il dibattito scientifico in tema di giustizia costituzionale negli anni che vanno dal 1948 al 1953, non si può dire che esso abbia saputo fornire al legislatore repubblicano un ausilio che brillasse per univocità e compattezza: uno sguardo d'insieme sui contributi dedicati all'argomento restituisce l'immagine di una dottrina non meno scettica e non meno problematica dei parlamentari che stavano attendendo alla legge 87/1953 e alla legge costituzionale 1/1953”.

<sup>324</sup> Cfr. la relazione illustrativa in Senato della Repubblica, disegno di legge n. 23 su “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”.

<sup>325</sup> Si pensi alla mancanza di soluzioni relativamente all'efficacia temporale della dichiarazione di incostituzionalità sui rapporti in corso e relativamente all'individuazione di cosa fosse configurabile come conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Inoltre non era specificato alcunché in riferimento ai sistemi di nomina dei giudici costituzionali da parte del Capo dello Stato, del Parlamento in seduta comune e delle supreme magistrature ordinarie ed amministrative.

<sup>326</sup> DE SIERVO U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., pag. 58. Si pensi soprattutto alla parte in cui si autorizzavano i giudici costituzionali a continuare a svolgere le loro precedenti attività di magistrati o di docenti universitari o a partecipare a Commissioni ed adempiere incarichi di studio.

di quello che diverrà il giudizio di rilevanza della questione di costituzionalità e la fissazione di alcune regole relative alla nomina dei giudici della Corte. Restavano, tuttavia, ancora privi di una soluzione le questioni relative all'efficacia temporale della dichiarazione di incostituzionalità sui rapporti in corso e l'indicazione di quali fossero i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. E', infatti, solo "nel lungo esame che si svolge alla Camera dei Deputati che assume forma definitiva la istituzione della Corte costituzionale"<sup>327</sup>. E' in questa sede, infatti, che, presa coscienza della insufficienza della l. cost. 1/1948, si decise di approvare, oltre alla legge ordinaria, una nuova legge costituzionale (quella che diverrà la l. cost. 1/1953, recante "Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale"). Per quanto concerne la legge ordinaria, il passaggio successivo al Senato confermò sostanzialmente l'impianto deciso alla Camera. Una delle poche modifiche significative fu quella relativa alla nomina dei giudici della Corte da parte del Capo dello Stato. Era questa, in effetti, una questione particolarmente delicata, sulla quale si era dibattuto parecchio nei precedenti passaggi parlamentari. Nel corso della discussione del disegno di legge alla Camera, infatti, l'on. Fumagalli aveva presentato un emendamento che prevedeva che per le nomine presidenziali dei giudici costituzionali si sarebbe dovuto provvedere con decreto emanato su proposta del Ministro di Grazia e Giustizia. Tale proposta fu fortemente criticata, dal momento che in tal modo "si tendeva a vanificare il tentativo fatto per spoliticizzare la Corte costituzionale sottraendola all'egemonia delle forze partitiche di maggioranza, che – per il tramite dell'elezione parlamentare di cui una parte dei giudici e del controllo governativo della designazione di altri cinque – avrebbero in sostanza avuto la possibilità di occupare con persone di propria scelta la maggioranza dei quindici seggi del collegio giudicante"<sup>328</sup>. Al Senato, dopo lunghe discussioni, l'"emendamento Fumagalli" cadde, eliminando, così, la proposta ministeriale e mantenendo solamente la controfirma del Capo del Governo.

*b) Il ritardo nella nomina dei primi giudici costituzionali da parte del Parlamento e l'intervento del Presidente della Repubblica*

Una volta approvate la l. cost. 1/1953 e la legge 87/1953, il passo più importante da compiere al fine di rendere possibile l'entrata in funzione della Corte costituzionale riguardava la nomina dei quindici giudici costituzionali. La nomina dei giudici da parte della Corte di Cassazione<sup>329</sup>, del Consiglio di Stato<sup>330</sup> e della Corte dei Conti<sup>331</sup> non comportò particolari problemi. Le difficoltà arrivarono quando si trattò di procedere alla nomina parlamentare. Il 15 novembre 1955, dopo lunghe e faticose trattative le Camere elessero Gaspare Ambrosini e Mario Bracci, "in quota", rispettivamente, alla Democrazia cristiana e al Partito socialista. "A questo punto il meccanismo s'inceppò... seriamente"<sup>332</sup>. Poiché era dato per scontato che alla DC spettasse un altro candidato, e che il quarto sarebbe stato di provenienza liberale, il fulcro del problema riguardava la nomina del quinto giudice. L'estrema destra da un parte, e i comunisti dall'altra, pretendevano di ottenere l'elezione di un proprio candidato. Se la situazione di stallo che si era venuta a creare fu sbloccata fu anche grazie al decisivo intervento del Presidente della Repubblica Gronchi e di quello della Camera Leone, i quali riuscirono a trovare un accordo che prevedeva che,

---

<sup>327</sup> DE SIERVO U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., pag. 62.

<sup>328</sup> BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 91.

<sup>329</sup> Ernesto Battaglini; Emanuele Piga, deceduto e sostituito da Francesco Pantaleo Gabrieli; Giacomo Russo, deceduto e sostituito da Giuseppe Lampis.

<sup>330</sup> Antonio Papaldo.

<sup>331</sup> Augusto Ortona, deceduto e sostituito da Mario Cosatti.

<sup>332</sup> TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 210.

oltre al democristiano Cappi e al liberale Cassandro, venisse nominato giudice della Corte il comunista Nicola Jaeger. Poco tempo dopo, il Capo dello Stato procedette alla nomina dei “suoi” cinque giudici<sup>333</sup>. L’istituzione della Corte costituzionale, come noto organo “antimaggioritario”, avvenne quindi anche grazie al decisivo intervento del Presidente Gronchi, la cui nomina era avvenuta anch’essa in una logica “antimaggioritaria”<sup>334</sup>: in questo senso la Corte deve quindi il suo “input” a una vicenda istituzionale peculiare, vale a dire l’elezione del Presidente della Repubblica, nella quale si evidenziarono tutte le potenzialità della nuova Costituzione relativamente alla creazione di organi non “politici” (nel senso di appartenenti ad un determinato schieramento politico). Tra l’altro l’elezione stessa di Gronchi rese quanto mai evidenti le divisioni esistenti all’interno della Democrazia cristiana, ed infatti di lì a poco (come già ricordato<sup>335</sup>) si sarebbe verificata la fine del centrismo.

Oltre alla mediazione volta a favorire il processo di nomina dei giudici costituzionali da parte del Parlamento, va ricordato come Gronchi fosse già intervenuto a favore dell’istituzione della Corte costituzionale nel suo messaggio di insediamento, l’11 maggio 1955. In tale occasione, infatti, il Capo dello Stato aveva auspicato una “piena osservanza della Costituzione”, da realizzarsi sia mediante “l’adeguamento della legislazione e del costume”, sia mediante l’attivazione di istituti costituzionali quali “la Corte costituzionale, il Consiglio Superiore della magistratura, l’ordinamento regionale, il Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro”<sup>336</sup>. Che Gronchi riponesse grande fiducia nel nuovo organo di giustizia costituzionale, lo si può facilmente comprendere anche dal discorso pronunciato in occasione del giuramento dei giudici della Corte: secondo il Capo dello Stato, infatti, il giudice costituzionale “si inserisce... in questo complesso sistema di equilibri come elemento che può dirsi nello stesso tempo *moderatore*, e, per taluni aspetti, anche *propulsore delle attività legislative ed esecutive*, reso formalmente necessario da quella rigidità della nostra Carta fondamentale in cui il costituente ripose gran parte delle speranze per una lunga stabilità delle nostre Istituzioni”<sup>337</sup>. Il potere di “*moral suasion*” di Gronchi fu particolarmente efficace: non solo la Corte costituzionale venne istituita dopo poco tempo, ma essa, come si mostrerà nei prossimi paragrafi, svolse proprio un’opera fondamentale di “adeguamento della legislazione” e di promozione delle riforme. Non pare, dunque, un caso che, all’indomani della sua elezione, Calamandrei definì Gronchi “*viva vox Constitutionis*”, e che egli sia stato considerato “primo promotore dell’attuazione della Costituzione”<sup>338</sup>. Va detto come in realtà Gronchi non fu il primo Presidente della Repubblica ad attivarsi in favore della Corte costituzionale: già il suo predecessore Einaudi, infatti, aveva compiuto degli atti che, sebbene

---

<sup>333</sup> Vale a dire Enrico De Nicola, Giuseppe Capograssi, Giuseppe Castelli Avolio, Gaetano Azzariti e Tommaso Perassi. Relativamente a tali nomine, TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 211, sottolinea “l’equilibrio politico perseguito da Gronchi: un liberale prefascista, un cattolico indipendente, un democristiano, un “tecnico” di vocazione governativa, un repubblicano”.

<sup>334</sup> Ad eleggere Gronchi fu infatti uno schieramento parlamentare composito, comprendente l’intera sinistra socialista e comunista, deputati e senatori democratico-cristiani di diversa provenienza, alcuni monarchici e un discreto numero di deputati del MSI; mancava invece un reale sostegno della DC. Per questo motivo BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Laterza, Bari, 1985, pag. 72, sottolineano come si trattò di una elezione “contro la maggioranza, o quantomeno contro la *leadership* partitica che sembrava avere conquistato le maggiori *chances* di controllo e di orientamento degli sviluppi politici” (corsivo nostro).

<sup>335</sup> Si rinvia al par. 3.2.

<sup>336</sup> Il testo del discorso è disponibile all’indirizzo *on-line* [http://www.quirinale.it/qrnw/statico/ex-presidenti/Gronchi/documenti/gro\\_a\\_insediamento.htm](http://www.quirinale.it/qrnw/statico/ex-presidenti/Gronchi/documenti/gro_a_insediamento.htm)

<sup>337</sup> SEGRETARIATO DELLA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA. SERVIZIO ARCHIVIO STORICO, DOCUMENTAZIONE E BIBLIOTECA, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi*, Roma, 2005, pag. 135 (corsivo nostro).

<sup>338</sup> BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, cit., pag. 91.

indirettamente, avevano favorito la Corte e, più in generale, la giustizia costituzionale<sup>339</sup>.

L'azione di Gronchi (soprattutto) ed Einaudi, volta a favorire l'entrata in funzione della Corte, risultò essere tanto più importante quanto più si considerino le notevoli difficoltà, sia di ordine politico sia di ordine tecnico-giuridico, che ostacolavano l'inizio dell'attività di tale organo.

#### **4. L'entrata in funzione della Corte costituzionale: il punto di svolta della transizione "sostanziale"**

##### **4.1. La Corte e la "bonifica" della legislazione fascista: il "cuore" della transizione "sostanziale"**

Nei paragrafi precedenti si è tentato di mostrare come in Italia il processo di democratizzazione abbia incontrato notevoli difficoltà, soprattutto a causa della perdurante applicazione della legislazione fascista e della mancata attuazione delle norme costituzionali. L'entrata in funzione della Corte costituzionale, nel 1956, segnò un vero e proprio punto di svolta della transizione. Nei suoi primi quindici anni di attività (la c.d. prima "fase"<sup>340</sup> o "stagione"<sup>341</sup> della Corte), infatti, il giudice delle leggi realizzò un'opera fondamentale di "bonifica" della legislazione autoritaria, spezzando così la continuità normativa che aveva caratterizzato il Paese sino a quel momento.

Per la verità, riferendosi a tale opera, parte della dottrina si è espressa con toni piuttosto negativi. E' stato affermato in maniera polemica, infatti, che l'atteggiamento prevalente del giudice delle leggi fosse stato quello di una aperta collaborazione con le forze politiche maggioritarie, "funzionale allo sviluppo armonico della linea politica di governo"<sup>342</sup>; si è detto, inoltre, che il fatto che la Corte fosse "sempre" portata ad accettare "quell'interpretazione della Costituzione che la maggioranza del Paese, quale rappresentata dai partiti, desidera[va]", faceva sì che tale organo costituisse una "garanzia relativa"<sup>343</sup>; si è sostenuto altresì che "il criterio politico usato dalla Corte [fosse] stato di solito quello di salvare disposizioni della legislazione emanata nel periodo fascista e concernenti essenzialmente i diritti di libertà..."<sup>344</sup>. Effettivamente, è innegabile come la Corte

---

<sup>339</sup> Egli, infatti, era riuscito ad affermare il principio per cui la nomina dei cinque senatori a vita rappresentava un potere proprio del Capo dello Stato: tale "conquista, apparentemente di poco conto, dato il carattere non politico delle conseguenze che essa comportava, assumeva tuttavia un alto valore di principio, e preparava il terreno al successore per un'altra conquista, di ben maggiore portata: il carattere strettamente presidenziale dell'atto di nomina dei cinque giudici della Corte" (BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, cit., pag. 49). A ciò si aggiunge il fatto che Einaudi affermò altresì il carattere formalmente e sostanzialmente presidenziale del potere di rinvio delle leggi al Parlamento con messaggio motivato: si trattava anche in questo caso di un atto importante, soprattutto "in un momento in cui, a causa della mancata attivazione degli istituti della giustizia costituzionale, e della riluttanza dei giudici comuni ad esercitare un efficace sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi, era particolarmente avvertita l'esigenza dell'esercizio di una pur blanda forma di controllo sull'attività legislativa delle Camere" (BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, cit., pagg. 49-50).

<sup>340</sup> CHELI E., *Il giudice delle leggi*, il Mulino, Bologna, 1996, pag. 35.

<sup>341</sup> MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, II ed., 2007, pag. 317. Al contrario di quelle appena citate, alcune periodizzazioni della Corte costituzionale si sono basate su altri elementi di riferimento: si consideri, ad esempio, TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., RODOTÀ S., *La svolta "politica" della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 1, 1970, i quali effettuano una periodizzazione basata sulle diverse presidenze.

<sup>342</sup> ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, cit., pag. 352. Analogamente si veda PIZZORUSSO A., *Meriti e limiti del processo costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1972, pag. 424.

<sup>343</sup> JEMOLO A.C., *Tra diritto e storia (1960-1980)*, Giuffrè, Milano, 1982, pagg. 467-468.

<sup>344</sup> TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 240. Non è mancato, tuttavia, chi ha contestato tali affermazioni, ritenendole prive "di un fondamento reale" (PALADIN L., *Per una storia costituzionale*

costituzionale si sia dimostrata, in più di un'occasione, priva di grande coraggio e abbia cercato, in diversi modi, di salvare la legislazione fascista in contrasto con la Costituzione, vuoi per una sorta di "timore reverenziale"<sup>345</sup> nei confronti dei tradizionali poteri dello Stato, vuoi per una effettiva paura di creare dei vuoti normativi ("*horror vacui*"). Insomma, che la Corte costituzionale avrebbe potuto "fare di più" è probabilmente vero. Ma non sembra questo il punto fondamentale. Quello che si tenterà di dimostrare nei prossimi paragrafi è, infatti, che con le sue pronunce il giudice costituzionale, pur tra le incertezze e le timidezze appena richiamate, abbia segnato una fortissima discontinuità con il passato: esso è riuscito a contribuire in modo decisivo al processo di transizione "sostanziale" e di consolidamento del Paese, aiutandolo ad uscire dalla "zona politica grigia" nel quale era rimasto bloccato nel periodo 1948-1956.

Ovviamente la Corte costituzionale, nella sua prima "stagione", non si è occupata solo ed esclusivamente di espellere dall'ordinamento le leggi pre-costituzionali in contrasto con la Carta del '48. Essa, ad esempio, ha svolto un ruolo di estrema rilevanza nella costruzione dell'istituto regionale. Guarino, infatti, (che scrive nel 1973 e si riferisce quindi alle sole regioni a statuto speciale) affermava che le regioni "sono quali le ha condizionate la Corte costituzionale. E nessun altro istituto... ha in pari misura subito l'influsso della giurisprudenza costituzionale... Non vi è questione di fondo dell'istituto regionale che non abbia formato oggetto di una messa a punto da parte della Corte"<sup>346</sup>. In un numero consistente di casi, poi, il giudice costituzionale si è dovuto occupare della risoluzione di conflitti di attribuzione. La scelta di non analizzare questo tipo di sentenze e di concentrare, invece, l'attenzione sulla giurisprudenza costituzionale relativa alle leggi anteriori all'entrata in vigore della Carta fondamentale è motivata dal fatto che è soprattutto con l'eliminazione della legislazione fascista e con la conseguente piena affermazione delle libertà fondamentali che si è realizzato il passaggio da una democrazia "incerta" (quale era l'Italia nel 1956), ad una democrazia "matura". È stato questo, insomma, il "cuore" della transizione "sostanziale" italiana. Le altre decisioni hanno certamente contribuito in modo importante al processo di democratizzazione del Paese, ma non sono sembrate costituire la "*condicio sine qua non*" affinché l'Italia diventasse una democrazia consolidata.

#### 4.1.1. Modi e tempi della "bonifica"

L'opera della Corte costituzionale di eliminazione della normativa fascista non è stata affatto lineare, ma si è articolata in modi e tempi molto diversi tra loro.

a) *Il parametro* - Parametro delle pronunce della Corte sono stati soprattutto i "principi fondamentali" (artt. 1-12 Cost.) e le libertà sancite nella prima parte della Costituzione. Relativamente ai primi dodici articoli, vanno sottolineate, in particolare, le decisioni concernenti il principio di uguaglianza: pare interessante, ad esempio, ricordare la sentenza 33/1960, con la quale il giudice costituzionale dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 7 della legge 1176/1919, il quale escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che implicassero l'esercizio di diritti e potestà pubbliche<sup>347</sup>.

---

dell'Italia repubblicana, cit., pag. 139).

<sup>345</sup> TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 270.

<sup>346</sup> GUARINO G., *Stato e regioni speciali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in ROTELLA E. (a cura di), *Dal regionalismo alla regione*, il Mulino, Bologna, 1973, pagg. 129-130; sul ruolo della giurisprudenza costituzionale in materia regionale si veda altresì D'ALBERGO S., *L'antiregionalismo nell'indirizzo della Corte costituzionale*, in ROTELLA E. (a cura di), *Dal regionalismo alla regione*, cit.; CUOCOLO F., *Diritto regionale italiano*, Utet, Torino, 1991; CHELI E., *Il giudice delle leggi*, cit., pag. 99 ss.

<sup>347</sup> La Corte precisò che nell'art. 51 Cost. (che afferma che i cittadini di entrambi i sessi possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizione di eguaglianza secondo i requisiti stabiliti dalla legge) l'inciso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" non sta a significare "che il legislatore ordinario possa, senza limiti alla sua

b) *Tipologia delle sentenze* - Sin dall'inizio della sua attività il giudice costituzionale ha diversificato sensibilmente la tipologia delle sue pronunce, mostrandosi consapevole del fatto che l'alternativa "secca" tra sentenze di accoglimento o di rigetto non fosse in grado di ricomprendere tutte le sue possibili decisioni. Nella prima "fase" della Corte si registrano, infatti, le prime sentenze "monito", quelle "manipolative" e quelle "additive". Particolare attenzione verrà mostrata, poi, alle sentenze "interpretative di rigetto", considerate da parte della dottrina come uno degli esempi più evidenti della volontà della Corte costituzionale di salvare le leggi fasciste.

c) *L'evoluzione dell'interpretazione* - In alcuni casi la Corte è partita da una determinata interpretazione (di solito abbastanza restrittiva) della norma costituzionale, per poi evolvere tale interpretazione con il passare del tempo: come si vedrà, è questo il caso, ad esempio, del diritto di sciopero<sup>348</sup>. In altri casi ancora il giudice delle leggi ha radicalmente cambiato la propria posizione rispetto a quanto deciso in precedenza: al riguardo, l'esempio per eccellenza è quello che si riferisce all'adulterio femminile<sup>349</sup>.

d) *La promozione della riforme e la "supplenza" rispetto al Parlamento* - In determinate situazioni, poi, la Corte ha svolto una funzione di "promotrice delle riforme" (costringendo, seppur involontariamente, la maggioranza a legiferare nella materia<sup>350</sup>), ovvero di "supplenza" rispetto al Parlamento (quando questo non emanava le leggi di attuazione richieste dalla Costituzione). Oltre al caso del diritto di sciopero, un caso particolarmente interessante che testimonia la "supplenza" della Corte dinanzi all'inerzia del legislativo riguarda la vicenda dell'Alta Corte di Giustizia per la regione siciliana<sup>351</sup>.

---

discrezionalità, dettare norme attinenti al requisito del sesso, ma vuol dire soltanto che il legislatore può assumere, in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale dell'eguaglianza, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario, come condizione, cioè, che faccia presumere... l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico". Al contrario, una norma di esclusione generale delle donne assume "il sesso femminile... a fondamento di incapacità o di minore capacità" per una categoria di pubblici uffici amplissima e di incerta definizione, e dunque risulta essere in contrasto con gli artt. 3 e 51 Cost. In seguito a tale sentenza, "la legge n. 66 del 1963 ha ammesso le donne a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazioni di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge" (BRUNELLI G., *Donne e politica*, il Mulino, Bologna, 2006, pag. 42). In questo senso, allora, si può dire che la Corte ha svolto una funzione di "promotrice delle riforme", come si può vedere più avanti.

<sup>348</sup> Si veda il par. 4.4.

<sup>349</sup> Con la sentenza 64/1961 la Corte dichiarò infondata la questione di legittimità dell'art. 559 c.p. che puniva penalmente l'adulterio della donna, ma non quello del marito. Sette anni più tardi, con la sentenza 126/1968 la Corte cambiò radicalmente il proprio orientamento e dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma, sostenendo che la discriminazione sancita da tale articolo non garantisse "l'unità familiare, ma [fosse] più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, viol[asse] il principio di parità". Il giudice delle leggi precisava che rispetto a quando era stata emanata la sentenza nel 1961 "molto [era] mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo".

<sup>350</sup> Oltre alla sentenza 33/1960 ricordata sopra, si pensi al caso dei culti acattolici (si rinvia al par. 4.3.), ma anche alle sentenze che dichiararono l'incostituzionalità del rimpatrio con foglio di via obbligatorio o per traduzione e l'ammonizione delle persone sospette (in quanto disposti da un'autorità amministrativa anziché giudiziaria), le quali rappresentarono un forte stimolo per il legislatore, che intervenne infatti pochissimo tempo dopo (si veda il par. 4.5.).

<sup>351</sup> Lo Statuto siciliano del 1946 attribuiva a tale organo il potere di giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi emanate dall'Assemblea regionale, delle leggi e dei regolamenti emanati dallo Stato rispetto allo Statuto e ai fini dell'efficacia dei medesimi nel territorio siciliano, nonché sui reati del Presidente della Regione e degli assessori. Nonostante fossero state presentate richieste volte a far cessare dalle sue funzioni l'Alta Corte, l'Assemblea costituente, su pressione dei deputati siciliani, decise di mantenere in vita tale organo. Nel 1956, quindi, quando entrò in funzione la Corte costituzionale, in Italia erano presenti due organi di giustizia costituzionale, i quali mettevano in discussione il principio della "unicità della giurisdizione costituzionale" (MORTATI C., *Corte costituzionale e Alta Corte per la regione siciliana*, in *Giur. cost.*, 1956, pag. 1246 ss.). In un primo momento la Corte non affrontò direttamente il problema, confidando soprattutto in un intervento da parte del Parlamento. Quest'ultimo, tuttavia, "sceglieva di non

#### 4.1.2. Le decisioni “in controtendenza”

Un altro aspetto che merita di essere preso in considerazione sin d’ora riguarda il difficile inserimento della Corte nel sistema dei tre poteri tradizionali dello Stato: il giudice delle leggi, infatti, “veniva ad occupare spazi in precedenza presidiati da altri poteri, a esercitare interventi in passato considerati inconcepibili, ad alterare l’ordine delle primazie e delle prerogative”<sup>352</sup>. Le difficoltà incontrate dalla Corte, inoltre, erano dovute al fatto che essa prendesse molto spesso delle decisioni in aperta controtendenza rispetto a quello che era l’orientamento prevalente, di tipo conservatore, della maggioranza parlamentare, dell’esecutivo e delle supreme magistrature.

Nei paragrafi che seguono verranno mostrati alcuni esempi relativi al ruolo della Corte costituzionale nel processo di transizione “sostanziale” e di consolidamento. Tali esempi riguardano la prima sentenza del giudice costituzionale, nonché il suo ruolo rispetto ai culti acattolici, allo sciopero e all’ordine pubblico. La scelta di analizzare proprio questi casi è motivata dal fatto che essi risultano essere particolarmente idonei a mostrare i tre aspetti poc’anzi richiamati, vale a dire a) il ruolo della Corte di rottura rispetto al passato, consistente soprattutto nell’eliminazione della legislazione fascista; b) la molteplicità e la diversità dei suoi interventi; c) il fatto che le sue decisioni fossero spesso in controtendenza rispetto all’orientamento prevalente dei tre tradizionali poteri dello Stato.

#### 4.2. La sentenza 1/1956 della Corte costituzionale: il primo caso di espulsione dall’ordinamento di una norma fascista

Nell’imminenza dell’entrata in funzione della Corte costituzionale, si registravano orientamenti contrastanti. Da un lato, infatti, parte della giurisprudenza e della dottrina continuavano a sostenere che i rapporti tra Costituzione e leggi precostituzionali potessero essere risolti esclusivamente in termini di abrogazione, e che in ogni caso le leggi anteriori dovessero permanere in vigore in caso di conflitto con norme costituzionali aventi carattere meramente programmatico<sup>353</sup>. Tranfaglia ricorda, poi, che lo stesso De Nicola, primo Presidente della Corte, in occasione del suo discorso inaugurale, non passò sotto silenzio l’ostilità nei confronti del nuovo organo dimostrata in diversi modi dal Governo e dal Parlamento<sup>354</sup>. D’altro lato, “tutte le premesse storiche [perché la Corte estendesse il proprio sindacato alle norme pre-costituzionali]... si erano consolidate”<sup>355</sup>, e in questo senso si affermò che la prima sentenza del giudice delle leggi “non

---

scegliere” (BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 143). Fu la Corte costituzionale, con la sentenza 38/1957, a porre fine a tale situazione: “che attraverso le norme della Costituzione – affermava il giudice delle leggi – e le altre contenute nelle leggi ora richiamate [l. cost. 1/1948, l. cost. 1/1953, l. 87/1953] sia affermato il principio dell’unità della giurisdizione costituzionale, espresso nella unicità dell’organo competente ad amministrarla, è non soltanto un dato certo del nostro ordinamento positivo, ma una conseguenza necessaria del nostro sistema costituzionale”.

<sup>352</sup> SANDULLI A., *Rapporti tra giustizia comune e giustizia costituzionale in Italia*, Cedam, Padova, 1968, pag. 7.

<sup>353</sup> App. Roma, 1 marzo 1956, in *Giur. cost.*, 1956, pag. 123 ss.; analoghe posizioni in dottrina erano sostenute da Padre LENER, *Leggi vecchie e Costituzione nuova*, in *La civiltà cattolica*, III, 1953, pag. 40 ss., ricordato da BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 119.

<sup>354</sup> “La Corte può finalmente funzionare con assoluta fiducia ed è destinata a nuovi inattesi sviluppi... Io non devo addentrarmi in dissertazioni dottrinarie per ribadire ciò che esattamente è stato detto o per confutare ciò che inesattamente è stato detto – fra riserve, dubbi, incomprensioni – su di un organo come la Corte costituzionale, che offre il vantaggio precipuo di proteggere il Paese in ogni tempo da sbandamenti e da errori” (corsivo nostro).

<sup>355</sup> ONIDA V., *L’attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, pag. 511.

[aveva] tradito l'aspettazione del popolo italiano"<sup>356</sup>. Anche la stessa Corte di Cassazione non sembrava avere particolari pregiudizi relativamente alla competenza del nuovo organo di giustizia costituzionale<sup>357</sup>.

Quale che fosse l'orientamento prevalente nel Paese, si può comunque affermare che la prima sentenza della Corte costituzionale (la n. 1 del 14 giugno 1956) rappresentò senz'altro una pietra miliare nella storia della giustizia costituzionale italiana e segnò il punto di svolta della transizione "sostanziale". Proprio al fine di sottolinearne la rilevanza della decisione, Calamandrei affermò: "La Costituzione si muove"<sup>358</sup>. In effetti in tale pronuncia il giudice delle leggi spezzò per la prima volta la continuità normativa che, come visto, aveva caratterizzato l'Italia sino a quel momento.

La Corte, in particolare, era chiamata a verificare la legittimità costituzionale dell'art. 113 TULPS, il quale subordinava all'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza l'affissione di scritti o giornali o l'utilizzo di mezzi acustici per la comunicazione al pubblico. Le 30 ordinanze di rimessione provenivano da pretori, tribunali o corti d'appello, e nessuna dalla Corte di Cassazione o dal Consiglio di Stato. Pare opportuno mettere in risalto questo aspetto dal momento che proprio l'eccezione di incostituzionalità costituirà per lunghi anni "lo strumento attraverso il quale i giudici [comuni] cerc[eranno] di azionare l'alleanza con la Corte costituzionale contro la Corte di Cassazione"<sup>359</sup> al fine di dare attuazione alla Costituzione. Nonostante la sua prudenza in determinate situazioni, infatti, le decisioni della Corte rappresentavano agli occhi del giudice comune "un traguardo avanzato rispetto alle posizioni decisamente anti-costituzionali spesso prevalenti nella giurisprudenza della Cassazione"<sup>360</sup>. In questo senso si può dire che i giudici di rango inferiore sono stati coerenti nella loro azione: come osservato in precedenza<sup>361</sup>, infatti, nel periodo 1948-1956 erano state soprattutto la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ad optare per il carattere programmatico delle norme costituzionali, mentre i giudici comuni erano risultati più favorevoli a dichiararne la precettività. La maggiore propensione da parte dei giudici di rango inferiore per l'attuazione della Costituzione è, dunque, una caratteristica che si è mantenuta anche in seguito all'entrata in funzione della Corte costituzionale, tant'è che essi sono divenuti i suoi principali alleati nella battaglia per attuare i principi e i valori costituzionali. Certo è che la tendenza dei giudici comuni a "smarcarsi" rispetto alle posizioni della Cassazione fu dovuto anche all'istituzione, nel 1958, del Consiglio Supremo della Magistratura, il quale ridusse fortemente l'influenza che sia la Cassazione sia l'esecutivo esercitavano sui tali giudici<sup>362</sup>.

L'art. 113 TULPS, ad avviso dei ricorrenti, risultava essere in palese contrasto con l'art. 21 Cost. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato dall'Avvocatura dello Stato, sosteneva

---

<sup>356</sup> CALAMANDREI P., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1956, pag. 150.

<sup>357</sup> In occasione, infatti, dell'assemblea indetta dal primo Presidente della Cassazione Eula, nel febbraio del 1956, era stato ritenuto inopportuno che la Cassazione avesse escluso la competenza della Corte costituzionale a sindacare la legittimità delle norme pre-costituzionali, ritenendo così "superata la distinzione tra leggi precedenti e successive all'entrata in vigore della Costituzione come criterio di differenziazione delle competenze tra la Cassazione e la Corte costituzionale" (CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, cit., pag. 207). Più in generale, sul dibattito relativo alla competenza della Corte costituzionale a giudicare la legittimità delle norme pre-costituzionali cfr. AA.VV., *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, I, 1956, pag. 261 ss.

<sup>358</sup> CALAMANDREI P., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, cit., pag. 149.

<sup>359</sup> ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, cit., pag. 547.

<sup>360</sup> ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, cit., pagg. 549-550.

<sup>361</sup> Si rinvia al par. 3.3.2.

<sup>362</sup> E' noto, infatti, che Cassazione ed esecutivo limitassero la c.d. "indipendenza interna" della magistratura (cfr. PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., pag. 147 ss.; CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pag. 232 ss.).

che la Corte costituzionale non fosse competente a giudicare della legittimità costituzionale di norme anteriori alla Costituzione per due ordini di ragioni: da un lato, “perché le norme precettive della Costituzione importano abrogazione delle leggi anteriori che siano con essa incompatibili e la relativa dichiarazione è di competenza esclusiva del giudice ordinario”, dall’altro perché “le norme costituzionali di carattere programmatico non importano difetto di legittimità di nessuna delle leggi vigenti anteriori alla Costituzione”. A tali argomentazioni, la Corte costituzionale rispose in modo lapidario, affermando che era “da considerare fuori di discussione la competenza esclusiva della Corte costituzionale a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, come è stabilito nell’art. 134 della Costituzione”. Il giudice costituzionale precisò, poi, che l’assunto secondo cui le norme precostituzionali non potessero formare oggetto di giudizio di costituzionalità non trovava alcun tipo di fondamento: da un punto di vista “testuale”, infatti, sia l’art. 134 Cost. sia l’art. 1 della l. cost. 1/1948, facevano riferimento alle “leggi” senza fare alcuna distinzione, e da un punto di vista “logico”, nel rapporto tra fonti era la Costituzione a dover prevalere sulla legge ordinaria, indipendentemente dal suo essere anteriore o posteriore alla Costituzione stessa. La Corte, insomma, riconosceva alla Carta del ’48 una posizione di assoluta primazia nella gerarchia delle fonti, escludendo che potessero permanere nell’ordinamento norme con essa in contrasto. Nonostante la chiarezza con cui la Corte risolse tale questione, deve essere evidenziato il fatto che il Presidente del Consiglio continuò per lungo tempo ad intervenire nei giudizi di legittimità costituzionale avanzando le medesime tesi sostenute nella sentenza 1/1956 (vale a dire la mancanza di competenza della Corte a sindacare la legittimità di norme anteriori alla Costituzione) ed intervenendo solo in via subordinata per difendere le leggi nel merito. Più in generale si può notare come il Capo del Governo sia spesso intervenuto in giudizio per salvaguardare la vigenza di leggi pre-costituzionali o per difenderne determinate interpretazioni, anche nei casi in cui il contrasto tra la Carta del ’48 e le leggi del passato regime era più evidente. In considerazione del fatto che il Presidente del Consiglio non è interveniente necessario nel giudizio<sup>363</sup>, la sua decisione di prendere parte allo stesso al fine di sostenere tali posizioni pare allora essere il frutto di una scelta politica ben precisa. Quantomeno in relazione alla pretesa mancanza di competenza della Corte a giudicare la costituzionalità delle leggi anteriori alla Costituzione e alla volontà di difendere anche nel merito la legislazione fascista, l’intervento del Presidente del Consiglio nei giudizi incidentali sembra vada collocato nella sfera di attività politica del Governo e vada dunque qualificato come atto di specificazione del suo indirizzo politico<sup>364</sup>.

Tornando più specificatamente alla sentenza 1/1956, va detto come il giudice delle leggi si pronunciò in modo netto anche sulla questione relativa alla distinzione tra norme programmatiche e norme precettive: secondo la Corte, infatti, “la nota distinzione... può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, *ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale*, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche”<sup>365</sup>.

<sup>363</sup> Già nel 1956 GIANNINI M.S., *Sull’intervento nel processo dinanzi alla Corte costituzionale (giudizi di legittimità costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1956, pag. 245, precisava che il Presidente del Consiglio era sì “*notificatario* necessario”, ma non “*interveniente* necessario” (corsivo nostro).

<sup>364</sup> In questo senso si veda TOSI S., *Il Governo davanti alla Corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1963: “Lungi dal manifestarsi come attività autonoma indifferente al vincolo fiduciario, l’intervento [del Presidente del Consiglio] è... da intendere come puntualizzazione e esecuzione dell’indirizzo implicitamente condiviso dalla forza istituzionalizzata Governo-maggioranza, unitariamente considerata”. L’Autore trae queste conclusioni da un’analisi dei comportamenti del Governo nei giudizi in via incidentale nel periodo 1956-1962. Sull’intervento del Capo del Governo nei giudizi in via incidentale cfr. altresì GIANELLI A., *L’intervento del Governo nei giudizi in via incidentale. Dalla Commissione Forti alla legge n. 87 del 1953*, Annali dell’Università di Ferrara, Ferrara, 1991; ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985.

<sup>365</sup> Corsivo nostro.

Un punto, invece, sul quale la Corte non sembrò esprimere una posizione del tutto chiara riguardava la distinzione tra abrogazione e illegittimità costituzionale: secondo i giudici, infatti, “i due istituti dell’abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell’abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge”. Se secondo alcuni Autori, da tale affermazione la Corte avrebbe sostenuto la propria esclusiva competenza a sindacare le questioni di legittimità costituzionale delle leggi anteriori<sup>366</sup>, secondo altri quelle parole potevano essere interpretate come “un arretramento della Corte su meno drastiche posizioni, quasi una “porta socchiusa” al riconoscimento del potere di qualsiasi giudice di dichiarare l’avvenuta abrogazione di norme anteriori ad opera di norme costituzionali precettive, anche ad evitare l’inconveniente pratico dell’apertura incidentale di giudizi costituzionali là dove ogni giudice poteva arrivare a definire rapidamente il giudizio di fronte a lui pendente”<sup>367</sup>. Tale problema non venne chiarito nemmeno dalla successiva giurisprudenza<sup>368</sup>. Di fatto, tuttavia, questo dibattito ebbe limitati risvolti a livello pratico, dal momento che i giudici, nella loro battaglia per l’attuazione della Costituzione, anziché dichiarare abrogata la norma, preferiranno sollevare la questione di costituzionalità alla Corte, affinché questa dichiarasse l’illegittimità della legge con effetti *erga omnes*.

Entrando nel merito della questione, con la sentenza 1/1956 la Corte costituzionale ritenne che l’art. 113 TULPS fosse in contrasto con quanto sancito dall’art. 21 Cost., dal momento che esso faceva dipendere da una concessione dell’autorità di pubblica sicurezza l’esercizio del diritto della libera manifestazione del pensiero: in particolare, secondo il giudice delle leggi, sussisteva una “eccessiva estensione di poteri discrezionali, non essendo in alcun modo delineata la sfera entro la quale [dovessero] essere contenuti l’attività di polizia e l’uso dei poteri di questa”. Non va dimenticato, inoltre, come la Corte, consapevole della “scarsa aderenza di alcune disposizioni della legge di p.s. ai principi e alle norme della Costituzione”, auspicò che “una materia così delicata [fosse] presto regolata in modo soddisfacente con una disciplina adeguata alle nuove norme della Costituzione”. Questa volontà di dialogo e di collaborazione da parte del giudice delle leggi con gli altri organi dello Stato deve essere sottolineata, dal momento che costituirà uno dei tratti caratteristici dell’azione della Corte costituzionale sin dai suoi primi anni di attività<sup>369</sup>. Nel caso di specie, tuttavia, l’invito al Legislatore a modificare il TULPS non venne seguito, dal momento che i disegni di legge finalizzati proprio alla sua revisione si persero nei meandri del Parlamento e non

---

<sup>366</sup> Così, ad esempio, CALAMANDREI P., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, cit., pag. 151.

<sup>367</sup> Così ricorda BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 126. Su questa posizione si veda LIEBMAN E.T., *Invalità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pag. 161 ss.

<sup>368</sup> Nella sentenza 40/1958, infatti, la Corte ritenne corretta la posizione del Consiglio di Stato che, rimettendo la questione di legittimità alla Corte stessa, aveva avvertito del fatto che “quelle relative alla compatibilità di una disposizione legislativa con una norma costituzionale sono questioni di legittimità costituzionale, di esclusiva competenza di questa Corte, anche se riguardino disposizioni anteriori all’entrata in vigore della norma costituzionale con cui siano incompatibili”. Tale pronuncia, nella quale il giudice delle leggi sembrava avere escluso la possibilità dei giudici di dichiarare l’abrogazione di norme precostituzionali, parve nuovamente messa in discussione dalle sentenze n. 1 e n. 4 del 1959. Da un lato, infatti, la Corte ribadì la propria competenza esclusiva a dichiarare l’illegittimità costituzionale delle norme precostituzionali e sostenne che anche qualora fosse stata dichiarata dai giudici in modo costante l’abrogazione di una norma legislativa, ciò non impediva in alcun modo alla Corte stessa di dichiararne l’illegittimità costituzionale, quando la questione fosse stata sollevata da un giudice. D’altro lato, non si può non rilevare come la Corte non sembrò mai vietare *espressamente* ai giudici comuni di dichiarare l’abrogazione di una legge precostituzionale perché in contrasto con la Costituzione.

<sup>369</sup> Cfr. SIMONCINI A., *L’avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, pagg. 3081, 3098 e 3102.

vennero approvati<sup>370</sup>. Ciò costrinse la Corte ad un importantissimo lavoro di “demolizione” delle norme di tale legge in contrasto con i principi della Costituzione.

La sentenza 1/1956 risulta essere emblematica, in quanto contiene una serie di caratteristiche che si ripresenteranno in molte delle successive pronunce: innanzitutto viene dichiarata l’illegittimità costituzionale di una norma pre-costituzionale, e infatti nella sua prima “stagione” il giudice delle leggi si occuperà proprio dell’eliminazione dall’ordinamento della legislazione fascista; la norma dichiarata incostituzionale, poi, appartiene al TULPS, che, come visto, costituiva uno degli esempi per eccellenza della legislazione autoritaria e i suoi articoli saranno oggetto di numerosissime sentenze della Corte; la questione, inoltre, proviene da giudici comuni e non dalla Cassazione, e in questo senso si può dire che si è trattato del primo esempio di “alleanza” tra magistratura ordinaria e Corte costituzionale al fine di dare attuazione ai principi e ai valori costituzionali; la sentenza 1/1956 rappresenta, poi, il primo caso di intervento del Presidente del Consiglio in giudizio finalizzato a sostenere la mancanza di competenza della Corte a sindacare la legittimità di norme anteriori alla Costituzione, nonché a difendere nel merito la norma stessa.

### 4.3. La Corte e i c.d. “culti acattolici”: uno stimolo (indiretto) per le riforme

L’avvento del Fascismo segnò l’inizio di tempi particolarmente duri per le confessioni religiose diverse da quella cattolica. Il primo provvedimento legislativo adottato dal regime per quel che riguardava le minoranze religiose fu la legge 1159/1929, recante “Disposizioni sull’esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi”. Va detto come, in realtà, tale legge venne accolta con una certa soddisfazione dai rappresentanti delle confessioni diverse da quella cattolica, dal momento che erano state recepite nel testo alcune delle richieste formulate, in particolare, dalla Tavola valdese nella primavera del 1929<sup>371</sup>.

Tale soddisfazione era tuttavia destinata a scemare rapidamente: le norme di attuazione della legge del 1929 (emanate con r.d. 289/1930), il nuovo Codice penale, il TULPS, nonché i Regi decreti legge 884/1932 e 1080/1932 determinarono infatti una notevole compressione delle libertà garantite ai culti acattolici. Fra le varie limitazioni previste dal r.d. 289, si può ricordare, ad esempio, l’art. 1, il quale stabiliva che l’apertura di un tempio dovesse essere richiesta da un ministro approvato e dovesse essere autorizzata con decreto reale, previa dimostrazione che il tempio “fosse necessario per soddisfare effettivi bisogni religiosi di importanti nuclei di fedeli” e “fornito di mezzi sufficienti per sostenere le spese di amministrazione”. È stato opportunamente evidenziato come “a parte l’ampiezza di apprezzamento che poteva esserci nel valutare se esistessero o meno questi requisiti, restava fissato che non potesse venire aperto il tempio dove non ci fosse già un importante nucleo di fedeli, che avesse effettivi bisogni religiosi”<sup>372</sup>. Il Codice Rocco stabiliva, poi, al pari di ciò che era previsto relativamente alla religione dello Stato, che l’offesa ad una religione diversa da quella cattolica mediante vilipendio di persone o cose ovvero attraverso il turbamento delle funzioni religiose costituiva delitto, ma la pena era diminuita (art. 406). Un altro esempio eclatante delle limitazioni delle libertà garantite ai culti acattolici è dato dall’art. 18 TULPS, il quale costituirà “per decenni... lo strumento per vietare e perseguire anche le riunioni di preghiera o di culto in case private”<sup>373</sup>. Esso, infatti, affermava che era “considerata pubblica anche

---

<sup>370</sup> Si rinvia al par. 4.5.

<sup>371</sup> Era stata, infatti, introdotta, l’espressione “culti ammessi” in luogo di “culti tollerati” (ritenuta offensiva), era stata riconosciuta la possibilità, per i ministri dei diversi culti, di celebrare matrimoni con effetti civili, ed inoltre veniva consentito a tali religioni di avere ministri del culto “riconosciuti” (cfr. LONG G., *Le confessioni religiose “diverse dalla cattolica”. Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, il Mulino, Bologna, 1991, pag. 22 ss.).

<sup>372</sup> JEMOLO A.C., *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19, 21 della Costituzione*, in *Dir. eccl.*, 1952, pag. 409.

<sup>373</sup> LONG G., *Le confessioni religiose “diverse dalla cattolica”. Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pagg.

una riunione che, sebbene indetta in forma privata, tuttavia per il luogo in cui sarà tenuta o per il numero delle persone che dovranno intervenire, o per lo scopo o l'oggetto di essa, ha carattere di riunione non privata". Con i Regi decreti 884 e 1080 del 1932, inoltre, la titolarità della politica dei culti acattolici passò dal Ministro della Giustizia al Ministro dell'Interno: questa scelta, come si mostrerà a breve, comportò una serie di conseguenze negative in capo a tali confessioni.

A completamento dei provvedimenti "di sfavore" nei confronti delle religioni diverse da quella cattolica, si può, poi, menzionare la circolare 600/158 del 9 aprile 1935, diramata ai prefetti dal Ministero dell'Interno, nella quale si vietava "l'esercizio di qualsiasi attività religiosa ai pentecostali, ritenendo il loro culto non compatibile con le limitazioni imposte dall'art. 1 della legge sui culti ammessi"<sup>374</sup>; a tale circolare, se ne aggiunsero presto altre due (la n. 441/027713 del 22 agosto 1939 e la n. 441/02977 del 13 marzo 1940), volte ad intensificare le indagini nei confronti dei pentecostali, nonché a colpire i "Testimoni di Geova" e gli "Studenti della Bibbia"<sup>375</sup>. Per quel che riguarda la persecuzione delle minoranze si ricordano, infine, le leggi razziali del 1938.

E' stato osservato che nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente "gli interventi diretti a una migliore garanzia delle minoranze religiose furono dettati più dalla volontà di reagire al recente passato... che non a organizzare un chiaro quadro di riferimento per il futuro sviluppo del pluralismo religioso in Italia"<sup>376</sup>. Per tale motivo vennero eliminati i riferimenti sia ai "principi" (poiché non poteva spettare agli organi di polizia la valutazione sul merito dei principi di una fede religiosa) sia all'"ordine pubblico" (in quanto criterio troppo evanescente ed idoneo ad essere utilizzato come pretesto per vietare determinate manifestazioni religiose)<sup>377</sup>.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che riconosce in modo inequivocabile l'eguaglianza di tutte le religioni dinanzi alla legge (art. 8) e il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa quale essa sia (art. 19), segnò una forte discontinuità rispetto alla ricordata politica persecutoria portata avanti dal regime fascista nei confronti delle confessioni diverse da quella cattolica. Tale discontinuità, tuttavia, rimase per diversi anni solamente formale, poiché di fatto i culti acattolici continuarono a trovarsi in una posizione particolarmente difficile: la continuità dello Stato, insomma, si affermava con forza anche in questo ambito<sup>378</sup>.

Per la verità, segnali positivi erano provenuti dalla magistratura, la quale, in controtendenza rispetto al proprio orientamento generale, aveva considerato gli artt. 8 e 19 norme precettive di immediata applicazione<sup>379</sup>. Da parte del Ministro dell'Interno<sup>380</sup>, tuttavia, si registrò un notevole ostruzionismo, volto, in particolare, a mantenere la disciplina sui culti ammessi del 1929-1930 e a

---

27-28.

<sup>374</sup> PEYROT G., *Provvedimenti ostativi dell'autorità di polizia e garanzie costituzionali per il libero esercizio dei culti ammessi*, in *Dir. eccl.*, 1951, pag. 204., dove si può trovare anche il testo della circolare.

<sup>375</sup> Anche in questo caso il testo delle circolari può essere letto in PEYROT G., *Provvedimenti ostativi dell'autorità di polizia e garanzie costituzionali per il libero esercizio dei culti ammessi*, cit., pag. 204 ss.

<sup>376</sup> GUAZZAROTTI A., *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 15.

<sup>377</sup> Sui dibattiti in Assemblea costituente cfr. altresì LONG G., *Alle origini del pluralismo confessionale. Il dibattito sulla libertà religiosa nell'età della Costituente*, il Mulino, Bologna, 1990; FALZONE V., *La Costituzione ed i culti non cattolici*, Giuffrè, Milano, 1953, pag. 23 ss.

<sup>378</sup> JEMOLO A.C., *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19, 21 della Costituzione*, cit., pag. 415, afferma che "il Ministro degli Interni e in obbedienza a sue disposizioni le autorità di pubbl. sicurezza non hanno dato alcuna attuazione a queste norme [artt. 8 e 19 Cost.], e tutto è rimasto com'era tra il 1929 ed il 1943...".

<sup>379</sup> Si rinvia al par. 3.3.2. Sul dibattito norme programmatiche – norme precettive relativamente agli artt. 8 e 19, oltre alle pronunce già ricordate, si veda FALZONE V., *La Costituzione ed i culti non cattolici*, cit., pag. 50 ss.

<sup>380</sup> Ministro a cui continuava a spettare la titolarità della politica sui culti acattolici. LONG G., *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica". Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pag. 35, ricorda come "tutto ciò che riguarda i "culti" è riservato al Ministero dell'Interno e neppure i Presidenti del Consiglio intervengono in questo argomento. Più che una delega, si potrebbe parlare di una "prerogativa"...; e questa sensazione è confermata dal dato storico che mai il Ministero dell'Interno è stato affidato... ad un ministro non democristiano".

ritardare (se non evitare) la stipula delle intese con le confessioni diverse da quella cattolica, prevista, invece, dall'art. 8 c. 3 Cost. L'obiezione con cui veniva impedita la stipula delle intese si fondava sul metodo. I rappresentanti dei culti acattolici, infatti, sostenevano che per raggiungere un'intesa fosse necessario aprire delle trattative bilaterali, e a tal fine, a partire dal 1948, vennero presentati al Governo una serie di appelli e di proposte. Il Ministero dell'Interno, tuttavia, rispondeva che le confessioni diverse da quella cattolica erano libere di presentare "concrete proposte al Ministero dell'Interno, il quale le avrebbe fatto oggetto di esame ed avrebbe proposto le necessarie intese e, quindi, il provvedimento legislativo". In ogni caso – continuava il Ministero – non bisognava dimenticarsi che "esiste[va] già una regolamentazione (legge 24 giugno 1929, n. 1159, e regolamento 28 febbraio 1930, n. 289) dei culti acattolici"<sup>381</sup>. La strategia, insomma, era chiaramente all'insegna dell'unilateralità: era il Ministro, infatti, una volta ricevuta la proposta, a decidere se e quando emanare un'intesa, con il risultato di riuscire a mantenere invariata la legislazione vigente.

Al fine di sbloccare una situazione che, *rebus sic stantibus*, sembrava destinata a protrarsi a tempo indeterminato, nel 1955 fu "provocatoriamente"<sup>382</sup> presentato un progetto di legge, sottoscritto da La Malfa e da altri deputati laici, finalizzato non solo a stabilire "precise disposizioni" relativamente alle procedure mediante cui stipulare le intese, ma anche ad abrogare la disciplina sui culti ammessi<sup>383</sup>.

"Se le minoranze religiose non trovarono "accesso" alla soluzione politica, lo trovarono rispetto a quella "giurisdizionale"<sup>384</sup>: l'entrata in funzione della Corte costituzionale, infatti, aprì "un'altra via, diversa dal defatigante ricorso al Governo e al Parlamento, per ottenere la caduta delle norme più limitative della libertà dei culti"<sup>385</sup>. La sentenza 1/1956, pur non riguardando direttamente le confessioni minoritarie, risultò essere di estrema rilevanza, poiché sanciva il principio per cui anche le norme anteriori alla Costituzione potevano essere oggetto del sindacato di costituzionalità.

A tale pronuncia si aggiunsero, poi, le sentenze 45/1957 e 59/1958. Nella prima di queste due decisioni il giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 25 TULPS, nella parte che implicava l'obbligo del preavviso per le funzioni, cerimonie o pratiche religiose in luoghi aperti al pubblico, in quanto in contrasto con l'art. 17 Cost. L'Avvocatura dello Stato, al fine di dimostrare la legittimità costituzionale dell'art. 25, aveva fatto riferimento al criterio di specialità, sostenendo che l'art. 17 Cost. si riferiva "alle riunioni di qualsiasi tipo, ed [era] pertanto di carattere generale". Secondo l'Avvocatura, l'art. 25 sopravviveva all'art. 17 Cost. "non potendo una norma di carattere generale derogare alle norme speciali anteriori". La Corte, tuttavia, smontava tale ragionamento ritenendo che l'art. 17 "si ispira[sse] a così elevate e fondamentali esigenze della vita sociale da assumere necessariamente una portata ed efficacia generalissima, tali da non consentire la possibilità di regimi speciali". L'Avvocatura, poi, sempre al fine di dimostrare la legittimità dell'art. 25 TULPS, richiamava l'art. 19 Cost.<sup>386</sup>, e da

---

<sup>381</sup> Lettera del Ministro Scelba del 31 maggio 1952.

<sup>382</sup> Così GUAZZAROTTI A., *Giudici e minoranze religiose*, cit., pag. 17.

<sup>383</sup> Camera dei Deputati, II legislatura, proposta di legge n. 2432 "Sull'esercizio dei diritti di libertà religiosa e sulla regolamentazione dei rapporti correnti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica", annunciata il 21 luglio 1956. Tale proposta, come detto, sanciva l'abrogazione della legislazione sui culti ammessi, lasciando in vigore alcune norme non ritenute in contrasto con i principi costituzionali; la procedura per la stipula delle intese, poi, era volta a sancire la bilateralità delle trattative e a limitare le "prerogative" del Ministro degli Interni (cfr. LONG G., *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica". Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pag. 37 ss.).

<sup>384</sup> GUAZZAROTTI A., *Giudici e minoranze religiose*, cit., pag. 18.

<sup>385</sup> LONG G., *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica". Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pag. 39.

<sup>386</sup> "Tutti hanno diritto di professare la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne

questo deduceva che “l’obbligo del preavviso [doveva] intendersi preordinato ad accertare se nei singoli casi le funzioni e pratiche religiose che si intend[evano] compiere nei luoghi a ciò destinati, e quindi anche semplicemente aperti al pubblico, preved[evano] o meno riti contrari al buon costume, e ciò ai fini della facoltà conferita alla autorità di pubblica sicurezza di vietarne il compimento”. Anche di fronte a tale argomentazione la Corte costituzionale rispondeva in modo lapidario che “la regola che si vorrebbe dedurre da siffatta interpretazione, cioè che ad ogni limitazione posta ad una libertà costituzionale debba implicitamente corrispondere il potere di un controllo preventivo dell’autorità di pubblica sicurezza, non sussiste nel nostro ordinamento”.

Se si considera che la norma dell’art. 25 “era stata più volte utilizzata per interrompere e vietare funzioni religiose anche in case private e che era avvertita come uno dei più pesanti limiti alla libertà religiosa”<sup>387</sup>, si può comprendere come tale pronuncia del giudice delle leggi risultava essere sintomatica del fatto che i tempi erano davvero cambiati.

Di notevole importanza fu, poi, anche la sentenza 59/1958. Con tale pronuncia la Corte costituzionale dichiarò l’illegittimità costituzionale, in quanto contrastanti con gli artt. 8 e 19 Cost., dell’art. 1 del r.d. 289/1930 (in quanto richiedeva l’autorizzazione governativa per l’apertura di templi od oratori, oltre che per gli effetti civili, anche per l’esercizio del culto) e dell’art. 2 dello stesso decreto (che sottoponeva l’esercizio della facoltà di tenere cerimonie religiose e compiere altri atti di culto negli edifici aperti al culto alla condizione che la riunione fosse presieduta o autorizzata da un ministro di culto la cui nomina fosse stata approvata dal Ministro competente)<sup>388</sup>.

Nel dichiarare l’incostituzionalità di tali norme, la Corte respinge, innanzitutto, l’argomento, sostenuto dall’Avvocatura dello Stato, della carenza legislativa che seguirebbe alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali articoli. Secondo il giudice costituzionale, da un lato il libero esercizio del culto trova riconoscimento e limite nella Costituzione, in particolare nell’art. 19, “con precetti contenenti una ben chiara e concreta disciplina, dall’altro i rapporti delle confessioni acattoliche con lo Stato, in difetto di altre norme da emanarsi a seguito di intese, continuano ad essere regolati dalle norme vigenti, nella parte che ne rimane in vita, in quanto non importa lesione della libertà di culto costituzionalmente garantita”. In termini più generali, poi, la Corte afferma che il suo potere “di dichiarare la illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne”, e che “spetta alla saggezza del legislatore, sensibile all’impulso che naturalmente proviene dalle sentenze di questa Corte, di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno”. Queste ultime considerazioni risultano di particolare interesse, soprattutto alla luce del fatto che una delle critiche più frequenti mosse nei confronti del giudice delle leggi è stata proprio quella di una sua un’eccessiva “prudenza” della dichiarazione di illegittimità costituzionale per timore di creare lacune legislative.

E’ senz’altro vero che le due sentenze sopra citate non risolsero certo tutti i problemi delle minoranze religiose, ma non si può negare come esse dichiararono l’incostituzionalità di alcune fra le norme che avevano permesso in passato “i maggiori abusi e di cui veniva chiesta con più forza l’abrogazione”<sup>389</sup>. Le pronunce della Corte costituzionale, inoltre, ebbero il merito non solo di allentare la pressione delle confessioni religiose per il raggiungimento delle intese, ma anche di

---

propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume”.

<sup>387</sup> LONG G., *Le confessioni religiose “diverse dalla cattolica”*. *Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pag. 40.

<sup>388</sup> Viene, invece, dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3 della legge 1159/1929, che stabilisce che l’obbligo di notificare le nomine dei ministri dei culti acattolici al Ministro competente per l’approvazione è da ritenersi sancito se e in quanto da tali nomine la confessione religiosa miri a far dipendere determinati effetti nell’ambito dell’ordinamento giuridico statale; tale articolo prevede, inoltre, che non possa essere riconosciuto nessun effetto civile agli atti dei ministri di culto non approvati.

<sup>389</sup> LONG G., *Le confessioni religiose “diverse dalla cattolica”*. *Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pag. 40.

rendere meno intensa la politica repressiva da parte del Governo. In effetti, i primi risultati non tardarono ad arrivare. Nel 1961 il Governo aveva presentato in Parlamento un disegno di legge relativo all'istituzione di un fondo per l'assicurazione di invalidità e vecchiaia per il clero cattolico; alla proposta, formulata in sede di commissione, di estendere il provvedimento ai ministri degli altri culti, l'allora Ministro degli Interni Scelba rispose (presentando un proprio disegno di legge) che esso doveva essere limitato ai soli ministri del culto "approvati" e che, in ogni caso, dovevano essere esclusi quelli israelitici poiché ad essi si applicava il r.d. 1731/30 che poneva la loro previdenza a carico delle comunità e dell'Unione. A questo punto "le confessioni evangeliche tentarono... di utilizzare il provvedimento legislativo per sperimentare l'istituto delle intese; ed ottennero la presentazione di emendamenti che prevedevano l'iscrizione al fondo di tutti i ministri di culto, approvati o meno, delle confessioni che avessero stipulato a tal fine apposita intesa"<sup>390</sup>. Sebbene con qualche difficoltà, Governo e culti acattolici raggiunsero l'accordo, che prevedeva che l'estensione della previdenza ai ministri delle confessioni diverse da quella cattolica fosse subordinata ad un'apposita intesa. E' stato opportunamente sottolineato che "le "piccole intese" previdenziali non costituiscono... una diretta applicazione dell'art. 8, terzo comma, Cost... In quel momento storico, costituirono però una interessante apertura"<sup>391</sup>.

Con il suo intervento, quindi, la Corte costituzionale non solo espulse dall'ordinamento alcune delle norme più limitative della libertà religiosa per le confessioni diverse da quella cattolica, ma indirettamente diede anche un impulso al legislatore affinché emanasse provvedimenti a favore dei culti acattolici (concretizzatisi nelle "piccole intese previdenziali").

#### **4.4. La Corte e il diritto di sciopero: la "supplenza" dinanzi all'inerzia del Parlamento**

L'atteggiamento fortemente repressivo del Fascismo nei confronti dello sciopero è noto: gli artt. 18-22 della legge 563/1926 sancirono, infatti, il divieto, penalmente sanzionato, di sciopero e serrata, e tali disposizioni (assieme a quelle del regolamento approvato con r.d. 1130/1926) vennero recepite dal Codice penale del 1930.

In questo senso, l'art. 40 Cost., che sancisce che "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano", segnò una totale rottura rispetto al passato. Già in Assemblea costituente, tuttavia, venne paventato un pericolo che non tardò a tramutarsi in realtà: "Io veramente ho timore – sosteneva il deputato Foa – che, se nell'atto in cui si afferma il diritto di sciopero, si rinvia genericamente la sua disciplina alla legge senza precisare l'orientamento ed i limiti dell'attività legislativa, si venga a svuotare questo diritto... nella sua portata costituzionale"<sup>392</sup>. In effetti, ciò che accadde fu proprio la mancanza di intervento da parte del legislatore, il quale non diede attuazione alla norma costituzionale. I giudici si trovarono così piuttosto liberi nell'interpretazione dell'art. 40: se per un verso, come già ricordato, essi non esitarono a dichiarare la precettività di tale norma<sup>393</sup>, d'altro verso optarono (soprattutto la Cassazione) per una "definizione restrittiva delle forme di autotutela, riconoscendo piena legittimità soltanto agli

---

<sup>390</sup> LONG G., *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica". Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pag. 41.

<sup>391</sup> LONG G., *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica". Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, cit., pag. 41. Un'ulteriore apertura a favore dei culti acattolici si ebbe, poi, nel 1968, con la legge 817/1973 ("Estensione agli ospedali religiosi acattolici del trattamento e inquadramento previsto dalla l. 132/1968"). Perché venisse data effettiva attuazione al c. 3 dell'art. 8 fu, tuttavia, necessario aspettare il periodo 1984-1987 (la c.d. "stagione delle intese").

<sup>392</sup> Atti ass. cost., 12 maggio 1947, ricordato da ROMAGNOLI U., *Art. 40*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 291.

<sup>393</sup> Le uniche eccezioni sono date dalle già ricordate pronunce del Tribunale di Cremona (si veda il par. 3.3.2.).

scioperi di carattere economico-professionale<sup>394</sup>. Romagnoli sottolinea il fatto che una giurisprudenza di tal tipo fu la conseguenza di una pluralità di fattori, non riconducibile esclusivamente a fattori generazionali o culturali: “i giudici non capiscono soltanto il linguaggio legislativo: c’è anche quello dei Ministri dell’Interno e della Giustizia; c’è quello del Ministro del Lavoro, significativamente coricato sulla linea d’un “viceministro di polizia”; c’è quello dei procuratori generali della Repubblica e dei prefetti; c’è quello dei mezzi di comunicazione di massa...; c’è infine il linguaggio impiegato nei corsi universitari dove vengono adottati manuali di diritto del lavoro, che insegnano come “il diritto deve evolvere, non fare salti”<sup>395</sup>.

Insomma, così come nel caso della libertà religiosa, anche in materia di sciopero la Corte costituzionale iniziò ad operare in un clima non particolarmente di favore verso l’esercizio di tale diritto. Questa situazione può dunque spiegare (quantomeno in parte) il motivo per cui il giudice delle leggi tardò diversi anni prima di affermare un indirizzo giurisprudenziale in aperto contrasto rispetto agli orientamenti che si erano affermati sino a quel momento<sup>396</sup>. In un cammino durato all’incirca quindici anni (dal 1960 al 1974), la Corte intervenne in tema di sciopero in modo progressivo, ma sempre con maggiore incisività, svolgendo un ruolo fondamentale di “supplenza” rispetto al Parlamento, il quale continuava a non emanare le leggi regolatrici di tale diritto richieste dalla Costituzione. Lo sciopero costituiva, allora più che mai, una materia di particolare rilevanza, soprattutto alla luce della sua idoneità ad incidere in modo determinante sul processo di democratizzazione in corso nel Paese. La stessa Corte costituzionale non mancò di sottolineare quella che è stata definita “essenziale connessione sussistente tra disciplina della autotutela sindacale e regime di uno Stato”<sup>397</sup>. Nella sentenza 29/1960, ad esempio, il giudice costituzionale, nell’effettuare una ricostruzione storica dell’istituto dello sciopero e di quello della serrata, richiamava la relazione ministeriale al progetto definitivo per il Codice penale del 1931, nel quale si sosteneva che “il divieto della serrata e dello sciopero si rendeva necessario “per segnare un netto trapasso fra due regimi [quello liberale e quello autoritario], e porre un energico disconoscimento del principio democratico, che, all’opposto, ammetteva la libertà di coalizione e di sciopero”. Nella sentenza 290/1974, poi, la Corte sottolineava come il diritto di sciopero acquistasse un valore particolarmente rilevante in un ordinamento democratico in ragione della sua funzione di partecipazione democratica.

Il giudice costituzionale, quindi, vista l’inerzia del legislatore, si sostituì ad esso, facendosi carico di individuare la definizione di sciopero, i relativi limiti e le finalità ammesse<sup>398</sup>. Al fine di dare conto della progressiva evoluzione della giurisprudenza della Corte, verranno brevemente riprese quattro pronunce.

Nella sentenza 29/1960<sup>399</sup>, oltre ad essere ribadita l’immediata precettività dell’art. 40 Cost.,

---

<sup>394</sup> SANTONI F., *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1991, pag. 24.

<sup>395</sup> ROMAGNOLI U., *Art. 40*, cit., pag. 294.

<sup>396</sup> Cfr. ONIDA V., *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1969, pag. 918.

<sup>397</sup> PERONE G.C., *La giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata*, in CATALDI E., FLAMMIA R., MAZZIOTTI F., MORTILLARO F., PERONE G.C., SCOGNAMIGLIO R., SIMI V., VENETO G., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli Editore, Milano, 1978, pag. 360 (corsivo nostro).

<sup>398</sup> Va detto, tra l’altro, che tale sostituzione risultava essere pienamente legittima. MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, V, 1970, pag. 160, ricorda, infatti, che “alla mancata emanazione della legge può validamente farsi corrispondere la pronuncia del giudice costituzionale tutte le volte che essa sia resa necessaria dalla salvaguardia di beni che la Costituzione ha voluto preservare dall’indiscriminato esercizio di un diritto consentito. Così è avvenuto per il diritto di sciopero ex art. 40...”.

<sup>399</sup> Prima di questa pronuncia può essere ricordata la sentenza 46/1958, in cui la Corte evadeva la questione dei limiti del diritto di sciopero, sostenendo che l’art. 333 c.p. non poteva “trovare applicazione allorché l’abbandono dell’ufficio, servizio o lavoro costituisca semplice partecipazione ad uno sciopero, se e in quanto questo possa essere considerato legittimo”.

viene riconosciuta l'illegittimità dell'art. 502 c.p. (che incriminava lo sciopero e la serrata per fini contrattuali), proprio sul presupposto che lo sciopero posto in essere per fini contrattuali costituisse l'oggetto prevalente della tutela prevista dalla norma costituzionale.

La sentenza 123/1962 è indubbiamente una pronuncia di notevole importanza, in particolare perché “la Corte ha modo per la prima volta di esporre per esteso le proprie idee sui limiti del diritto di sciopero”<sup>400</sup>. Quest'ultimo viene definito, con un espresso richiamo “alla tradizione accolta dal Costituente”, come “astensione totale dal lavoro da parte di più lavoratori subordinati, al fine della difesa dei loro interessi economici”. Secondo la Corte, si può dedurre che lo sciopero è legittimo solamente quando sia rivolto a conseguire fini di carattere economico dal fatto che l'art. 40 risulta collocato sotto il titolo terzo della prima parte della Costituzione, relativo, per l'appunto, ai rapporti economici. Il giudice delle leggi, tuttavia, sottolinea come “la tutela concessa a tali rapporti non può rimanere circoscritta alle sole rivendicazioni di indole meramente salariale, ma si estende a tutte quelle riguardanti il complesso degli interessi dei lavoratori che trovano disciplina nelle norme racchiuse sotto il titolo stesso”. A ciò si aggiunge il fatto che la Corte pare ammettere, sebbene entro certi limiti, lo sciopero di solidarietà<sup>401</sup>. La concezione strettamente contrattuale del conflitto collettivo (cioè quella “alla cui stregua esso viene ridotto ad una dialettica tra le controparti a prescindere dal più generale contesto”<sup>402</sup>), insomma, sembra essere sostituita da una concezione, indubbiamente più ampia, di “sciopero economico” o economico-professionale<sup>403</sup>.

Se già nella pronuncia del 1962 la Corte aveva iniziato a liberarsi delle concezioni più restrittive imperanti in materia di sciopero, con la sentenza 31/1969 si può affermare che vi è stato un vero e proprio “salto di qualità”. Quest'ultimo riguarda, in primo luogo, la definizione: se nella sentenza 123/1962 si faceva riferimento ad una “astensione *totale* dal lavoro da parte di più lavoratori subordinati”<sup>404</sup> e ci si richiamava “alla tradizione accolta dal Costituente”, la pronuncia del 1969 parla di “sospensione dell'attività di lavoro da parte di lavoratori dipendenti”, secondo quella che è “l'origine e la funzione attribuita al termine nell'attuale fase storica”. In primo luogo la scomparsa dell'attributo “totale” starebbe ad indicare la legittimità di forme di sciopero “parziali”, come quello “a scacchiera” o “a singhiozzo”<sup>405</sup>, negate, invece, da parte della dottrina<sup>406</sup>. Si può notare, inoltre, come la nozione di sciopero non venga più “individuata in relazione... al dato statico della tradizione accolta dal Costituente, ma a quello dinamico dello specifico periodo storico”<sup>407</sup>. E', tuttavia, sul fronte delle finalità che si registrano le innovazioni più significative. La

---

<sup>400</sup> ONIDA V., *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, cit., pag. 919.

<sup>401</sup> “Pertanto, la sospensione del lavoro la quale venga effettuata in appoggio a rivendicazioni di carattere economico cui si rivolge uno sciopero già in via di svolgimento, ad opera di lavoratori appartenenti alla stessa categoria dei primi scioperanti, non può non trovare giustificazione ove sia accertata l'affinità delle esigenze che motivano l'agitazione degli uni e degli altri, tale da fare fondatamente ritenere che senza l'associazione di tutti in uno sforzo comune esse rischiano di rimanere insoddisfatte”.

<sup>402</sup> PERONE G.C., *La giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata*, cit., pag. 388.

<sup>403</sup> PERONE G.C., *La giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata*, cit., pag. 389. La Corte, comunque, precisa (e lo ribadirà anche in altre occasioni) che la verifica della sussistenza dei requisiti propri degli scioperi ritenuti legittimi spetta ai giudici di merito, dovendo essi tenere presente la situazione di fatto riscontrabile in ciascun caso, nonché il collegamento tra gli interessi economici di cui si invoca la soddisfazione e l'ampiezza delle categorie coinvolte. “Per la Corte non vi era, dunque, dubbio sulla possibilità che il giudice di merito procedesse all'applicazione diretta della norma costituzionale, con ampia discrezionalità quanto all'individuazione dei comportamenti garantiti, oltre che alla costruzione dei limiti all'esercizio del diritto ricavabili dalla Costituzione” (BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 181).

<sup>404</sup> Corsivo nostro.

<sup>405</sup> Cfr. ONIDA V., *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, cit., pag. 921.

<sup>406</sup> Cfr. PACE A., *Spunti per una delimitazione “costituzionale” dello sciopero*, in *Giur. cost.*, 1964, pag. 1444 ss.

<sup>407</sup> PERONE G.C., *La giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata*, cit., pag. 380.

sentenza 31/1969 afferma, infatti, che lo sciopero risulta essere “strumentale pel conseguimento dei beni economico-sociali che il sistema costituzionale collega alle esigenze di tutela e di sviluppo della loro personalità”. Rispetto alla decisione di sette anni prima, manca il richiamo al titolo terzo della Costituzione, e gli “interessi economici” vengono sostituiti dai “beni economico-sociali” connessi alla tutela e allo sviluppo della personalità dei lavoratori. La dilatazione del concetto di sciopero economico posta in essere dalla Corte risulta essere tale da rendere estremamente difficile distinguere, secondo alcuni, le ipotesi di sciopero economico (legittimo) da quelle di sciopero non economico (illegittimo)<sup>408</sup>. Non è un caso che sia stato messo in luce come a quel punto, nella posizione della Corte, mancasse “solo l’ultimo passo, ... logico e necessario: il riconoscimento cioè che il diritto di sciopero costituzionalmente garantito attiene al perseguimento di qualsiasi interesse collettivo, al di fuori di qualunque carattere di necessaria “economicità””<sup>409</sup>.

L’“ultimo passo” appena richiamato venne compiuto nella pronuncia 290/1974, nella quale la Corte costituzionale dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’art. 503 c.p. “nella parte in cui punisce anche lo sciopero politico che non sia diretto a sovvertire l’ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare”. Così come aveva fatto nella sentenza 29/1960, anche in questo caso il giudice delle leggi inizia la propria argomentazione sostenendo la *forte correlazione tra la disciplina dell’autotutela sindacale e il regime di uno Stato*. Secondo la Corte, infatti, il divieto di sciopero sancito nel regime fascista trovava la sua vera motivazione “nella logica di un assetto costituzionale repressivo di ogni libertà e in una concezione del rapporto di lavoro non conciliabile con quella che risulta da vari articoli della Costituzione”. Quest’ultima, al contrario, “rovesciando i principi di fondo di quella logica, ha dato ampio spazio alla libertà dei singoli e dei gruppi, riconoscendola e tutelandola con i soli limiti che risultino strettamente necessari a salvaguardare altri interessi che concorrano a caratterizzare il nuovo assetto democratico della società”. A conferma di tale tesi, il giudice costituzionale ricorda che il codice penale Zanardelli del 1889 “ispirato a principi di libertà, non puniva affatto lo sciopero politico” e che negli ordinamenti democratici lo scopo politico dell’astensione collettiva dal lavoro non acquistava, di per sé, rilevanza penale. Da qui la considerazione secondo cui l’art. 503 c.p. sarebbe “un *unicum* nella storia della nostra legislazione e nella comparazione di ordinamenti democratici: il che conferma la sua matrice storica e politica, connotata alla struttura totalitaria del passato regime”. La Corte ritiene, dunque, che siano i “fondamentali principi di libertà che caratterizzano il nuovo ordinamento” ad escludere la punibilità indiscriminata dello sciopero per il solo fatto che esso abbia uno scopo di tipo politico. Va sottolineato come questo tipo di argomentazione costituisca una delle rare eccezioni rispetto a quello che, invece, era l’orientamento generale del giudice costituzionale, vale a dire quello secondo cui norme emanate nel precedente regime potevano certamente sopravvivere nel nuovo ordinamento, purché non fossero in contrasto con i principi costituzionali. Onida insiste parecchio su questo punto: “la Corte, di regola, non imposta il problema in termini di contrapposizione tra vecchio e nuovo ordinamento: al contrario muove, spesso esplicitamente, dalla premessa che norme sorte con fini dichiaratamente incompatibili con valori costituzionali, e in un clima ideologico e politico cui la Costituzione solennemente si contrappone, ben possono continuare ad operare nel sistema, data l’indipendenza del contenuto normativo dai fini e dalle ideologie che hanno determinato il sorgere della norma, e data la possibilità di ridurre tale contenuto a coerenza con i nuovi principi che governano l’ordinamento”<sup>410</sup>. E’ evidente come questo tipo di orientamento della

---

<sup>408</sup> La Corte dichiara, comunque, l’illegittimità costituzionale dell’art. 330, c. 1 e c. 2, c.p., “limitatamente all’applicabilità allo sciopero economico che non comprometta funzioni o servizi pubblici essenziali, aventi caratteri di preminente interesse generale ai sensi della Costituzione”.

<sup>409</sup> ONIDA V., *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, cit., pag. 925.

<sup>410</sup> ONIDA V., *L’attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, cit., pag. 518 ss. Le sentenze che

Corte abbia, da un lato, favorito la sopravvivenza di molte norme del precedente regime autoritario, ma, d'altro lato, abbia anche permesso la riconduzione di determinate leggi a significati maggiormente aderenti al dettato costituzionale.

Ritornando più specificatamente alla sentenza in esame, va detto come uno degli passaggi più significativi sia, poi, quello relativo al collegamento tra il diritto di sciopero e l'art. 3 Cost. Secondo la Corte, infatti, "ammettere che lo sciopero possa avere il fine di richiedere l'emanazione di atti politici non significa affatto incidere sulle competenze costituzionali rendendone partecipi i sindacati, né significa dare ai lavoratori una posizione privilegiata rispetto agli altri cittadini. Significa soltanto ribadire quanto dalla Costituzione già risulta: esser cioè lo sciopero un mezzo che, necessariamente valutato nel quadro di tutti gli strumenti di pressione usati dai vari gruppi sociali, è idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione". Il diritto di sciopero, dunque, secondo il giudice costituzionale, acquista un valore particolarmente rilevante in un ordinamento democratico in ragione della sua funzione di partecipazione democratica: esso costituisce "un mezzo per lo sviluppo della persona umana del lavoratore e per la promozione della sua effettiva partecipazione alla trasformazione dei rapporti economici, sociali e politici in cui egli opera"<sup>411</sup>. Viene così superata ampiamente la logica contrattualistica che per lungo tempo aveva caratterizzato non solo gran parte della dottrina, ma anche la stessa giurisprudenza costituzionale.

Come già ricordato, il motivo di un intervento così incisivo della Corte costituzionale fu dato dalla mancata emanazione, da parte del Parlamento, delle leggi regolatrici dello sciopero. E' stato opportunamente evidenziato come tale "vuoto legislativo equivale[sse]... ad una scelta di politica del diritto"<sup>412</sup>. In verità alcuni progetti di legge, in periodi diversi, vennero presentati, ma nessuno di questi fu mai approvato<sup>413</sup>. A causa, tuttavia, degli indirizzi particolarmente restrittivi previsti da tali progetti, e alla luce, invece, dell'orientamento sempre più "aperto" espresso dalla giurisprudenza costituzionale, la perdurante assenza di una legislazione regolatrice della materia è stata, in fin dei conti, un bene: tale assenza "ha probabilmente evitato danni maggiori, ed è perciò in certo senso opportuna, in quanto consente (e in parte forse ha già consentito) l'affermarsi di indirizzi interpretativi meno lontani dallo spirito originario della proclamazione costituzionale del diritto di sciopero..."<sup>414</sup>.

#### **4.5. La Corte e l'ordine pubblico: un esempio di fermezza e prudenza**

Come in ogni regime autoritario, anche sotto il Fascismo le politiche repressive venivano spesso giustificate in nome della tutela dell'ordine pubblico. Barile ricorda che "i compiti della polizia furono dal Fascismo enormemente ampliati, sulla base della tutela di un "bene" che fino ad allora aveva fatto solo qualche sporadica apparizione nella legge crispina, l'"ordine pubblico", spesso affiancato dal sostanziale sinonimo-rafforzativo della "sicurezza pubblica", e dagli annessi della "pubblica moralità" e del "buon costume"<sup>415</sup>. In particolare fu il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931 a costituire uno degli strumenti più efficaci del regime fascista per

---

confermano tale orientamento sono numerose: si possono citare la 5/1962, la 9/1965, la 87/1966, la 114/1967 (si rinvia per questa sentenza al paragrafo successivo), la 31/1969, la 84/1969.

<sup>411</sup> PERONE G.C., *La giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata*, cit., pag. 400.

<sup>412</sup> ROMAGNOLI U., *Art. 40*, cit., pag. 291.

<sup>413</sup> Il primo è il progetto di legge presentato dal Governo alla Camera il 4 dicembre 1951 (Atti Camera, I legislatura, n. 2380). L'altro progetto, decisamente più liberale rispetto al primo, è quello presentato dal CNEL nel 1960.

<sup>414</sup> ONIDA V., *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, cit., pag. 917.

<sup>415</sup> BARILE P., *La pubblica sicurezza*, in BARILE P., *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967, pag. 635.

comprimere fortemente le libertà personali dell'individuo<sup>416</sup>.

All'indomani dell'entrata in vigore della Carta fondamentale, sembravano non esserci dubbi sul fatto che il TULPS non potesse convivere con le nuove disposizioni costituzionali, le quali erano ispirate a principi diametralmente opposti rispetto a quelli sanciti in tale legge. In effetti, il 25 ottobre del 1948 il Senato votò gli ordini del giorno Gasparotto e Berlinguer, i quali impegnavano il Governo a presentare al Parlamento il disegno di legge per il nuovo Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza al fine di armonizzarle con la Costituzione. Il giorno seguente, l'allora Ministro degli Interni Scelba confermò l'impegno: "Che nel Testo unico vi siano disposizioni, e fondamentali, in stridente, perfetta antitesi con i diritti sanciti dalla Costituzione, credo che non vi sia alcuno che possa contestarlo. E sono talmente convinto di ciò che prima ancora che l'Assemblea costituente cessasse i propri lavori ed approvasse la Costituzione nominai una commissione per seguire attentamente i lavori della Costituente e per adeguare il testo delle leggi di pubblica sicurezza alle disposizioni che la Costituente andava prendendo e alle leggi che venivano sancite... Il lavoro della commissione è quasi ultimato, e prendo formale impegno dinanzi al Senato che prima della fine dell'anno in corso presenterò il nuovo testo delle leggi di pubblica sicurezza all'approvazione del Parlamento"<sup>417</sup>. Tale "formale impegno", in realtà non venne mai rispettato: ogni volta, infatti, che si era in procinto dell'approvazione parlamentare della legge veniva trovato un pretesto per rimandare la decisione, sino a che non si giunse al termine della legislatura. Tale comportamento (che costituiva un evidente esempio di "ostruzionismo della maggioranza"), tuttavia, si ripeté anche nel corso della seconda legislatura, e così si giunse sino al 1956 senza che "una delle leggi poliziesche più offensive dei diritti di libertà fra quante ne esistono al mondo"<sup>418</sup> fosse stata in alcun modo toccata<sup>419</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di ordine pubblico si registrano sia prudenza sia fermezza<sup>420</sup>. Da una parte, infatti, il giudice delle leggi risultò essere spesso estremamente (a volte forse eccessivamente) prudente, optando per interpretazioni conformi a Costituzione in casi in cui, in realtà, si sarebbe potuto procedere ad una dichiarazione "secca" di incostituzionalità; d'altra parte, come si può osservare già dalla sentenza 1/1956, fu la stessa Corte in molti casi non solo ad avere dato inizio all'opera di espulsione dall'ordinamento delle norme del TULPS in contrasto con la Costituzione, ma anche ad avere sollecitato il legislatore affinché procedesse alla revisione di tale legge. Proprio al fine di mostrare la fermezza e la prudenza nelle pronunce della Corte in tale ambito, verranno elencati alcuni esempi sia della prima sia della seconda.

#### a) La fermezza...

La Corte costituzionale dichiarò, innanzitutto, l'illegittimità costituzionale del rimpatrio con foglio di via obbligatorio o per traduzione (sentenza 2/1956<sup>421</sup>) e l'ammonizione delle persone

<sup>416</sup> Si pensi agli istituti dell'ammonizione e del confino di polizia, al potere di perquisizione domiciliare da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, alle discipline del foglio di via, delle riunioni, delle associazioni e alle norme in materia di espressione del pensiero. Non vanno dimenticati, poi, (come si vedrà più avanti) il potere di ordinanza attribuito al prefetto e i poteri attribuiti al Ministro dell'Interno.

<sup>417</sup> L'intervento del Ministro Scelba è riportato da BASSO E., *Il principe senza scettro*, cit., pag. 222.

<sup>418</sup> BALLADORE PALLIERI G., *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, cit., pag. 31.

<sup>419</sup> Sulla storia dei progetti di riforma del TULPS cfr. DE FINA S., *Testo unico di pubblica sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1959, pag. 964 ss.

<sup>420</sup> La giurisprudenza costituzionale in questo ambito viene infatti definita "estremamente contraddittoria" (MERLINI S., *La Corte costituzionale e le leggi di pubblica sicurezza*, in *Quale giustizia*, 1972, pag. 320).

<sup>421</sup> In particolare sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi i primi 3 commi dell'art. 157 TULPS, mentre è stata dichiarata infondata la questione relativamente all'ultimo comma. Successivamente, con la sentenza 72/1963, la Corte ha dichiarato parzialmente illegittimo per lo stesso motivo l'art. 162 TULPS.

sospette (sentenza 11/1956<sup>422</sup>), in quanto disposti da un'autorità amministrativa anziché giudiziaria<sup>423</sup>. Tali pronunce rappresentarono un forte stimolo per il legislatore, dal momento che esso colmò la lacuna pochissimo tempo dopo con la legge 1423/1956, dando seguito alle indicazioni del giudice delle leggi.

Oltre alla già ricordata decisione 45/1957<sup>424</sup>, non va dimenticata, poi, la sentenza 27/1958, con la quale la Corte costituzionale chiarì come il preavviso fosse richiesto esclusivamente per le riunioni in luogo pubblico, e non anche per quelle in luogo aperto al pubblico<sup>425</sup>.

Con la decisione 69/1962, inoltre, il giudice delle leggi affermò che l'art. 18 Cost. aveva istituito e tutelato anche la libertà "negativa" di associazione, e che quest'ultima caratterizzava la nuova forma di stato democratica. La Corte, infatti, sostenne che tale norma costituzionale doveva essere interpretata "nel contesto storico che l'[aveva] vist[a] nascere", vale a dire "dopo un periodo nel quale la politica legislativa di un regime totalitario aveva mirato a inquadrare i fenomeni associativi nell'ambito di strutture pubblicistiche e sotto il controllo dello Stato, imponendo ai cittadini di far parte di questa o di quella associazione ed eliminando per questa via quasi affatto anche la libertà dell'individuo di unirsi ad altri per il raggiungimento di un lecito fine comune volontariamente prescelto e perseguito".

Sempre nell'ambito della libertà di associazione, va ricordata "la salutare scomparsa del potere prefettizio di scioglimento delle associazioni"<sup>426</sup>, sancita dalla sentenza 114/1967. Con tale pronuncia la Corte dichiarò costituzionalmente illegittimi l'art. 215 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza approvato con r.d. 1848/1926 (il quale riconosceva la facoltà del prefetto di decretare lo scioglimento delle associazioni, enti ed istituti costituiti ed operanti nel Regno che svolgessero comunque attività contrarie all'ordine nazionale dello Stato e di ordinare con il medesimo provvedimento la confisca dei beni sociali) e l'art. 210 del successivo Testo unico del 1931 (il quale poneva una norma di identico tenore, con la sola variante che il bene tutelato era indicato con la frase "gli ordinamenti politici costituiti nello Stato"), per contrasto con l'art. 18 Cost. Nella sua argomentazione, la Corte ribadì, innanzitutto, il concetto (già evidenziato precedentemente) secondo cui "l'origine e la *ratio* di una disposizione legislativa non possono essere considerate decisive per una esatta interpretazione della norma, che va considerata, invece, nella sua struttura obiettiva e nella sua capacità di trovare posto nell'ambito del nuovo ordinamento costituzionale...". Secondo il giudice costituzionale nel caso in esame proprio la struttura obiettiva delle norme non consentiva di vedere nel fine che esse intendevano perseguire un interesse tutelabile nell'ambito della Costituzione. La Corte continuò il proprio ragionamento affermando che "con le norme impugnate si volle e si vuole impedire l'esistenza di associazioni che svolgano "comunque" attività contraria "all'ordine nazionale" o "agli ordinamenti politici costituiti nello Stato", mentre "in uno Stato di libertà, qual è quello fondato dalla nostra Costituzione, è consentita l'attività di associazioni che si propongano anche il mutamento degli ordinamenti politici esistenti, purché questo proposito sia perseguito con metodo democratico, mediante il libero dibattito e senza ricorso, diretto o indiretto, alla violenza".

In materia di libera manifestazione del pensiero, va ricordata, invece, la celebre sentenza

---

<sup>422</sup> Con tale sentenza vengono dichiarati incostituzionali gli artt. dal 164 al 176 TULPS, modificati col d.l. 419/1944.

<sup>423</sup> Si precisa che non si è trattato di decisioni sostitutive (la Corte non ha cioè manipolato le disposizioni, sostituendo all'autorità amministrativa quella giudiziaria): in entrambe le decisioni, infatti, la Corte afferma che il compito di provvedere alle incompletezze legislative che possono derivare dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale è compito esclusivo del Parlamento.

<sup>424</sup> Si rinvia al par. 4.3.

<sup>425</sup> In tale pronuncia la Corte dichiarò, in particolare, la illegittimità costituzionale delle norme contenute nell'art. 18 TULPS, nella parte relativa alle riunioni non tenute in luogo pubblico.

<sup>426</sup> E' questo il titolo della nota di Barile a commento della sentenza (*Giur. cost.*, 1967, pag. 1249 ss.).

1/1956, con cui venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 TULPS<sup>427</sup>.

b) ... e la prudenza

In materia di libertà di riunione pare opportuno ricordare due pronunce del giudice costituzionale. La prima è la 54/1961, con cui venne dichiarata l'infondatezza della questione di incostituzionalità della norma che consentiva lo scioglimento delle riunioni in ragione del solo mancato preavviso: secondo la Corte, infatti, il rischio era quello che si verificasse una "grave condizione di turbamento o di pericolo pubblico". Con la sentenza 120/1957, poi, la Corte non reputò in contrasto con la Costituzione nemmeno l'art. 654 c.p., il quale sanzionava penalmente le manifestazioni o le grida sediziose in luoghi pubblici o aperti al pubblico: secondo il giudice delle leggi, infatti, tali manifestazioni e grida "implicano sempre eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e pericolo per l'ordine pubblico" e dunque "come tali, restano al di fuori della nozione e della concreta estrinsecazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero".

Particolarmente restrittive, poi, furono le pronunce che si riferiscono all'art. 21 Cost. Con la sentenza 121/1957, in particolare, venne dichiarata non fondata la questione sulla legittimità costituzionale dell'art. 68 TULPS, il quale prevedeva che "senza licenza del questore non si [potessero] dare in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico rappresentazioni teatrali o cinematografiche..., e non si [potessero] aprire o esercitare circoli, scuole di ballo e sale pubbliche di audizione". La Corte ritenne, da un lato, che per l'art. 21 Cost. l'autorità di pubblica sicurezza "non potrà esercitare nessuna censura o controllo sul contenuto delle opere teatrali o cinematografiche", ma, dall'altro, che essa potrà valutare, anche tenendo presente tale contenuto "se in particolari situazioni di tempo, di luogo, di ambiente, la pubblica rappresentazione di tali opere possa provocare pericoli".

Con la sentenza 2/1957, poi, la Corte non dichiarò in contrasto con la Costituzione l'art. 156 TULPS, il quale vietava di effettuare questue o collette senza l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza. Veniva così privilegiata "sulla libertà positiva di associarsi e di manifestazione del pensiero quella negativa del "diritto" dei cittadini... a evitare "molestie" e "fastidiose coercizioni"<sup>428</sup>.

Sul regime della stampa la Corte si pronunciò "in una proprio non convincente sentenza"<sup>429</sup> (la 38/1961), dichiarando non fondata la questione sulla legittimità costituzionale dell'art. 111 TULPS, il quale imponeva la licenza del questore per l'esercizio dell'arte tipografica e delle arti affini a questa. Inoltre si può ricordare la sentenza 9/1965, con cui non furono dichiarati in contrasto con la Costituzione l'art. 553 c.p., che puniva "chiunque pubblicamente incita a pratiche contro la procreazione o fa propaganda a favore di esse", e l'art. 112 TULPS nella parte in cui questo vietava di mettere in circolazione scritti o disegni "che divulgano, anche in modo indiretto o simulato o sotto pretesto terapeutico o scientifico, i mezzi rivolti a impedire la procreazione o a procurare l'aborto o che illustrano l'impiego dei mezzi stessi".

Le sentenze della Corte costituzionale, tuttavia, sulle quali si sono concentrate maggiormente le critiche riguardano l'art. 2 TULPS, il quale attribuiva al prefetto, in caso di urgenza o grave necessità pubblica, il potere di "adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica". Va precisato come i prefetti (che, come già ricordato, erano riusciti in gran parte a sfuggire ai procedimenti di epurazione<sup>430</sup>) venissero considerati da alcuni Autori "simbolo di... prepotere burocratico" e "strumento di repressione

---

<sup>427</sup> Si rinvia al par. 4.2.

<sup>428</sup> MERLINI S., *La Corte costituzionale e le leggi di pubblica sicurezza*, cit., pag. 322. Si ricorda che sarà solamente con la sent. 519/1995 che verrà dichiarata l'incostituzionalità della mendicizia non invasiva.

<sup>429</sup> BARILE P., *La pubblica sicurezza*, cit., pag. 641.

<sup>430</sup> Si rinvia al par. 3.3.

antidemocratica”<sup>431</sup>, ed inoltre i loro ampi poteri erano reputati “un cancro... [del] regime parlamentare italiano”<sup>432</sup>. Come detto, il bersaglio principale delle critiche era dato dall’art. 2 TULPS, considerato addirittura in grado di “tramuta[re] ogni prefetto in un piccolo dittatore”<sup>433</sup>. La Corte si pronunciò sulla costituzionalità di tale norma innanzitutto con la sentenza 8/1956, dichiarando l’infondatezza della questione. Il giudice delle leggi affermò che era necessario fare riferimento non già al significato rivestito dalla norma nel sistema che le dette vita, bensì a quello acquistato sulla base della interpretazione che, in conformità alla Costituzione, ne era stata data dalla giurisprudenza. Secondo tale interpretazione, la Corte ritenne che si potesse dichiarare infondata la questione relativa alla legittimità costituzionale di quella norma, in considerazione del fatto che i provvedimenti adottati dal prefetto hanno il carattere di atti amministrativi adottati nell’esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo, in relazione ai dettami della necessità e dell’urgenza, e vincolati ai principi dell’ordinamento giuridico. Secondo il giudice costituzionale, quindi, l’art. 2 non andava “a sovvertire l’ordinamento dei pubblici poteri, restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell’autorità amministrativa locale”. La Corte precisava, poi, che tali provvedimenti, pur potendo, “in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione”, non erano “da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti”. Inoltre, consapevole di adottare un’interpretazione diversa da quella spesso recepita nella giurisprudenza, il giudice delle leggi riconosceva che la norma “potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte. Ma in tal caso l’odierna decisione non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo”. Si era in presenza, dunque, di una delle primissime sentenze interpretative di rigetto<sup>434</sup>.

La “nuova” interpretazione del giudice costituzionale, tuttavia, non venne seguita dalla Corte di Cassazione, la quale confermò il proprio orientamento con una pronuncia del 1958<sup>435</sup>, sostenendo che ai prefetti era consentito incidere sull’esercizio delle libertà costituzionalmente garantite alla stessa stregua della legge ordinaria. Poiché “su questa linea si allinearono molti prefetti e numerose autorità giudiziarie”<sup>436</sup>, la Corte si vide costretta a mutare atteggiamento, e dunque tipo di pronuncia. Investito nuovamente della questione di legittimità, il giudice costituzionale, con la sentenza 26/1961, optò per una sentenza di accoglimento parziale, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 2 “soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico”, vale a dire derogando al principio della riserva di legge in materia di diritti costituzionalmente garantiti. Anche in questo caso non vennero risparmiati giudizi negativi sulla decisione presa dalla Corte, la quale, secondo parte della dottrina, era finalizzata a “non annullare norme ordinarie particolarmente “gradite” al potere esecutivo”<sup>437</sup>. Il problema era che “ancora una volta, per quanto oggetto di una sentenza di accoglimento, il testo della legge di pubblica sicurezza restava intatto, giacché la dichiarazione di incostituzionalità riguardava solo una delle norme che da esso si potevano trarre, cioè uno dei significati ad esso attribuibili”<sup>438</sup>.

---

<sup>431</sup> BASSO L., *Il principe senza scettro*, cit., pag. 270.

<sup>432</sup> SALVEMINI G., *Fu l’Italia prefascista una democrazia?*, in *Il ponte*, vol. 8, 1952, pag. 21.

<sup>433</sup> Queste le parole (ricordate da BASSO L., *Il principe senza scettro*, cit., pag. 223) del democristiano Umberto Merlin nel corso del dibattito per la riforma del TULPS.

<sup>434</sup> La prima in assoluto è considerata la 3/1956, in tema di responsabilità penale del direttore di giornale (art. 57 c.p.).

<sup>435</sup> Cass. Sez. Un., 16 giugno 1958, n. 2068, in *Giur. cost.*, 1959, pag. 550 ss.

<sup>436</sup> BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 152.

<sup>437</sup> TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pagg. 261-262.

<sup>438</sup> BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 153. Di lì a qualche anno,

La vicenda relativa all'art. 2 TULPS costituisce secondo gran parte della dottrina un caso emblematico della prudenza dell'azione della Corte costituzionale. Al centro delle critiche vi era soprattutto l'utilizzo delle sentenze interpretative di rigetto, le quali "nate come estremo rimedio a quesiti di difficile risposta, [erano] diventate un comodo ed eterodosso espediente per eludere l'esame di scottanti problemi e salvare, per così dire, capra e cavoli"<sup>439</sup>. Da un punto di vista pratico è innegabile, soprattutto nel caso di specie, che tali pronunce spesso produssero effetti non positivi per quanto concerne l'attuazione della Costituzione e, più in generale, il processo di transizione "sostanziale": il timore di creare vuoti normativi<sup>440</sup> determinò, infatti, la conseguenza di favorire la permanenza di leggi in contrasto con la Carta del '48. D'altro lato non si può, tuttavia, affermare con tanta sicurezza (come invece è stato fatto<sup>441</sup>) che il fine del giudice costituzionale fosse proprio quello di garantire la continuità dello Stato: "in realtà, la Corte, sin dal suo avvio, intendeva affermare un principio ermeneutico che caratterizza strutturalmente l'interpretazione giudiziaria in tutti i sistemi giuridici dotati di norme distribuite su scale gerarchiche differenti...: quello del favore per la interpretazione costituzionalmente conforme... delle leggi, espressione del più generale canone di conservazione degli atti giuridici"<sup>442</sup>. A ben vedere, poi, anche *di fatto* l'interpretazione conforme in certi casi ha rappresentato un aiuto nel processo di attuazione della Costituzione: essa, infatti, "può avere costituito un ulteriore stimolo nei confronti dei giudici (in maggioranza poco sensibili... ai valori costituzionali) ad innestare tali valori nell'opera quotidiana del rendere giustizia applicando il vecchio corpo di leggi"<sup>443</sup>.

Sulla base dell'analisi giurisprudenziale appena effettuata, si può, dunque, affermare che, nonostante l'atteggiamento di prudenza mostrato in diversi casi, la Corte, anche in materia di ordine pubblico, ha svolto un ruolo di estrema rilevanza nel processo di transizione "sostanziale", garantendo una discontinuità (seppure spesso "graduale") rispetto al passato.

---

poi, scoppiò un nuovo (ed ancor più duro) conflitto tra la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione relativamente ad un'altra sentenza interpretativa di rigetto, la 11/1965. Il giudice delle leggi era stato chiamato a verificare, con riferimento all'art. 24 Cost., la costituzionalità dell'art. 392 c.p.p., relativo all'applicabilità delle garanzie di difesa nell'istruzione sommaria, all'interno del processo penale. La Corte costituzionale ribaltò l'interpretazione consolidata della Cassazione (secondo cui tale norma era inapplicabile all'istruzione sommaria), dichiarando la questione infondata. Il giudice costituzionale, in particolare, utilizzò la formula delle sentenze interpretative di rigetto ("nei sensi di cui in motivazione"), sostenendo che la norma era da interpretarsi, in senso conforme all'art. 24 Cost., come non ostativa al riconoscimento delle garanzie processuali di cui all'art. 392 c.p.p. (cfr. BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pag. 153 ss.; CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, cit., pag. 219 ss.).

<sup>439</sup> TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 241. Secondo ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, cit., pag. 537, spesso si dovrebbe parlare, più che di interpretazione conforme a Costituzione, di "interpretazione adeguatrice": in una serie di casi, infatti, "la Corte non sceglie fra più interpretazioni tutte egualmente possibili sulla base dei normali criteri ermeneutici, letterali, logici e storici, quella fra esse che le appaia compatibile con i principi costituzionali (interpretazione "conforme a Costituzione") quanto opera una rilettura radicalmente innovativa della portata della norma, all'unico scopo di adeguarla (interpretazione "adeguatrice") alle esigenze minime ritenute costituzionalmente inderogabili".

<sup>440</sup> Timore espresso anche dal Presidente Sandulli nel discorso del 3 dicembre 1968 in occasione del primo dodicennio della Corte.

<sup>441</sup> Si veda TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit.

<sup>442</sup> SIMONCINI A., *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, cit., pagg. 3097-3098.

<sup>443</sup> ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, cit., pagg. 540-541.

## 5. Riflessioni conclusive

### 5.1. La Corte costituzionale nella transizione democratica: un organo “di rottura”...

In Italia il processo di transizione democratica è stato particolarmente lungo e complesso. Alla transizione in senso “formale”, terminata con l’entrata in vigore della Costituzione il 1° gennaio 1948, è seguito un periodo, durato ben otto anni (dal 1948 al 1956), in cui molte norme costituzionali (sia della Prima sia della Seconda Parte della Costituzione) non trovavano effettiva applicazione. Una delle ragioni principali che spiegano le difficoltà di attuazione della Costituzione va individuata nella situazione di “guerra fredda” internazionale che caratterizzò quel periodo storico e nei suoi riflessi sulla politica interna italiana (si pensi all’“ostruzionismo di maggioranza”, alla *conventio ad excludendum*...); un altro importante motivo, poi, va ricercato nel fatto che il sindacato diffuso di costituzionalità, che doveva “fare le veci” della Corte costituzionale fintantoché questa non avesse iniziato la propria attività, funzionò poco e male: le supreme magistrature, in modo particolare, attribuirono spesso carattere meramente programmatico alle norme costituzionali, impedendo a queste di determinare l’abrogazione delle leggi fasciste in contrasto con la Costituzione. In questo senso si può dire che il sindacato diffuso rappresentò una sorta di “canale di continuità” tra Fascismo e post-Fascismo<sup>444</sup>. L’Italia, insomma, si trovava in una “zona politica grigia”<sup>445</sup>, nel senso che pur essendosi dotata di una Costituzione democratica e pur avendo compiuto importanti passi in avanti nel processo di democratizzazione (primo fra tutti la celebrazione di elezioni libere a suffragio universale), essa continuava a presentare alcuni tratti tipici di un regime autoritario, fra cui soprattutto, come appena detto, la forte restrizione di molti diritti fondamentali.

L’*iter* per l’entrata in funzione della Corte costituzionale fu anch’esso estremamente lungo e complicato: ai dibattiti concernenti l’approvazione della l. cost. 1/1953 e della legge 87/1953, seguirono, poi, le difficoltà riguardanti la nomina dei primi giudici costituzionali da parte del Parlamento. La situazione di stallo relativa a tale nomina venne sbloccata grazie anche all’intervento dell’allora Presidente della Repubblica Gronchi, il quale ebbe così modo di confermare il suo orientamento favorevole all’istituzione della Corte costituzionale.

E’ stato ricordato che Calamandrei, all’indomani della prima sentenza della Corte costituzionale, affermò: “La Costituzione si muove”<sup>446</sup>. In realtà, in considerazione della straordinaria importanza che tale pronuncia ebbe all’interno del processo di democratizzazione del Paese, si potrebbe modificare tale espressione e sostenere che “la Costituzione e la transizione si muovono”. Con tale decisione, infatti, il giudice delle leggi dichiarò per la prima volta l’illegittimità costituzionale di una delle norme pre-costituzionali che maggiormente era in contrasto con i principi e i valori espressi dalla Costituzione, vale a dire il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS). A partire da tale sentenza, la Corte iniziò un’opera, durata circa un quindicennio, di eliminazione dall’ordinamento della legislazione fascista contraria alla Carta del ’48. Questo lavoro di “epurazione”, che si articolò in modi e tempi molto diversi tra loro, costituì il “cuore” del processo di transizione “sostanziale”, e riguardò principalmente “i tre testi fondamentali della tirannia fascista”<sup>447</sup>, vale a dire il TULPS, il Codice penale e il Codice di procedura penale. Una delle caratteristiche che ha caratterizzato maggiormente l’attività della Corte, soprattutto nella sua prima fase, è data dal fatto che essa “si svolse... in uno spazio poco influenzato dagli

<sup>444</sup> Parafrasando l’espressione di Pavone (si rinvia al par. 3.3.2.).

<sup>445</sup> Riprendendo l’espressione di Carothers (si rinvia al Cap. 1 par. 3.2.).

<sup>446</sup> Si rinvia al par. 4.2.

<sup>447</sup> Così come definiti da Calamandrei (si rinvia al par. 3.3.).

orientamenti politici dominanti e poté farsi invece portatrice di tendenze culturali del tipo di quelle che avevano esercitato un ruolo di rilievo dell'ambito dell'Assemblea costituente<sup>448</sup>. Va sottolineato, inoltre, che se dell'attività di eliminazione delle leggi fasciste se ne occupò quasi esclusivamente la Corte costituzionale è stato in ragione del fatto che i giudici (e segnatamente quelli di rango inferiore), in caso di contrasto tra legge precostituzionale e Costituzione, preferirono sollevare la questione di legittimità alla Corte costituzionale, invece che disapplicare essi stessi, considerandole abrogate dalla Costituzione, disposizioni delle vecchie leggi<sup>449</sup>.

Tradizionalmente si ritiene che le tre date più significative del processo di transizione italiana siano state il 25 luglio 1943 (caduta di Mussolini), il 2 giugno 1946 (referendum istituzionale ed elezione dell'Assemblea costituente) e il 1° gennaio 1948 (entrata in vigore della Costituzione repubblicana). A questi momenti pare opportuno aggiungere anche il 14 giugno 1956, giorno in cui viene emanata la prima sentenza della Corte costituzionale. Al pari delle altre, infatti, questa data rappresenta una fortissima rottura con il passato ed il passaggio da un prima ad un dopo: il “*prius*” è dato dalla perdurante applicazione della legislazione fascista in nome della continuità dello Stato, mentre il “*posterius*” dall'opera di smantellamento di tale legislazione e da una sempre maggiore attuazione delle norme costituzionali.

La Corte costituzionale fu oggetto, tuttavia, di dure critiche da parte di diversi Autori, i quali rimproveravano a tale organo una eccessiva “prudenza”, “timidezza”, o addirittura una deliberata volontà di mantenere in vigore la legislazione fascista, anche nei casi in cui questa risultava essere in aperto contrasto con la Costituzione. In effetti non mancano le sentenze (soprattutto quelle “interpretative di rigetto”) nelle quali la Corte si è sforzata di trovare un'interpretazione conforme a Costituzione, quando questa, in realtà forse nemmeno esisteva davvero. Va rilevato, in ogni caso, come il giudice costituzionale, assieme a parte della dottrina, abbia proposto sin dalle sue prime pronunce un canone ermeneutico “innovativo” che si sarebbe poi consolidato nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza della magistratura apicale ordinaria e amministrativa solo negli anni Sessanta e Settanta: mettendo tra parentesi le norme sull'interpretazione della legge contenute nelle preleggi, la Corte ha sottolineato infatti la necessità di ricercare la coerenza dell'ordinamento sul piano costituzionale e di privilegiare – fin quanto possibile – l'interpretazione adeguatrice delle leggi alla Costituzione<sup>450</sup>.

## 5.2. ... e “controcorrente”

Il ruolo della Corte deve essere valutato altresì tenendo in considerazione il fatto che essa si trovava quasi sempre a dover prendere delle decisioni in aperto contrasto rispetto a quello che era l'orientamento prevalente, di tipo conservatore, del Governo, della maggioranza parlamentare e delle supreme magistrature (Corte di Cassazione *in primis*). In più di un'occasione l'esecutivo manifestò, infatti, la volontà di non dare attuazione alle norme costituzionali: in questo senso è sufficiente pensare all'ostruzionismo posto in essere dal Ministro dell'Interno relativamente alla stipula delle intese con i culti acattolici. Non va dimenticato, poi, il fatto che sin dalla sentenza 1/1956 il Presidente del Consiglio sia intervenuto in giudizio al fine di sostenere la mancanza di competenza della Corte costituzionale a sindacare la legittimità di norme anteriori alla Costituzione, e al fine di difendere, anche nel merito, le leggi fasciste.

---

<sup>448</sup> PIZZORUSSO A., *Le stagioni della Costituzione*, cit., pagg. XL-XLI.

<sup>449</sup> Ciò è avvenuto nonostante la Corte costituzionale non abbia mai affermato “in modo netto, e comunque vincolante per i giudici, la propria esclusiva competenza a risolvere tutte le questioni di compatibilità fra Costituzione e leggi anteriori” (ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, cit., pag. 523). Si rinvia altresì al par. 4.2.

<sup>450</sup> Si veda PALADIN L., *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1993, pag. 24 ss.

Al pari del Governo, anche la maggioranza parlamentare ha mostrato un atteggiamento decisamente conservatore. Oltre a non sostituire la legislazione fascista in contrasto con la Costituzione (si pensi ai progetti di riforma del TULPS<sup>451</sup>), il Parlamento spesso non emanava le leggi di attuazione richieste dalla Costituzione. Al riguardo, si ricordi il caso dell'art. 40 Cost.: vista l'inerzia del legislatore, infatti, la Corte ha svolto una funzione di "supplenza" rispetto allo stesso, indicando nelle sue pronunce la definizione di sciopero, i suoi limiti e le sue finalità consentite.

In relazione, invece, al potere giudiziario, è necessario distinguere. Da un lato, infatti, sin dall'entrata in vigore della Costituzione, i giudici comuni si sono dimostrati, in linea generale, piuttosto aperti ai principi e ai valori espressi dalla Carta fondamentale; tale apertura, poi, verrà confermata dal fatto che, una volta entrata in funzione la Corte costituzionale, si creò tra questa e i giudici comuni stessi una solida "alleanza"<sup>452</sup> finalizzata a dare attuazione alla Costituzione. D'altro lato, l'atteggiamento delle supreme magistrature fu diametralmente opposto. Come ricordato, nel periodo 1948-1956 esse attribuirono natura programmatica a gran parte delle norme costituzionali che sancivano le libertà fondamentali dell'uomo, impedendo ad esse di determinare l'abrogazione delle leggi fasciste. Non va dimenticato, infatti, che fu proprio una pronuncia della Corte di Cassazione (7 febbraio 1948) ad introdurre la distinzione tra norme programmatiche e norme precettive. Una volta entrata in funzione la Corte costituzionale, poi, in numerose occasioni la Cassazione, al fine di impedire il sindacato di costituzionalità, dichiarò la manifesta infondatezza di questioni che, invece, meritavano di essere discusse<sup>453</sup>.

Nella sua prima "stagione", insomma, la Corte costituzionale pareva il più delle volte una barca costretta a navigare controcorrente: tale compito era tanto più difficile quanto più si considera che le correnti contrarie erano costituite dai tre poteri "tradizionali" dello Stato, presenti nel Paese da lunghissimo tempo, e dunque forti anche delle loro origini e della loro "*auctoritas*". Dal canto suo, invece, la Corte, entrata in funzione tra mille difficoltà, rappresentava un'assoluta novità nel sistema giuridico italiano, aparendo spesso quasi come un "*outsider*"<sup>454</sup>. A ciò si aggiunga il fatto

---

<sup>451</sup> Si precisa, comunque, che è la stessa Corte costituzionale ad "appoggiarsi" nelle sue decisioni all'esistenza di tali progetti: "del resto, la scarsa aderenza di alcune disposizioni della legge di p.s. ai principi e alle norme della Costituzione sopravvenuta ha già da molto tempo indotto gli organi competenti a studiare una conveniente revisione della legge di p.s.; e parecchi disegni di legge sono stati a questo scopo presentati così alla Camera dei Deputati come al Senato della Repubblica" (sent. 1/1956).

<sup>452</sup> Secondo l'espressione di Onida (si rinvia al par. 4.2.).

<sup>453</sup> Cfr. TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, cit., pag. 265; ROMBOLI R., *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in MEZZETTI L., MAC-GREGOR F., *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, pagg. 420-421. Per quel che concerne i rapporti tra Corte costituzionale e magistratura, di grande importanza fu il Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati tenutosi a Gardone nel 1965. La mozione finale del Congresso, infatti, votata all'unanimità, afferma che è dovere del giudice: "1) Applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) Rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) Interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale" (ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale. Brescia-Gardone 25-28-IX 1965. Atti e commenti*, Arti grafiche Jasillo, Roma, 1966).

<sup>454</sup> Sui rapporti tra Corte costituzionale e i tre poteri dello Stato paiono emblematiche le dichiarazioni (riportate su *Giur. cost.*, 1960, pagg. 454-455) del 25 febbraio 1960 del Presidente del Senato Merzagora: "Non è certo manifestazione di ossequio al Parlamento la posizione presa recentemente dalla Corte costituzionale attraverso un settimanale, posizione con la quale essa si attribuisce funzioni "moderatrici" e "propulsive" delle Camere, tali che la porterebbero non soltanto al di fuori, ma al di sopra del Parlamento. Le stesse funzioni – secondo le dette autorevoli dichiarazioni – formerebbero con quelle, altissime, del Capo dello Stato – sul cui piano stesso la Corte si pone – i due, dico due, pretesi pilastri della nostra Costituzione. Ciò mi costringe a dichiarare... che se due fossero – e non sono – i pilastri dell'ordinamento costituzionale, essi, in una Repubblica democratica e parlamentare, sarebbero il Parlamento e il Governo, il che nulla toglie a quelle eminenti prerogative di custode della Costituzione che la Corte ha in comune con

che le circostanze storiche in cui essa è stata creata erano radicalmente diverse rispetto a quelle delle Corti delle successive “generazioni”: queste ultime, infatti, (come si vedrà nei prossimi Capitoli) hanno potuto beneficiare “del momento di svolta relativo all’apertura dei sistemi giuridici nazionali all’influenza derivante dall’attività, anche interpretativa, degli organi sovranazionali e internazionali posti a tutela dei diritti fondamentali”<sup>455</sup>. Ed è dunque anche in ragione di tali notevoli difficoltà che il suo ruolo di rottura rispetto al passato deve essere esaltato; ciò giustifica, poi, anche il fatto che in determinate situazioni il giudice delle leggi abbia adottato delle decisioni non proprio “coraggiose” e abbia risentito del “timore reverenziale”<sup>456</sup> nei confronti dei tre poteri tradizionali.

In conclusione, si può, dunque, affermare che l’Italia costituisca uno degli esempi per eccellenza di come il processo di transizione non termini con l’entrata in vigore della nuova Costituzione democratica. Quest’ultimo passaggio, pur di fondamentale importanza, segna l’inizio di una nuova fase, quella della transizione “sostanziale”, in cui i principi e i valori costituzionali devono trovare effettiva applicazione. L’entrata in funzione della Corte costituzionale ha segnato indubbiamente un punto di svolta nella transizione “sostanziale”, in quanto ha contribuito in modo decisivo, pur tra le incertezze e le difficoltà ricordate, a rendere l’Italia una democrazia consolidata.

---

il Capo dello Stato e alla deferente ed alta considerazione che essa merita per il suo poderoso e dotto lavoro...”.

<sup>455</sup> POLLICINO O., *Allargamento dell’Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., pag. 209.

<sup>456</sup> Secondo l’espressione di Tranfaglia (si rinvia al par. 4.1.).

## Capitolo 3

### La seconda generazione: il caso del Tribunale costituzionale spagnolo

SOMMARIO: 1. La transizione “formale”: dal 20 novembre 1975 al 29 dicembre 1978. – 1.1. 20 novembre 1975 – 15 dicembre 1976: la morte di Franco e la Legge per la riforma politica. – 1.2. 15 dicembre 1976 – 15 giugno 1977: le riforme e le prime elezioni democratiche. – 1.3. 15 giugno 1977 – 29 dicembre 1978: il processo costituente. – 1.4. Gli anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione: una democrazia ancora fragile. – 2. L’istituzione del *Tribunal constitucional*. – 2.1. L’antecedente: il *Tribunal de garantías constitucionales*. – 2.2. Il dibattito dinanzi alle *Cortes constituyentes*. – 2.3. La Legge organica del Tribunale costituzionale e l’entrata in funzione del *Tribunal constitucional*. – 3. Le quattro linee d’intervento del Tribunale costituzionale per garantire una “*transition in action*”. – 3.1. Il Tribunale costituzionale e il valore normativo della Costituzione. – 3.1.1. La Costituzione come norma *non* giuridica nella storia del costituzionalismo spagnolo. – 3.1.2. Il dibattito dottrinale relativo al valore normativo della Costituzione del 1978. – 3.1.3. Gli orientamenti contrastanti del Tribunale Supremo. – 3.1.4. L’affermazione del valore normativo della Costituzione da parte del Tribunale costituzionale. – 3.2. Il Tribunale costituzionale e le norme precostituzionali. – 3.2.1. I riferimenti normativi e il dibattito dottrinale. – 3.2.2. La soluzione adottata dal Tribunale costituzionale. – 3.2.3. La questione delle norme precostituzionali nella giurisprudenza (qualitativamente rilevante) del Tribunale costituzionale. – 3.3. Il Tribunale costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali. – 3.3.1. I diritti fondamentali nella transizione “formale”: i primi segni di discontinuità. – 3.3.2. I diritti fondamentali nella Costituzione del 1978. – 3.3.3. Il Tribunale costituzionale e la realizzazione di un autentico sistema dei diritti fondamentali. – 3.4. Il Tribunale costituzionale e l’organizzazione territoriale dello Stato. – 3.4.1. L’organizzazione territoriale dello Stato al centro del processo di transizione “sostanziale”. – 3.4.2. Il “caos senza speranza” del Titolo VIII della Costituzione e l’intervento del Tribunale costituzionale. – 3.4.3. La costruzione *giurisprudenziale* dello Stato autonomico: prima fase (1980-1983)... – 3.4.4. ... e seconda fase (1983-1992). – 4. Riflessioni conclusive. – 4.1. Il *Tribunal constitucional* e le ragioni di un’azione di successo. – 4.2. La messa in discussione della transizione democratica, la transizione in corso e la crisi di legittimazione del Tribunale costituzionale.

#### 1. La transizione “formale”: dal 20 novembre 1975 al 29 dicembre 1978

In Spagna si registra un intenso dibattito dottrinale relativamente all’individuazione del momento iniziale e di quello conclusivo della transizione democratica<sup>457</sup>. Ai fini della presente

---

<sup>457</sup> Secondo alcuni Autori, infatti, il principio della transizione è da rinvenirsi nella nomina, da parte del generale Francisco Franco, di Juan Carlos de Borbón quale successore alla *Jefatura del Estado* (22 luglio 1969); secondo altri nella nomina, sempre da parte del *Caudillo*, di Carrero Blanco quale Presidente del Governo (9 giugno 1973), ovvero nel suo assassinio per mano dell’ETA (20 dicembre 1973) (così JULIÁ S., PRADERA J., PRIETO J., *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996); secondo altri ancora nella revoca da parte del Re di Arias Navarro e nella conseguente nomina di Adolfo Suárez quale *Presidente del Gobierno* (5 luglio 1976) (così MORODO R., *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1984). La tesi, tuttavia, più comune, è quella che colloca il punto di inizio di tale processo nella morte di Franco (20 novembre 1975) (così SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998). Altrettanta incertezza si registra in relazione al momento conclusivo della transizione, che, secondo alcuni Autori, va individuato nell’approvazione della Legge per la riforma politica (15 dicembre 1976); secondo altri coincide con lo svolgimento delle prime elezioni democratiche (15 giugno 1977); secondo altri ancora con l’entrata in vigore della Costituzione (29 dicembre 1978) (così SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, cit.). Parte della dottrina, inoltre, ritiene che tale momento possa essere identificato con lo svolgimento dei referendum sugli Statuti di autonomia in Catalogna e nei Paesi Baschi (25 novembre 1979) (così LINZ J.J., STEPAN A., GUNTHER R., *Democratic Transition and Consolidation in Southern Europe, With Reflections on Latin America and Eastern Europe*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995, pag. 95). Numerosi Autori, poi, ritengono che la transizione termini con le elezioni del 28 ottobre 1982, quando, con la vittoria del *Partido socialista*

ricerca, tuttavia, l'analisi si concentrerà su quello che è stato definito processo di transizione "formale"<sup>458</sup>, che, nel caso della Spagna, ha avuto inizio il 20 novembre 1975 con la morte di Franco ed è terminato il 29 dicembre 1978 con l'entrata in vigore della nuova Costituzione. Tale periodo può essere suddiviso in tre fasi: la prima va dalla morte di Franco sino allo svolgimento del referendum sulla Legge per la riforma politica; la seconda comincia con tale consultazione popolare e finisce con le elezioni generali del 15 giugno 1977; la terza fase, infine, prendendo come punto di inizio tali elezioni, termina con l'entrata in vigore della Costituzione, e costituisce il periodo "costituente" in senso stretto. Successivamente verranno esaminati gli anni successivi alla promulgazione della Costituzione, e si metterà in luce come la Spagna fosse ancora una democrazia particolarmente fragile.

### 1.1. 20 novembre 1975 – 15 dicembre 1976: la morte di Franco e la Legge per la riforma politica

Due giorni dopo la morte di Franco, in ottemperanza alle disposizioni sulla successione contenute nelle Leggi fondamentali del Franchismo<sup>459</sup>, il principe Juan Carlos fu incoronato Re di Spagna. Pochissimo tempo dopo venne nominato come Presidente del Governo Carlos Arias Navarro, politico franchista appartenente ai settori più reazionari del regime. Egli, infatti, "non accettò mai l'idea di trasformare il regime di Franco in una democrazia pluralista"<sup>460</sup>, anzi la sua pretesa era quella del "mantenimento *post-mortem* dello Stato franchista", essendo convinto che il progetto riformista fosse da considerarsi "inaccettabile"<sup>461</sup>. La volontà di Arias Navarro era quella di non spingersi mai al di là di un "modello di democrazia *limitata e sotto controllo*"<sup>462</sup>.

In quel periodo l'esecutivo si doveva confrontare con una seria crisi economica e con il problema del terrorismo, in particolar modo nel *País vasco*. Le difficoltà del Governo, inoltre, si erano aggravate non solo a causa del fatto che l'opposizione andava sempre più rafforzandosi, ma anche poiché il programma (per così dire) "riformista" presentato da Arias Navarro nell'aprile del 1976 non aveva trovato il favore del Re. Poche settimane dopo la presentazione, infatti, il Sovrano "manifestò la sua inquietudine" per tale progetto ed "esprime il suo desiderio che la Spagna si incamminasse verso una democrazia di tipo parlamentare"<sup>463</sup>.

Il 1° luglio 1976 Arias Navarro rassegnò le dimissioni, e il Re nominò in sua vece Adolfo

---

*obrero español*, si verifica la prima alternanza al potere (MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, in TEZANOS J.F., CORTARELO R., DE BLAS A. (a cura di), *La transición democrática española*, Editorial sistema, Madrid, 1989 (trad. ingl. *Political Change in Spain and the Prospects for Democracy*, in O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transition from Authoritarian Rule. Southern Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986, pag. 71 ss.). Cfr. altresì TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, ATOMO, Madrid, 1988, pag. 18). Altra parte della dottrina individua quale data conclusiva il 1° gennaio 1986, anno di entrata della Spagna nella Comunità economica europea (si veda PRIDHAM G., *The International Context of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., pag. 178).

<sup>458</sup> Si rinvia al Cap. 1 par. 3.

<sup>459</sup> Le sette Leggi fondamentali, che regolavano l'organizzazione dei poteri dello Stato durante il regime franchista, erano le seguenti: *Fuero del Trabajo*, *Ley Constitutiva de las Cortes*, *Fuero de los Españoles*, *Ley del Referéndum Nacional*, *Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado*, *Ley de Principios del Movimiento Nacional* e *Ley Orgánica del Estado*.

<sup>460</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 199.

<sup>461</sup> MORODO R., *La transición política*, cit., pag. 96.

<sup>462</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 199 (corsivo nostro).

<sup>463</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 199.

Suárez González. Tale gesto pare spiegarsi “per ragioni di *realpolitik*”<sup>464</sup>: era infatti necessario attuare una rottura radicale rispetto alla politica di cambiamenti assolutamente restrittiva portata avanti sino a quel momento da Arias Navarro. La scelta di tale candidato era vista con favore da entrambi gli schieramenti politici. Da un lato, infatti, placava, quantomeno in parte, le pretese della destra più reazionaria (che auspicavano un’evoluzione quanto più possibile “controllata”), senza tuttavia far venire meno la fiducia di quei settori più progressisti che, invece, erano consapevoli della necessità di determinati cambiamenti e riforme. D’altro canto, la stessa opposizione di sinistra non risultava essere pregiudizialmente contraria alla nomina di Suárez González: anzi, per alcuni versi pareva essere una persona nella quale riporre una certa fiducia. In effetti, se la politica del nuovo Presidente del Governo ebbe successo fu anche grazie alla sua capacità di ottenere il consenso sia dai settori più conservatori sia da quelli più progressisti. La storia ha poi dato ragione al Sovrano spagnolo, dal momento che Suárez González si dimostrò proprio uno dei maggiori artefici del “cambio”.

Con la nomina di Suárez González terminò, dunque, il periodo della “pre-transizione politica”<sup>465</sup>, ed ebbe inizio il cambiamento vero e proprio, dal momento che, poco tempo dopo, venne emanata la Legge per la riforma politica<sup>466</sup>, “legge ponte”<sup>467</sup> che si allontanava in modo sostanziale dal passato corporativo e che gettava la basi per un vero e proprio ordinamento democratico. Tale provvedimento, che comprendeva cinque articoli, tre disposizioni transitorie ed una disposizione finale, si caratterizzava per la sua capacità di innovare profondamente l’ordinamento pur rifacendosi, sotto diversi aspetti, al passato franchista. Si consideri, in primo luogo, il fatto che la disposizione finale della Legge attribuiva alla stessa il rango di “Legge fondamentale”, ed infatti da alcuni Autori essa viene considerata l’ottava Legge fondamentale<sup>468</sup>. Nel solco del medesimo spirito di continuità, non venne incluso nella Legge un preambolo<sup>469</sup>, il quale avrebbe determinato, invece, una chiara rottura con il precedente regime<sup>470</sup>. La Legge, poi, manteneva altre due istituzioni che costituivano un’eredità del Franchismo, vale a dire il Re (quale Capo dello Stato, al quale venivano attribuite facoltà di estrema importanza<sup>471</sup>) e il Consiglio del Regno.

Nella Legge non mancavano, tuttavia, importanti disposizioni di rottura rispetto al passato:

---

<sup>464</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, vol. I, Universidad Complutense, Madrid, 1998, pag. 91.

<sup>465</sup> MORODO R., *La transición política*, cit., pag. 95.

<sup>466</sup> Tale legge (1/1977) fu redatta personalmente da Fernández-Miranda, allora Presidente delle *Cortes* (si veda FERNÁNDEZ-MIRANDA P. Y A., *Lo que el Rey me ha pedido*, Plaza y Janés, Barcelona, 1995). Su tale legge cfr. altresì GONZÁLEZ NAVARRO F., *La nuova Ley fundamental para la reforma política*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977; PÉREZ TREMPES P., *La Ley para la reforma política*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 1, 1981.

<sup>467</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 92.

<sup>468</sup> Cfr. LUCAS VERDÚ P., *La octava Ley fundamental: crítica jurídico-política de la reforma Suárez*, Tecnos, Madrid, 1976.

<sup>469</sup> In realtà in principio la Legge includeva altresì un preambolo, caratterizzato anch’esso, come sottolinea MORODO R., *La transición política*, cit., pag. 116, da una “cautela innovatrice”, per cui ad espressioni che sancivano in modo inequivocabile la rottura con il regime autoritario ne seguivano altre più moderate, ispirate ad una posizione “reformista-continuista”. Il Consiglio Nazionale del Movimento, tuttavia, giudicò negativamente il preambolo e chiese che venisse escluso dalla Legge.

<sup>470</sup> Sul fatto che i preamboli delle Costituzioni contribuiscano con forza a determinare la rottura con il regime anteriore, cfr. DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 140.

<sup>471</sup> Si pensi alla potestà di sanzionare e promulgare le leggi (art. 1 c. 2); alla nomina del Presidente delle *Cortes* e del Consiglio del Regno (art. 2 c. 6); al potere di nominare un certo numero di senatori (art. 2 c. 3); alla potestà di sottoporre a referendum i progetti di riforma costituzionale (art. 3 c. 3) ed una qualsiasi “opzione politica”, avente o meno carattere costituzionale (art. 5); al potere di sciogliere il Parlamento e procedere alla convocazione di nuove elezioni, qualora le *Cortes* non abbiano adottato le decisioni che derivano dal risultato del referendum (art. 5 c. 2).

veniva infatti sancito il principio della sovranità popolare e quello della supremazia della legge (art. 1 c. 1), si affermava che i diritti fondamentali della persona erano inviolabili e vincolavano tutti gli organi dello Stato (art. 1 c. 1), e veniva proclamato il suffragio universale (art. 2 c. 2). La Legge creava, poi, un sistema bicamerale formato dal Congresso dei Deputati e dal Senato<sup>472</sup>. I criteri elettorali previsti erano quelli di un proporzionale corretto per il Congresso e di un maggioritario per il Senato, con la provincia quale circoscrizione elettorale. Va segnalato, inoltre, come la Legge non specificasse se le nuove *Cortes* avrebbero avuto o meno natura costituente<sup>473</sup>. Certo è che, oltre alla funzione legislativa ordinaria (art. 4), la Legge disciplinava altresì il procedimento di riforma costituzionale (art. 3 c. 2). Nel complesso, dunque, si trattò di un provvedimento di un'importanza tale da essere stato definito una sorta di "attraversamento del Rubicone"<sup>474</sup>.

Il 18 novembre 1976, con un "atto di suicidio masochista"<sup>475</sup>, le *Cortes* franchiste approvarono a larghissima maggioranza la Legge per la riforma politica. Quest'ultima venne, poi, ratificata dal popolo mediante referendum il 15 dicembre dello stesso anno, ed anche in quell'occasione si registrò un consenso ampissimo: la partecipazione, infatti, sfiorò il 78%, e il 94% dei votanti si dichiarò a favore della Legge<sup>476</sup>. Con il referendum gli spagnoli manifestarono in modo inequivocabile il loro rifiuto nei confronti del "*continuismo franquista*" ed affermarono la loro volontà di procedere ad un cambio istituzionale e politico.

## 1.2. 15 dicembre 1976 – 15 giugno 1977: le riforme e le prime elezioni democratiche

Con la ratifica da parte del popolo della Legge per la riforma politica si aprì la seconda fase del processo di transizione, caratterizzato da una crisi economica sempre più grave, da una fortissima pressione terroristica e da una costante minaccia di colpo di Stato. In tale contesto il Governo Suárez, dopo una serie di negoziazioni con le forze politiche di sinistra<sup>477</sup>, approvò numerosi atti finalizzati a segnare una forte discontinuità con il passato e a "preparare la strada" per le elezioni<sup>478</sup>. Dalla promulgazione della Legge per la riforma politica sino alle elezioni del giugno del 1977 si produsse, infatti, una profonda trasformazione dell'ordinamento spagnolo. Venne infatti soppresso il Tribunale dell'Ordine Pubblico, organo che sotto il regime franchista era incaricato di giudicare i delitti politici; fu deliberato il riconoscimento legale dei partiti politici (ad esclusione di

---

<sup>472</sup> Tra l'altro veniva recuperata la denominazione democratica di "deputati" e "senatori", in luogo di quella arcaica e corporativa di "procuratori" e "consiglieri".

<sup>473</sup> Tale questione verrà approfondita qualche riga più avanti.

<sup>474</sup> SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, cit., pag. 307.

<sup>475</sup> BLANCO VALDÉS R.L., SANJURJO RIVO V., *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 457. DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 92, lo definisce un "harakiri storico".

<sup>476</sup> La sinistra aveva invitato i propri elettori ad astenersi: così facendo, infatti, da un lato, si distingueva da coloro che difendevano il *no* (vale a dire l'estrema destra) e, dall'altro, poneva in essere un sistema di pressione nei confronti del Governo, poiché non gli concedeva un "assegno in bianco" come sarebbe stato, invece, un voto in massa a favore del *si* (cfr. MORODO R., *La transición política*, cit., pagg. 150-151).

<sup>477</sup> Queste, nel frattempo, avevano riunito le proprie forze sino a creare il Coordinamento democratico o *Platajunta*, organo frutto della fusione tra la Giunta democratica di Spagna (controllata dal Partito comunista) e la Piattaforma di Convergenza democratica (controllata dal PSOE). Poco tempo dopo, poi, nacque la Piattaforma di Organizzazioni democratiche che, oltre ai partiti che facevano parte della *Platajunta*, riuniva altre forze politiche, raggruppando praticamente tutta l'opposizione democratica.

<sup>478</sup> Forse una delle poche manifestazioni che, invece, segnavano la continuità giuridico-formale rispetto al precedente regime consisteva nel frequente utilizzo da parte del Governo del decreto legge: nel biennio 1977-1978 si contano, infatti, ben 94 decreti legge, a fronte di soli 22 nel 1979, 16 nel 1980 e 19 nel 1981, a Costituzione, cioè, già in vigore. Si veda SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, cit., pag. 55.

quello comunista); venne ampliata l'amnistia politica<sup>479</sup> e furono riconosciute la libertà di espressione e quella sindacale; si procedette alla dissoluzione del Movimento Nazionale, il partito unico del regime franchista; fu approvata la nuova legge elettorale sulla base delle disposizioni contenute nella Legge per la riforma politica; si proseguì il "cammino che [poteva] condurre all'istituzionalizzazione di tutte le regioni", come affermava l'Esposizione dei Motivi del decreto che creava il *Consell General de Catalunya*, e come mostrava altresì il ripristino delle *Juntas Generales* delle province basche<sup>480</sup>. Il 9 aprile, poi, il Governo decise di legalizzare anche il Partito comunista: a quel punto "la transizione alla democrazia non sembrava avere più alcuna possibilità di arretramento"<sup>481</sup>.

Anche l'opposizione fu chiamata a fare concessioni importanti al Governo, fra le quali va segnalato soprattutto il fatto di non aver messo in discussione la Monarchia. Se per la destra, infatti, l'opzione monarchica rappresentava l'unica strada percorribile (nonostante essa avrebbe preferito un Sovrano maggiormente incline a favorire una continuità rispetto al regime franchista), l'opposizione avrebbe potuto, invece, sostenere le proprie posizioni a favore della Repubblica. I nazionalisti baschi e catalani erano i maggiori sostenitori di questa, e auspicavano un referendum Monarchia/Repubblica, mentre il PSOE, pur essendo repubblicano, non richiese mai una consultazione popolare specifica. Anche il Partito comunista si trovava in una posizione delicata, tuttavia decise di appoggiare apertamente la Monarchia, soprattutto per ragioni di ordine pratico. Esso, infatti, era consapevole che la Monarchia, purché democratica e parlamentare, costituiva l'unica possibilità effettiva di superare il Franchismo; inoltre, veniva apprezzato particolarmente il comportamento tenuto da Re Juan Carlos, il quale aveva dimostrato nei fatti la sua volontà di instaurare una nuova forma di stato democratica.

Nel riferirsi al processo di transizione, la dottrina spagnola utilizza frequentemente espressioni quali "*reforma pactada*" e "*rotura pactada*", le quali stanno a simboleggiare proprio la modalità attraverso cui si è compiuto il "*cambio*" nel Paese. La prima, sostenuta dal Governo e dai settori più conservatori, indica che il processo di transizione derivava dalla legalità franchista; la seconda, invece, auspicata dall'opposizione, sottolinea l'assenza di continuità tra i due regimi. Al di là del fatto che si sia trattato di una riforma ovvero di una rottura<sup>482</sup>, ciò che realmente conta è che entrambe le espressioni mettono in luce l'importanza che il consenso e il compromesso (il "*pacto*", per l'appunto) ebbero nel passaggio da una forma di stato all'altra.

Il 15 giugno del 1977, dopo quasi quaranta anni di dittatura, si svolsero in Spagna le prime elezioni democratiche. A prevalere fu l'Unione di Centro Democratico (UCD, il partito di Suárez), con il 34,8% dei voti (165 seggi), seguita dal Partito Socialista Operaio Spagnolo (PSOE), che ottenne il 29,4% (118 seggi, ai quali presto si sommeranno anche i sei ottenuti grazie ad un altro piccolo partito di sinistra, il Partito Socialista Popolare (PSP)). Il Partito comunista risultò essere il terzo partito del Paese con il 9,3%, mentre la destra neo-franchista (rappresentata da Alleanza Popolare) raggiunse l'8,4%. L'assegnazione dei seggi si concluse con quelli ottenuti dai nazionalisti baschi (8 il Partito Nazionalista Basco e 1 Euskadiko Eskerra) e dai nazionalisti catalani (11 il Patto Democratico per la Catalogna e 1 la Sinistra Repubblicana).

---

<sup>479</sup> Sull'amnistia si rinvia al par. 3.3.1. Più in generale sulla giustizia di transizione in Spagna si veda KRITZ N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995, pag. 297 ss.; cfr. altresì il Cap. 4 par. 4.1.1.

<sup>480</sup> Cfr. SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, cit., pag. 54.

<sup>481</sup> BLANCO VALDÉS R.L., SANJURJO RIVO V., *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, cit., pag. 458.

<sup>482</sup> TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, cit., pag. 5, sottolinea come "i concetti di rottura e riforma sono asimmetrici, non si oppongono tra loro... La rottura è un risultato, mentre la riforma è un metodo. Il metodo riformista non pare tendere, all'inizio, ad un risultato di rottura, però può sfociare in esso attraverso un accumulo di trasformazioni".

Tali elezioni produssero tre risultati importanti<sup>483</sup>. Innanzitutto si ridusse in modo significativo, rispetto alla Seconda Repubblica, il numero dei conflitti politici, dal momento che non si registrarono forti contrasti né a livello religioso (clericali contro anticlericali) né a livello istituzionale (monarchici contro repubblicani). In ambito nazionale la competizione politica verteva intorno alla contrapposizione destra-sinistra, mentre nelle nazionalità storiche, quali Catalogna e Paesi baschi, il confronto concerneva il dibattito centro-periferia, nazionalismo-centralismo. In secondo luogo le elezioni videro la vittoria dell'elettorato moderato: l'estrema sinistra e l'estrema destra ottennero, rispettivamente, il 3,1% e lo 0,6%, e nemmeno il Partito comunista e Alleanza Popolare riuscirono a "sfondare" (ottennero, infatti, rispettivamente il 9,3 % e l'8,4%). Al contrario, furono proprio i partiti moderati di sinistra (PSOE) e di destra (UCD) a raccogliere il maggior numero di consensi. Va sottolineato, infine, che il risultato elettorale mostrò un equilibrio sostanziale tra le forze politiche di destra e quelle di sinistra: l'UCD ottenne, infatti, il 34,3%, mentre i socialisti il 34% (29,4% del PSOE più il 4,5% del PSP). "Una Costituzione imposta con la forza, o molto parziale da un punto di vista ideologico"<sup>484</sup> non era, dunque, un'opzione praticabile.

### 1.3. 15 giugno 1977 – 29 dicembre 1978: il processo costituente

Nella prima sessione delle nuove *Cortes* si decise che esse, oltre a svolgere la funzione legislativa ordinaria attribuita loro dalla Legge per la riforma politica, avrebbero avuto carattere costituente. Si trattava di una questione particolarmente delicata e sulla quale molto si è discusso, dal momento che, come già ricordato, la Legge per la riforma politica non aveva disposto nulla in proposito<sup>485</sup>. Sono diverse le ragioni che possono spiegare la scelta adottata dal Parlamento. Innanzitutto vi poteva essere il timore che "una sola Camera eletta a suffragio universale tendesse pericolosamente a sinistra"; in secondo luogo si poteva supporre che una seconda Camera avrebbe comportato "una maggiore riflessione", e avrebbe quindi rappresentato "un certo peso conservatore che avrebbe potuto evitare un testo costituzionale eccessivamente radicale"<sup>486</sup>. Il motivo che, tuttavia, pare essere più convincente riguarda la già menzionata caratteristica della Legge per la riforma politica consistente nella sua capacità di innovare guardando al passato. In tal senso, se la Legge avesse previsto esplicitamente un'Assemblea costituente, il Parlamento franchista difficilmente avrebbe provveduto all'emanazione della Legge stessa, o comunque si sarebbe complicato il suo *iter* di approvazione: tale decisione, infatti, avrebbe comportato una rottura totale rispetto al passato franchista e ciò non poteva essere tollerato dai settori più reazionari. Al contrario, attraverso la scelta di non prevedere nulla espressamente, si raggiungevano contemporaneamente due obiettivi: il primo era quello di non "mettere in allarme" le componenti più conservatrici del regime, mentre il secondo era quello di lasciare aperta la porta affinché le *Cortes*, una volta tenutesi le elezioni, potessero svolgere anche la funzione di Assemblea costituente.

La fase di redazione vera e propria ebbe inizio il 15 luglio 1977, quando il Congresso dei Deputati nominò una Commissione affari costituzionali e libertà pubbliche<sup>487</sup>. A sua volta tale

---

<sup>483</sup> Si veda MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 204.

<sup>484</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 204.

<sup>485</sup> Secondo alcuni Autori le *Cortes* furono considerate "costituenti" sin dall'inizio (cfr. DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 58; HERNÁNDEZ GIL A., *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982). Esprime delle perplessità al riguardo LUCAS VERDÚ P., *La singularidad del proceso constituyente español*, in *Revista de estudios políticos*, n. 1, 1978. Pare, comunque, un dibattito piuttosto sterile, poiché ciò che conta è che "il risultato fu costituente" (MORODO R., *La transición política*, cit., pag. 171).

<sup>486</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 95.

<sup>487</sup> Essa era composta da 36 membri: 17 provenivano dall'UCD, 13 dal PSOE, due da Alleanza Popolare, due dal Partito comunista e due dalla minoranza basco-catalana.

Commissione procedette alla nomina di una *Ponencia* incaricata di redigere un Anteprogetto di Costituzione. Essa era formata da sette membri: tre dell'UCD, uno del PSOE, uno di Alleanza popolare, uno del Partito comunista e uno della minoranza catalana. Morodo osserva come vi fu una "discriminazione" relativamente alla composizione della *Ponencia*, dal momento che "in ogni processo costituente tutti i gruppi parlamentari dovrebbero essere rappresentati", mentre in tale commissione mancava sia un rappresentante della minoranza basca sia uno del gruppo misto. Morodo osserva, inoltre, che "da parte del PSP... non vi sarebbe stato dissenso in relazione agli aspetti fondamentali. E la presenza della minoranza basca forse avrebbe evitato che questa si astenesse nella votazione finale del progetto di Costituzione"<sup>488</sup>.

La *Ponencia* stabilì la "regola della riservatezza", attribuendo cioè carattere di segretezza alle proprie decisioni. Tale riservatezza, unita al numero ridotto dei componenti, hanno probabilmente gettato le basi per raggiungere il consenso all'interno della *Ponencia*. Va detto che la strategia del consenso aveva già avuto inizio con il Governo Suárez, il quale, come visto, aveva ripetutamente cercato la negoziazione con l'opposizione, varando importanti riforme e riuscendo a far approvare la Legge per la riforma politica. Un ulteriore esempio della politica del consenso fu dato dai c.d. "Patti della Moncloa", del 27 ottobre del 1977, firmati nella nuova sede della Presidenza del Governo dai quattro partiti principali del Paese. Tali Patti costituirono un'importante risposta alla crisi economica già menzionata. La strategia del consenso, quindi, si rafforzò ulteriormente proprio nel corso del processo costituente, poiché fu grazie agli accordi e alle reciproche concessioni tra le diverse forze politiche che si riuscì a giungere all'emanazione della Costituzione<sup>489</sup>.

La *Ponencia* terminò i suoi lavori il 23 dicembre 1977, ed il testo dell'Anteprogetto venne pubblicato sul Bollettino delle *Cortes* il 15 gennaio 1978. A quel punto iniziò il periodo di discussione del testo nei due rami del Parlamento<sup>490</sup>. Poiché sussistevano sostanziali differenze tra il testo approvato dal Congresso e quello modificato dal Senato, il progetto – così come stabilito dalla Legge per la riforma politica – venne rimesso ad una Commissione mista (composta da deputati e senatori appartenenti principalmente all'UCD e al PSOE), al fine di trovare un accordo e creare un testo unico. I lavori durarono poco, poiché già il 31 ottobre 1978 il testo venne approvato a larghissima maggioranza (94% di *si*) da entrambe le Camere. Importante sottolineare il fatto, tuttavia, che diversi parlamentari appartenenti alle minoranze basca e catalana votarono contro ovvero si astennero<sup>491</sup>: si trattava di un segnale che non faceva presagire nulla di buono relativamente al futuro dell'organizzazione territoriale del Paese.

L'ultimo passaggio (a parte la sanzione e promulgazione da parte del Re) perché il nuovo testo costituzionale entrasse in vigore era dato dal referendum nazionale di approvazione della Costituzione. Il forte consenso che si era raggiunto nei due rami del Parlamento trovò una sua corrispondenza anche nella società, poiché il popolo spagnolo il 6 dicembre 1978 approvò la nuova Carta con l'87,87% dei consensi, dimostrando in tal modo di voler radicalmente cambiare pagina rispetto agli ultimi quaranta anni di regime autoritario. Tra le forze che non si reputavano soddisfatte del nuovo testo costituzionale vi era in particolare il Partito Nazionalista Basco, il quale

---

<sup>488</sup> MORODO R., *La transición política*, cit., pag. 174.

<sup>489</sup> Si veda SOLÉ TURA J., AJA E., *Une élaboration consensuelle*, in *Pouvoir*, n. 8, 1978, pag. 79 ss.

<sup>490</sup> Esso venne discusso prima nella Commissione e poi nell'Aula del Congresso dei Deputati, per venire infine approvato il 24 luglio. Il testo approvato dalla Camera bassa passò quindi all'esame del Senato, dove la Commissione costituzionale prima, e l'Aula poi, procedettero ad apportare una serie di modifiche. Il progetto venne, infine, approvato il 5 ottobre.

<sup>491</sup> Al Congresso i *si* furono il 94,1%, i *no* l'1,8% (alcuni deputati appartenenti ad Alleanza Popolare e ad Euskadiko Ezkerra) e gli astenuti il 4,1% (il partito nazionalista basco, alcuni membri di Alleanza Popolare, del Gruppo misto e della Minoranza catalana); al Senato i *si* furono il 94,4%, i *no* il 2,3% (senatori del Gruppo basco e del Gruppo misto) e gli astenuti il 3,3% (sempre del Gruppo basco e del Gruppo misto).

invitò i propri elettori ad astenersi in occasione del referendum<sup>492</sup>. La Costituzione venne infine sanzionata dal Re il 27 dicembre.

La transizione “formale” fu, quindi, breve (soli tre anni), “tranquilla”<sup>493</sup>, nel pieno rispetto – per molti versi – della legalità franchista<sup>494</sup>, e caratterizzata dal consenso tra le diverse forze politiche: il risultato fu l’entrata in vigore di una Costituzione che segnava una rottura totale rispetto al precedente passato autoritario.

#### **1.4. Gli anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione: una democrazia ancora fragile**

Una volta promulgata la Costituzione, vennero sciolte le Camere e convocate le elezioni per il 1° marzo 1979. Esse confermarono l’UCD quale prima forza politica del paese con il 34,95% dei voti, seguito dal PSOE con il 30,50%. Migliorò leggermente la propria posizione il Partito comunista (10,66%), mentre subì un calo di consensi Alleanza Popolare, non riuscendo a raggiungere nemmeno il 6%. Registrarono buoni risultati, invece, i partiti nazionalisti o regionalisti.

Nonostante la vittoria, il Presidente Suárez mostrò subito di avere notevoli difficoltà, oltre che a tenere unito il partito, a portare avanti il proprio programma: infatti, “una volta abbandonata l’“alta politica” [vale a dire garantire la transizione alla democrazia] che lo aveva portato agli indici più alti di popolarità e di prestigio, non fu in grado... di far fronte ai problemi di ordinaria amministrazione e di Governo... in questa nuova fase post-costituzionale”<sup>495</sup>. Per questi e altri motivi il 29 gennaio 1981 Suárez rassegnò le dimissioni, e venne sostituito da Leopoldo Calvo-Sotelo. Il PSOE, al contrario, dava l’impressione di un partito compatto e godeva di un forte appoggio popolare.

Gli anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione, al pari di quelli precedenti, furono particolarmente difficili: “la profonda crisi economica, il terrorismo e il protrarsi dell’integralismo franchista proiettavano [infatti] l’immagine di una democrazia fragile”<sup>496</sup>. A ciò si aggiungeva il problema delle nazionalità, questione sempre di attualità nella storia spagnola dei precedenti centocinquanta anni, e intensificatasi nel periodo della transizione in ragione delle rivendicazioni (soprattutto) catalane e basche finalizzate al recupero delle forme di autonomia ottenute nel corso della Seconda Repubblica (1931-1936). Come si mostrerà più avanti<sup>497</sup>, la Costituzione del 1978 (che – giova ricordarlo – non fu votata da diversi parlamentari della minoranza basca e catalana), introducendo “uno schema complesso e pieno di ambiguità”<sup>498</sup>, non riuscì a fornire una soluzione efficace alla questione dell’organizzazione territoriale dello Stato. Anzi, tale questione non riguardava più esclusivamente la Catalogna e i Paesi Baschi, ma “raggiunse una dimensione nazionale, dal momento che alcuni partiti regionalisti di nuova creazione sollevarono artificialmente il problema in altre regioni”<sup>499</sup>.

---

<sup>492</sup> GUNTHER R., PUHLE H.J., DIAMANDOUROS P.N., *Introduction*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J., *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., pag. 14.

<sup>493</sup> BLANCO VALDÉS R.L., SANJURJO RIVO V., *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, cit., pag. 447; così anche ROSENFELD M., *Constitution Making, Identity Building and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example*, in *Cardozo Law Review*, n. 19, 1998, pag. 1891 ss., che la definisce “peaceful”.

<sup>494</sup> Basti pensare al fatto che in diverse parti la Legge per la riforma politica si rifaceva al passato franchista (si rinvia al par. 1.1.).

<sup>495</sup> BARRERA C., *Historia del proceso democrático en España. Tardofranquismo, transición y democracia*, Fragua, Madrid, 2002, pag. 150.

<sup>496</sup> TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, cit., pag. 19.

<sup>497</sup> Si rinvia al par. 3.4.

<sup>498</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 213.

<sup>499</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 213.

Le enormi difficoltà del Paese sfociarono nel tentativo di colpo di Stato del 23 febbraio 1981. Nella seconda votazione per l'investitura di Calvo-Sotelo quale Presidente del Governo, il colonnello della *Guardia Civil* Antonio Tejero, assieme a circa quattrocento *guardias civiles*, fece irruzione all'interno del Congresso prendendo i deputati in ostaggio. Poco tempo dopo si sollevò a Valencia il capitano generale della Terza regione militare Jaime Milans del Bosch, il quale ordinò di entrare in città con i carri armati, dichiarò lo stato d'emergenza, ma non riuscì a convincere gli altri militari ad assecondare l'operazione. Ciò fu dovuto anche all'opposizione del Re nei confronti del tentativo di *golpe*: il Monarca, infatti, si assicurò della fedeltà dei vertici militari, e all'una e mezzo del mattino del 24 febbraio comparve in televisione schierandosi apertamente contro i golpisti. A quel punto Milans del Bosch, isolato, annullò i suoi piani e venne arrestato; Tejero, invece, resistette all'interno del Congresso fino a mezzogiorno.

L'opposizione del Re Juan Carlos al tentativo di colpo di Stato rappresentò uno dei principali interventi del Sovrano volti a favorire l'instaurazione di una forma di stato democratica. A questo, infatti, se ne possono aggiungere altri, quali la nomina di Suárez come Presidente del Governo, o i numerosi discorsi nei quali veniva auspicato un futuro democratico per il Paese<sup>500</sup>. Il ruolo del Re fu considerato talmente decisivo nel processo di transizione che egli venne considerato il "motore"<sup>501</sup> e il "pilota"<sup>502</sup> del cambiamento. Ciò che pare importante sottolineare è il fatto che non era per nulla scontato che questo si sarebbe verificato. Al contrario, diversi elementi potevano far pensare che sarebbe accaduto l'opposto. Si pensi, ad esempio, al discorso pronunciato da Franco davanti alle *Cortes* in occasione della nomina di Don Juan Carlos quale successore alla *Jefatura del Estado*: "la decisione che stiamo prendendo oggi contribuirà, in grande misura, a che tutto rimanga fissato, e ben fissato, per il futuro". "Deve essere chiaro – continuava il *Caudillo* – e ben compreso, dagli spagnoli di oggi e da quelli delle future generazioni, che questa Monarchia è quella che ... venne instaurata con la Legge di Successione del ... 1947; Monarchia del Movimento Nazionale, continuatrice perenne dei suoi principi, istituzioni e della gloriosa tradizione spagnola. Per questo, al fine di dare attuazione alle disposizioni successive, verrà instaurata, nel suo giorno, la Corona nella persona che oggi proponiamo come successore, mediante l'approvazione di [questa] legge". In seguito ad un discorso di tal tipo, difficilmente ci si sarebbe potuti meravigliare se il Re avesse mantenuto un atteggiamento poco propenso all'apertura e favorevole, invece, al "*continuismo franquista*". Il "grande paradosso", fu, invece, che "il Re utilizzò i poteri assoluti che gli erano stati trasmessi dal Generale Franco per smantellare il Franchismo e costruire un nuovo regime democratico e parlamentare"<sup>503</sup>.

Nelle elezioni del 28 ottobre 1982 si assistette ad un ribaltamento del panorama politico: il PSOE, infatti, divenne la prima forza politica del Paese, ottenendo la maggioranza assoluta dei

---

<sup>500</sup> Si pensi, ad esempio, al suo primo discorso dopo la proclamazione, nel quale il Re affermò: "Oggi comincia una nuova tappa nella Storia della Spagna". Si consideri, poi, il discorso pronunciato dinanzi al Congresso degli Stati Uniti nel giugno 1976, in cui il Sovrano sostenne che compito della Monarchia era quello di tutelare "la totalità del popolo spagnolo e ciascun cittadino, garantendo mediante il diritto e l'esercizio delle libertà civili l'impero della giustizia", nonché di assicurare "l'accesso ordinato al potere delle diverse alternative di Governo, secondo la volontà del popolo liberamente espressa".

<sup>501</sup> DE AREILZA J.M., *A lo largo del siglo. 1909-1991*, Planeta, Barcelona, 1992, pag. 238.

<sup>502</sup> POWELL C., *El piloto del cambio. El Rey, la monarquía y la transición a la democracia*, Planeta, Barcelona, 1991.

<sup>503</sup> TAJADURA TEJADA J., *La legitimidad de la Monarquía parlamentaria*, in LEÓN BASTOS C., WONG MERAZ V.A. (a cura di), *Homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid*, Porrúa, México, 2010, pag. 932. Nello stesso lavoro l'Autore sottolinea altresì come, dal 22 novembre 1975 (giorno in cui Don Juan Carlos accede alla *Jefatura del Estado*) al 29 dicembre 1978 (giorno di promulgazione della Costituzione), la Spagna si trasforma da una Monarchia assoluta ad una Monarchia democratica e parlamentare. Per questo motivo, secondo Tajadura Tejada, non ha senso continuare a parlare di "restaurazione monarchica", dal momento che in realtà "non vi fu alcuna restaurazione, ma una *instaurazione*, per la prima volta nella storia spagnola, di una *Monarchia democratica*" (pag. 912) (corsivo nostro).

seggi, mentre l'UCD ebbe un vero e proprio crollo, passando da 168 deputati a soli 11; in maniera analoga, anche il Partito comunista ottenne scarsi risultati, perdendo più di un milione di voti. Alleanza Popolare, invece, registrò parecchi consensi, diventando il primo partito di opposizione<sup>504</sup>.

Tali elezioni, poiché avevano determinato per la prima volta un'alternanza al Governo tra la destra e la sinistra, vennero considerate una "pietra miliare"<sup>505</sup> nella storia della transizione spagnola<sup>506</sup>. Esse "diedero vita ad una maggioranza parlamentare e di Governo... che poté far fronte, con il forte consenso elettorale, ai compiti che la necessità di stipulare ampi compromessi durante la fase centrale della transizione democratica aveva lasciato ancora incompiuti"<sup>507</sup>. I primi governi di Felipe González, divenuto *Presidente del Gobierno*, ebbero, infatti, il merito di aver dato avvio ad un processo riformatore finalizzato a far diventare la Spagna lo Stato sociale e democratico di diritto a cui fa riferimento l'art. 1 della Costituzione del 1978.

Da un punto di vista dei rapporti internazionali, va ricordato che nel 1977 la Spagna aderì (in seguito ad un'approvazione unanime sia del Congresso sia del Senato) al Consiglio d'Europa: in particolare, nel 1979 ratificò la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>508</sup>, e nel 1981 riconobbe il diritto al ricorso individuale previsto dall'art. 25 della Convenzione<sup>509</sup>. A metà del 1982, poi, nonostante la forte opposizione del PSOE e del Partito comunista, entrò a far parte della NATO. Secondo Calvo-Sotelo, allora Presidente del Governo, tale passo avrebbe favorito l'ingresso del Paese nella Comunità economica europea. Va detto, peraltro, che il cammino verso l'ingresso in Europa era iniziato già con il Governo Suárez, il quale aveva nominato nel febbraio 1978 proprio Calvo-Sotelo quale Ministro per i rapporti con la CEE. Non senza qualche difficoltà<sup>510</sup>, la Spagna riuscì a soddisfare i criteri previsti dal Consiglio europeo di Copenhagen del 1978 (che consistevano nel rispetto dei principi della democrazia pluralista e dei diritti dell'uomo), e così, il 1° gennaio 1986, divenne membro, assieme al Portogallo, della Comunità economica europea. Va sottolineato come nei pareri resi dalla Commissione sulle domande di adesione di tali Paesi (oltre che della Grecia), la circostanza che fossero state emanate Costituzioni democratiche precedeva la valutazione dei singoli settori dell'integrazione economica; d'altro canto, la Commissione non analizzò in concreto il contenuto delle Carte costituzionali né il grado della loro effettiva attuazione, ma si limitò ad evidenziare il fatto che l'adesione di tali Paesi "non [poteva] che "rafforzare l'ideale europeo", contribuendo a stabilizzare la democrazia in quei Paesi appena usciti dalla dittatura"<sup>511</sup>.

---

<sup>504</sup> Sulle elezioni del 1982 cfr. MARAVALL J.M., *La política de la transición*, Taurus, Madrid, 1985, pag. 84 ss.

<sup>505</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 229.

<sup>506</sup> Non è un caso che, come ricordato al par. 1, secondo parte della dottrina esse segnino il punto conclusivo del processo di transizione stesso. L'idea, tuttavia, secondo cui l'alternanza al Governo sia sintomatica di un regime democratico consolidato è stata criticata, dal momento che "porterebbe ad alcune applicazioni assurde nel mondo reale: secondo questo criterio, i regimi democratici del Giappone e dell'Italia (che hanno entrambi resistito e prosperato, ma i cui Governi sono stati dominati da un singolo partito per oltre quattro decenni) non potrebbero essere considerati come consolidati sino agli anni Novanta" (GUNTHER R., PUHLE H.J., DIAMANDOUROS P.N., *Introduction*, cit., pag. 12).

<sup>507</sup> BLANCO VALDÉS R.L., SANJURJO RIVO V., *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, cit., pag. 464.

<sup>508</sup> All'epoca, ai fini dell'ingresso nel Consiglio, la promessa dello Stato di sottoscrivere la CEDU era considerata esclusivamente un elemento di apprezzamento di tipo politico.

<sup>509</sup> Si ricorda, infatti, che il riconoscimento facoltativo del diritto al ricorso individuale sia venuto meno solo con l'entrata in vigore nel 1998 del Protocollo n. 11.

<sup>510</sup> Si pensi, ad esempio, a quando, a metà degli anni Settanta, "i negoziati con la Spagna, per la conclusione di un nuovo accordo commerciale, furono interrotti in conseguenza della violazione dei più elementari diritti dell'uomo" (CAPPuccio L., *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione Europea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>511</sup> Cfr. CAPPuccio L., *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione Europea*, cit., la quale opportunamente sottolinea come la scelta di non esaminare il contenuto delle Costituzioni "trascura la non necessaria corrispondenza tra il riconoscimento formale di alcuni principi e la loro concreta applicazione" (in tal senso è sufficiente pensare a quanto accaduto in Italia: si rinvia al Cap. 2 par. 3.3.).

L'ingresso nella Comunità rappresentò in ogni caso un traguardo di notevole importanza, soprattutto alla luce del fatto che era da lunghissimo tempo che gli spagnoli identificavano nella CEE il “sogno democratico”<sup>512</sup>: in questo senso, l'entrata in Europa “portò un senso di completamento della transizione democratica” e “fornì una forma di convalidazione esterna alla nuova democrazia spagnola”<sup>513</sup>. A ciò si aggiunge il fatto che la prospettiva di entrare a far parte della CEE rappresentò uno stimolo non indifferente per velocizzare il processo di democratizzazione in corso nel Paese.

## 2. L'istituzione del *Tribunal constitucional*

Una volta analizzata la transizione “formale”, e richiamata la difficile situazione in cui versava la Spagna in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, pare necessario esaminare il processo che ha portato all'instaurazione del Tribunale costituzionale. A tal fine, dopo aver ricordato la sfortunata esperienza del Tribunale delle garanzie costituzionali previsto dalla Costituzione del 1931, verranno ricordati i punti più significati del dibattito in seno alle *Cortes constituyentes* relativamente alla previsione dell'organo di giustizia costituzionale nella Carta del 1978. In ultimo, verranno effettuati alcuni riferimenti all'approvazione della legge istitutiva del Tribunale costituzionale, vale a dire la *Ley organica del Tribunal constitucional*.

### 2.1. L'antecedente: il *Tribunal de garantías constitucionales*

Sebbene possano essere individuate diverse esperienze di giustizia costituzionale antecedenti al 1931<sup>514</sup>, quello che viene unanimemente considerato l'antecedente diretto del Tribunale costituzionale è il *Tribunal de garantías constitucionales*, previsto dalla Costituzione della Seconda Repubblica del 1931<sup>515</sup>. Tale organo, che costituiva “una variante del “sistema europeo” sino a quel momento rappresentato dai modelli cecoslovacco ed austriaco”<sup>516</sup>, ha avuto una vita brevissima e non ha mai goduto di particolare prestigio<sup>517</sup>. La sua prima sentenza risale, infatti, all'8 giugno 1934, ma già con il decreto 4 maggio 1937 venne sancito lo scioglimento dell'organo, considerato in contrasto con le norme che informavano il nuovo regime franchista.

Sono diverse le cause che spiegano le difficoltà incontrate dal Tribunale repubblicano. Innanzitutto si deve considerare il mancato *convinto* appoggio da parte delle forze politiche all'instaurazione di tale organo: Cruz Villalón ricorda, infatti, che l'allora Presidente del Tribunale, Alvaro de Albornoz, dichiarò dinanzi alle *Cortes* che, in fondo, il *Tribunal de garantías constitucionales* non lo voleva nessuno, che nessuna forza significativa lo aveva appoggiato e che,

---

<sup>512</sup> LORCA CORRONS A., *The Spanish Experience Following Accession*, paper presentato alla *University Association for Contemporary European Studies*, 1988, ricordato da PRIDHAM G., *The International Context of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., pag. 177.

<sup>513</sup> PRIDHAM G., *The International Context of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, cit., pag. 178.

<sup>514</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO F., *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984.

<sup>515</sup> Fra i numerosi scritti sul *Tribunal de garantías constitucionales* si segnalano RUBIO LLORENTE F., *Del Tribunal de garantías constitucionales al Tribunal constitucional*, in *Revista de derecho político*, n. 16, 1982-83, pag. 27 ss.; CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985, pag. 335; RUIZ LAPEÑA R., *El Tribunal de garantías constitucionales en la II República española*, Bosch, Barcelona, 1982.

<sup>516</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pag. 335.

<sup>517</sup> Basti pensare al fatto che GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1980, pag. 94, definirono l'esperienza di tale Tribunale “una delle pagine meno gloriose” della vicenda costituzionale della Seconda Repubblica

anzi, era stato ostacolato in ugual modo sia dalla destra sia dalla sinistra<sup>518</sup>.

In secondo luogo vanno ricordati gli errori “tecnici” commessi dal Parlamento nella previsione dell’organo. Il Tribunale, infatti, a differenza di quello cecoslovacco concepito esclusivamente quale organo di controllo di costituzionalità, era “sovraccaricato di funzioni”, eterogenee tra loro, e alcune delle quali aventi carattere politico e non giurisdizionale, con il conseguente rischio di una sua “snaturalizzazione”<sup>519</sup>. A ciò si aggiungevano i problemi relativi alla sua composizione, caratterizzata da un eccessivo tasso di politicità (basti pensare che il Presidente non era eletto dai giudici, ma dalle *Cortes*) e da un numero troppo elevato di giudici (venticinque, a cui si aggiungeva il Presidente)<sup>520</sup>; eccessivi erano altresì i soggetti legittimati a ricorrere (pubblico ministero, giudici e tribunali, il Governo, le regioni e ciascuna persona singola o collettiva, anche se non direttamente offesa).

La terza causa che spiega le difficoltà del Tribunale riguarda la difficilissima fase storica in cui esso iniziò ad operare: tale organo, infatti, ebbe “la sfortuna di vedersi immerso, fin dalla sua prima sentenza, nella bufera politica dell’epoca”<sup>521</sup>, trovandosi, dunque, “in un clima quasi impossibile di convivenza sociale e politica”<sup>522</sup>. La conseguenza fu che anche le sue sentenze, influenzate da tale contesto politico, “furono giudicate secondo parametri di opportunità [e] divennero oggetto di lotta e contesa tra le diverse parti”<sup>523</sup>. Il caso relativo alla prima sentenza del Tribunale è emblematica. Nonostante con tale pronuncia venisse sancita la nullità della legge dei contratti agrari approvata dal Parlamento autonomico della Catalogna, quest’ultimo ignorò tale decisione ed emanò una nuova legge dal medesimo contenuto<sup>524</sup>. Tutto ciò avvenne in un clima di tensione talmente forte tra potere centrale e regione catalana che il Presidente del Tribunale, Alvaro de Albornoz, fu costretto a dimettersi e venne sostituito da Fernando Gasset.

La tensione tra Stato centrale e Catalogna risulta una costante della storia spagnola: essa, infatti, si riproporrà durante il processo di transizione<sup>525</sup> e, ancor più recentemente, con l’emanazione del nuovo Statuto autonomico catalano del 2006, dichiarato parzialmente incostituzionale dal *Tribunal* nella sentenza 31/2010<sup>526</sup>.

## 2.2. Il dibattito dinanzi alle *Cortes constituyentes*

Deve essere precisato che il dibattito costituente spagnolo può essere esaminato solo parzialmente, dal momento che non sono stati resi pubblici gli atti della *Ponencia*, la quale, come visto in precedenza, era stata incaricata di elaborare un Anteprogetto di Costituzione. Ciò che, invece, può essere analizzato sono i lavori costituenti delle *Cortes*. In linea generale si può osservare come praticamente tutte le forze politiche risultarono essere favorevoli all’introduzione

<sup>518</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pag. 339.

<sup>519</sup> TOMÁS Y VALIENTE F., *Escritos sobre y desde el Tribunal constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1993, pag. 29-30. Oltre, infatti, al controllo di costituzionalità delle leggi, alla risoluzione dei conflitti tra Stato e regioni autonome (e tra regioni) ed alla risoluzione dei ricorsi di *amparo*, il Tribunale era chiamato a verificare e approvare i poteri di coloro che, assieme alle *Cortes*, dovevano eleggere il Presidente della Repubblica, nonché a giudicare sulla responsabilità penale del Capo dello Stato, del Presidente del Consiglio, dei Ministri e di altre alte cariche dello Stato.

<sup>520</sup> Secondo GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ P.J., *El Tribunal constitucional*, Aranzadi, Elcano, 2000, pag. 49, fu proprio la composizione Tribunale la “responsabile, in gran parte, del suo insuccesso”.

<sup>521</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pag. 338.

<sup>522</sup> GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ P.J., *El Tribunal constitucional*, cit., pag. 50.

<sup>523</sup> ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986, pag. 77.

<sup>524</sup> RUIZ LAPEÑA R., *El Tribunal de garantías constitucionales en la II República española*, cit., pag. 304 ss.

<sup>525</sup> Si rinvia al par. 3.4.1.

<sup>526</sup> Si rinvia al par. 4.2.

del Tribunale costituzionale. Le uniche riserve (non si trattò, infatti, di una vera e propria opposizione) provenivano dagli esponenti del Partito comunista, i quali temevano una possibile tendenza conservatrice di tale organo, e ritenevano che esso avrebbe potuto in qualche modo ostacolare l'attività delle Camere<sup>527</sup>.

Le riserve espresse dal Partito comunista, tuttavia, non impediscono di parlare di una "creación consensuada"<sup>528</sup> del Tribunale costituzionale. Le ragioni che spiegano un consenso così vasto intorno alla creazione dell'organo di giustizia costituzionale paiono essere fondamentalmente quattro. La prima è la più evidente: dopo quarant'anni di regime autoritario, era fortissima la volontà di creare un ordinamento realmente democratico, dove i diritti fondamentali venissero effettivamente tutelati, e in questo senso l'istituzione di un Tribunale costituzionale sembrava offrire la migliore garanzia possibile.

In secondo luogo si deve considerare il fatto che già diversi ordinamenti europei dell'epoca avevano previsto un Tribunale costituzionale: i costituenti spagnoli fecero riferimento, in particolare, alla Corte costituzionale italiana e al *Bundesverfassungsgericht* tedesco<sup>529</sup>.

Un altro motivo che portò alla creazione del *Tribunal constitucional* è legato alla mancata epurazione della magistratura: Ferreres Comella sottolinea, infatti, che i giudici ordinari che erano stati nominati sotto il regime franchista non erano stati sostituiti una volta instauratasi la democrazia, "nonostante la maggior parte di essi avesse manifestato un impegno piuttosto debole a favore dei principi liberal-democratici. Data tale circostanza storica, non aveva alcun senso attribuire ad essi il compito di verificare la validità delle leggi emanate dal nuovo Parlamento democratico"<sup>530</sup>.

La previsione del Tribunale costituzionale, poi, si spiega altresì in ragione della decentralizzazione politica dello Stato<sup>531</sup>, e infatti non è un caso che il Costituente abbia guardato in particolare, anche in questo caso, alle Corti costituzionali italiana e tedesca, le quali operano all'interno di ordinamenti decentrati. E' noto, infatti, il rapporto tra "struttura policentrica dello Stato e genesi della giustizia costituzionale"<sup>532</sup>.

---

<sup>527</sup> Così Sole Tura, rappresentante del Gruppo parlamentare comunista: "Se consideriamo la forma, il tempo, il periodo in cui vengono nominati i giudici del Tribunale costituzionale (periodo che è più lungo della durata di una legislatura), e se teniamo in considerazione la possibilità di presentare il ricorso in via d'azione..., ci potremmo trovare nella situazione per cui il Tribunale costituzionale risulti essere... una sorta di terza Camera che si impone al Congresso e al Senato..., frenando di fatto il loro lavoro" (*Plenum del Congresso dei Deputati, Diario de sesiones del Congreso*, 20 luglio 1978, n. 115, pag. 4528). E' interessante notare come anche il Partito comunista italiano (assieme alle altre forze di sinistra), nel corso dei lavori costituenti, aveva espresso la preoccupazione che la Corte costituzionale potesse rivelarsi un organo conservatore (si rinvia al Cap. 2 par. 2.3.).

<sup>528</sup> TORRES DEL MORAL A., *El Tribunal constitucional español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de lege ferenda*, in BAZÁN V. (a cura di), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pag. 699.

<sup>529</sup> Per quel che concerne l'influenza tedesca e italiana (ma anche di altri ordinamenti) sulla Costituzione del 1978 cfr. HERRERO DE MIÑON M., *Les sources étrangères de la Constitution*, in *Pouvoir*, n. 8, 1978, pag. 97 ss.

<sup>530</sup> FERRERES COMELLA V., *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pag. 23. Sul punto si veda altresì GUARNIERI C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, pag. 132; RUBIO-MARÍN R., *Women and the Cost of Transition to Democratic Constitutionalism in Spain*, in *International Sociology*, n. 18, 2003, pag. 242. Sulla magistratura durante il regime franchista si veda TOHARIA J.J., *Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain*, in *Law and Society Review*, vol. 9, n. 3, 1975, pag. 475 ss.

<sup>531</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, pag. 436.

<sup>532</sup> PEGORARO L., *Giustizia costituzionale*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 470.

Parte della dottrina<sup>533</sup> ha sottolineato come l'istituzione del Tribunale costituzionale sia stata favorita dal fatto che la Spagna aveva già avuto in passato un organo analogo, vale a dire il Tribunale delle garanzie costituzionali. In realtà, nel corso dei dibattiti i riferimenti al Tribunale repubblicano furono decisamente scarsi, e quasi sempre per ricordarlo come esempio negativo<sup>534</sup>. In questo senso, si può dire che i costituenti spagnoli fecero tesoro di una esperienza sfortunata: invece di prendere tale Tribunale quale modello da emulare, essi furono attenti ad evitare di commettere nuovamente gli stessi errori.

Analizzando più nel dettaglio i lavori costituenti, va detto come non si registrino differenze sostanziali tra gli articoli dell'Anteprogetto presentato dalla *Ponencia* e quelli definitivi della Costituzione relativi alla giustizia costituzionale. Il dibattito (giudicato non particolarmente "rilevante"<sup>535</sup>) non verteva intorno alla necessità o meno di istituire un Tribunale costituzionale, quanto piuttosto ad aspetti tecnici relativi alla sua composizione, alla sua indipendenza e alle sue competenze.

Fra le modifiche più significative del Titolo IX della Costituzione ("Del Tribunale costituzionale"), va ricordata, innanzitutto, quella relativa all'art. 159. L'*Informe* della *Ponencia*, infatti, modificò l'Anteprogetto in primo luogo aumentando il numero dei membri del Tribunale (da undici a dodici), con la conseguenza che il Senato non proponeva più solamente tre giudici, bensì quattro, al pari del Congresso. Venne inserito, inoltre, il requisito dell'indipendenza e dell'inamovibilità dei membri del Tribunale. In relazione all'art. 161 (ma anche all'art. 53 c. 2), va ricordato che l'*Informe* della *Ponencia* restrinse il *recurso de amparo* ai soli diritti e libertà previsti dall'art. 14 e dalla prima sezione del Secondo capitolo del Titolo I, nonché al diritto di obiezione di coscienza. Il testo dell'art. 162 fu modificato dalla Commissione del Congresso, la quale soppresse la facoltà dei Presidenti del Congresso e del Senato di presentare il ricorso di incostituzionalità, ed elevò da venticinque a cinquanta il numero di senatori legittimati a presentare tale ricorso. Da sottolineare, inoltre, che l'*Informe* della *Ponencia* modificò l'art. 164, attribuendo alle sentenze del Tribunale costituzionale valore di cosa giudicata.

Per quel che concerne, invece, le disposizioni che si collocano al di fuori del Titolo IX, l'*Informe* della *Ponencia* esplicitò all'art. 95 c. 2 che il Tribunale costituzionale si sarebbe occupato altresì del controllo preventivo di costituzionalità dei Trattati. Particolarmente rilevanti, inoltre, sono le modifiche apportate al testo dell'art. 153, lett. a): oltre a sostituire l'espressione "Territori storici" con "Comunità Autonome", l'*Informe* della *Ponencia* limitò il controllo degli atti della Comunità Autonome da parte del *Tribunal constitucional*, mantenendo esclusivamente il controllo di costituzionalità ed eliminando quello di legalità.

In ultimo, va sottolineato come l'istituzione del Tribunale costituzionale ebbe la fortuna di poter contare sull'appoggio dei "migliori giuristi democratici"<sup>536</sup>, i quali contribuirono in modo

---

<sup>533</sup> Cfr., ad esempio, RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *La jurisdicción constitucional*, in PREDIERI A., GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pag. 798, i quali, riferendosi, per l'appunto, al Tribunale repubblicano, parlano di "forza del precedente"; si veda altresì FERRERES COMELLA V., *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*, cit., pag. 23.

<sup>534</sup> Fra i rari riferimenti a favore del Tribunale delle garanzie costituzionali si ricorda quello del deputato Letamendía Belzunce, il quale auspicava che nel nuovo Tribunale costituzionale sedessero anche rappresentanti delle Comunità Autonome, come avveniva nel Tribunale repubblicano (Commissione Affari costituzionali e Libertà pubbliche, 16 giugno 1978, n. 91, pagg. 3433-3434).

<sup>535</sup> GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ P.J., *El Tribunal constitucional*, cit., pag. 62.

<sup>536</sup> TOMÁS Y VALIENTE F., *Escritos sobre y desde el Tribunal constitucional*, cit., pagg. 33-34, il quale ricorda altresì che "negli ultimi decenni del precedente regime politico, la maggiore e la migliore parte dei giuristi spagnoli di formazione accademica e specializzati in Diritto pubblico (in modo particolare in Diritto amministrativo, dal momento che il Diritto costituzionale era una realtà assente durante il Franchismo) erano passati per le Università tedesche e/o italiane".

determinante affinché esso venisse disciplinato nel miglior modo possibile<sup>537</sup>.

### 2.3. La Legge organica del Tribunale costituzionale e l'entrata in funzione del *Tribunal constitucional*

La Legge organica del Tribunale costituzionale (*Ley Organica 2/1979*) venne approvata attraverso il procedimento d'urgenza previsto dall'art. 103 del Regolamento del Congresso allora in vigore. Il testo del progetto che venne presentato alle *Cortes* era preceduto da una sorta di preambolo che dava conto del fine e del contenuto della legge stessa: "Il Tribunale costituzionale, chiamato ad assicurare la supremazia della Costituzione e a garantire l'adeguamento ad essa di tutto il nostro ordinamento, è un elemento essenziale dell'organizzazione giuridico-politica dello Stato... La nostra Costituzione segue una corrente dominante del nostro tempo, mediante la quale si persegue la progressiva giuridificazione delle relazioni politiche, al fine di rendere sempre più reale il principio di imperio della legge. La configurazione di questa istituzione basilare è attribuita dalla Costituzione ad una Legge organica, le cui direttrici fondamentali risultano già sufficientemente indicate all'interno del testo costituzionale stesso, del quale la presente Legge non è che un semplice sviluppo"<sup>538</sup>.

Il testo presentato alle *Cortes* non fu oggetto, in linea generale, di profonde modifiche, ma solo di alcuni cambiamenti tecnici o redazionali. L'unica modifica realmente significativa fu l'introduzione del ricorso preventivo sulla costituzionalità delle leggi organiche<sup>539</sup>.

A differenza di quanto accaduto in Italia<sup>540</sup>, il processo di nomina dei giudici costituzionali non presentò particolari difficoltà: una volta infatti promulgata la Legge organica (il 3 ottobre 1979), nei tre mesi seguenti alla data della sua entrata in vigore – così come previsto dalla prima disp. trans. – il Governo, il Congresso e il Senato presentarono al Re le loro "proposte di nomina" di, rispettivamente, due, quattro e quattro giudici, i quali vennero nominati dal Sovrano il 23 febbraio 1980<sup>541</sup>. Il 12 luglio dello stesso anno, poi, il *Tribunal* si insediò ufficialmente. Ciò significa che solamente 19 mesi dopo la promulgazione della Costituzione, il Tribunale costituzionale poteva dare inizio ai propri lavori. Si trattò di un periodo piuttosto ridotto, soprattutto se lo si raffronta ai tempi richiesti per l'entrata in funzione del *Tribunal de las garantías constitucionales* (più di due anni rispetto alla promulgazione della Costituzione), del *Bundesverfassungsgericht* tedesco (quasi due anni e mezzo), ovvero (soprattutto) della Corte costituzionale italiana (ben otto anni)<sup>542</sup>.

Secondo Cruz Villalón, le decisioni prese dalle *Cortes constituyentes* in materia di giustizia

---

<sup>537</sup> TOMÁS Y VALIENTE F., *Escritos sobre y desde el Tribunal constitucional*, cit., pag. 34, che scrive nel 1993, metteva in luce infatti come "poche istituzioni costituzionalizzate nella nostra norma fondamentale furono e sono trattate con così tanta nobile e generale preoccupazione politica e tecnica come il Tribunale costituzionale".

<sup>538</sup> Il testo completo del Progetto si trova in *Tribunal constitucional. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pagg. 7-29.

<sup>539</sup> Deve essere ricordato, tuttavia, che nel corso della II legislatura, su proposta del Gruppo parlamentare socialista, venne emanata la Legge organica 4/1985, la quale eliminò il controllo preventivo sugli Statuti di autonomia e sulle Leggi organiche, mantenendolo, dunque, esclusivamente sui trattati internazionali.

<sup>540</sup> Si rinvia al Cap. 2 par. 3.4.

<sup>541</sup> Poiché allora il Consiglio generale del potere giudiziario non si era ancora costituito, gli altri due giudici nominati dal Re su proposta di tale organo entrarono a far parte del Tribunale costituzionale solo alcuni mesi più tardi, vale a dire in seguito alla loro nomina del 7 novembre 1980.

<sup>542</sup> La promulgazione della Costituzione della Seconda Repubblica risale al 9 dicembre 1931, e il Tribunale delle garanzie costituzionali inizia la propria attività nel gennaio 1934; la Legge fondamentale tedesca è dell'8 maggio 1949, e il Tribunale costituzionale inizia a funzionare nel settembre 1951; come visto, poi, nel Capitolo precedente, la Costituzione italiana entra in vigore il 1° gennaio 1948, e la Corte costituzionale inizia la propria attività solamente nel 1956.

costituzionale nel 1978 (decisioni che “rivelavano saggezza e buon senso”), la rapida approvazione della Legge organica nel 1979 (che “sviluppava lealmente le... previsioni del Titolo IX della Costituzione) e la prima composizione del Tribunale costituzionale nel 1980 (di cui facevano parte i “giuristi più prestigiosi del momento”) mostrano come non si possa fare altro che parlare di “*buena estrella*”<sup>543</sup> quando ci si riferisce agli anni 1978-1980.

### 3. Le quattro linee d'intervento del Tribunale costituzionale per garantire una “*transition in action*”

Nell'esaminare il ruolo che il Tribunale costituzionale ha svolto nei suoi primi dodici anni di attività<sup>544</sup> va menzionato, innanzitutto, il (già più volte ricordato) consenso iniziale sulla sua creazione, nonché il fatto che la sua legge di attuazione sia stata emanata in tempi estremamente rapidi, il che ha permesso l'immediata creazione di un organo che proprio tale legge definisce, all'art. 1, “supremo interprete della Costituzione”. E' necessario tenere in considerazione, inoltre, che i destinatari politici e/o istituzionali delle sentenze del Tribunale, a differenza di quanto era accaduto nel corso della Seconda Repubblica, “le hanno sempre rigorosamente rispettate”<sup>545</sup>: il *Tribunal*, insomma, sia prima sia dopo la sua entrata in funzione, era tenuto in grande conto e considerazione, tant'è che è stato sottolineato come esso abbia avuto una funzione decisiva nel “far nascere e consolidare una cultura costituzionale”<sup>546</sup> nel Paese. Si può dunque affermare che il Tribunale costituzionale, in linea generale, non sia stato ostacolato né nel suo processo di formazione né una volta iniziata la sua attività (quantomeno nel suo primo periodo), e ciò ha con ogni probabilità favorito la sua azione nel corso del processo di transizione “sostanziale”. Tale dato acquista rilevanza soprattutto se lo si raffronta con l'esperienza della Corte costituzionale italiana, la quale, oltre ad essere entrata in funzione in seguito a vicende particolarmente tormentate, non godeva certo dell'appoggio, soprattutto all'inizio, della maggioranza parlamentare, del Governo e delle supreme magistrature.

In precedenza<sup>547</sup> è stata messa in luce la difficile situazione in cui versava la Spagna in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 1978. Per poter garantire il successo del processo di transizione “sostanziale” e di quello di consolidamento, tuttavia, oltre al superamento di tali difficoltà, era necessario riuscire a dare effettiva attuazione alle disposizioni costituzionali. In tal senso, il Tribunale costituzionale svolse un ruolo di estrema importanza. Nella sua azione, in particolare, non è rinvenibile una sola linea di intervento finalizzata a favorire l'effettivo passaggio

---

<sup>543</sup> Tutte le citazioni sono tratte da CRUZ VILLALÓN P., *El estado del Tribunal constitucional*, in VON BOGDANDY A., FERRER MAC-GREGOR E., MORALES ANTONIAZZI M., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches recht und völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho constitucional, México, 2010, pagg. 714-715.

<sup>544</sup> Si è scelto di analizzare la giurisprudenza dei suoi primi dodici anni poiché il 1992 costituisce una data simbolica: in tale anno, infatti, termina quella che viene considerata la seconda fase del processo di “costruzione giurisprudenziale dello Stato autonomo” (si rinvia al par. 3.4.4.).

<sup>545</sup> RUBIO LLORENTE F., *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1993, pag. 460.

<sup>546</sup> BLANCO VALDÉS R.L., *La política e il diritto: vent'anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, in PEGORARO L., RINELLA A., SCARCIGLIA R. (a cura di), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, pag. 23 (trad. spagn. *La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 1999). Cfr. il lavoro dell'allora Presidente del Tribunale costituzionale Pedro Cruz Villalón (*Constitución y cultura constitucional*, in CRUZ VILLALÓN P., GONZÁLEZ CAMPOS J.D., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum Edición, Sevilla, 1999).

<sup>547</sup> Si rinvia al par. 1.4.

da un regime autoritario ad una forma di stato democratica<sup>548</sup>, ma ne possono essere individuate quattro. In primo luogo il giudice delle leggi si preoccupò di sancire il valore normativo di tutta la Costituzione del 1978. Si trattò di un intervento di assoluta necessità, soprattutto alla luce del fatto che in alcuni casi sia la dottrina sia la giurisprudenza del Tribunale Supremo avevano sostenuto la mera “programmaticità” di diverse disposizioni costituzionali.

La seconda linea d’intervento riguardò le norme precostituzionali. Il Tribunale, innanzitutto, risolse la questione, a lungo dibattuta, relativa a quale (o a quali) organi spettasse il compito di risolvere il contrasto tra le leggi precostituzionali e la Carta del 1978. Materialmente, poi, esso svolse un’importante opera finalizzata proprio a verificare che le norme precostituzionali non fossero in contrasto con le disposizioni della Costituzione che sanciscono le libertà fondamentali.

Un’altra questione che ostacolava in maniera considerevole il processo di transizione “sostanziale” era legata alla tutela dei diritti fondamentali. L’intervento del Tribunale costituzionale a favore della loro tutela (che avvenne principalmente attraverso la risoluzione dei *recursos de amparo constitucional* e l’individuazione del contenuto essenziale dei diritti), risultò essere tanto più importante quanto più si consideri che il Paese era appena uscito “da una delle più lunghe dittature dell’Europa occidentale del XX secolo”, e che per la prima volta nella storia spagnola “cominciava a funzionare un autentico sistema di diritti in grado di riconoscerli e difenderli”<sup>549</sup>.

La quarta linea di intervento seguita dal giudice delle leggi fu probabilmente la più complessa e la più delicata, dal momento che riguardava la decentralizzazione politica dello Stato. Anche in tale contesto il ruolo del Tribunale costituzionale fu decisivo. Esso, infatti, attraverso un’opera di interpretazione delle disposizioni costituzionali, riuscì a garantire un funzionamento razionale del sistema autonomico. Si trattò di un compito di notevole complessità, soprattutto perché la costruzione (da un punto di vista territoriale) dello Stato prevista nella Costituzione non risultava per nulla precisa. Il *Tribunal*, quindi, dovette fare fronte alle “ambiguità politiche e alle assenze giuridiche”<sup>550</sup> che avevano caratterizzato la redazione del testo della Costituzione, e ciò comportò che esso assumesse il compito di “riempire le lacune e supplire alle carenze del Titolo VIII, agendo da arbitro e da protagonista nel riparto territoriale delle competenze”<sup>551</sup>.

Nei paragrafi che seguono verranno analizzati nel dettaglio i quattro ambiti di intervento del Tribunale costituzionale sopra indicati, e si tenterà di mostrare come in ciascuno di essi il giudice delle leggi sia riuscito a dare attuazione alle disposizioni costituzionali, garantendo così un effettivo passaggio da una “*transition in the books*” (*rectius*: “*in the Constitution*”) ad una “*transition in action*”<sup>552</sup>.

### 3.1. Il Tribunale costituzionale e il valore normativo della Costituzione

#### 3.1.1. La Costituzione come norma *non* giuridica nella storia del costituzionalismo spagnolo

Nella storia del costituzionalismo spagnolo una caratteristica che emerge con forza è quella del “valore giuridico praticamente inesistente”<sup>553</sup> delle Costituzioni precedenti a quella del 1978:

---

<sup>548</sup> A differenza della Corte costituzionale italiana, che intervenne nel processo di transizione soprattutto attraverso un’opera di “bonifica” della legislazione fascista in contrasto con la Carta del ’48 (si veda il Cap. 2 par. 4.1.).

<sup>549</sup> BLANCO VALDÉS R.L., *La política e il diritto: vent’anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, cit., pag. 15.

<sup>550</sup> DE VEGA P., *Prólogo*, in ROURA S., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución Española de 1978*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pag. 17.

<sup>551</sup> DE VEGA P., *Prólogo*, cit. pag. 17.

<sup>552</sup> Si rinvia al Cap. 1 par. 3.2.

<sup>553</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 46. Cfr. altresì TORRES DEL MORAL A., *Principios de*

esse, infatti, “seguendo fundamentalmente il modello francese, apparivano come norme finalizzate ad esporre l’organizzazione dei poteri pubblici e orientate secondo una determinata tendenza ideologica. Di conseguenza, non costituivano un vincolo giuridico immediato, a meno che non venisse data attuazione mediante legge ai loro articoli”<sup>554</sup>. L’idea secondo cui la Costituzione non fosse una norma giuridica era costantemente affermata, poi, dal Tribunale Supremo, il quale formulò la tesi per la quale la Costituzione conteneva esclusivamente norme programmatiche, e spettava al legislatore dare ad esse maggiore o minore attuazione, o anche non attuarle affatto<sup>555</sup>. Tale giurisprudenza riguardò altresì le Leggi fondamentali del Franchismo: al riguardo è sufficiente considerare che la Carta degli spagnoli è stata definita “*maquillage* meramente retorico”<sup>556</sup>. Parafrasando il titolo della celebre opera di García de Enterría<sup>557</sup>, si può, dunque, affermare che la storia del costituzionalismo spagnolo è caratterizzata dall’idea della Costituzione “come norma *non* giuridica”.

Il primo tentativo di affermare il valore normativo della Costituzione e il suo primato rispetto alle altre fonti è dato dalla Carta fondamentale della Seconda Repubblica, la quale istituì il *Tribunal de garantías constitucionales*<sup>558</sup> con il compito di verificare la legittimità costituzionale delle leggi: la breve e sfortunata vita della Seconda Repubblica, tuttavia, non permisero che il valore giuridico della “*Norma fundamental*” si consolidasse.

### 3.1.2. Il dibattito dottrinale relativo al valore normativo della Costituzione del 1978

All’indomani della sua entrata in vigore, il valore normativo della Costituzione del ’78 non era affatto dato per scontato, anzi.

Da un punto di vista dottrinale possono essere individuati fundamentalmente due orientamenti. Secondo alcuni Autori, *tutte* le disposizioni della Costituzione (compresi i “Principi informativi della politica sociale ed economica” di cui si dirà a breve) hanno un valore normativo immediato e diretto<sup>559</sup>. Tale convinzione deriva, in particolare, dalla lettura dell’art. 9 c. 1 Cost., il quale stabilisce che “i cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al resto dell’ordinamento giuridico”<sup>560</sup>.

---

*Derecho constitucional español*, cit., pagg. 60-61.

<sup>554</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 46.

<sup>555</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pag. 292. Sulla giurisprudenza del Tribunale Supremo relativa alla mancanza di valore normativo della Costituzione dal 1862 al 1977 cfr. ARAGÓN REYES M., *La sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (un caso de control judicial de constitucionalidad)*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 14, 1977, pag. 507 ss.

<sup>556</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 291.

<sup>557</sup> Vale a dire “*La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*”, cit.

<sup>558</sup> Si rinvia al par. 2.1.

<sup>559</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 63 ss.; DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 226 ss.; TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, cit., pag. 61; CARROZZA P., *Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna*, in PIZZORUSSO A., VARANO V., *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, II, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 1112 ss.; CRUZ VILLALÓN P., *Constitución y cultura constitucional*, cit., pag. 19.

<sup>560</sup> Secondo GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 64, da tale disposizione è possibile dedurre non solo il carattere vincolante *tout court* dell’intera Costituzione, ma “qualcosa di più, vale a dire... un “vincolo più forte”, secondo la tradizionale espressione del costituzionalismo nordamericano (*higher, superior obligation*) oggi ripresa dalla dottrina tedesca (*stärkere Bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes*). Tale disposizione, infatti, nello stabilire che i cittadini e i poteri pubblici sono vincolati “alla Costituzione e al resto dell’ordinamento giuridico”, attribuisce un primato manifesto al vincolo costituzionale, espressione della supremazia della Costituzione all’interno dell’ordinamento”.

Altra parte della dottrina<sup>561</sup> sostiene, invece, che diverse disposizioni costituzionali non hanno pieno valore normativo, in particolare quelle che sanciscono i “Principi informatori della politica sociale ed economica”, vale a dire il Capitolo III del Titolo I della Costituzione (artt. 39-52)<sup>562</sup>. Garrido Falla, ad esempio, sostiene che tali disposizioni, a differenza dei diritti fondamentali riconosciuti nel Capitolo II del Titolo I “il cui carattere di norme giuridiche è indiscutibile”, non solo altro che “norme giuridiche imperfette: nella migliore delle ipotesi attribuiscono un mandato al legislatore... che, qualora non venga rispettato, non comporta conseguenze giuridiche; altre volte non si tratta nemmeno di questo, dal momento che ci si trova dinanzi a dichiarazioni retoriche tipiche di un programma di partito...”. Riferendosi, poi, agli articoli 43 c. 1 (diritto alla salute) e 45 c. 1 (diritto all’ambiente), Garrido Falla ritiene che si entri “nel campo dei desideri buoni e pii, della retorica costituzionale”<sup>563</sup>.

La motivazione principale per cui da parte della dottrina veniva fornita un’interpretazione di questo tipo a tali disposizioni costituzionali era data dalla (sicuramente poco felice) formulazione dell’art. 53 Cost., relativo alle garanzie delle libertà dei diritti fondamentali. Il primo comma, infatti, dopo aver affermato che i diritti e le libertà riconosciute nel Capitolo II sono vincolanti per tutti i poteri dello Stato, stabilisce che il loro esercizio potrà essere disciplinato soltanto per legge “nel rispetto del loro contenuto essenziale”. Il secondo comma aggiunge poi che, limitatamente ai casi di violazione dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute dall’art. 14 (principio di eguaglianza) e nella sezione I del Capitolo II del Titolo I (artt. 15-29) e al diritto all’obiezione di coscienza riconosciuto all’art. 30, ogni cittadino potrà ottenere speciale protezione mediante ricorso ai tribunali ordinari sulla base di un procedimento ispirato ai principi di preferenza e sommarietà, ovvero mediante ricorso di *amparo* al Tribunale costituzionale.

Il problema interpretativo sorge con il terzo comma dell’art. 53: esso, infatti, dopo aver affermato che “il riconoscimento, il rispetto e la tutela dei principi di cui al Capitolo III [“Principi informatori della politica sociale ed economica”] ispireranno il diritto positivo, la prassi giudiziaria e l’azione dei pubblici poteri”, dispone che tali principi possano essere “difesi solo dinanzi alla giurisdizione ordinaria *conformemente alle leggi che li regolano*”<sup>564</sup>. Diversi Autori, dunque, ritennero che l’efficacia normativa di tali Principi dipendesse dalle leggi di attuazione, e che sino a che queste non fossero state emanate gli artt. 39-52 dovessero essere considerate norme meramente programmatiche<sup>565</sup>.

Insomma, il dibattito dottrinale spagnolo relativo al valore normativo della Costituzione

---

<sup>561</sup> Si pensi a GARRIDO FALLA E., *Artículo 1*, in GARRIDO FALLA E., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pag. 28; JIMÉNEZ CAMPO J., *Comentario al artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*, in *Comentarios a la Constitución*, tomo IV, II ed., 1996, pag. 520.

<sup>562</sup> La Costituzione dedica l’intero Titolo I (artt. 10-55) ai “Diritti e doveri fondamentali”. La Sezione I del Capitolo II (artt. 15-29) è dedicata a “Diritti fondamentali e libertà pubbliche”, e disciplina il diritto alla vita, alla libertà religiosa, alla libertà di comunicazione, di circolazione, di riunione... La Sezione II (artt. 30-38), dedicata a “Diritti e doveri dei cittadini”, disciplina gli aspetti più caratteristici dei rapporti cittadini-Stato secondo l’impostazione tipica degli ordinamenti che si ispirano ai principi dello Stato sociale (regolamentazione degli obblighi militari e della obiezione di coscienza, del matrimonio, della proprietà, delle relazioni sindacali...). Il Capitolo III, infine (artt. 39-52) è, come ricordato, dedicato ai “Principi informatori della politica sociale ed economica”, e stabilisce a carico dei pubblici poteri una serie di impegni riguardanti diversi aspetti dei “rapporti economico-sociali”, come la famiglia, la tutela dei giovani, l’occupazione...

<sup>563</sup> GARRIDO FALLA E., *Artículo 1*, cit., pag. 28 e 976.

<sup>564</sup> Corsivo nostro.

<sup>565</sup> Vale la pena sottolineare, tuttavia, che “l’efficacia concreta [di tali norme] è [attualmente] praticamente completa, dal momento che... le Cortes o i Parlamenti autonomici hanno sviluppato, nella quasi totalità, i principi che stanno alla base della politica economica e sociale...” (PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED J.L., *Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional*, in *Revista de estudios políticos*, n. 122, 2003, pag. 294).

risulta analogo a quello svoltosi in Italia trent'anni prima in occasione dell'entrata in vigore della Carta del '48: all'orientamento, infatti, di chi riteneva che le disposizioni costituzionali dovessero essere intese di regola "come disposizioni normative", e che "la Costituzione [dovesse] essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*"<sup>566</sup>, si contrapponeva quello di chi sosteneva l'esistenza di determinate proposizioni non normative, prive di valore giuridico in quanto insuscettibili di esprimere un contenuto precettivo concreto<sup>567</sup>.

### 3.1.3. Gli orientamenti contrastanti del Tribunale Supremo

L'analisi della giurisprudenza del Tribunale Supremo mostra come esso non abbia avuto un orientamento univoco relativamente al valore normativo della Costituzione, ed infatti spesso si sono registrate decisioni in aperto contrasto tra loro<sup>568</sup>. In diversi casi il Tribunale Supremo ha affermato la diretta applicabilità delle disposizioni costituzionali: in tal senso si possono ricordare le due sentenze del 3 luglio 1979, in cui vennero confermate le decisioni della *Audencia Nacional* relative all'iscrizione nel Registro delle associazioni delle società massoniche "*Grande Oriente Español*" e "*Grande Oriente Español Unido*". Secondo il Tribunale Supremo, infatti, l'art. 22 Cost. (che sancisce il diritto di associazione) costituiva un diritto completo, la cui attuazione a livello legislativo "risulta essere imprescindibile solamente per specificare più nel dettaglio i limiti stabiliti in modo generale nell'art. 22".

In altri casi il Tribunale Supremo, invece di richiamarsi a specifiche disposizioni costituzionali, ha dato attuazione alla Costituzione nel suo insieme, invocando lo "spirito costituzionale"<sup>569</sup>: con la sentenza del 26 gennaio 1979, infatti, il Tribunale ha affermato che le sanzioni amministrative previste dalla Legge sull'ordine pubblico del precedente regime "sono prive di ogni validità ed efficacia giuridica, dal momento che esse risposero a determinati obiettivi e ad una legalità del tutto incompatibili con... il fondamento dell'attuale organizzazione giuridico-politica dello Stato spagnolo, dotato di una Costituzione che lo configura come uno Stato sociale di diritto basato su principi democratici, i quali sono opposti e superati rispetto a quelli che servirono come giustificazione legale per tale sanzioni...".

Non mancano, tuttavia, sentenze in cui il Tribunale Supremo ha mostrato una posizione particolarmente conservatrice. Il caso forse più eclatante è quello dell'*Auto* del 2 maggio 1980, in cui il *Tribunal* affermò che l'art. 117 c. 5 Cost. costituiva "un mandato affinché in futuro [venisse] emanata una legge che [disciplinasse] tale materia secondo le indicazioni stabilite dalla Costituzione, sottolineando dunque... *il carattere meramente programmatico o di dichiarazione di principi che sono soliti avere i testi costituzionali*, e che necessita, per la sua applicazione ed efficacia, di adeguato sviluppo legislativo..."<sup>570</sup>. Tale dichiarazione risulta essere estremamente significativa dal momento che il Tribunale pare affermare che "il carattere meramente programmatico non costituisca l'eccezione relativa all'art. 117 c. 5, bensì la regola generale "che

---

<sup>566</sup> CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pag. 11.

<sup>567</sup> Cfr., ad esempio, AZZARITI G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951, pag. 97 ss. Tale dibattito viene ricostruito da BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, pag. 41 ss.

<sup>568</sup> Sulla giurisprudenza del Tribunale Supremo relativa alle questioni costituzionali nel biennio 1979-1980 si veda PRIETO SANCHIS L., *Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales*, in *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, nn. 1, 2 e 3, 1981 (rispettivamente pagg. 207 ss., 215 ss. e 191 ss.).

<sup>569</sup> PRIETO SANCHIS L., *Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales*, cit., n. 1, pag. 226.

<sup>570</sup> Corsivo nostro.

sono soliti avere i testi costituzionali”<sup>571</sup>.

In altri casi il *Tribunal* dichiarò, poi, la natura programmatica del principio di gerarchia normativa<sup>572</sup>, dell’art. 14 Cost. che sancisce il principio di eguaglianza<sup>573</sup> o dell’art. 39 c. 2 Cost., il quale afferma che “i pubblici poteri assicurano la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte alla legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri qualunque sia il loro stato civile. La legge può consentire l’accertamento della paternità”<sup>574</sup>.

Torres del Moral ha, poi, evidenziato come in diversi casi il Tribunale Supremo abbia utilizzato la Costituzione “come argomento residuale, non decisivo, come ulteriore rafforzamento rispetto a quello che stabilisce il Codice civile, la Legge del regime giudico dell’Amministrazione dello Stato o la Legge del procedimento amministrativo. Di conseguenza, la Costituzione veniva applicata nella misura in cui coincideva con altri testi normativi al fine di rafforzarli, e veniva interpretata in conformità ad essi”<sup>575</sup>.

La giurisprudenza del Tribunale Supremo relativa all’interpretazione e all’applicazione della Costituzione nel biennio 1979-1980 (ma in parte anche successivamente) ricorda, per alcuni versi, quella della Corte di Cassazione italiana nel periodo 1948-1956. In entrambi i Paesi, infatti, nel periodo anteriore all’entrata in funzione dell’organo di giustizia costituzionale, numerosi articoli delle rispettive Costituzioni furono considerati da tali organi delle mere norme programmatiche. E’ interessante notare, dunque, che, in alcuni casi, queste Corti Supreme rappresentarono, più che un aiuto, un ostacolo al processo di democratizzazione in corso nel Paese. Non pare, tuttavia, che vi sia da meravigliarsi più di tanto, soprattutto se si considera che in entrambi i Paesi la magistratura – nella sua gran parte – non venne colpita da procedimenti di epurazione<sup>576</sup>.

### **3.1.4. L’affermazione del valore normativo della Costituzione da parte del Tribunale costituzionale**

Il Tribunale costituzionale ha sancito il carattere normativo della Costituzione sin dalle sue primissime pronunce. Esso si è preoccupato, innanzitutto, di sottolineare come la Costituzione non fosse una norma qualunque, bensì la “*norma normarum*” collocata al vertice dell’ordinamento<sup>577</sup>.

Il giudice costituzionale ha, poi, affermato la diretta applicabilità della Carta del 1978: “è necessario non dimenticare che la Costituzione non costituisce un mero catalogo di principi che non sono né immediatamente vincolanti né direttamente applicabili sino a che non venga data loro attuazione mediante legge; al contrario, essa è... la norma suprema del nostro ordinamento, e in quanto tale sia i cittadini sia i poteri pubblici, e di conseguenza anche i giudici e i magistrati che fanno parte del potere giudiziario, sono soggetti ad essa...”<sup>578</sup>.

Torres del Moral sottolinea come l’applicabilità immediata valga in particolare per le disposizioni che sanciscono i diritti fondamentali: essa non deve essere “ostacolata dal fatto che il precetto costituzionale... preveda una riserva di legge e che tale legge non sia stata ancora emanata, dal momento che la Costituzione non è un mero testo programmatico. Prima che si produca

---

<sup>571</sup> PRIETO SANCHIS L., *Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales*, cit., n. 3, pag. 195.

<sup>572</sup> Sentenza 26 marzo 1982.

<sup>573</sup> Sentenza 8 aprile 1982 (si veda il par. seguente).

<sup>574</sup> Cfr., ad esempio, *Auto* 26 novembre 1979.

<sup>575</sup> TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, cit., pag. 62. Cfr. le sentenze 11 giugno 1979, 5 maggio 1980, 17 e 19 giugno 1981.

<sup>576</sup> Per quel che riguarda la Spagna si veda il par. 2.2.; per quel che concerne l’Italia, invece, si rinvia al Cap. 2 par. 3.3.

<sup>577</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza 9/1981.

<sup>578</sup> Sentenza 16/1982.

l'attuazione legislativa può accadere che il mandato costituzionale abbia un contenuto minimo, ma nonostante ciò esso deve essere applicato"<sup>579</sup>. Si consideri, al riguardo, la sentenza 15/1982, nella quale il giudice costituzionale ha sancito che il diritto all'obiezione di coscienza previsto dall'art. 30 c. 2 Cost. doveva essere applicato (anche se nel suo contenuto minimo, che nel caso di specie consisteva nella sospensione provvisoria dal prestare servizio militare) pur in assenza della legge di attuazione<sup>580</sup>. Un'altra sentenza di particolare interesse è la 80/1982: in tale pronuncia il Tribunale costituzionale ha sancito la diretta applicabilità dell'art. 14 Cost., che afferma il principio di eguaglianza. Il valore normativo immediato di tale disposizione costituzionale era stato espressamente negato sia nella sentenza del 31 gennaio 1980 della *Audiencia Territorial* di Siviglia sia dalla pronuncia della *Sala Primera* del Tribunal Supremo, dell'8 aprile 1982<sup>581</sup>.

Il *Tribunal constitucional*, poi, riferendosi ai "Principi informatori della politica sociale ed economica", ha affermato che essi non potessero essere considerati "norme senza contenuto" e che, anzi, dovessero essere "tenuti presente nell'interpretazione delle altre disposizioni costituzionali e delle leggi"<sup>582</sup>. Il giudice costituzionale ha inoltre precisato che tali principi "indipendentemente dal loro contenuto più o meno preciso, stabiliscono *disposizioni vincolanti* secondo quanto previsto dagli artt. 9 e 53 della Costituzione", e devono "informare la legislazione positiva e la pratica giudiziaria"<sup>583</sup>. A ciò si aggiunge il fatto che il Tribunale ha più volte riconosciuto che tali precetti costituiscono un parametro di costituzionalità del giudizio di legittimità delle leggi<sup>584</sup>. Pur riconoscendo il fatto, dunque, che i "Principi informatori della politica sociale ed economica" non godono delle medesime garanzie riconosciute ai diritti fondamentali contenuti nel Capitolo II del Titolo I, il Tribunale costituzionale ha respinto con forza le tesi – ricordate precedentemente – secondo cui essi dovessero essere considerati alla stregua di norme programmatiche se non addirittura di "desideri buoni e pii".

Dal carattere normativo della Costituzione e dalla sua posizione di legge suprema deriva, poi, il principio di interpretazione conforme alla Costituzione di tutto l'ordinamento giuridico<sup>585</sup>. Come più volte affermato dal Tribunale costituzionale, infatti, il giudice (sia quello costituzionale sia quello comune) è tenuto a "verificare tutte le possibilità al fine di interpretare i precetti in conformità con la Costituzione"<sup>586</sup>, dichiarando l'incostituzionalità delle sole norme che "non siano suscettibili di essere ricondotte in via interpretativa all'interno della cornice costituzionale"<sup>587</sup>.

Secondo García de Enterría<sup>588</sup>, le principali conseguenze (peraltro affermate anche dallo stesso Tribunale costituzionale) che derivano dal dovere di interpretare tutto l'ordinamento in conformità con la Costituzione sono tre. Innanzitutto si deve considerare che la Costituzione costituisce il "contesto" necessario di tutti gli atti normativi nel momento in cui essi devono essere

---

<sup>579</sup> TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, cit., pag. 65.

<sup>580</sup> Secondo l'Avvocato dello Stato, invece, "il diritto alla obiezione di coscienza non è riconosciuto dalla Costituzione spagnola, dal momento che l'art. 30 c. 2... contiene una dichiarazione aperta, vale a dire una remissione al legislatore non solo per quel che riguarda la configurazione del diritto, ma anche in merito alla sua stessa esistenza". Sull'orientamento conservatore dell'Avvocato di Stato si veda altresì il par. 3.2.2.

<sup>581</sup> Secondo il Tribunale Supremo, in particolare, l'art. 14 costituiva una "dichiarazione di principio" che necessitava di uno sviluppo legislativo per la sua attuazione.

<sup>582</sup> Sentenza 19/1982.

<sup>583</sup> Sentenza 14/1992 (corsivo nostro).

<sup>584</sup> Cfr., ad esempio, le sentenze 18/1982 e 45/1989.

<sup>585</sup> Si veda GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 95 ss.

<sup>586</sup> Sentenza 93/1994.

<sup>587</sup> Sentenza 8/1983; si veda altresì la sentenza 126/1984.

<sup>588</sup> Tutte le citazioni che seguono sono tratte da GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 314.

applicati e interpretati: “in tal senso, l’indicazione dell’art. 3 c. 1 del nostro Codice civile, che ordina di interpretare le norme “secondo il senso proprio delle parole, *in relazione al contesto*” richiama, in primo luogo,... proprio la norma costituzionale”. Il carattere normativo della Costituzione, poi, “non impone solo la sua prevalenza in quella che viene definita interpretazione dichiarativa, ma anche in quella (indebitamente) chiamata interpretazione integrativa, la quale colma le lacune dei testi legali che devono essere applicati”. In terzo luogo, l’interpretazione conforme a Costituzione “ha una correlazione logica nella proibizione, che deve essere ritenuta implicita, di qualsiasi costruzione interpretativa o dogmatica che si concluda in un risultato che, direttamente o indirettamente, sia in contrasto con i valori costituzionali”. Sotto quest’ultimo aspetto, è di particolare importanza “l’obbligo di interpretare le leggi “nel senso più favorevole per l’effettività dei diritti fondamentali”, sancendo così la centralità nel nostro ordinamento del principio *pro libertate*”.

Le sentenze richiamate in questo paragrafo, nelle quali il Tribunale costituzionale ha sancito il valore normativo della Costituzione, hanno segnato una netta rottura rispetto al passato ed hanno rappresentato il primo indispensabile passo nel processo di transizione “sostanziale”: è impossibile, infatti, dare vita ad un Paese a tutti gli effetti democratico se la Carta fondamentale che sta alla base dell’ordinamento viene considerata una norma non vincolante. Al pari dell’Italia, dunque, anche in Spagna è stato necessario l’intervento del giudice costituzionale per stabilire la precettività di tutte le disposizioni della Costituzione.

### **3.2. Il Tribunale costituzionale e le norme precostituzionali**

Il caso della Spagna costituisce un ulteriore esempio di come, nel passaggio da un determinato tipo di regime politico ad un altro, le questioni relative alle norme precostituzionali acquistino particolare rilevanza, dal momento che è “impossibile prescindere bruscamente da tutta la legislazione anteriore”<sup>589</sup>. In tale Paese, come spesso accade negli ordinamenti che devono affrontare processi di transizione, uno dei problemi principali riguardava l’individuazione dell’organo (o degli organi) competenti a risolvere il contrasto tra le leggi precostituzionali e la nuova Costituzione. Nei prossimi paragrafi, dopo aver ricordato i riferimenti normativi e le diverse posizioni della dottrina relative a tale questione, verranno esaminate sia le sentenze con le quali il Tribunale costituzionale ha risolto questo problema, sia le pronunce più significative in cui esso ha verificato che le norme precostituzionali non fossero in contrasto con le disposizioni della Costituzione che sanciscono diritti e libertà fondamentali.

#### **3.2.1. I riferimenti normativi e il dibattito dottrinale**

Il primo comma della Disposizione abrogativa della Costituzione del 1978, con cui viene sancita l’abrogazione espressa delle sette Leggi fondamentali del regime franchista (a cui si aggiunge la Legge per la riforma politica), rappresenta senza dubbio la volontà del costituente di sancire una netta discontinuità rispetto al passato: era su tali provvedimenti normativi, infatti, che si fondava lo Stato autoritario. Al secondo comma della Disposizione abrogativa, poi, viene sancita l’abrogazione delle leggi del 25 ottobre 1839 e del 21 luglio 1876<sup>590</sup>, mentre il terzo ed ultimo

---

<sup>589</sup> VARELA S., SATRUSTEGUI M., *Constitución nueva y leyes viejas*, in *Revista del departamento de derecho político*, n. 4, 1979, pag. 62.

<sup>590</sup> Si veda PEÑARANDA RAMOS J.L., *Disposición derogatoria. Constitución y ordenamiento preconstitucional*, in ALZAGA VILLAAMIL O. (a cura di), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XII, Editoriales de derechos

comma prevede che vengano “similmente abrogate tutte quelle disposizioni che contrastino con quanto stabilito in questa Costituzione”. Nell’affrontare la questione relativa all’individuazione dell’organo competente a risolvere il contrasto tra leggi precostituzionali e la Carta del 1978, pare necessario partire proprio dall’analisi di tale disposizione. Essa infatti sembra riconoscere indirettamente al giudice comune un generale potere di disapplicazione delle “vecchie” leggi che contrastino con quanto stabilito dal testo costituzionale. Tale impostazione sembra essere avvalorata anche dall’art. 9 Cost.: esso, infatti, stabilisce che “i cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al rimanente ordinamento giuridico”, obbligando, di conseguenza, tutti i giudici a non applicare le norme che violino la Costituzione.

La questione, tuttavia, risulta essere più complessa, dal momento che dalla lettura dell’art. 163 Cost. e dell’art. 1 c. 2 c.c. potrebbe sembrare che la competenza a sindacare la conformità delle leggi anteriori alla Costituzione spetti, in realtà, al Tribunale costituzionale. L’art. 163 Cost., infatti, impone all’organo giudiziario di sollevare la questione di legittimità costituzionale tutte le volte in cui ritenga che una norma (primaria, applicabile nel caso di specie e della cui validità dipenda il giudizio) possa essere in contrasto con la Costituzione. L’art. 1 c. 2 c.c., poi, nell’affermare che perdono di validità le disposizioni in contrasto con le norme di rango superiore, sembra considerare “il criterio gerarchico prevalente ed assorbente rispetto a quello temporale”<sup>591</sup>.

E’ proprio dall’“assenza di riferimenti normativi idonei ad orientare l’interprete in modo univoco”<sup>592</sup> che sono emersi in dottrina distinti orientamenti. Possono essere individuate, in particolare, tre soluzioni ermeneutiche. La prima ha individuato nel Tribunale costituzionale l’organo idoneo ad occuparsi delle norme precostituzionali<sup>593</sup>. Una seconda ipotesi è quella che attribuisce ai giudici comuni la risoluzione del contrasto tra le norme precostituzionali e la Costituzione, ritenendo che il Tribunale costituzionale sia competente esclusivamente ad annullare le leggi entrate in vigore dopo la promulgazione della Carta del 1978<sup>594</sup>. Una soluzione, invece, *sui generis* è quella proposta da García de Enterría, secondo il quale è necessario distinguere, da un lato, le norme precostituzionali che risultano essere “*icto oculi*”<sup>595</sup> in contrasto con il dettato costituzionale (in particolare quelle che disciplinano i diritti fondamentali ovvero l’organizzazione, le competenze e il funzionamento dei poteri dello Stato), dall’altro le leggi “vecchie” che non sembrano in palese contraddizione con la Costituzione (vale a dire “la legislazione anteriore dal contenuto non direttamente politico”<sup>596</sup>). Nel primo caso la competenza a dichiarare l’abrogazione delle norme precostituzionali spetta a tutti i giudici, mentre nel secondo deve essere sollevata da parte degli organi giudiziari la questione di costituzionalità dinanzi al *Tribunal*.

---

humanos, Madrid, 1999, pag. 781 ss.

<sup>591</sup> ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, cit., pag. 212.

<sup>592</sup> ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, cit., pagg. 211-212.

<sup>593</sup> Cfr. VARELA S., SATRUSTEGUI M., *Constitución nueva y leyes viejas*, cit., pag. 75. In questo senso anche TRUJILLO G., *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, in *Revista de estudios políticos*, n. 7, 1979, il quale, richiamandosi all’esperienza italiana intercorsa nel periodo 1948-1956, sostiene che il contrasto tra norme precostituzionali e Costituzione deve essere risolto dai giudici comuni solamente nel corso della “tappa transitoria”, vale a dire sino all’entrata in funzione del Tribunale costituzionale; successivamente tale compito dovrà essere svolto dal giudice delle leggi (pag. 146 ss.).

<sup>594</sup> ARAGON REYES M., *La sentencia del Tribunal constitucional sobre leyes relativas al regimen local, anteriores a la Constitución*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 1, 1981, pag. 185 ss. Secondo l’Autore, il Tribunale costituzionale potrebbe limitarsi a “constatare (“non dichiarare”) nei fondamenti giuridici (non nel dispositivo) l’abrogazione delle leggi anteriori prodotta dalla Costituzione” (pagg. 204-205) (corsivo nostro).

<sup>595</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 87

<sup>596</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 83.

Nel tentare di offrire una soluzione a tale questione, la dottrina<sup>597</sup> ha fatto costantemente riferimento alle soluzioni offerte dal Diritto costituzionale comparato, guardando in particolare alle esperienze italiana e tedesca, le quali offrivano soluzioni molto diverse tra loro. In Italia la Corte costituzionale stabilì nella sentenza 1/1956 la propria competenza a risolvere il contrasto tra leggi precostituzionali e la Costituzione del 1948, anche se va precisato che essa non sembra aver mai escluso *espressamente* la possibilità che anche i giudici ordinari potessero dichiarare l'abrogazione delle leggi anteriori<sup>598</sup>. In Germania, invece, sulla base di quanto sancito dall'art. 123 della *Grundgesetz* ("Le leggi anteriori alla prima riunione del *Bundestag* restano ancora in vigore in quanto non contrastino con la presente Legge fondamentale"), il Tribunale costituzionale ha stabilito che tale contrasto dovesse essere risolto dai tribunali ordinari (dichiarando, quindi, nel caso, l'abrogazione della legge anteriore), negando che si trattasse di un problema di controllo di costituzionalità delle leggi. Il *Bundesverfassungsgericht* ha precisato, tuttavia, che esso era competente a giudicare in caso di ricorso diretto di incostituzionalità avente ad oggetto non solo le norme postcostituzionali ma anche quelle precostituzionali (controllo "astratto")<sup>599</sup>.

### 3.2.2. La soluzione adottata dal Tribunale costituzionale

La questione su quale fosse l'organo competente a risolvere il contrasto tra le leggi precostituzionali e la Costituzione venne, infine, risolta dal Tribunale costituzionale nelle sue primissime pronunce. Nella sentenza 4/1981, in particolare, il giudice delle leggi era stato chiamato a giudicare un ricorso di incostituzionalità promosso da 56 senatori del PSOE, i quali avevano impugnato una serie di disposizioni di leggi entrate in vigore prima della promulgazione della Costituzione, concernenti in particolare il *Régimen Local*.

L'Avvocato dello Stato, intervenuto in rappresentanza del Governo, si oppose al ricorso sostenendo, innanzitutto, la sua inammissibilità per incompetenza del Tribunale costituzionale. Secondo l'Avvocato, infatti, il criterio temporale avrebbe dovuto prevalere su quello gerarchico, e di conseguenza sarebbero dovuti essere i tribunali ordinari ad occuparsi del contrasto tra le leggi precostituzionali e la Costituzione, dichiarando, nel caso, l'abrogazione delle prime ad opera della seconda. L'Avvocato, poi, continuava la sua argomentazione sostenendo che una dichiarazione di incostituzionalità avrebbe comportato il rischio di determinare dei "vuoti normativi" all'interno dell'ordinamento. Solo in via subordinata egli entrava nel merito della questione affermando che le norme precostituzionali non risultavano in contrasto con la Costituzione. Va detto che l'Avvocato dello Stato utilizzò un analogo schema interpretativo anche nell'altro ricorso di incostituzionalità avente ad oggetto una legge precostituzionale (sent. 11/1981)<sup>600</sup>.

Tali argomentazioni ricordano molto da vicino quelle utilizzate in Italia dall'Avvocatura dello Stato nei giudizi in via incidentale al fine di difendere la legislazione fascista in contrasto con la Carta del 1948<sup>601</sup>: al pari dell'Avvocato dello Stato spagnolo, infatti, essa si era preoccupata, innanzitutto, di negare la competenza del giudice delle leggi (sostenendo che si trattasse di problema di abrogazione e che pertanto fosse competente il giudice ordinario), ed entrava solo in

---

<sup>597</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 85 ss.; PAREJO ALFONSO L., *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada incostitucionalidad sobreenvenida*, in *Revista de administración pública*, n. 94, 1981, pag. 205 ss.; VARELA S., SATRUSTEGUI M., *Constitución nueva y leyes viejas*, cit., pag. 67 ss.

<sup>598</sup> Si rinvia al Cap. 2 par. 4.2.; la questione verrà, poi, sviluppata nel prossimo paragrafo.

<sup>599</sup> Si vedano, in particolare, le sentenze del 24 febbraio 1953 e del 5 agosto 1966.

<sup>600</sup> Furono, infatti, solo due i ricorsi di incostituzionalità aventi ad oggetto leggi precostituzionali presentati entro il termine stabilito.

<sup>601</sup> Si rinvia al Cap. 2 par. 4.2.

via subordinata ad esaminare la questione nel merito. Certamente rispetto al caso italiano sussistono importanti differenze. Diverso è, innanzitutto, il tipo di giudizio (in Italia si trattava di questioni incidentali di incostituzionalità, in Spagna di ricorsi diretti) ed inoltre l'Avvocatura italiana, a differenza di quella spagnola, aveva continuato per lungo tempo ad intervenire nei giudizi di legittimità costituzionale sostenendo l'incompetenza della Corte costituzionale. La differenza, tuttavia, più marcata era di tipo "qualitativo", poiché concerneva il contenuto delle leggi oggetto del controllo di costituzionalità: in Italia, infatti, si trattava di norme fasciste in palese contrasto con la Costituzione, dal momento che spesso appartenevano al Codice penale, a quello di procedura penale, ovvero al Testo unico delle Leggi di pubblica sicurezza, vale a dire "i tre testi fondamentali della tirannia fascista"<sup>602</sup>; in Spagna, invece, il contrasto tra legge "vecchia" e Costituzione non era certo così forte, anche perché in alcuni casi si trattava di leggi emanate in seguito alla morte di Franco, le quali, pur con diversi limiti, presentavano già una discreta impronta democratica<sup>603</sup>.

Un aspetto di estrema importanza che accomuna i due ordinamenti è, invece, dato dal fatto che in entrambi i casi il Governo<sup>604</sup> non era interveniente necessario nel giudizio<sup>605</sup>, e che dunque la decisione di prendere parte allo stesso al fine di sostenere le posizioni sopra richiamate pare essere stata il frutto di una scelta politica ben precisa. Sia in Italia sia in Spagna l'intervento dell'esecutivo pare possa essere spiegato più che altro con il timore di perdere il "controllo" su di una parte importante del processo di transizione (quello concernente l'eliminazione della "vecchia" legislazione), per di più a scapito di un organo autonomo e di nuova creazione come il Tribunale costituzionale.

Il giudice delle leggi inizia la propria argomentazione affermando che "la peculiarità delle leggi precostituzionali consiste... nel fatto che la Costituzione è una legge superiore – criterio gerarchico – e posteriore – criterio temporale –. La coincidenza di questo duplice criterio dà luogo – da un lato – alla incostituzionalità sopravvenuta, e alla conseguente invalidità delle norme che si oppongono alla Costituzione, e – dall'altro – alla loro perdita di vigenza a partire dall'[entrata in vigore della] stessa..., vale a dire alla loro abrogazione". Il giudice costituzionale, poi, continua il proprio ragionamento sostenendo che "non si può negare che il Tribunale, interprete supremo della Costituzione..., è competente a giudicare la conformità o meno delle norme precostituzionali impugnate con la Costituzione stessa, dichiarando, nel caso, la loro incostituzionalità sopravvenuta e... l'abrogazione determinatasi in base a quanto disposto dalla Disposizione abrogativa"<sup>606</sup>.

Sulla base di tali argomentazioni, e dopo aver fatto riferimento ai sistemi adottati in Italia e in Germania, il Tribunale giunge alla conclusione per cui il contrasto tra leggi anteriori e Costituzione deve essere risolto mediante una sorta di collaborazione tra giudici ordinari e Tribunale costituzionale: i primi, infatti, sono tenuti a disapplicare le leggi tutte le volte in cui ritengono che esse siano state abrogate dalla Costituzione; in caso di dubbio, tuttavia, essi devono rivolgersi al Tribunale costituzionale attraverso la *cuestión de incostitucionalidad*. Diversi – precisa il giudice costituzionale – sono solo gli effetti della sentenza: l'abrogazione dichiarata dai giudici ordinari ha, infatti, effetti *inter partes*, mentre la pronuncia del Tribunale costituzionale produce

---

<sup>602</sup> CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., pag. 253.

<sup>603</sup> Emblematico è il caso del decreto legge 17/1977 che disciplinava il diritto di sciopero (sentenza 11/1981). Si rimanda al par. 3.2.3.

<sup>604</sup> Il Presidente del Consiglio in Italia.

<sup>605</sup> Che anche in Spagna si tratti di una mera facoltà e non di un obbligo lo chiarisce l'art. 34 c. 1 della Legge organica del Tribunale costituzionale: esso, infatti, prevede che il Governo ed altri organi dello stato "*possano* presentarsi in giudizio e formulare le considerazioni che reputino *opportune*" (corsivo nostro). Il Governo, dunque, *può*, non deve presentarsi in Giudizio; inoltre, qualora decida di farlo, può formulare le considerazioni che reputa "opportune", e tale termine sembra alludere ad opportunità di tipo politico.

<sup>606</sup> Nella sentenza 11/1981 il Tribunale costituzionale precisa che "l'incostituzionalità delle leggi anteriori comporta delle conseguenze che possono essere contemporaneamente l'abrogazione e la nullità".

effetti *erga omnes*<sup>607</sup>.

In alcuni casi la dottrina ha sottolineato come la soluzione individuata dal Tribunale costituzionale spagnolo costituisca un modello a sé stante rispetto ai sistemi adottati in Italia e in Germania<sup>608</sup>; in altri casi ha ritenuto si trattasse di una “soluzione ibrida”<sup>609</sup> o di una “posizione intermedia”<sup>610</sup> tra quelle assunte dalle Corti dei due Paesi; in altri casi ancora è stato affermato che il sistema adottato in Spagna fosse particolarmente simile a quello tedesco<sup>611</sup>. A ben vedere, invece, la soluzione adottata dal giudice delle leggi spagnolo ricorda molto quella italiana, quantomeno da un punto di vista teorico. Come già ricordato, infatti, la Corte italiana non sembrò mai vietare espressamente ai giudici comuni di dichiarare l’abrogazione di una legge precostituzionale perché in contrasto con la Costituzione. In questo senso, dunque, gli organi giudiziari italiani – al pari di quelli spagnoli – avevano due possibilità nel caso in cui si fossero trovati dinanzi ad una legge “vecchia” contraria alla Costituzione: o disapplicarla direttamente, ovvero sollevare la questione di legittimità costituzionale alla Corte. Ciò che distingue i due Paesi è dato dal fatto che mentre in Spagna il giudice comune ha spesso deciso di risolvere autonomamente il contrasto tra la legge precostituzionale e la Costituzione, in Italia gli organi giudiziari, nella loro battaglia per l’attuazione della Costituzione, hanno preferito sollevare la questione di costituzionalità alla Corte<sup>612</sup>.

### 3.2.3. La questione delle norme precostituzionali nella giurisprudenza (qualitativamente rilevante) del Tribunale costituzionale

E’ stato affermato come il Tribunale costituzionale spagnolo si sia occupato di un numero non particolarmente elevato di norme precostituzionali, e di come queste non abbiano coinvolto materie di grande rilievo<sup>613</sup>. Si tratta di una osservazione che pare essere solo in parte condivisibile.

Da un lato non si può non riscontrare come, nel termine di tre mesi dalla data di costituzione del *Tribunal constitucional* stabilito dalla legge organica<sup>614</sup>, fossero stati presentati solamente due ricorsi di incostituzionalità aventi ad oggetto norme precostituzionali, peraltro emanate nel corso del periodo di transizione “formale”, dunque successive alla morte di Franco. Ciò pare spiegarsi soltanto facendo riferimento ad una volontà delle forze politiche e del Governo di non fare “tabula rasa” delle leggi anteriori, ma di procedere con una certa gradualità alla loro rimozione. A ciò si aggiunge il fatto che anche la *cuestión de incostitucionalidad* venne sollevata dai giudici comuni in un numero piuttosto ristretto di casi. Spesso, infatti, essi decidevano di applicare la norma precostituzionale, non ritenendo direttamente applicabili determinate disposizioni della Costituzione. Ciò accadeva poiché, nonostante l’ampia e completa disciplina costituzionale

---

<sup>607</sup> Tale decisione non venne presa all’unanimità: nella sua *dissenting opinion*, infatti, il giudice Rubio Llorente sostenne che l’incostituzionalità e l’abrogazione erano “istituti giuridici distinti, le cui differenze non potevano essere abolite mediante il ricorso ad un concetto ibrido e contraddittorio come quello della “incostituzionalità sopravvenuta”. Per tale motivo, l’unico criterio “chiaro ed univoco” consisteva nell’attribuire ai giudici comuni la competenza esclusiva a risolvere il contrasto tra le leggi precostituzionali e la Costituzione (dichiarando nel caso l’abrogazione), mentre il Tribunale costituzionale, in modo altrettanto esclusivo, era tenuto ad occuparsi delle norme postcostituzionali (dichiarando nel caso l’illegittimità costituzionale).

<sup>608</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pag. 91.

<sup>609</sup> ARAGON REYES M., *La sentencia del Tribunal constitucional sobre leyes relativas al regimen local, anteriores a la Constitución*, cit., pag. 193.

<sup>610</sup> CARROZZA P., *Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna*, cit., pag. 1122.

<sup>611</sup> PAREJO ALFONSO L., *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada incostitucionalidad sobrevenida*, cit., pag. 205.

<sup>612</sup> Sul caso italiano si rinvia al Cap. 2 par. 4.2.

<sup>613</sup> ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, cit., pag. 217 ss.

<sup>614</sup> Si veda il combinato disposto dell’art. 33 e della II disp. trans. della Legge organica del Tribunale costituzionale.

dell'organizzazione del “*poder judicial*” e la rapida approvazione della legge organica sul Consiglio generale del potere giudiziario, la magistratura spagnola, formata sotto il Franchismo, non aveva ancora assorbito i principi che fondavano la nuova Costituzione, e si dimostrava dunque non sempre “sensibile”<sup>615</sup> alla problematica della eliminazione della legislazione anteriore in contrasto con le norme costituzionali. In altri casi, invece, i giudici non sollevavano la questione di incostituzionalità al Tribunale per il motivo opposto, vale a dire poiché decidevano di dichiarare l'abrogazione della norma precostituzionale, dando dunque essi stessi immediata applicazione alle disposizioni della Costituzione<sup>616</sup>. Più in generale, il fatto che il Tribunale costituzionale si sia occupato di un numero piuttosto limitato di norme precostituzionali pare essere dovuto altresì agli effetti prodotti dal primo comma della Disposizione abrogativa della Costituzione spagnola, il quale, come ricordato, aveva previsto l'abrogazione espressa delle Leggi fondamentali franchiste. In ultimo, non va dimenticato che già nel corso del periodo 1975-1978 vennero emanate diverse leggi volte a tutelare l'esercizio dei diritti fondamentali, ed inoltre furono modificati alcuni articoli del codice penale al fine di renderli maggiormente conformi alla nuova realtà sociale e politica<sup>617</sup>.

Se invece che un'analisi di tipo meramente *quantitativo* si decide di prendere in esame l'aspetto *qualitativo* delle leggi anteriori oggetto delle pronunce del giudice costituzionale dovranno essere effettuate considerazioni diverse: in tal senso pare, infatti, difficilmente condivisibile l'opinione – ricordata poc'anzi – secondo cui le norme precostituzionali non hanno coinvolto materie di particolare rilievo. Da un'analisi della giurisprudenza costituzionale, emergono, infatti, diverse pronunce del Tribunale costituzionale di estremo interesse, nella quali esso ha verificato che le norme precostituzionali non fossero in contrasto con le disposizioni della Costituzione che sanciscono diritti e libertà fondamentali. Di seguito verranno proposti tre esempi.

*a) La sentenza 11/1981 sul diritto di sciopero*

Durante il regime franchista lo sciopero non trovava alcuna forma di tutela: esso, infatti, non solo non era riconosciuto né dalla Carta del Lavoro né dalla Carta degli Spagnoli, ma veniva considerato espressamente come un reato dal Codice penale del 1944 (art. 222).

Negli anni Sessanta e Settanta si registrarono alcune aperture da parte del regime in tale ambito, ma fu soltanto nel pieno del processo di transizione democratica che si giunse all'approvazione del *Real Decreto Ley 17/1977* sulle Relazioni di Lavoro, provvedimento finalizzato a disciplinare “il diritto di sciopero e i conflitti collettivi di lavoro”. Pur trattandosi di una prima importante forma di protezione, tale norma, promulgata quando ancora i sindacati non erano stati legalizzati, prevedeva una disciplina piuttosto restrittiva, e non a caso è stata definita una “legislazione “antisciopero”<sup>618</sup>.

In seguito alla promulgazione della Costituzione del 1978, si registravano due opinioni opposte in riferimento alla sorte del decreto legge 17/1977. Secondo alcuni Autori esso era stato

---

<sup>615</sup> CARROZZA P., *Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna*, cit., pag. 1126. L'Autore ricorda, poi, il parere 1/1979 del Procuratore generale dello Stato, il quale, “a seguito delle richieste di chiarimenti presentategli dai vari procuratori generali presso le corti d'appello, ha avuto modo di precisare che il carattere “indeterminato” e “generale” della... clausola abrogativa espressa non fa venir meno la vigenza di tutte le disposizioni anteriori contrastanti con la Costituzione qualora si tratti di principi generali la cui applicazione richiede un'ulteriore attività di attuazione legislativa. L'aspetto sconcertante di tali affermazioni consiste nel fatto che gli esempi offerti dal Procuratore generale si riferiscono non solo ai “principi informativi” dei rapporti sociali ed economici, ma anche a “principi” e “diritti” proclamati negli artt. 14-29, cui la Costituzione stessa riconosce immediata vincolatività e azionabilità...” (pag. 1119).

<sup>616</sup> Alcune pronunce dei giudici comuni in cui viene data immediata applicazione alle disposizioni costituzionali sono ricordate da GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., pagg. 76-77.

<sup>617</sup> Si rinvia al par. 3.3.1.

<sup>618</sup> PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *El derecho constitucional de huelga y su regulación en España*, in *Derecho del trabajo y razón crítica*, Varona, Salamanca, 2004, pag. 139.

implicitamente abrogato in ragione della sua incompatibilità con la nuova Carta costituzionale<sup>619</sup>, mentre altra parte della dottrina e della giurisprudenza ritenevano che tale decreto fosse vigente e potesse essere applicato<sup>620</sup>. Oltre al principale problema avente ad oggetto la compatibilità del contenuto del decreto con la Costituzione, l'altra questione particolarmente delicata verteva intorno al fatto se fosse ammissibile o meno che la legge regolatrice del diritto di sciopero fosse una norma precostituzionale e non una legge organica, così come richiesto dall'art. 81 Cost.

La questione venne risolta dal Tribunale costituzionale nella sentenza 11/1981. Investito del ricorso di incostituzionalità presentato da 52 deputati socialisti contro diverse disposizioni di tale decreto, il giudice delle leggi si preoccupò, innanzitutto, di precisare che non esistevano motivi per ritenere che il decreto legge 17/1977 fosse incostituzionale per ragioni relative alla modalità di approvazione, soprattutto alla luce del fatto che esso era stato emanato nel pieno rispetto delle procedure richieste al tempo della sua promulgazione. Tali motivazioni, a cui probabilmente si aggiungeva anche un certo "horror vacui"<sup>621</sup>, portarono il Tribunale ad affermare che "la disciplina legale del diritto di sciopero nel nostro Paese è contenuta nel... *Real Decreto-Ley* nella misura in cui non sia contrario alla Costituzione e sino a quando non venga prevista una nuova regolamentazione attraverso una Legge organica". Si trattò, evidentemente, di una delle prime affermazioni del principio di conservazione delle norme esistenti da parte del giudice delle leggi<sup>622</sup>. Il Tribunale, poi, accolse parzialmente le richieste dei ricorrenti, dichiarando l'incostituzionalità di alcune disposizioni del decreto e reinterpretandone altre alla luce delle norme costituzionali, effettuando così un'"operazione di depurazione"<sup>623</sup> del decreto stesso. Più specificatamente, il giudice costituzionale diede un'ampia definizione di sciopero, individuò i casi in cui l'esercizio di tale diritto era da considerarsi "abusivo", respinse l'idea della legittimità del solo sciopero per fini contrattuali aprendo così la strada per il modello "laboral"<sup>624</sup> (mostrando, invece, un atteggiamento "ambiguo" relativamente allo sciopero per motivi sociopolitici<sup>625</sup>), affermò la legittimità degli scioperi di solidarietà e offrì i primi spunti interpretativi relativamente al tema dei servizi essenziali.

Fra i passaggi più significativi di tale sentenza, poi, va ricordato quello in cui il *Tribunal* affermò come il diritto di sciopero fosse "coerente con l'idea di Stato sociale e democratico di Diritto sancito dall'art. 1 c. 1 della Costituzione...", coerente "con il diritto riconosciuto ai sindacati all'art. 7...", e coerente, infine, "con la promozione delle condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza degli individui e dei gruppi sociali siano reali ed effettive (art. 9 c. 2...)". Emerge, dunque, con forza, nella visione del giudice costituzionale spagnolo, la concezione dello sciopero come strumento di influenza e di partecipazione dei lavoratori alle decisioni non solo legate

---

<sup>619</sup> La Costituzione, infatti, all'art. 28 c. 2, riconosce espressamente "il diritto di sciopero dei lavoratori per la difesa dei loro interessi", e prevede che la legge che regola l'esercizio di questo diritto debba stabilire "precise garanzie per assicurare il mantenimento dei servizi essenziali della comunità".

<sup>620</sup> Su tale contrasto di opinioni si veda PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *El derecho constitucional de huelga y su regulación en España*, cit., pag. 139.

<sup>621</sup> Timore presente anche nella Corte costituzionale italiana (si veda il Cap. 2 par. 4.1.).

<sup>622</sup> Sul punto si rinvia al par. 3.1.4.

<sup>623</sup> BAYLOS A., *Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga*, in RAMON ALARCON CARACUEL M. (a cura di), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pag. 294.

<sup>624</sup> Per sciopero "laboral" si intende quello "che si riferisce alla nozione di lavoratore professionista e alla difesa, in generale, di tutti i suoi interessi dinanzi a qualsiasi istanza" (VIDA SORIA J., GALLELO MORALES A., *Art. 28.2*, in ALZAGA VILLAAMIL O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes generales, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1978, pagg. 326-327).

<sup>625</sup> Così MONEREO PÉREZ J.L., *Derecho de huelga y conflictos colectivos*, Editorial Comares, Granada, 2002, pag. 119. Secondo l'Autore, sarà solamente con la sentenza 36/1993 che il Tribunale costituzionale riconoscerà "senza dare adito ad equivoci" la legittimità degli scioperi sociopolitici, compresi gli scioperi generali.

strettamente all'ambito del lavoro, ma anche di natura politico-sociale<sup>626</sup>.

La pronuncia del Tribunale costituzionale ha acquisito un'importanza ancora maggiore se si considera il fatto che, nonostante i diversi tentativi in proposito<sup>627</sup> e le ripetute sollecitazioni da parte del Tribunale stesso<sup>628</sup>, il Parlamento ad oggi non sia ancora riuscito ad emanare la Legge organica richiesta dall'art. 28 c. 2 volta a disciplinare il diritto di sciopero: la conseguenza è che attualmente l'unica fonte sub-costituzionale regolatrice della materia continua ad essere il *Real Decreto-Ley* 17/1977, così come interpretato dalla sentenza 11/1981. Si può dire, dunque, che in maniera analoga al ruolo svolto dalla Corte costituzionale italiana in relazione all'art. 40 Cost.<sup>629</sup>, il Tribunale costituzionale spagnolo ha esercitato una funzione di "supplenza" dinanzi all'inerzia del Parlamento.

*b) La sentenza 36/1982 sul diritto di riunione*

Sotto il regime di Franco il diritto di riunione era riconosciuto esclusivamente da un punto di vista formale, dal momento che l'art. 16 della Carta degli Spagnoli, che sanciva tale diritto assieme a quello di associazione, non ricevette mai un'effettiva applicazione.

Un passo in avanti significativo verso la tutela del diritto di riunione si ebbe con la legge 17/1976. Con l'entrata in vigore della Costituzione si posero alcuni problemi relativi alla compatibilità tra tale provvedimento, che prevedeva una disciplina ancora fortemente restrittiva, e la stessa Carta del 1978: si trattava di una situazione delicata, soprattutto alla luce del fatto che la legge organica di "sviluppo" dell'art. 21 Cost. (che sancisce il diritto di riunione) venne emanata solo nel 1983.

I rapporti tra le due norme vennero chiariti dal Tribunale costituzionale nella sentenza 36/1982<sup>630</sup>. L'intera argomentazione del giudice delle leggi si basava sulla distinzione tra la disciplina relativa agli aspetti *sostanziali* della materia e quella concernente gli aspetti *procedimentali*. Relativamente ai primi, il *Tribunal* affermò che l'art. 5 della legge 17/1976 risultava essere in contrasto con la Costituzione nella parte in cui stabiliva che per svolgere una riunione in luogo pubblico fosse necessaria non una mera *comunicazione* preventiva all'autorità (così come stabilito dall'art. 21 Cost.), ma l'*autorizzazione* da parte del Governatore civile della Provincia.

Il giudice costituzionale continuava, poi, la propria argomentazione ricordando come la Costituzione stabilisse che l'autorità avrebbe potuto proibire riunioni in luogo pubblico e manifestazioni soltanto quando fossero esistite "ragioni fondate di turbativa dell'ordine pubblico, con pericolo per persone o cose". Secondo il Tribunale, proprio al fine di permettere all'autorità una giusta valutazione, non risultava essere in contrasto con la Costituzione l'art. 5 della legge 17/1976, il quale consentiva all'autorità di proibire la riunione qualora la comunicazione all'autorità non

---

<sup>626</sup> Anche la Corte costituzionale italiana, nella sentenza 270/1974, sottolineava come il diritto di sciopero acquistasse un valore particolarmente rilevante in un ordinamento democratico in ragione della sua funzione di partecipazione democratica (si rinvia al Cap. 2 par. 4.4.).

<sup>627</sup> Il tentativo più importante è senza dubbio il "Progetto di legge organica dello sciopero negoziato", frutto di un accordo tra Governo e sindacati. L'*iter* di approvazione del progetto venne tuttavia interrotto dalla promulgazione del r.d. 534/1993, con cui vennero sciolte le *Cortes*, quando il progetto era stato già approvato dal Senato e mancavano poche settimane per il voto definitivo al Congresso.

<sup>628</sup> Si veda, in particolare, la sentenza 123/1990.

<sup>629</sup> Si rinvia al Cap. 2 par. 4.4.

<sup>630</sup> Si veda GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ P., PENDAS GARCÍA B., *Régimen jurídico del derecho de reunión (análisis de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio)*, in *Revista de derecho político*, n. 22, 1986, pagg. 206-207; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J., *La configuración constitucional del derecho de reunión*, in *Parlamento y Constitución*, n. 5, 2001, pagg. 118-119.

fosse stata effettuata con un certo anticipo (nello specifico ben dieci giorni<sup>631</sup>) e presentando una serie di dati (itinerario previsto, indicazione dei promotori...). Il giudice delle leggi precisava come tali elementi *procedurali* (in particolare quello del preavviso) non contraddicevano, ma completavano l'art. 21 Cost., e che tale situazione sarebbe durata "sino a quando non fosse stata emanata la legislazione attuativa dell'art. 21 mediante una Legge organica".

La conseguenza, dunque, era che, "da un punto di vista sostanziale il diritto di riunione disciplinato nell'art. 21 della Costituzione aveva abrogato lo stesso diritto così come concepito dalla... Legge 17/1976 essendo tra loro incompatibili; ciò non era avvenuto, tuttavia, in riferimento all'aspetto costituito dagli elementi procedurali, che servivano in quest'ultima come canale funzionale e legittimatore degli atti dei poteri pubblici e dei cittadini per poter esercitare tale diritto".

*c) La sentenza 7/1983 sul principio di eguaglianza*

Con l'entrata in vigore della Costituzione del 1978 la condizione femminile in Spagna ebbe un sensibile miglioramento. Durante il regime franchista, infatti, le donne erano vittime di numerose discriminazioni, basti pensare al fatto che ad esse non era riconosciuto il diritto di voto e che, all'interno del nucleo familiare, l'unico "capofamiglia" (anche da un punto di vista giuridico) era il marito, con tutte le conseguenze che ciò comportava. Anche in ambito lavorativo le donne erano soggette ad un trattamento fortemente discriminatorio. Si consideri, in particolare, il fatto che soprattutto negli anni Quaranta e Cinquanta vennero emanati in diverse aziende pubbliche dei regolamenti che prevedevano l'aspettativa obbligatoria ("*excedencia forzosa*") per le donne che contraevano matrimonio. Queste ultime avrebbero potuto ottenere nuovamente il loro posto di lavoro se e quando fossero divenute loro stesse "capofamiglia", il che comportava, secondo il diritto di famiglia dell'epoca, che il marito fosse deceduto ovvero diventato mentalmente o fisicamente disabile e dunque non più in grado di esercitare l'attività lavorativa: "tutto ciò rappresentava un chiaro tentativo di tenere le donne al di fuori del mercato del lavoro"<sup>632</sup>. Nel 1961, poi, con l'emanazione di una legge sui Diritti politici, professionali e lavorativi delle donne, l'aspettativa divenne facoltativa e non più obbligatoria.

Successivamente entrò in vigore la Costituzione (che stabilisce il principio di eguaglianza e di non discriminazione), e nel 1980 il nuovo Statuto dei lavoratori dette attuazione a tale principio sancendo il divieto di discriminazione in ambito di lavoro. Alla luce di tali norme, e in ragione altresì della grave crisi economica in cui versava il Paese, nei primi anni Ottanta molte donne iniziarono ad esercitare azioni legali al fine di essere reintegrate nel loro posto di lavoro. Nella sentenza 7/1983 il Tribunale costituzionale si occupò per la prima volta di uno di questi casi. Esso stabilì, innanzitutto, che la disposizione regolamentare (pre-costituzionale) che stabiliva la sospensione del contratto per il personale femminile in caso di matrimonio costituiva una chiara discriminazione per motivi di sesso, e dunque violava l'art. 14 Cost. Secondo il giudice costituzionale, inoltre, il termine entro cui esperire l'azione legale al fine di porre rimedio alla situazione di discriminazione non decorreva dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori del 1980 (che all'art. 17 sanciva il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro), bensì dal 29 dicembre 1978, giorno di promulgazione della Costituzione: il giudice delle leggi precisava, infatti, che non bisognava attendere lo Statuto dei lavoratori per ritenere invalida la disposizione regolamentare che stabiliva l'aspettativa obbligatoria, dal momento che la Costituzione stessa doveva essere considerata una norma giuridica vincolante a tutti gli effetti.

Un'altra questione particolarmente delicata riguardava la durata del termine entro cui esperire

---

<sup>631</sup> Va sottolineato come il preavviso minimo di dieci giorni venga previsto, all'art. 8, anche dalla legge organica 9/1983 (salvo il caso di ragioni "straordinarie e gravi" che consentono un preavviso di 24 ore).

<sup>632</sup> RUBIO-MARÍN R., *Women and the Cost of Transition to Democratic Constitutionalism in Spain*, cit., pag. 246.

l'azione legale. Secondo il *Tribunal*, era necessario fare riferimento alla legge che regolava il rapporto di lavoro: quando la Costituzione venne promulgata, e sino all'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori, la disposizione normativa vigente era la Legge del Contratto del Lavoro, la quale stabiliva che le azioni legali che derivavano dal contratto di lavoro si prescrivessero (a meno che non specificato altrimenti) dopo tre anni dalla fine del rapporto contrattuale. Poiché, dunque, era possibile esperire l'azione legale a partire dalla promulgazione della Costituzione (29 dicembre 1978), applicando il termine di tre anni previsto dalla legge erano da ritenersi validi – secondo il giudice costituzionale – i ricorsi presentati entro il 31 dicembre 1981. Nel caso di specie, le istanze dei ricorrenti vennero riconosciute, dal momento che essi avevano fatto ricorso nel luglio 1981<sup>633</sup>.

Tale sentenza pare, dunque, essere ambivalente. Da un lato, infatti, il giudice delle leggi dichiarò il carattere discriminatorio delle disposizioni che prevedevano l'aspettativa obbligatoria e ribadì che la Costituzione dovesse essere considerata una norma giuridica vincolante. Da un punto di vista pratico, tuttavia, stabilire un termine di soli tre anni per potere esperire un ricorso al fine di ottenere nuovamente il posto di lavoro significò, in un numero elevato di casi, perpetuare tale discriminazione, soprattutto alla luce del fatto che le donne non potevano immaginare né la durata del termine entro cui ricorrere né il giorno da cui esso sarebbe decorso. In questo ambito, dunque, sono state le donne a pagare i “costi della transizione verso un costituzionalismo democratico”<sup>634</sup>.

### 3.3. Il Tribunale costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali

#### 3.3.1. I diritti fondamentali nella transizione “formale”: i primi segni di discontinuità

Non è necessario attendere la Costituzione del 1978 per registrare i primi segnali di discontinuità rispetto al modello autoritario in materia di diritti fondamentali: già nel corso della transizione “formale”, infatti, vennero approvati numerosi provvedimenti che, sebbene non offrissero una protezione paragonabile a quella che sarebbe poi stata garantita dal nuovo testo costituzionale, rappresentavano indubbiamente un primo importante passo verso la creazione di un autentico sistema di tutela delle libertà. Si pensi alla legge 17/1976 sul diritto di riunione; alla legge 21/1976 sul diritto di associazione politica<sup>635</sup>; alla legge 23/1976, con cui vennero modificati determinati articoli del Codice penale relativi al diritto di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero e al lavoro; al *Real Decreto* 3011/1976 in materia di obiezione di coscienza; al *Real Decreto-Ley* 6/1977 di riforma (parziale) della Legge sull'ordine pubblico; al *Real Decreto-Ley* 17/1977 sulle relazioni di lavoro, in particolare sul diritto di sciopero<sup>636</sup>; al *Real Decreto-Ley* 24/1977 sulla libertà di espressione e al *Real Decreto* 2644/1977 con cui venne sancita la fine del monopolio informativo di *Radio Nacional de España* e con cui venne garantita la libertà di trasmettere programmi di informazione generale; alla legge 19/1977 sul diritto di associazione sindacale<sup>637</sup>; ai vari provvedimenti con cui venne concessa l'amnistia<sup>638</sup>. Va poi ricordato come anche nei c.d. “*Pactos de la Moncloa*” dell'ottobre 1977 vennero fornite alcune “linee direttrici” in materia di diritti fondamentali, concernenti in particolare la libertà di espressione, il diritto di riunione, il diritto di associazione politica, la riforma del codice penale e la riforma della Legge

---

<sup>633</sup> Per altri casi in cui il Tribunale costituzionale ha riconosciuto le ragioni delle donne ricorrenti si vedano le sentenze 8/1983, 13/1983, 15/1983, 86/1983.

<sup>634</sup> RUBIO-MARÍN R., *Women and the Cost of Transition to Democratic Constitutionalism in Spain*, cit.

<sup>635</sup> Poi sviluppata dal *Real Decreto* 2300/1976, dal *Real Decreto-Ley* 12/1977 e dal *Real Decreto* 125/1977.

<sup>636</sup> Si rimanda al par. 3.2.3.

<sup>637</sup> Poi sviluppata dal *Real Decreto-Ley* 31/1977.

<sup>638</sup> Si pensi al *Real Decreto-Ley* 10/1976, al *Real Decreto-Ley* 19/1977, al *Real Decreto* 388/1977, al *Real Decreto* 1135/1977 e alla Legge 46/1977.

sull'ordine pubblico<sup>639</sup>.

### 3.3.2. I diritti fondamentali nella Costituzione del 1978

Uno dei primi problemi che si pose il Costituente spagnolo al momento dell'elaborazione della Costituzione del 1978 riguardava la decisione se includere nella nuova Carta un elenco dei diritti e delle libertà fondamentali, ovvero limitarsi ad effettuare un rinvio ai testi internazionali che già sancivano tali diritti<sup>640</sup>. L'UCD, in particolare, propose il rinvio alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e alla Carta Sociale Europea, ritenendo che in tal modo si sarebbe velocizzato e semplificato il processo costituente. Alla fine prevalse la prima tesi, sostenuta dalla sinistra, la quale riteneva che fosse necessaria l'introduzione di una carta dei diritti al fine di marcare con forza la discontinuità rispetto al precedente regime franchista. Va detto come in realtà, *de facto*, venne accolta anche la seconda proposta, dal momento che venne inserito all'art. 10 Cost. il secondo comma, il quale afferma che "le norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione, si interpretano in conformità alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e ai Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie ratificati dalla Spagna".

La Costituzione del 1978 è stata definita "ambiziosa" e "espansionista"<sup>641</sup> sia a causa della sua ampia dichiarazione di diritti e libertà, sia in ragione dei diversi strumenti volti a garantirne la loro tutela: oltre alle garanzie normative (come la riserva di legge, il controllo di costituzionalità o la rigidità costituzionale), si pensi alla possibilità della diretta deducibilità in giudizio dei diritti mediante due ricorsi speciali (il ricorso di *amparo* giudiziario e quello di *amparo* dinanzi al Tribunale costituzionale), nonché all'istituzione del *Defensor del Pueblo* e al sistema di sospensione dei diritti e delle libertà<sup>642</sup>. In questo senso, vi era la volontà di fare tesoro degli insegnamenti offerti dal recente passato: era evidente, infatti, che il Costituente spagnolo aveva ancora in mente il sistema di libertà del regime franchista, definito da García de Enterría una "*burla*"<sup>643</sup>.

### 3.3.3. Il Tribunale costituzionale e la realizzazione di un autentico sistema dei diritti fondamentali

"Nulla che riguarda l'esercizio da parte dei cittadini dei diritti che la Costituzione ad essi riconosce potrà mai considerarsi estraneo alla competenza di questo Tribunale"<sup>644</sup>: così si esprimeva il giudice costituzionale in una delle sue primissime pronunce, a testimonianza del fatto che la tutela dei diritti fondamentali ha costituito sin da subito uno degli ambiti più importanti della propria azione. Già in precedenza sono stati ricordati una serie di esempi che hanno mostrato come il *Tribunal* si sia sempre preoccupato di garantire l'effettiva attuazione dei diritti fondamentali: si

---

<sup>639</sup> Si noti come in Italia nel corso della transizione "formale" non si registra l'approvazione di un numero così elevato di leggi in materia di tutela dei diritti fondamentali.

<sup>640</sup> Sul punto cfr. TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, cit., pag. 210 e DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 307.

<sup>641</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 307.

<sup>642</sup> Sulle garanzie dei diritti e delle libertà cfr. CRUZ VILLALÓN P., PARDO FALCÓN J., *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 97, 2000, pag. 73 ss.

<sup>643</sup> Riferendosi, in particolare, alla Carta degli Spagnoli, GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, pag. 122, affermava, poi, che essa "effettuava proclamazioni enfatiche di diritti la cui effettività risultava essere condizionata interamente dalle leggi di attuazione..., leggi che o non vennero mai approvate (cosa che accadde per la maggior parte dei diritti), o che disciplinavano a loro arbitrio l'ambito e i condizionamenti".

<sup>644</sup> Sentenza 26/1981.

pensi, ad esempio, alle sentenze in cui è stata sancita la diretta applicabilità dei diritti fondamentali pur in assenza di una legge di attuazione, ovvero alle pronunce in cui è stato precisato che i “Principi informatori della politica sociale ed economica” non potessero essere considerati “norme senza contenuto” e che, anzi, dovessero essere “tenuti presente nell’interpretazione delle altre disposizioni costituzionali e delle leggi”<sup>645</sup>; si considerino altresì le sentenze nelle quali il *Tribunal* ha verificato che le norme precostituzionali non fossero in contrasto con le disposizioni della Costituzione che sanciscono diritti fondamentali.

Va ricordato che, in virtù di quanto stabilito dall’art. 10 c. 2 Cost. (menzionato poc’anzi), il Tribunale costituzionale, sin dall’inizio della propria attività, ha fatto riferimento ai Trattati internazionali in materia di diritti umani al fine di interpretare i diritti fondamentali contenuti nella Costituzione del 1978. Va precisato, tuttavia, come il giudice delle leggi abbia più volte ribadito come tali Trattati non potessero costituire un parametro autonomo attraverso cui verificare la validità delle leggi nazionali<sup>646</sup>. Allo stesso tempo, esso ha riconosciuto che, per una certa misura, la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo integrasse il contenuto dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione<sup>647</sup>. Oltre alla CEDU, che costituisce “il Trattato sui diritti umani *par excellence* al fine di interpretare i diritti costituzionali”<sup>648</sup>, spesso è stata la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ad essere ricordata nelle pronunce del giudice costituzionale: basti pensare, ad esempio, al riferimento alle decisioni della Corte EDU relative al principio di eguaglianza contenute nelle sentenze 22/1981 e 34/1981<sup>649</sup>.

Al fine di realizzare un autentico sistema di diritti fondamentali, il Tribunale costituzionale ha svolto in particolare la duplice funzione di “*supremo garante*” di tali diritti e di “*definitore del contenuto essenziale*”<sup>650</sup> degli stessi. Pare opportuno soffermarsi proprio, da un lato, sulle modalità attraverso cui il giudice costituzionale ha esercitato la funzione di supremo garante e, dall’altro, sulla sentenza 11/1981, nella quale il Tribunale ha specificato che cosa si debba intendere per “contenuto essenziale” dei diritti e in che modo esso possa essere individuato. Si tenterà, in tal modo, di mostrare come il *Tribunal constitucional* abbia contribuito in modo decisivo ad evitare che i diritti fondamentali rimanessero unicamente “grandi parole”<sup>651</sup>.

#### a) *La funzione di supremo garante dei diritti fondamentali*

---

<sup>645</sup> Si rimanda al par. 3.1.4.

<sup>646</sup> Cfr. le sentenze 120/1990, 137/1990 e 214/1991.

<sup>647</sup> Si vedano le sentenze 36/1991, 20/1995.

<sup>648</sup> TORRES PÉREZ A., *Report on Spain*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, pag. 473. L’Autore ricorda, inoltre, che il Tribunale costituzionale, tra il 1981 e il 1997, nel 10% delle sue decisioni ha fatto riferimento a Trattati internazionali (e non solo alla CEDU); i riferimenti alla Convenzione sono poi aumentati al 17,5% nel periodo 1999-2007 (pag. 462).

<sup>649</sup> Le sentenze della Corte EDU ricordate erano quelle del 23 luglio 1968 (*case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium”*) e del 27 ottobre 1975 (*case of National Union of Belgian Police v. Belgium*). Altri esempi di casi in cui il Tribunale costituzionale ha fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU si trovano in CRUZ VILLALÓN P., *Dos años de jurisprudencia constitucional española*, in *Revista de derecho político*, n. 17, 1983, pag. 37; TORRES PÉREZ A., *Report on Spain*, cit., pag. 459 ss.

<sup>650</sup> BLANCO VALDÉS R.L., *La política e il diritto: vent’anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, cit., pag. 29.

<sup>651</sup> GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ P., PENDAS GARCÍA B., *Régimen jurídico del derecho de reunión (análisis de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio)*, cit., pag. 204. Un’analisi (articolo per articolo) della tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale si trova in MASSÓ GARROTE M.F., *I diritti fondamentali e le libertà pubbliche nella Costituzione spagnola del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale*, in PEGORARO L., RINELLA A., SCARCIGLIA R. (a cura di), *I vent’anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, cit., pag. 43 ss.

La funzione di supremo garante dei diritti fondamentali è stata svolta risolvendo ricorsi o questioni di incostituzionalità, ma soprattutto ricorsi di *amparo constitucional*. Tale tipo di ricorso affonda le proprie origini nel costituzionalismo latinoamericano della metà dell'Ottocento, anche se un istituto analogo era contemplato altresì nelle Costituzioni del Baden e della Baviera del 1848; da qui si affermò successivamente nella Costituzione austriaca del 1920 (con la denominazione di *Beschwerde*), e venne poi recepito, sebbene qualche anno più tardi, nella Legge fondamentale di Bonn con il nome di *Verfassungsbeschwerde*<sup>652</sup>.

Le *Cortes* spagnole, al momento della redazione della Costituzione del 1978, non si ispirarono tanto all'omonimo istituto latinoamericano, bensì guardarono principalmente al modello tedesco e a quello previsto dalla Costituzione spagnola del 1931, che, all'art. 121 lett. b), aveva previsto il "ricorso di *amparo* delle garanzie individuali".

Deve essere sottolineato come, nonostante sin dall'inizio fosse stata sostenuta la necessità di prevedere nel nuovo testo costituzionale l'istituto del ricorso di *amparo*, non tutti i costituenti erano d'accordo che fosse proprio il Tribunale costituzionale a conoscere di tali ricorsi, ritenendo, al contrario, preferibile la competenza della magistratura ordinaria<sup>653</sup>. Il timore (che si rivelerà, poi, fondato) era che, dovendo conoscere anche dei ricorsi di *amparo* costituzionale, il Tribunale sarebbe stato sovraccaricato di lavoro, "rendendo, in definitiva, inefficace"<sup>654</sup> la sua azione. Alla fine, tuttavia, il ricorso di *amparo* venne attribuito alla competenza del giudice costituzionale: la convinzione del Costituente, infatti, era quella secondo cui tale ricorso dovesse servire a tutelare i diritti fondamentali non solo dinanzi ai poteri legislativo ed esecutivo, ma anche (forse soprattutto) davanti al potere giudiziario<sup>655</sup>.

E' stato sottolineato che, da un punto di vista pratico, il ricorso di *amparo* "non ha deluso le aspettative..., anzi ha dato piena risposta alle aspirazioni più ambiziose"<sup>656</sup>: già nei primi anni di funzionamento del Tribunale costituzionale, infatti, si registrano una serie di pronunce di estrema importanza, le quali hanno contribuito in modo decisivo a rafforzare il sistema di tutela dei diritti fondamentali previsto dalla Costituzione. Si pensi, ad esempio, alla sentenza 3/1981, in cui il giudice costituzionale ordinò al Ministero degli Interni di procedere all'immediata iscrizione (precedentemente negata) nel Registro dei partiti politici del Partito comunista spagnolo (Marxista-Leninista). In tale pronuncia il Tribunale stabilì altresì che il diritto a dare vita a partiti politici costituisse "una forma particolare del diritto di associazione e dunque suscettibile di ricorso di *amparo* costituzionale": si trattò di una decisione importante, dal momento che era stato obiettato come in realtà il diritto di creare partiti politici dovesse essere escluso in quanto previsto dall'art. 6 Cost., il quale non rientrava (a differenza dell'art. 22 che riconosce il diritto di associazione) tra

---

<sup>652</sup> PEGORARO L., *Giustizia costituzionale*, cit., pag. 453.

<sup>653</sup> Martín-Retortillo Baquer, ad esempio, affermava: "E' necessario tutelare i diritti, ma credo sia preferibile potenziare la giurisdizione ordinaria... e cercare formule energiche di protezione giudiziaria vicine al cittadino senza che sia necessario avventurarsi nella capitale del Regno, il che è sempre alquanto discriminatorio. Vengano promossi, dunque, questi tribunali, questi giudici indipendenti, amanti della convivenza democratica, e non ci si dimentichi che spesso chi troppo vuole nulla stringe" (Commissione costituzionale del Senato, *Diario de Sesiones del Senado*, n. 46, 30 agosto 1978, pag. 2114; si veda altresì il n. 55, 14 settembre 1978, pag. 2735).

<sup>654</sup> Commissione costituzionale del Senato, *Diario de Sesiones del Senado*, n. 46, 30 agosto 1978, pag. 2114.

<sup>655</sup> BLANCO VALDÉS R.L., *La politica e il diritto: vent'anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, cit., pag. 19, sottolinea che "l'introduzione del ricorso di *amparo* nel nostro ordinamento costituzionale esprime... la sfiducia delle forze politiche che hanno elaborato la Costituzione verso un potere giudiziario politicamente e sociologicamente precostituzionale e la loro consapevolezza della necessità che il Tribunale continui a costruire una giurisprudenza costituzionale dei diritti che, insieme al lavoro legislativo delle *Cortes*, possa contribuire a dare loro pieno valore".

<sup>656</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L., *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*, in A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pag. 613.

quegli articoli tutelati, per l'appunto, anche mediante *recurso de amparo*.

Oltre alla pronuncia 15/1982 (già ricordata in precedenza<sup>657</sup>) relativa al diritto di obiezione di coscienza, si consideri poi la sentenza 5/1983, nella quale il Tribunale costituzionale sancì il diritto a mantenere l'incarico di consigliere comunale nonostante la persona in questione avesse deciso di lasciare il partito nelle cui file era stato eletto: secondo il giudice costituzionale, infatti, "il diritto a partecipare [alle elezioni] spetta ai cittadini e non ai partiti, gli eletti sono rappresentanti dei cittadini e non dei partiti, e il mantenimento dell'incarico non può dipendere dalla volontà dei partiti, ma da quella manifestata dagli elettori mediante il voto espresso nelle elezioni".

Vale la pena accennare al fatto che, con il passare del tempo, il numero particolarmente elevato di ricorsi di *amparo*<sup>658</sup> ha provocato una serie di gravi problemi, fra cui in particolare il blocco dell'attività giurisdizionale del Tribunale costituzionale e il sorgere di conflitti tra Tribunale supremo e giudice costituzionale<sup>659</sup>.

#### b) *L'individuazione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali*

Inspirandosi all'art. 19 c. 2 della Legge fondamentale tedesca<sup>660</sup>, l'art. 53 c. 1 Cost. richiede che la disciplina dell'esercizio dei diritti e delle libertà del Capitolo II del Titolo I avvenga mediante legge, e che questa debba "in ogni caso rispettare il loro [dei diritti] contenuto essenziale". E' evidente, dunque, come la clausola del contenuto essenziale limiti il margine di libertà del potere legislativo, individuando un contenuto minimo (*essenziale*, per l'appunto) non disponibile dalle *Cortes*. Da ciò deriva il fatto che la "vulnerazione legislativa" [di tale contenuto] costituisca materia di incostituzionalità e sia pertanto ricorribile dinanzi al Tribunale costituzionale<sup>661</sup>.

Con la sentenza 11/1981, il Tribunale costituzionale ha affrontato direttamente il problema di che cosa debba intendersi per contenuto essenziale e di come giungere alla sua individuazione. Le argomentazioni del Tribunale costituzionale contenute in tale decisione (poi riprese in numerose altre pronunce<sup>662</sup>) rappresentano senza dubbio il punto di riferimento in materia<sup>663</sup>.

Sono due, in particolare, i "cammini" interpretativi che il giudice costituzionale ritiene debbano essere seguiti "per tentare di avvicinarsi in qualche modo all'idea di "contenuto essenziale"": "il primo consiste nel cercare di cogliere quella che si è soliti chiamare natura giuridica ovvero il modo di concepire o di configurare ciascun diritto. Secondo questa idea è necessario cercare di stabilire una relazione tra il linguaggio utilizzato nelle disposizioni normative e quello che alcuni Autori

---

<sup>657</sup> Si rinvia al par. 3.1.4.

<sup>658</sup> Basti pensare che nel periodo 1980-1986 il numero di ricorsi di *amparo* è stato di 4.866; tra il 1987 e il 1992 i ricorsi sono più che triplicati (15.204), e nel periodo 1993-1998 sono quasi raddoppiati (28.601) (cfr. TOMÁS Y VALIENTE F., *Escritos sobre y desde el Tribunal constitucional*, cit., pag. 48 ss.).

<sup>659</sup> Cfr. BLANCO VALDÉS R.L., *La política e il diritto: vent'anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, cit., pag. 33 ss.

<sup>660</sup> Tale articolo afferma che "in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale". Va sottolineato il fatto che il Costituente tedesco del 1949 decise di introdurre tale disposizione costituzionale memore di quanto accaduto nella Repubblica di Weimar, dove alcuni diritti riconosciuti dalla Costituzione vennero annullati per via legislativa (cfr. DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 319).

<sup>661</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 318.

<sup>662</sup> Si pensi, ad esempio, alle sentenze 37/1987 e 196/1987.

<sup>663</sup> PRIETO SANCHIS L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pagg. 142-143, ritiene che in tale sentenza il Tribunale abbia individuato "quella che può essere definita la "formulazione canonica" del contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Fra i commenti a tale sentenza si segnala in particolare PAREJO ALFONSO L., *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal constitucional de 8 abril de 1981*, in *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, n. 3, 1981, pag. 169 ss.

hanno definito metalinguaggio, o idee generalizzate e convinzioni generalmente riconosciute tra i giuristi, i giudici e, in generale, gli esperti del Diritto... [Questi] possono verificare se ciò che il legislatore ha disciplinato è conforme o meno a quello che generalmente si intende per un diritto di tal tipo”. Sulla base di tali argomentazioni, il Tribunale ritiene che a costituire il contenuto essenziale di un diritto siano “quelle facoltà o possibilità di attuazione necessarie perché il diritto sia riconoscibile come appartenente al tipo descritto, e senza le quali esso cessa di appartenere a tale tipo e viene ad essere ricompreso in un altro, perdendo la propria natura”. “Tutto ciò” – continua il *Tribunal* – “deve essere riferito al momento storico in cui si colloca il caso di specie e alle condizioni inerenti nelle società democratiche”.

A tale cammino se ne aggiunge un altro, complementare al primo, che consiste nel cercare “quelli che una importante tradizione ha definito interessi giuridicamente protetti, quale nucleo e sostanza dei diritti soggettivi”. In questo secondo senso, si potrà, allora parlare di contenuto essenziale facendo riferimento a “quella parte del contenuto del diritto che risulta essere assolutamente necessaria perché gli interessi giuridicamente meritevoli di protezione, che danno vita al diritto, risultino effettivamente, concretamente e definitivamente protetti. In tal modo, si oltrepassa o si disconosce il contenuto essenziale quando il diritto risulta essere sottoposto a limitazioni che ne rendano impraticabile o difficile l’esercizio in misura irragionevole, ovvero lo privino della necessaria protezione”.

### **3.4. Il Tribunale costituzionale e l’organizzazione territoriale dello Stato**

#### **3.4.1. L’organizzazione territoriale dello Stato al centro del processo di transizione “sostanziale”**

Per comprendere l’importanza straordinaria del ruolo del *Tribunal constitucional* relativamente alla costruzione dello Stato autonomico, è necessario tenere presente come l’organizzazione territoriale dello Stato risultasse essere una questione decisiva ai fini di una effettiva transizione dal regime autoritario ad una democrazia. Si considerino, in particolare, tre aspetti.

##### *a) La creazione delle Comunità Autonome come reazione al centralismo assoluto di Franco*

Innanzitutto deve essere sottolineato come la creazione delle Comunità Autonome rappresentò, per certi versi, la reazione al centralismo assoluto del regime di Franco. Nel corso della breve esistenza della Seconda Repubblica<sup>664</sup>, infatti, la Catalogna e i Paesi Baschi erano riusciti a fare approvare i propri Statuti di Autonomia (rispettivamente il 15 settembre 1932 ed il 4 ottobre 1936), ma all’indomani della sua ascesa al potere, Franco eliminò espressamente queste forme di autonomia<sup>665</sup>.

---

<sup>664</sup> Va ricordato che già la Costituzione spagnola del 1931 aveva previsto una forma di stato di tipo regionale (definita, all’art. 1 c. 2, “Stato integrale”, al fine di distinguere tale forma di stato sia dallo Stato unitario sia da quello federale): cfr. VOLPI M., *La classificazione delle forme di Stato*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, cit., pagg. 225-226.

<sup>665</sup> In Catalogna, la Legge della *Jefadura del Estado* del 5 aprile 1938, infatti, dichiarava nel preambolo l’abolizione dello Statuto, ed un’altra Legge della *Jefadura del Estado*, dell’8 settembre 1939, privava di ogni effetto “tutte le leggi, le disposizioni e la giurisprudenza provenienti dal Parlamento catalano e dal Tribunale di Cassazione, ristabilendo in tutta la sua integrità il Diritto esistente al momento dell’approvazione dello Statuto”. Per quel che riguarda il *País vasco*, va ricordato che il decreto legge del 23 giugno 1937 eliminò il sistema di accordi economici in Guipúzcoa e Vizcaya (dal momento che “avevano impugnato le armi contro il Movimento nazionale”), mentre mantenne in vigore il regime fiscale e amministrativo della Navarra, nonché il sistema di accordi in Alava (dal momento che queste ultime non avevano partecipato alle ribellioni). Va detto che, oltre a quanto previsto dal decreto, “la volontà politica di considerare abolito lo Statuto, le sue istituzioni e la sue funzioni legislative non venne messa in discussione in alcun modo” (TOMÁS Y VALIENTE F., *La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)*, in *Revista*

Alla luce di tale situazione si può comprendere il perché, dopo la morte del *Caudillo*, si sentisse la necessità di recuperare i regimi autonomici in Catalogna e nel *País vasco* il prima possibile, ancor prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione: la risoluzione della "questione delle autonomie" (in particolare, appunto, quella catalana e basca) era, infatti, considerata una *condicio sine qua non* per una effettiva transizione dal regime autoritario a una forma di stato democratica<sup>666</sup>. In effetti, contemporaneamente al processo costituente, vennero creati nel Paese i c.d. "regimi provinciali di autonomia", o, più semplicemente, "preautonomie". Il momento più importante di tale processo di decentralizzazione si ebbe con l'emanazione del *Real Decreto-Ley* 41/1977, con il quale venne ristabilita la *Generalitat* della Catalogna, e del *Real Decreto-Ley* 1/1978, che istituiva il regime preautonomico per il *País vasco*, e che prevedeva, in particolare, come organo di Governo il Consiglio Generale. Nel resto del territorio spagnolo il problema autonomico non si poneva con un'urgenza tale da rendere impossibile la conclusione del processo costituente. Il Governo, tuttavia, "decise di cedere alle pressioni di altre regioni che aspiravano non già al "re-istituzione", ma alla "istituzione" dei regimi autonomici..., attribuendo tale regime ad altre regioni dove tali pressioni neppure esistevano": in altre parole, il Governo decise di "diffondere le preautonomie"<sup>667</sup>.

La "regionalizzazione" provvisoria dello Stato"<sup>668</sup> attraverso le preautonomie costituì dunque il primo tentativo di dare una risposta al centralismo assoluto del regime franchista.

b) 1978-1983: il completamento del processo costituente attraverso la definizione della forma di stato

Una delle caratteristiche più discusse della Carta del 1978 è stata quella di non avere stabilito una determinata e precisa forma di Stato<sup>669</sup>. Nonostante, infatti, la Costituzione consacrò il "principio autonomico"<sup>670</sup> come uno dei pilastri dello Stato, "essa ha condizionato o subordinato l'operatività di tale principio a quello che viene definito "principio dispositivo"<sup>671</sup>, intendendo con esso la scelta di rimettere all'iniziativa dei territori interessati la decisione di dare vita o meno ad una Comunità Autonoma. In questo senso Cruz Villalón ha affermato che la Costituzione del 1978 aveva "decostituzionalizzato" la forma di Stato, dal momento che essa (quantomeno teoricamente) si sarebbe potuta evolvere in diversi modi, fra i quali era ricompresa persino l'eventualità che la

---

*vasca de administración pública*, n. 36, 1993).

<sup>666</sup> TOMÁS Y VALIENTE F., *La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)*, cit., afferma che "il processo di transizione democratica era legato indissolubilmente all'autonomia basca e catalana"; secondo CARCASSONNE G., *Les "nationalités" dans la Constitution*, in *Pouvoir*, n. 8, 1978, pag. 117, "la soluzione [di tale questione] condizionava... tutto il divenire della nuova democrazia".

<sup>667</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 411-412. Vennero infatti approvati *Real Decretos-Leyes* di istituzione di regimi preautonomici in Navarra, Galizia, Aragón, Canarie, Valencia, Andalusia, Baleari, Extremadura, Castilla y León, Asturias, Murcia e Castilla-La Mancha. Tra le particolarità di tale processo vi fu indubbiamente quella per cui tutti i *Reales Decretos* seguirono il modello catalano, vale a dire il primo ad essere entrato in vigore: in realtà, in nessuno dei casi appena ricordati "era necessario applicare strettamente lo schema previsto per il caso catalano, il quale rispondeva a ragioni storiche e politiche che non erano per nulla simili agli altri casi" (MUÑOZ MACHADO S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Civitas, Madrid, 2007, pag. 137).

<sup>668</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 412.

<sup>669</sup> Intesa nel senso di "regole che disciplinano i rapporti tra lo Stato centrale e gli enti autonomi territoriali operanti al suo interno" (VOLPI M., *La classificazione delle forme di Stato*, cit., pag. 207).

<sup>670</sup> Cfr., in particolare, l'art. 2 Cost.: "La Costituzione si basa sulla indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto alla autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono e la solidarietà fra tutte le medesime" (corsivo nostro).

<sup>671</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 396 (corsivo nostro).

Spagna rimanesse uno Stato centralizzato<sup>672</sup>.

Le “nazionalità” e le “regioni” (art. 2 Cost.) di cui si compone lo Stato decisero, tuttavia, (com’era prevedibile) di dare vita alle entità decentralizzate previste dalla Costituzione, vale a dire le Comunità Autonome. I primi Statuti autonomici ad essere approvati furono quelli del *País vasco* e della Catalogna alla fine del 1979, mentre gli ultimi vennero promulgati il 25 febbraio 1983: in poco più di quattro anni<sup>673</sup>, dunque, con l’approvazione di ben diciassette Statuti di autonomia, si completò la “prima fase di costruzione dello Stato delle Autonomie”<sup>674</sup>. Pare possibile sostenere che fu proprio con il 25 febbraio 1983 che ebbe termine *realmente* il processo costituente: fu infatti solamente attraverso l’iniziativa dei territori interessati (i quali dettero vita alle diciassette Comunità Autonome) che venne definita la forma di stato dell’ordinamento spagnolo<sup>675</sup>, la quale, come detto, non era stata determinata in modo preciso nella Carta del 1978. Il completamento del processo costituente, insomma, dipendeva da tale iniziativa. Ciò risulta essere tanto più vero quanto più si considera che la decentralizzazione in Spagna è un “*strada a senso unico*, senza possibilità di tornare indietro. In poche parole, il processo autonomico ha un *carattere irreversibile*”<sup>676</sup>.

Nel corso di questa prima fase di costruzione dello Stato delle Autonomie, un momento chiave si ebbe il 31 luglio 1981, quando il *Presidente del Gobierno*, Leopoldo Calvo Sotelo, e il *leader* del PSOE, Felipe González, firmarono i cosiddetti “Accordi autonomici”, volti all’“armonizzazione” complessiva del processo autonomico mediante un’apposita legge, la L.O.A.P.A. (Legge organica di armonizzazione del processo autonomico). Il fine principale di tale provvedimento era quello di “*diffondere in tutto il territorio spagnolo le Comunità Autonome, nonché di uniformare e omogeneizzare il contenuto dell’autonomia*”<sup>677</sup>, pur mantenendo una serie di differenziazioni tra le Comunità. Tuttavia, come si vedrà più avanti<sup>678</sup>, tale progetto di legge venne dichiarato parzialmente incostituzionale dal Tribunale costituzionale nella sentenza 76/1983.

### c) *Il problema del terrorismo basco*

E’ opportuno, infine, sottolineare che la questione territoriale dello Stato risultava essere particolarmente delicata anche in ragione del problema del terrorismo basco: “tra il 1976 e il 1982 l’ETA ferì 462 persone e ne assassinò 329... Le vittime del terrorismo aumentarono costantemente sino al 1980: l’ETA assassinò 64 persone nel 1978, 78 nel 1979 e 93 nel 1980. Nello stesso periodo di tempo vennero rapite 26 persone, e solo nel 1980 esplosero più di 96 bombe”<sup>679</sup>. Tale situazione incise notevolmente nel dibattito politico di quegli anni relativamente non solo alla questione dell’autonomia basca, ma anche, più in generale, allo Stato autonomico nel suo complesso<sup>680</sup>.

---

<sup>672</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 399 ss. e 431.

<sup>673</sup> Se si considera come punto di inizio il 29 dicembre 1978, giorno di promulgazione della Costituzione.

<sup>674</sup> TOMÁS Y VALIENTE F., *La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)*, cit.

<sup>675</sup> Come sottolinea DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2007, pagg. 413-414, “si tratta... di un esempio di Stato regionale, ma talmente caratterizzato da meritare di essere definito anche con la dizione originale”, vale a dire “Stato autonomico” o “Stato delle Autonomie”. Osserva CRUZ VILLALÓN P., *Dos años de jurisprudencia constitucional española*, cit., pagg. 37-38, che anche il Tribunale costituzionale, nei suoi due primi anni di attività, era in difficoltà nel definire quale fosse la forma di stato presente nel Paese, e che per questo motivo utilizzò espressioni piuttosto vaghe quali “la forma di organizzazione territoriale dello Stato configurata dalla Costituzione” (sent. 26/1982), “istituzione complessa” (sent. 38/1982), o “forma composta di Stato” (sent. 35/1982).

<sup>676</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 399.

<sup>677</sup> MUÑOZ MACHADO S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, cit., pag. 180.

<sup>678</sup> Si rimanda al par. 3.4.3.

<sup>679</sup> MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, cit., pag. 213.

<sup>680</sup> Sul problema del terrorismo basco e, più in generale, sulla questione dell’autonomia basca cfr. CASTELLS L., CAJAL A. (a cura di), *La autonomía vasca en la España contemporánea (1808-2008)*, Marcial Pons, Madrid, 2009 e ONAINDIA M., *Guía para orientarse en el laberinto vasco*, Temas de Hoy, Madrid, 2000. Va ricordato come l’azione violenta

A ciò si aggiunga l'atteggiamento del Partito Nazionalista Basco, il quale decise di boicottare tutte le sessioni delle *Cortes* dal gennaio al settembre del 1980, si rifiutò nel 1983 di far sventolare la bandiera spagnola nei Comuni "controllati" dal partito (da cui l'espressione "guerra delle bandiere"), e non condannò sino ai tardi anni Ottanta l'utilizzo della violenza da parte dell'ETA<sup>681</sup>.

### 3.4.2. Il "caos senza speranza" del Titolo VIII della Costituzione e l'intervento del Tribunale costituzionale

L'organizzazione territoriale dello Stato contemplata dal Titolo VIII della Costituzione fu oggetto sin dall'inizio di durissime critiche da parte della dottrina, tanto che si parlò di "costruzione assurda e contraddittoria" e di "caos senza speranza"<sup>682</sup>. Le incertezze relative all'organizzazione territoriale erano tali che de Esteban affermò che quella del 1978 era una "Costituzione non terminata"<sup>683</sup>. A non essere chiare, in particolare, erano le disposizioni costituzionali relative alla ripartizione territoriale del potere: è evidente che in un Paese che si andava caratterizzando per un decentramento sempre più marcato e in cui la questione dell'organizzazione territoriale dello Stato era fondamentale per una transizione democratica "sostanziale", tale situazione richiedeva di essere risolta nel più breve tempo possibile.

In tale contesto il Tribunale costituzionale ha svolto un ruolo decisivo. Esso, infatti, attraverso un'opera fondamentale di interpretazione delle disposizioni costituzionali e di risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Comunità Autonome (e tra Comunità Autonome), ha garantito un funzionamento razionale del sistema autonomico, rendendo "realizzabile il Titolo VIII della Costituzione"<sup>684</sup>. Non è un caso, dunque, che in Spagna si parli spesso di "*construcción jurisprudencial del Estado de las autonomías*"<sup>685</sup>. Risulta del tutto condivisibile la teoria di Cruz Villalón secondo la quale la "Costituzione territoriale" dello Stato spagnolo risulta essere formata, oltre che dalla Costituzione e dagli Statuti di autonomia (che insieme formano il c.d. "blocco di costituzionalità"<sup>686</sup>), anche dalla giurisprudenza costituzionale, la quale "ha completato, in modo decisivo, lo schema giuridico configurato [per l'appunto] dalla Costituzione e dagli Statuti autonomici"<sup>687</sup>.

Pare possibile suddividere l'attività svolta dal Tribunale costituzionale relativamente alla costruzione dello Stato autonomico in due fasi: la prima va dal 1980 (anno della sua entrata in funzione) al 1983 (quando viene emanata la sentenza sulla L.O.A.P.A.), mentre la seconda fase

---

dell'ETA continuò anche negli anni successivi: si segnala, in particolare, l'uccisione nel 1996 dell'ex Presidente del Tribunale costituzionale Francisco Tomás y Valiente (si veda l'articolo di MARTÍNEZ GORRIARÁN C., *El día que mataron a Tomás y Valiente*, disponibile on-line all'indirizzo [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2006/abc/Nacional/el-dia-que-mataron-a-tomas-y-valiente\\_132213802920.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2006/abc/Nacional/el-dia-que-mataron-a-tomas-y-valiente_132213802920.html)).

<sup>681</sup> GUNTHER R., PUHLE H.J., DIAMANDOUROS P.N., *Introduction*, cit., pag. 14.

<sup>682</sup> LOPEZ GUERRA L., *La segunda fase de la construcción del Estado de las Autonomías*, in *Revista vasca de administración pública*, n. 36, 1993. Si parlò altresì di "ambiguità politiche e assenze giuridiche" (DE VEGA P., *Prólogo*, cit., pag. 17) e di "panorama confuso della normativa costituzionale" (ROURA S., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978. El Tribunal constitucional y las Comunidades Autónomas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pag. 82).

<sup>683</sup> DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, cit., pag. 121.

<sup>684</sup> AJA E., PÉREZ TREMPES P., *Tribunal constitucional y organización territorial del Estado autonómico*, in ESPÍN TEMPLADO E., DÍAZ REVORIO F.J. (a cura di), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pag. 155.

<sup>685</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 459 ss.

<sup>686</sup> Deve essere precisato che il blocco di costituzionalità è formato altresì dalle leggi organiche e dalle leggi ordinarie destinate a delimitare gli ambiti di competenza propri dello Stato e delle Comunità Autonome (cfr. RUBIO LLORENTE F., *El bloque de constitucionalidad*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 27, 1989, pag. 9 ss.).

<sup>687</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 431 e 434.

inizia nel 1983 e termina nel 1992 (con la firma dei nuovi “Accordi autonomici”)<sup>688</sup>. In linea generale, si può osservare come nel primo periodo il giudice costituzionale sia stato chiamato ad interpretare i concetti fondamentali del sistema autonomico, mentre nel secondo le sue decisioni hanno riguardato più specificatamente determinati ambiti settoriali, come quello economico. Inoltre, nella prima fase il giudice costituzionale ha dovuto risolvere un alto numero di conflitti di competenza, mentre nella seconda si è registrato un calo progressivo degli stessi.

### 3.4.3. La costruzione *giurisprudenziale* dello Stato autonomico: prima fase (1980-1983)...

Tra le pronunce più significative della prima fase vanno senz'altro ricordate quelle in cui il Tribunale costituzionale precisa la natura politica delle Comunità Autonome: queste ultime, infatti, godono di un'autonomia (politica, per l'appunto) che si distingue da quella di cui sono titolari gli altri enti territoriali indicati dall'art. 137 Cost. (vale a dire municipi e province), la quale è un'autonomia di tipo prettamente amministrativo<sup>689</sup>. L'assunzione statutaria di competenze legislative nel quadro stabilito dalla Costituzione indica che le Comunità Autonome dispongono di un ambito proprio di decisione, dal momento che le loro leggi hanno lo stesso rango e la stessa forza della legge statale. Nella sentenza 4/1981, il giudice costituzionale aveva precisato, poi, che “autonomia non significa sovranità, e che poiché ogni organizzazione dotata di autonomia costituisce una parte del tutto, il principio di autonomia non potrà in nessun caso opporsi a quello di unità: è proprio dentro a quest'ultimo, infatti, che esso acquista il suo reale significato”. Sempre riferendosi alla natura dell'autonomia che la Costituzione attribuisce alle Comunità Autonome, il Tribunale costituzionale afferma altresì che violava il principio di autonomia la previsione da parte dello Stato di “controlli generici ed indeterminati” sull'attività delle Comunità Autonome, dal momento che “implicano dipendenza gerarchica” di queste ultime rispetto all'Amministrazione statale (sent. 6/1982)<sup>690</sup>.

Nelle sue prime sentenze, inoltre, il *Tribunal* sancisce il dovere di collaborazione tra i vari organi pubblici di cui si compone lo Stato e, in modo particolare, tra Stato e Comunità Autonome. Nella sentenza 18/1982, ad esempio, il giudice costituzionale afferma che “il dovere di collaborazione proviene dal dovere generale di aiuto reciproco tra Autorità statali ed autonome”, e precisa che “tale dovere... risulta essere implicito nell'essenza stessa della forma di organizzazione territoriale dello Stato presente nella Costituzione”<sup>691</sup>. Il giudice delle leggi afferma altresì che il dovere di aiuto reciproco e di collaborazione è collegato al principio di coordinazione, e che esso “è persino suscettibile di alterare l'ordine normale delle competenze quando non sia possibile attendere l'attuazione delle autorità di norma competenti in caso di urgenza e necessità” (sent. 95/1984)<sup>692</sup>. E' di tutta evidenza che l'intento del Tribunale costituzionale è stato quello di contribuire a colmare le mancanze dello Stato autonomico, fra cui in particolare l'assenza di una seconda Camera rappresentativa delle Comunità Autonome.

La sentenza più significativa, tuttavia, della prima fase di costruzione giurisprudenziale dello

---

<sup>688</sup> Tale periodizzazione viene proposta, ad esempio, da AJA E., PÉREZ TREMPES P., *Tribunal constitucional y organización territorial del Estado autonómico*, cit., pagg. 153-154.

<sup>689</sup> Cfr., in particolare, la sentenza 84/1982.

<sup>690</sup> Sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale relativamente alla natura politica delle Comunità Autonome si veda ROURA S., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978. El Tribunal constitucional y las Comunidades Autónomas*, cit., pag. 131 ss.

<sup>691</sup> Tali principi verranno ripresi anche successivamente, come ad esempio nelle sentenze 33/1982 e 64/1982.

<sup>692</sup> Sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale relativa al dovere di collaborazione cfr. AJA E., PÉREZ TREMPES P., *Tribunal constitucional y organización territorial del Estado autonómico*, cit., pagg. 166-167 e CRUZ VILLALÓN P., *La jurisprudencia del Tribunal constitucional sobre autonomías territoriales*, in A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, cit., pag. 3365 ss.

Stato autonomico (e che segna altresì la fine di tale periodo) è la 76/1983, con cui il Tribunale si pronuncia sul ricorso preventivo di legittimità costituzionale del già ricordato progetto di Legge organica di armonizzazione del processo autonomico. Il giudice costituzionale, oltre a dichiarare che tale progetto non poteva essere approvato né come legge organica né come legge “*armonizadora*”, dichiara l’incostituzionalità di numerosi articoli, annullando gran parte del Titolo I della legge. Secondo il Tribunale, infatti, si trattava di norme interpretative volte a stabilire il significato di una serie di disposizioni costituzionali relative, in particolare, al riparto delle competenze. Il giudice delle leggi ritiene che “il legislatore statale non [possa] incidere direttamente sulla delimitazione delle competenze mediante l’interpretazione dei criteri che costituiscono la base della stessa. Certamente ogni processo di sviluppo normativo della Costituzione implica sempre un’interpretazione delle corrispondenti disposizioni costituzionali, realizzata da colui che emana la norma di sviluppo. Il legislatore ordinario, tuttavia, non può emanare norme meramente interpretative, la cui unica finalità sia quella di precisare il solo senso, tra i vari possibili, che deve essere attribuito ad un determinato concetto o precetto della Costituzione; riducendo, infatti, le diverse possibilità o alternative del testo costituzionale ad una sola, esso di fatto completa l’opera del potere costituente e si colloca da un punto di vista funzionale sul suo stesso piano, oltrepassando la linea divisoria tra potere costituente e potere costituito”. Secondo Cruz Villalón, l’aspetto “grave di tali norme non è tanto il fatto che siano “meramente interpretative”, ma che tale interpretazione pretenda di avere efficacia vincolante per il legislatore autonomico”<sup>693</sup>.

Nella sentenza si precisa come l’opera di interpretazione spetti, invece, al Tribunale costituzionale stesso, il quale è chiamato, “nella sua funzione di interprete supremo della Costituzione... a custodire la distinzione permanente tra la positivizzazione del potere costituente e l’attuazione dei poteri costituiti, i quali non potranno mai oltrepassare i limiti e le competenze da esso stabiliti”. Il *Tribunal*, quindi, si pone quale arbitro tra Stato e autonomie, evidenziando così una volta ancora il suo ruolo centrale (a discapito soprattutto del legislatore centrale) nel processo di transizione in materia di organizzazione territoriale.

#### 3.4.4. ... e seconda fase (1983-1992)

Nella seconda fase di costruzione giurisprudenziale dello Stato autonomico le decisioni del Tribunale costituzionale hanno riguardato più specificatamente alcuni ambiti settoriali, come ad esempio quello economico<sup>694</sup>. Il giudice delle leggi, in particolare, ha cercato di conciliare il pluralismo territoriale e l’unità economica, facendo ricorso soprattutto alla clausola contenuta nell’art. 149, c. 1, punto 13 Cost., la quale attribuisce allo Stato la competenza esclusiva sui “principi fondamentali e il coordinamento della pianificazione generale dell’attività economica”. Tale clausola ha costituito lo “strumento a disposizione del Tribunale per giustificare l’intervento statale in materie che apparivano, nei diversi Statuti, riservate esclusivamente alle Comunità Autonome”<sup>695</sup>. Si pensi, ad esempio, che nella sentenza 75/1989 il giudice costituzionale affermò che “l’esercizio autonomico di una competenza esclusiva in un determinato sottosectore economico non esclude l’esistenza di una competenza statale per stabilire le basi e il coordinamento di tale sottosectore; l’esercizio autonomico di tale competenza esclusiva, inoltre, può essere condizionato da misure statali, che, nell’esercizio di una competenza propria e differenziata, possono dispiegarsi

---

<sup>693</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pag. 429; si veda altresì CRUZ VILLALÓN P., *¿Reserva de Constitución? Comentario al fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 9, 1983, pagg. 185 ss.

<sup>694</sup> Cfr. LOPEZ GUERRA L., *La segunda fase de construcción del Estado de las Autonomías (1983-1993)*, cit.

<sup>695</sup> LOPEZ GUERRA L., *La segunda fase de construcción del Estado de las Autonomías (1983-1993)*, cit.

autonomamente in diversi campi o materie, sempre che il fine perseguito risponda effettivamente ad un obiettivo di pianificazione economica”.

Si può osservare, poi, come in alcuni casi il *Tribunal* abbia in parte modificato la propria giurisprudenza al fine di adeguarsi all’evoluzione dell’ordinamento. Un caso di particolare interesse riguarda la legislazione “di base” dello Stato. Nella sentenza 68/1988, in particolare, il giudice delle leggi mette in luce il fatto che nei primi anni in cui era in vigore la Costituzione, allo Stato non era possibile esercitare un’attività legislativa “talmente intensa da riuscire immediatamente a configurare tutte le linee base contemplate dalla Costituzione e dagli Statuti”. Per tale ragione, aveva una “rilevanza eccezionale” il “concetto *materiale* di “norma di base””, mentre rimaneva in secondo piano la “componente *formale*”<sup>696</sup>. Il Tribunale precisa, quindi, che ora che era stata superata tale situazione iniziale, la componente formale aveva acquistato una sempre maggiore importanza e che rappresentava una “garanzia di certezza giuridica nell’articolazione delle competenze statali e autonome...”<sup>697</sup>.

In questa seconda fase, inoltre, si verifica un progressivo calo dei conflitti di competenza. Ciò si spiega non solo per il diverso momento storico attraversato dallo Stato autonomo, il cui processo di costituzione si era concluso, ma anche in ragione dell’attività svolta dal Tribunale costituzionale stesso: esso, infatti, ha contribuito in modo decisivo alla “risoluzione pacifica, per mezzo di una via accettata a priori dalle parti, dei tipici conflitti territoriali della fase di decentramento di uno Stato fortemente centralizzato”<sup>698</sup>. Considerato il fatto, insomma, che l’organizzazione territoriale dello Stato rappresentava una delle questioni più delicate presenti nel Paese, è probabile che se non vi fosse stata la possibilità di ricorrere al *Tribunal*, molti conflitti politici si sarebbero aggravati.

E’ proprio in ragione delle funzioni ricordate nei paragrafi precedenti che De Vega ha affermato come “il Tribunale costituzionale [abbia cessato] di essere... mero custode della volontà del potere costituente per passare ad essere, semplicemente e direttamente, il suo sostituto: infatti, gli atti di interpretazione costituzionale, che sono gli unici che ad esso sarebbero legittimamente spettati, si sono convertiti in autentici atti di legislazione costituzionale, i quali inesorabilmente vanno al di là della sua condizione di interprete e custode della Costituzione”. Il Tribunale costituzionale, insomma, si è convertito “in una sorta di *potere costituente permanente*”<sup>699</sup>.

#### 4. Riflessioni conclusive

---

<sup>696</sup> Corsivo nostro. Il concetto materiale di “norma di base” comportava il fatto che la definizione, da parte del legislatore statale, di ciò che era “di base” non stava a significare che *effettivamente* la norma avesse tale carattere, ma che sarebbe spettato, nel caso, al Tribunale costituzionale verificare se essa era materialmente di base o meno. Il riferimento alla componente formale, invece, significava che spettava alla legge stessa il compito di “dichiarare espressamente la portata di base della norma”, ovvero che la legge dovesse essere dotata di “una struttura in grado di mostrare, direttamente o indirettamente, ma senza particolare difficoltà, la sua vocazione o pretensione all’essere di base”.

<sup>697</sup> Tale vicenda richiama da vicino la questione italiana dell’autoqualificazione delle leggi cornice: PAOLETTI A., *Leggi-cornice e regioni. Crisi di un modello*, Giuffrè, Milano, 2001, pagg. 21-22, sottolinea infatti “la grande incertezza presente nella dottrina..., che raramente ha provveduto a stilare un elenco completo e dettagliato delle singole leggi cornice, limitandosi per lo più ad enumerare una serie di leggi o norme a titolo meramente esemplificativo. A questo riguardo uno dei criteri adottati è stato quello del dato formale della *autoqualificazione* fornita dal legislatore ordinario ai suoi atti-fonte o alle disposizioni in essi contenute o ad entrambi”.

<sup>698</sup> BLANCO VALDÉS R.L., *La politica e il diritto: vent’anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, cit., pag. 28. L’Autore ricorda, poi, l’andamento anno per anno dei conflitti sollevati dallo Stato contro le Comunità Autonome e viceversa: 2 (1980), 13 (1981), 48 (1982), 31 (1983), 65 (1984), 82 (1985), 94 (1986), 65 (1987), 64 (1988), 31 (1989), 27 (1990), 7 (1991), 7 (1992).

<sup>699</sup> DE VEGA P., *Prólogo*, cit., pag. 17 (corsivo nostro).

#### 4.1. Il *Tribunal constitucional* e le ragioni di un'azione di successo

Il Tribunale costituzionale è stato indubbiamente uno degli attori protagonisti del processo di democratizzazione spagnolo. Nella sua azione possono essere individuate quattro linee di intervento, concernenti, in particolare, il valore normativo della Costituzione, le leggi precostituzionali, i diritti fondamentali e l'organizzazione territoriale dello Stato: in questo senso, le pronunce del giudice delle leggi sono andate ad incidere su tutti quegli ambiti da cui dipendeva l'esito del processo di transizione "sostanziale" e di quello di consolidamento. Va sottolineato come il Tribunale sia riuscito a garantire una netta (e piuttosto rapida) *discontinuità* con il passato franchista, se non una vera e propria rottura. Si consideri il primo ambito di intervento. Una delle caratteristiche del costituzionalismo spagnolo era quella di considerare come prive di valore giuridico le disposizioni costituzionali. Si trattava di una convinzione talmente radicata che in numerosi casi sia la dottrina sia il Tribunale Supremo hanno ritenuto meramente programmatiche anche diverse disposizioni della Costituzione del 1978. Il Tribunale costituzionale, al contrario, ha affermato sin dall'inizio della propria attività il valore normativo di *tutta* la Carta fondamentale, respingendo in particolare la tesi secondo cui determinati articoli (segnatamente quelli che stabiliscono i "Principi informatori della politica sociale ed economica") potessero essere considerati "norme senza contenuto", se non addirittura "desideri buoni e pii"<sup>700</sup>.

In secondo luogo non va dimenticato che il Tribunale costituzionale ha svolto un'importante opera volta a verificare che le norme precostituzionali non fossero in contrasto con le disposizioni della Costituzione che sanciscono diritti e libertà fondamentali. Si è trattato, da un punto di vista qualitativo, di una giurisprudenza rilevante, dal momento che è stata verificata la legittimità costituzionale di norme anteriori alla Costituzione concernenti, ad esempio, il diritto di sciopero, il diritto di riunione ovvero il principio di eguaglianza tra uomo e donna.

In terzo luogo si deve considerare come la Spagna venisse da quarant'anni di regime autoritario, caratterizzato da una sistematica violazione (o comunque da una mancata attuazione) delle libertà fondamentali. Il Tribunale costituzionale, invece, è stato in grado di realizzare un autentico sistema di diritti fondamentali, svolgendo in particolare la duplice funzione di "*supremo garante*" di tali diritti e di "*definitore del contenuto essenziale*"<sup>701</sup> degli stessi.

In quarto luogo, va sottolineato come la risoluzione della "questione delle autonomie" (in particolare quella catalana e basca), e, più in generale, la costruzione di uno Stato decentrato costituivano aspetti cruciali per una effettiva transizione dal regime autoritario a una forma di stato democratica. Tale esigenza era particolarmente sentita anche in ragione del fatto che Franco, non appena salito al potere, aveva eliminato, in nome di un centralismo assoluto, i due regimi autonomici (quello della Catalogna e quello dei Paesi Baschi) che si erano creati nel corso della Seconda Repubblica. Nonostante le disposizioni della Costituzione che regolavano la materia non fossero particolarmente chiare, il Tribunale costituzionale è stato in grado, attraverso un'opera di interpretazione delle disposizioni costituzionali e di risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Comunità Autonome (e tra Comunità Autonome), di garantire un funzionamento razionale del sistema autonomico, sulla base di quanto previsto dall'art. 2 Cost., il quale garantisce, da un lato, la "indissolubile unità della Nazione spagnola", e, dall'altro, "il diritto alla autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono".

Sono diversi i fattori che spiegano il perché il Tribunale costituzionale abbia avuto così successo nella sua azione. Innanzitutto si deve considerare il fatto che la sua istituzione non è mai stata messa in discussione: se si fa eccezione, infatti, per qualche perplessità avanzata dal partito comunista, nel corso dei lavori costituenti tutte le forze politiche hanno dato il loro pieno e convinto

---

<sup>700</sup> Secondo l'opinione di Garrido Falla (si rimanda al par. 3.1.2.).

<sup>701</sup> Così Blanco Valdés (si rimanda al par. 3.3.3.).

appoggio alla creazione di un organo di giustizia costituzionale. In secondo luogo si è proceduto speditamente all'emanazione della sua legge di attuazione e alla nomina dei primi giudici, e tutto ciò ha permesso che esso entrasse in funzione a neanche due anni dalla promulgazione della nuova Costituzione. Più in generale, poi, esso ha goduto, soprattutto all'inizio della propria attività, di grande prestigio ed autorevolezza, ed infatti le sue decisioni sono state sempre attuate e rispettate. A ciò si deve aggiungere il fatto che il *Tribunal*, nel risolvere i casi ed esso sottoposti, ha potuto ispirarsi ampiamente alle esperienze di altre Corti costituzionali europee (come quelle italiana e tedesca) che avevano dovuto affrontare problematiche in parte analoghe nei processi di transizione democratica: basti pensare, ad esempio, alla questione delle leggi precostituzionali. Non vanno dimenticati, poi, i ripetuti riferimenti del *Tribunal* alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di protezione dei diritti fondamentali. Inoltre, a differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti (e segnatamente in Italia<sup>702</sup>), l'impressione è che le principali forze politiche non abbiano mai voluto ostacolare l'attuazione della nuova Costituzione. Nonostante, poi, le difficoltà presenti nel Paese (terrorismo, crisi economica, questione territoriale, tentativo di colpo di Stato nel 1981...), la prospettiva di entrare a far parte della Comunità economica europea il prima possibile ha, con ogni probabilità, velocizzato il processo di democratizzazione, e di conseguenza ha rappresentato un aiuto, sebbene indiretto, all'attività del giudice delle leggi.

E' vero che in alcuni casi una parte (per la verità piuttosto circoscritta) della dottrina, della magistratura e del Governo risultava avere un atteggiamento abbastanza conservatore, tuttavia nel complesso pare possibile affermare che sono stati di gran lunga di più i fattori che hanno aiutato il Tribunale costituzionale nel corso della transizione "sostanziale" rispetto a quelli che lo hanno ostacolato.

#### **4.2. La messa in discussione della transizione democratica, la transizione in corso e la crisi di legittimazione del Tribunale costituzionale**

Un'analisi del ruolo del Tribunale costituzionale nel processo di transizione democratica in Spagna non sarebbe completa se non venisse dato conto del fatto che sia la *transición* sia il *Tribunal* risultano essere, ormai da diversi anni, bersagli di dure critiche. Per quel che concerne la prima, Sánchez Navarro ricorda come esista in Spagna una corrente di pensiero che ritiene che "i mali della democrazia spagnola [siano] riconducibili proprio all'inesistenza di un'autentica transizione"<sup>703</sup>: quel che avvenne nel Paese, in sostanza, sarebbe stato un mero cambio di forma e non di contenuto<sup>704</sup>. Tale opinione non sembra essere in alcun modo condivisibile. Il risultato della transizione fu, infatti, l'entrata in vigore di una Costituzione che segnava una rottura totale rispetto al precedente passato autoritario, e alla quale è stata data piena attuazione: da uno Stato in cui tutto il potere era concentrato nelle mani di una sola persona, privo di qualsiasi forma di pluralismo politico e di decentramento territoriale, e caratterizzato da una fortissima restrizione delle libertà fondamentali, si è passati ad un ordinamento in cui i rappresentanti vengono eletti mediante elezioni libere e trasparenti, vi è un effettivo funzionamento del principio della separazione dei poteri (sia in senso verticale sia in senso orizzontale), ed è garantita una reale tutela dei diritti fondamentali della persona. Tra l'altro, se davvero si fosse trattato di un mero cambio di forma, non si spiegherebbe il perché la transizione democratica spagnola sia stata spesso considerata un vero e proprio "modello ispiratore" per diversi Stati dell'America Latina e dell'Europa centrale ed orientale che stavano

---

<sup>702</sup> Si veda il Cap. 2 par. 3.

<sup>703</sup> SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, cit., pag. 62.

<sup>704</sup> Cfr. GARCÍA TREVIJANO A., *Frente a la gran mentira*, Espasa, Madrid, 1996.

affrontando, per l'appunto, una transizione da una forma di stato autoritaria ad una democratica<sup>705</sup>.

Negli ultimi anni il concetto di transizione è stato spesso legato a quello di *trasformazione* o di *evoluzione della forma di stato* del Paese. Ciò non pare essere per nulla sorprendente, dal momento che, come più volte ripetuto, l'organizzazione territoriale dello Stato ha sempre rappresentato una questione estremamente delicata ed importante nella storia spagnola. Nella "Dichiarazione di Barcellona" del 1998, ad esempio, diversi partiti e coalizioni nazionaliste auspicavano che la Spagna diventasse una confederazione<sup>706</sup>. Nell'autunno del 2003, poi, con la formazione in Catalogna di un Governo "*social-catalanista*" fortemente intenzionato a modificare lo Statuto allora vigente, ha avuto inizio nell'ordinamento spagnolo quello che è stato definito "secondo processo autonomico"<sup>707</sup>: a partire da quel momento, infatti, gli Statuti di diverse Comunità Autonome (Andalucía, Valencia, Baleari, Castilla y León, Aragón, Catalogna e Extremadura) sono stati oggetto di profonde riforme. Secondo Cruz Villalón questo secondo processo autonomico dovrebbe condurre a un "secondo Stato delle Autonomie" caratterizzato da un sistema federale<sup>708</sup>.

Con l'andare avanti di tale processo di trasformazione dello Stato sono progressivamente aumentate le difficoltà del Tribunale costituzionale nel garantire la corretta applicazione delle norme su cui si basa la distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome. L'esempio per eccellenza di queste difficoltà è probabilmente rappresentato dal fatto che il giudice costituzionale abbia impiegato ben quattro anni per pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del nuovo Statuto della Catalogna, approvato nel 2006. Va sottolineato, tra l'altro, come diversi esponenti politici, ma anche autorevoli costituzionalisti<sup>709</sup>, avessero richiesto che il Tribunale si dichiarasse incompetente a giudicare la costituzionalità dello Statuto. Nella sentenza 31/2010 il *Tribunal* ha dichiarato lo Statuto parzialmente incostituzionale, determinando un ulteriore aumento delle tensioni tra Catalogna e Stato centrale.

A causa delle difficoltà sempre maggiori che il *Tribunal* sta affrontando nel garantire, da un lato, l'autonomia delle Comunità Autonome e, dall'altro, la sovranità dello Stato, Cruz Villalón ha persino ipotizzato, fra le possibili soluzioni, di risolvere i conflitti che derivano dalla ripartizione delle competenze non attraverso "le linee proprie della giurisdizione, che sono quelle del fondamento giuridico, ma mediante una "configurazione "politica", in cui ciò che conta davvero è la negoziazione, la transazione e, dove possibile, l'accordo. Ma senza la necessità di un fondamento giuridico, che sarebbe in gran parte illusorio". L'accettazione della "*opción política*" comporterebbe il riconoscimento del fatto che "il linguaggio giuridico ha un valore esclusivamente relativo, indiziario, come punto di inizio per la negoziazione"<sup>710</sup>.

E' di tutta evidenza che, *rebus sic stantibus*, tale ipotesi pare essere difficilmente praticabile. Tuttavia, non si può negare come il solo fatto che sia stata proposta, sebbene quale *extrema ratio*,

---

<sup>705</sup> Cfr. SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, cit., pagg. 21-22; LINZ J.J., STEPAN A., GUNTHER R., *Democratic Transition and Consolidation in Southern Europe, With Reflections on Latin America and Eastern Europe*, cit., pag. 102; LOPEZ GUERRA L., *The application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Eastern and Central Europe*, in *Cardozo Law Review*, n. 19, 1998; GONZÁLES ENRÍQUEZ C., *Crisis y cambio en Europa del este: la transición húngara a la democracia*, Centro de investigaciones sociológicas, Madrid, 1993, pagg. 50-80 e 340-368.

<sup>706</sup> Cfr. AJA E., PÉREZ TREMP S., *Tribunal constitucional y organización territorial del Estado autonómico*, cit., pag. 143 ss.

<sup>707</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La reforma del Estado de las autonomías*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n. 2, 2006, pag. 79.

<sup>708</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La reforma del Estado de las autonomías*, cit., pag. 84 ss.

<sup>709</sup> Si veda, ad esempio, l'articolo di Javier Pérez Royo su *El País* del 1° maggio 2010, dal titolo "Por qué no".

<sup>710</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La dificultad del Tribunal constitucional como garante de la autonomía territorial*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 39, 2009, pag. 33.

una via alternativa al controllo giurisdizionale è sintomatico della situazione per nulla facile in cui versa attualmente il giudice delle leggi spagnolo. Tale ipotesi, inoltre, sorprende non poco soprattutto se si considera la straordinaria importanza del ruolo svolto dal Tribunale costituzionale proprio nel processo di transizione democratica, in particolare per quel che concerne proprio l'organizzazione territoriale dello Stato.

Resta ora da vedere se il giudice delle leggi sarà in grado di rispondere in modo efficace alle nuove sfide che l'evoluzione del sistema delle autonomie ha determinato negli ultimi anni, in particolar modo a partire dal secondo processo autonomico. Sebbene a distanza di più di trent'anni e con problematiche per molti versi differenti rispetto al 1978, è infatti pur sempre in materia di organizzazione territoriale che la Spagna si gioca la partita più difficile. Certo è che al Tribunale costituzionale l'esperienza non manca.



## Capitolo 4

# La terza generazione: il caso della Corte costituzionale della Repubblica ceca

SOMMARIO: 1. La transizione “formale”: dal 17 novembre 1989 al 1° gennaio 1993. – 1.1. 17 novembre 1989 – 6 giugno 1992: le riforme, la Costituzione “mancata” e il problema del rapporto tra centro e periferia. – 1.2. La dissoluzione della Federazione e la nascita di due Stati indipendenti. – 2. Gli anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione della Repubblica ceca. – 2.1. Il quadro politico-costituzionale. – 2.2. L’ingresso nel Consiglio d’Europa e nell’Unione Europea. – 3. La Corte costituzionale della Repubblica ceca: un organo “voluto ma contestato”. – 3.1. Le precedenti esperienze di giustizia costituzionale nella regione. – 3.2. L’istituzione della Corte costituzionale della Repubblica ceca. – 3.3. L’ostilità verso la Corte costituzionale. – 4. L’azione della Corte costituzionale: tra “giustizia di transizione” e tutela dei diritti fondamentali. – 4.1. “*Dealing with the past*”: la Corte e la “giustizia di transizione”. – 4.1.1. La “giustizia di transizione”: alcuni profili problematici. – 4.1.2. La rottura con il passato: la Corte e la legge sull’illegittimità del regime comunista e sull’opposizione ad esso. – 4.1.3. La difesa della democrazia: la Corte federale, la Corte ceca e le leggi di lustrazione. – 4.1.4. Rimediare alle ingiustizie: la Corte e le leggi sulla restituzione della proprietà. – 4.2. La Corte e i diritti fondamentali. – 4.2.1. I diritti fondamentali: dalla Costituzione del 1920 agli anni della transizione “formale”. – 4.2.2. La Carta dei diritti e delle libertà fondamentali. – 4.2.3. Lo *status* della CEDU e dei trattati internazionali sui diritti umani. – 4.2.4. La tutela dei diritti fondamentali: la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di voto. – 5. Riflessioni conclusive.

### 1. La transizione “formale”: dal 17 novembre 1989 al 1° gennaio 1993

L’individuazione del momento iniziale e di quello conclusivo del processo di transizione “formale”<sup>711</sup> in Cecoslovacchia non presenta particolari difficoltà. Si ritiene comunemente, infatti, che la c.d. “Rivoluzione di velluto” abbia avuto inizio il 17 novembre 1989 (quando la manifestazione studentesca, indetta per commemorare il primo studente ucciso in seguito all’invasione nazista, si trasformò in una manifestazione antiregime e venne brutalmente repressa) e sia terminata il 1° gennaio 1993 (giorno di nascita dei due Stati indipendenti – la Repubblica ceca e la Repubblica slovacca – e di entrata in vigore della Costituzione della Repubblica ceca).

Le elezioni dell’Assemblea federale del 5 e 6 giugno 1992 costituiscono uno spartiacque all’interno del processo di transizione. Prima di tale momento, infatti, le principali forze politiche ceche e slovacche cercarono di approvare una nuova Costituzione federale e di trovare una soluzione condivisa relativamente al rapporto tra le Repubbliche e la Federazione. In seguito alle elezioni, invece, l’unica soluzione praticabile sembrò essere quella di divisione della Cecoslovacchia in due Stati separati, e così avvenne: sia il Consiglio nazionale slovacco sia quello ceco procedettero, infatti, all’adozione di proprie Carte costituzionali, e l’Assemblea federale adottò la l. cost. 542/1992, nella quale veniva sancito che la Repubblica federale ceca e slovacca si sarebbe dissolta il 31 dicembre 1992.

#### 1.1. 17 novembre 1989 – 6 giugno 1992: le riforme, la Costituzione “mancata” e il problema del rapporto tra centro e periferia

Secondo Linz e Stepan, “l’espressione migliore per descrivere la transizione [in Cecoslovacchia] è “crollo di regime””<sup>712</sup>. A differenza di altri ordinamenti dell’area, infatti, dove il

<sup>711</sup> Secondo l’espressione utilizzata nel Cap. 1 par. 3.

<sup>712</sup> LINZ J., STEPAN A., *L’Europa post-comunista*, il Mulino, Bologna, 2000, pag. 163 (ed. ingl. *Problems of* 141

processo di transizione fu caratterizzato da negoziazioni o compromessi (come nel caso ungherese e in quello polacco), i governanti cecoslovacchi non erano in grado di “patteggiare le condizioni per l’abbandono del potere”, né di “imporre regole capaci di regolare la transizione”, e di conseguenza non riuscirono a “rinviare in modo significativo il processo o esercitare una qualche forma di controllo sul futuro”<sup>713</sup>. Tale “crollo” sembra poter essere spiegato soprattutto in ragione della linea particolarmente dura adottata dal regime stesso, linea che non lasciava spazio ai riformisti del partito e che, più in generale, reprimeva qualsiasi forma di dissenso<sup>714</sup>.

Il risultato fu che il regime cadde in modo pacifico in un periodo di tempo estremamente breve<sup>715</sup>: infatti, già il 29 novembre 1989 (dunque a soli 12 giorni dall’inizio della Rivoluzione di Velluto) l’Assemblea federale adottò la l. cost. 135/1989, con cui vennero eliminati “i principali pilastri del regime comunista”<sup>716</sup>. Tale provvedimento sancì l’abrogazione dell’art. 4 della Costituzione del 1960 (che affermava il ruolo guida del Partito comunista cecoslovacco), e modificò l’art. 16 c. 1 della Costituzione, eliminando il monopolio ideologico marxista-leninista. L’Assemblea federale procedette quindi speditamente all’elezione di Alexander Dubček (l’uomo simbolo della “Primavera di Praga”) quale suo Presidente, e il 28 dicembre 1989 elesse all’unanimità alla presidenza del Paese Václav Havel, celebre drammaturgo tra i più accaniti oppositori del regime comunista<sup>717</sup>.

Deve essere sottolineato che nel corso della transizione “formale” la Costituzione socialista del 1960 (così come modificata dalla l. cost. 143/1968<sup>718</sup>) rimase in vigore, anche se venne emendata numerose volte: tra il 1989 e il 1992 vennero, infatti, approvate ben 51 leggi costituzionali.

Tra le misure considerate di estrema urgenza vi era innanzitutto quella di procedere all’epurazione dell’Assemblea federale e dei Consigli nazionali ceco e slovacco, nei quali sedevano in gran parte le forze del vecchio regime. A tale scopo l’Assemblea approvò due leggi costituzionali (183/1989 e 14/1990): la prima autorizzava la sostituzione per cooptazione dei deputati che avevano rassegnato le dimissioni, mentre la seconda permetteva una procedura analoga nel caso di revoca dei parlamentari più compromessi. Il risultato fu che tra il dicembre 1989 e il gennaio 1990 numerosi deputati dell’Assemblea federale vennero sostituiti, e il Partito comunista, pur

---

*Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1996, pagg. 235-457).

<sup>713</sup> LINZ J., STEPAN A., *L’Europa post-comunista*, cit., pag. 162.

<sup>714</sup> Basti pensare al fatto che in seguito al tentativo di Alexander Dubček di proporre un “socialismo dal volto umano”, nell’agosto del 1968 gli eserciti dell’Unione sovietica e di altri Paesi invasero la Cecoslovacchia, dando così l’avvio al processo di “normalizzazione”. Su tali eventi cfr. KNAPP V., *The Czechoslovak State from its Origin to its Extinction*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, La Rosa, Torino, 1994, pag. 34 ss.

<sup>715</sup> GARTON ASH T., *The Magic Lantern: The Revolution of ‘89 Witnessed in Warsaw, Budapest, Berlin and Prague*, Random House, New York, 1990, p. 78, ricorda: “Arrivando a Praga il giorno sette (23 novembre), quando la velocità del cambiamento mi lasciava già senza fiato, incontrai Václav Havel... Gli dissi: in Polonia ci sono voluti dieci anni, in Ungheria dieci mesi, nella Germania dell’Est dieci settimane. Forse in Cecoslovacchia ci vorranno dieci giorni!”.

<sup>716</sup> SVOBODA K., *Legal and Political Events between 1989 and 1992*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, cit., pag. 45.

<sup>717</sup> Gli eventi della Rivoluzione di Velluto sono ricordati nel dettaglio da WHEATON B., KAVAN Z., *The Velvet Revolution: Czechoslovakia, 1988-1991*, Westview Press, Boulder, 1992; BRADLEY J.F.N., *Czechoslovakia’s Velvet Revolution: A Political Analysis*, Columbia University Press, New York, 1992.

<sup>718</sup> Con tale legge la Cecoslovacchia divenne (solo sulla carta) uno Stato federale, con la Repubblica socialista ceca e la Repubblica socialista slovacca quali suoi Stati membri. KNAPP V., *The Czechoslovak State from its Origin to its Extinction*, cit., pag. 38, sottolinea che il Partito comunista cecoslovacco agì come “fattore unificante”, e che per tale ragione, anche dopo la federalizzazione, il Paese continuò ad essere, *de facto*, uno Stato unitario. D’altronde, “una federazione socialista non può mai essere una vera federazione, per il semplice fatto che è priva di un sistema politico pluralista” (HENDRYCH D., *Constitutionalism in the Czech Republic*, in PRIBAN J., YOUNG J. (a cura di), *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, Ashgate, Aldershot, 1999, pag. 22).

mantenendo un numero elevato di seggi, perse la maggioranza assoluta. Va evidenziato come attraverso tale epurazione sia stata seguita una strada già percorsa dall'Assemblea federale in occasione del processo di "normalizzazione" successivo all'intervento dell'Unione sovietica del 1968: tale processo aveva infatti proprio il fine di liberarsi dei deputati maggiormente legati al movimento della Primavera di Praga<sup>719</sup>.

Una questione particolarmente delicata, poi, riguardava il nome del Paese. In un primo momento, attraverso la l. cost. 81/1990, questo passò da "Repubblica socialista cecoslovacca" a "Repubblica cecoslovacca". Successivamente, con la l. cost. 362/1990, venne raggiunto un compromesso per il quale lo Stato avrebbe avuto due denominazioni ufficiali: "Repubblica federale cecoslovacca" (nella parte ceca) e "Repubblica federale ceco-slovacca" (nella parte slovacca). Tale soluzione, tuttavia, non soddisfaceva il Governo e i deputati slovacchi, per cui poco tempo dopo venne approvata una nuova l. cost. (404/1990) che cambiò il nome in "Repubblica federale ceca e slovacca". La c.d. "guerra del trattino"<sup>720</sup> risulta essere sintomatica del fatto che già pochi mesi dopo la caduta del regime stavano emergendo problematiche relative all'organizzazione territoriale dello Stato.

Tra le necessità più impellenti al fine di garantire un'effettiva transizione democratica, vi era quella del passaggio ad una economia di mercato. Anche in questo caso si procedette all'approvazione di una serie di importanti leggi costituzionali. La prima fu la legge 100/1990, la quale proclamava l'eguaglianza delle diverse forme di proprietà, stabilendo, in particolare, che lo Stato avrebbe garantito pari tutela a tutti i proprietari (singoli cittadini, enti giuridici e lo Stato); con la legge 427/1990 (c.d. "piccola privatizzazione") ebbe luogo la privatizzazione nel settore dei servizi, del commercio e della produzione (ad eccezione di quella agricola); la legge 91/1991 (c.d. "grande privatizzazione") fu, poi, decisiva per la privatizzazione delle imprese statali, delle istituzioni finanziarie statali e delle altre organizzazioni statali. Va poi ricordata la revisione del Codice civile (legge 509/1991) e l'adozione del Codice di commercio (legge 513/1991)<sup>721</sup>, nonché l'istituzione di organi quali l'Ufficio federale per la Competizione Economica e le Autorità anti-trust nelle Repubbliche (legge 63/1991)<sup>722</sup>.

Come si avrà modo di mostrare più avanti<sup>723</sup>, il periodo 1989-1992 si caratterizza per l'adozione di un numero elevato di leggi costituzionali volte a disciplinare i diritti fondamentali. Senza dubbio il culmine di tale attività si ebbe con la l. cost. 23/1991, con cui fu introdotta nell'ordinamento la Carta dei diritti e delle libertà fondamentali. Tale documento, pur essendo formalmente separato dal testo della Costituzione, costituiva parte integrante dell'ordinamento costituzionale<sup>724</sup>.

L'8 e il 9 giugno 1990 si svolsero nel Paese le prime elezioni libere dopo i lunghi anni di regime autoritario, al fine di eleggere l'Assemblea federale, il Consiglio nazionale ceco e quello slovacco. Ad ottenere il maggior numero di voti fu il Forum civico nella Repubblica ceca, e il Popolo contro la violenza nella Repubblica slovacca. Il Partito comunista, pur risultando ancora tra le forze politiche più importanti, aveva perso la maggioranza. La coalizione dei due maggiori movimenti deteneva la maggioranza assoluta all'Assemblea federale e, nel luglio 1990, rielesse

---

<sup>719</sup> BARTOLE S., *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, il Mulino, Bologna, 1993, pag. 18.

<sup>720</sup> SVOBODA K., *Legal and Political Events between 1989 and 1992*, cit., pag. 48.

<sup>721</sup> Su tali codici cfr. AJANI G., *Diritto dell'Europa orientale*, Utet, Torino, 1996, pag. 255 ss. e 335.

<sup>722</sup> Per approfondimenti sulle leggi finalizzate alla transizione ad un'economia di mercato cfr. SVOBODA K., *Legal and Political Events between 1989 and 1992*, cit., pag. 59 ss. Si rinvia, poi, al par. 4.1.4.

<sup>723</sup> Si rinvia al par. 4.2.1.

<sup>724</sup> La medesima soluzione è stata adottata dalla Repubblica ceca con la Costituzione del 1993; nella Repubblica slovacca, invece, il catalogo dei diritti è stato inserito direttamente nel testo della Costituzione del 1992.

Havel Presidente della Repubblica. Il nuovo Governo federale fu costituito tra i membri del Forum civico, del Pubblico contro la violenza e del Movimento cristiano-democratico.

E' stato opportunamente evidenziato che "essendo il regime crollato repentinamente, nel giro di soli dieci giorni, nuovi partiti politici furono in grado di emergere solo dopo la transizione, anche se alcune strutture embrionali esistevano in precedenza. I partiti "storici", come quello socialdemocratico, conobbero una rinascita dopo quarant'anni di soppressione. Il lasso di tempo tra la Rivoluzione di Velluto e le prime elezioni libere fu però troppo ridotto per potersi produrre una netta percezione delle differenze tra i partiti, i quali si preoccupavano soprattutto dei problemi contingenti della loro formazione"<sup>725</sup>. L'importanza delle elezioni si spiega, quindi, per il fatto che, esprimendo la netta preferenza per il Forum civico e per il Popolo contro la violenza (movimenti fortemente antagonisti al Partito comunista), i cittadini affermarono con forza la loro volontà di lasciarsi alle spalle il periodo autoritario e di dare vita ad un ordinamento democratico.

Va segnalato che la durata della legislatura degli organi elettivi sarebbe dovuta essere di quattro anni; tuttavia, con la l. cost. 45/1990, essa venne ridotta a soli due anni, nel corso dei quali, oltre a consolidare il sistema dei partiti, si sarebbe dovuto procedere all'elaborazione della nuova Costituzione federale. Per tale ragione, l'Assemblea federale, così come eletta nelle elezioni del giugno 1990, era da considerarsi a tutti gli effetti un "organo costituente"<sup>726</sup>. Nell'autunno dello stesso anno l'Assemblea istituì una Commissione per la preparazione della nuova Costituzione della Repubblica federale ceca e slovacca, di cui facevano parte i deputati dell'Assemblea federale, del Consiglio nazionale ceco e di quello slovacco.

A partire dall'inizio del 1991 iniziarono una serie di incontri volti all'elaborazione della nuova Carta costituzionale: tale elaborazione divenne la "prova del nove per la continuazione dell'esistenza della Cecoslovacchia"<sup>727</sup>. Ci si rese conto sin da subito che ad essere risolta doveva essere soprattutto la questione relativa al rapporto tra la Repubblica e la Federazione. Gli slovacchi, in particolare, non ritenevano soddisfacente l'esistente forma di Federazione, e per tale ragione sostennero la necessità di adottare uno "State Treaty" attraverso cui regolare i rapporti tra centro e periferia, soprattutto in relazione alla ripartizione delle competenze. La Commissione preparò una bozza di Costituzione, dalla quale, tuttavia, mancava proprio la parte sulla ripartizione delle competenze. Ciò fu dovuto al fatto che, relativamente a questo punto, le negoziazioni tra cechi e slovacchi, durate un anno, fallirono: tale fallimento, oltre a sottolineare "il pericolo di un indebolimento della Federazione, se non addirittura di uno suo scioglimento"<sup>728</sup>, fece sì che l'Assemblea federale non discusse mai il progetto di Costituzione. Si pensò, infatti, di rimandare la soluzione di tale problema a dopo le elezioni, che si sarebbero svolte nel giugno del 1992.

Di Gregorio sottolinea come sia stata proprio "l'acuirsi della questione federale" a far "sorgere l'esigenza di trasferire alcuni aspetti relativi alla divisione delle competenze tra il centro e le Repubbliche ad un'autorità *super partes*, ossia alla Corte costituzionale"<sup>729</sup>. Come si metterà in luce più avanti<sup>730</sup>, tale organo, nonostante la sua breve durata, adottò alcune decisioni di estrema importanza per il processo di transizione.

---

<sup>725</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, il Mulino, Bologna, 2008, pag. 86.

<sup>726</sup> KLIMA K., *Constitutional Law of the Czech Republic*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2008, pag. 117.

<sup>727</sup> HENDRYCH D., *Constitutionalism in the Czech Republic*, cit., pag. 22.

<sup>728</sup> SVOBODA K., *Legal and Political Events between 1989 and 1992*, cit., pag. 71.

<sup>729</sup> DI GREGORIO A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>730</sup> Si rinvia ai parr. 3.1., 4.1.3., 4.2.4.

## 1.2. La dissoluzione della Federazione e la nascita di due Stati indipendenti

Le elezioni dell'Assemblea federale ebbero luogo il 5 e il 6 giugno 1992 e videro trionfare il Partito civico-democratico (o Ods) di Václav Klaus nella Repubblica ceca, e il Movimento per una Slovacchia democratica (o Hzds) di Vladimír Mečiar nella Repubblica slovacca. Tra le due forze politiche vi erano profonde differenze: il primo era un partito liberale “favorevole a un'evoluzione verso il mercato rapida e di stampo thatcheriano...”, mentre il secondo era un movimento populista e nazionalista, sostenitore di una “evoluzione verso il mercato più lenta, più statalista e sostanzialmente più autonoma”<sup>731</sup>.

La situazione nel Paese era particolarmente complessa innanzitutto da un punto di vista istituzionale. Il nuovo Governo della Federazione aveva solo dieci membri, e ne facevano parte – con un numero uguale di membri – esponenti del Partito civico-democratico e del Movimento per una Slovacchia democratica. La particolarità era data dal fatto che solamente cinque ministeri erano diretti effettivamente da Ministri, mentre il controllo di altri otto (di cui era prevista l'abolizione) venne attribuito al Primo Ministro e ad altri membri dell'Esecutivo. Rivelatrice delle profonde divisioni fu, poi, l'elezione del Presidente della Federazione. A causa dell'opposizione del Movimento per una Slovacchia democratica, Havel non riuscì ad essere rieletto Presidente, e poiché nessun altro candidato aveva possibilità di vittoria, si fu costretti ad attribuire l'esercizio delle funzioni presidenziali (così come previsto dalla legge costituzionale della Federazione cecoslovacca) al Governo. Questo, a sua volta, autorizzò il Primo Ministro ad esercitare alcune di queste funzioni, mentre altri poteri del Presidente passarono al *Presidium* dell'Assemblea federale.

Le distanze tra i due principali partiti riguardavano, poi, la questione dell'organizzazione territoriale, la quale costituiva il vero *punctum dolens* per il futuro del Paese: secondo l'Ods l'unica forma di stato possibile era la Federazione (con un'unica soggettività internazionale), mentre l'Hzds insisteva per una Confederazione, con distinte soggettività internazionali per ciascuna delle due Repubbliche<sup>732</sup>. A quel punto il destino del Paese sembrava segnato, e infatti venne deciso che il 30 settembre 1992 sarebbe stata adottata una legge sullo scioglimento della Federazione<sup>733</sup>, e che il 1° gennaio 1993 il Paese si sarebbe diviso in due Stati indipendenti<sup>734</sup>. Ciò che sorprende maggiormente è che tale decisione venne presa senza fare ricorso al referendum, nonostante la l. cost. 327/1991 prevedesse proprio una consultazione popolare per le questioni di principio concernenti la forma di stato, in particolare qualora una Repubblica avesse voluto abbandonare la Federazione. La scelta di non procedere in ottemperanza a quanto richiesto dalla l. cost. 327/1991 era dovuta a ragioni di tipo essenzialmente politico: da una parte, infatti, gli slovacchi non intendevano classificare lo scioglimento della Federazione come secessione della Repubblica slovacca, dall'altra era noto che la maggior parte della popolazione del Paese era contraria a tale scioglimento, e che comunque avrebbe voluto che la decisione venisse presa tramite referendum e non “dall'alto”<sup>735</sup>.

<sup>731</sup> LINZ J., STEPAN A., *L'Europa post-comunista*, cit., pag. 179.

<sup>732</sup> Sulle posizioni dei partiti politici si veda SAMALÍK F., *Political Parties and the Split of Czechoslovakia*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, cit., pag. 85 ss.

<sup>733</sup> Anche se, come si mostrerà a breve, tale legge costituzionale verrà adottata il 25 novembre del 1992.

<sup>734</sup> Sulle vicende del federalismo anche in altri ordinamenti dell'Europa centro-orientale in seguito al crollo del regime comunista si veda BARTOLE S., CONETTI G. (a cura di), *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, La rosa, Torino, 1993.

<sup>735</sup> Da alcuni sondaggi effettuati nel luglio 1992, risultava che l'84% dei cittadini cechi e l'82% di quelli slovacchi ritenevano che una scelta di tale importanza dovesse essere presa non dai politici, ma dai cittadini mediante referendum. Inoltre, dovendo scegliere tra federazione, confederazione o separazione, sia per i cechi (46%), sia per gli slovacchi (47%) l'opzione meno gradita era proprio quella della separazione. Ma vi è di più: chiamati, infatti, ad indicare quale forma di stato preferivano (tra confederazione e federazione), sia i cechi (62%), sia gli slovacchi (38%) indicavano

Lo scioglimento della Federazione fu “il prodotto di due processi costituzionali paralleli, a livello federale e repubblicano”<sup>736</sup>. A livello repubblicano, infatti, il Consiglio nazionale slovacco, dopo aver adottato il 17 luglio 1992 una “Dichiarazione di sovranità”<sup>737</sup>, approvò il 1° settembre 1992 la Costituzione slovacca, con la precisazione che essa sarebbe entrata in vigore solamente in seguito alla nascita di uno Stato slovacco indipendente.

A questo punto parve evidente come fosse necessario velocizzare il processo di approvazione della Carta fondamentale della Repubblica ceca: sino a quel momento, infatti, i costituenti cechi si erano concentrati principalmente sulla nuova Costituzione federale, mettendo in secondo piano l’elaborazione della nuova Costituzione per la Repubblica ceca: ai loro occhi, infatti, quest’ultima, in fin dei conti, sarebbe stata subordinata a quella federale. Un periodo di tempo piuttosto ridotto per procedere alla scrittura della nuova Costituzione e la necessità di ottenere in Parlamento il consenso necessario per l’adozione della stessa, furono fattori che influirono non poco nella formulazione della Legge fondamentale ceca, ed è per questo che essa contiene “solo le decisioni fondamentali e condivise, che erano richieste dalla situazione al tempo della rinascita dello Stato ceco”<sup>738</sup>. Nell’elaborazione della Costituzione, i costituenti cechi attribuirono particolare rilievo non solo alla tradizione costituzionale cecoslovacca<sup>739</sup> (soprattutto a quella del periodo della c.d. “prima Repubblica”, vale a dire dal 1918 al 1939), ma anche alle Costituzioni occidentali. La Costituzione venne approvata dal Consiglio nazionale il 16 dicembre 1992, ed entrò in vigore il 1° gennaio 1993, giorno in cui ebbe inizio la storia della Repubblica ceca quale Stato autonomo.

A livello federale, il primo atto che segnava lo scioglimento della Federazione fu la l. cost. 541/1992, con cui vennero stabiliti i principi in base ai quali dividere la proprietà tra la Repubblica ceca e quella slovacca: essi erano quello territoriale e quello della consistenza della popolazione (in base a un criterio di due a uno a favore della Repubblica ceca). L’Assemblea federale approvò poi la l. cost. 542/1992 sull’estinzione della Repubblica federale ceca e slovacca: tale provvedimento stabiliva che la Federazione avrebbe cessato di esistere il 31 dicembre 1992, e che gli Stati che ad essa sarebbero succeduti erano la Repubblica ceca e la Repubblica slovacca. Va evidenziato come tale legge “fu adottata in un momento in cui il processo di smantellamento della Federazione –

---

come soluzione migliore la federazione (anche se per gli slovacchi la confederazione seguiva a breve distanza, con il 35% delle preferenze). I dati dei sondaggi sono riportati da LINZ J., STEPAN A., *L’Europa post-comunista*, cit., pag. 173, a loro volta ripresi da WOLCHIK S., *The Politics of Ethnicity in Post-Communist Czechoslovakia*, in *East European Politics and Societies*, vol. 8, n. 1, 1994, pag. 176 ss. Secondo BARTOLE S., *Introduzione. The Crisis of the Czechoslovak Federalism and the Prospects for Federalism in Europe*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, cit., pag. XVIII, è necessario considerare “l’ironia della situazione, per cui i processi di democratizzazione della Cecoslovacchia e di emancipazione dal regime comunista venivano portati avanti all’insegna della sfiducia e della volontà di evitare l’opinione pubblica, nonostante fosse richiesto dalla legge, e sotto l’egemonia, per meglio dire arbitraria, *leadership* di potere – quella di due gruppi o movimenti – senza formale investitura di potere, ma, al contrario, meri depositari di una direttiva politica basata sulla vittoria elettorale”.

<sup>736</sup> DI GREGORIO A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, cit., pagg. 253-254.

<sup>737</sup> MANCINI S., *Il fallimento di un mariage de raison: la dissoluzione della Repubblica federativa ceca e slovacca*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 4, 1993, pag. 103 ss., ritiene che, pur essendo difficile attribuire a tale “enigmatica dichiarazione un significato giuridico ben preciso”, attraverso di essa la Slovacchia “non intendeva affatto sciogliere il vincolo federale”: la dichiarazione voleva essere “un segno della non volontà degli organi slovacchi di giungere ad un accordo con i Cechi sulla politica economica, una manifestazione di sfiducia nei confronti del Presidente Havel, una sorta di avvertimento, con cui la Slovacchia fece capire di non essere disposta a scendere a patti...”.

<sup>738</sup> HENDRYCH D., *Constitutionalism in the Czech Republic*, cit., pag. 25. Le principali questioni rimaste insolte riguardavano il Senato (la Costituzione non specificava la data delle prime elezioni di tale organo, e tale situazione di incertezza fece sì che alla fine esse si svolsero solamente nel 1996) e l’organizzazione territoriale dello Stato (la Costituzione lasciava ad una futura legge costituzionale la possibilità di istituire enti territoriali di livello più elevato rispetto ai Comuni). Su tali questioni cfr. SLOSARCIK I., *The Reform of the Constitutional Systems of Czechoslovakia and the Czech Republic in 1990-2000*, in *European Public Law*, vol. 7, n. 4, 2001, pagg. 542-543.

<sup>739</sup> Cfr. HENDRYCH D., *Constitutionalism in the Czech Republic*, cit.

basato su di una decisione politica – era già considerevolmente avanzato, lasciando così al legislatore solamente due alternative: legalizzare tale processo, ovvero non farlo, con il rischio di sviluppi incostituzionali”<sup>740</sup>.

Risulta estremamente complesso riuscire a spiegare i motivi che hanno condotto allo scioglimento della Federazione, soprattutto alla luce del fatto che – come ricordato in precedenza – la maggior parte della popolazione del Paese era contraria a questa soluzione. Fra i principali ostacoli al mantenimento di un sistema di tipo federale vi era innanzitutto la Costituzione socialista: quest’ultima, infatti, una volta calata in un nuovo sistema democratico, iniziò a mostrare tutti i suoi limiti, primo fra tutti quello di creare meccanismi di “*impasse*” nell’adozione delle decisioni. A ciò si aggiunge il fatto che i nuovi *leaders* si caratterizzavano per uno stile fortemente “antipolitico e anti-istituzionale” (si pensi ad Havel), ed inoltre erano restii alla creazione di partiti a dimensione federale<sup>741</sup>. La dissoluzione della Federazione può poi essere spiegata con “l’incapacità delle due Repubbliche – o meglio dei leader delle rispettive forze politiche – di sostituire la qualità adesiva del sistema precedente al 1989 con un altro progetto unificatore in grado di soddisfare contemporaneamente la necessità di rinnovamento del patto federale ed i nuovi ideali politici di coloro che, a quel tempo, erano determinati a rifiutare qualsiasi tipo di eredità comunista”. La crisi della federazione si spiega quindi con “l’impossibilità di trovare un’alternativa a quella che può essere definita come la forza unificatrice, il ruolo federalizzante del Partito comunista cecoslovacco”<sup>742</sup>.

L’unica (triste) certezza pare essere quella per cui lo scioglimento della Federazione è avvenuto con il mancato rispetto della legge che prevedeva il ricorso al referendum per le questioni di principio concernenti la forma di stato, in violazione, dunque, dell’“ordinamento costituzionale”<sup>743</sup> della Repubblica federale ceca e slovacca.

## 2. Gli anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione della Repubblica ceca

Una volta analizzata la transizione “formale”, pare opportuno esaminare il periodo successivo all’entrata in vigore della Costituzione della Repubblica ceca: l’attenzione verrà focalizzata, in particolare, sul quadro politico-costituzionale, nonché sul cammino percorso dal Paese per entrare a far parte del Consiglio d’Europa, prima, e dell’Unione Europea, poi.

### 2.1. Il quadro politico-costituzionale

La Repubblica ceca ha accolto una “concezione pluritestuale della materia costituzionale, ispirandosi al modello austriaco. Il diritto costituzionale materiale è dunque formato da più documenti, per l’insieme dei quali si utilizza la denominazione di “ordinamento costituzionale””<sup>744</sup>. L’art. 112 Cost., afferma, infatti, che l’ordinamento costituzionale è composto dalla Costituzione; dalla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali; dalle leggi costituzionali adottate ai sensi della Costituzione; dalle leggi costituzionali dell’Assemblea nazionale della Repubblica cecoslovacca, di quelle dell’Assemblea federale della Repubblica socialista cecoslovacca e di quelle del Consiglio nazionale ceco che stabiliscono i confini dello Stato; nonché dalle leggi costituzionali adottate dal Consiglio nazionale ceco dopo il 6 giugno 1992. Tale disposizione è di particolare interesse anche

---

<sup>740</sup> SVOBODA K., *Legal and Political Events between 1989 and 1992*, cit., pag. 83.

<sup>741</sup> LINZ J., STEPAN A., *L’Europa post-comunista*, cit., pag. 174 ss.

<sup>742</sup> BARTOLE S., *Introduzione. The Crisis of the Czechoslovak Federalism and the Prospects for Federalism in Europe*, cit., pagg. X-XI.

<sup>743</sup> Su tale concetto di rimanda al par. 2.1.

<sup>744</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 49.

perché testimonia una forte continuità giuridica tra Cecoslovacchia e Repubblica ceca, e, più in generale, la volontà di quest'ultima di considerarsi erede della prima. Tale aspetto è confermato altresì dalla l. cost. 4/1993 sulle misure connesse alla dissoluzione della Repubblica federale ceca e slovacca: con tale provvedimento, infatti, vennero considerate valide per il territorio della Repubblica ceca le leggi costituzionali, le leggi e gli altri atti giuridici della Repubblica federale in vigore al giorno del suo scioglimento, a condizione, tuttavia, che non venissero applicate quelle disposizioni che presupponevano esclusivamente l'esistenza della Federazione e l'appartenenza ad essa della Repubblica ceca. Sempre mediante tale legge, poi, furono trasferite le competenze di una serie di organi della Federazione agli organi corrispondenti della Repubblica ceca<sup>745</sup>.

Oltre a disciplinare i rapporti con il suo recente passato (la Cecoslovacchia), la Repubblica ceca, non appena divenuta uno Stato indipendente, si è preoccupata altresì di "regolare i conti" con il precedente regime autoritario. Come verrà analizzato nei prossimi paragrafi, furono infatti approvate una serie di leggi (legge sull'illegittimità del regime comunista, leggi di "lustrazione"<sup>746</sup> e leggi sulla restituzione della proprietà) volte a segnare una totale rottura con il regime comunista.

Da un punto di vista politico, si registra il fatto che le prime legislature furono piuttosto travagliate. Nel corso della prima di queste (1992-1996), il Partito civico-democratico guidato da Klaus, uscito vincitore dalle elezioni, fu costretto a formare Governi di coalizione, anche se riuscì ugualmente a "rafforzare la propria identità politica e... fissare in modo chiaro i punti fondamentali del programma elettorale: smantellamento dell'apparato statale, controllo dell'inflazione e della spesa pubblica, stabilizzazione della moneta, attuazione delle indicazioni del Fmi, integrazione economica e politica europea"<sup>747</sup>.

Nelle elezioni del 1996, l'Ods si confermò la prima forza politica del Paese, seguita, tuttavia, a breve distanza dal Čssd, partito che, a differenza delle altre forze di sinistra, non derivava dal Partito comunista, ma si rifaceva allo storico Partito socialdemocratico. Va registrato il calo di consenso dei comunisti, i quali dal 14% ottenuto nelle elezioni del 1992, passarono a poco più del 10%, superati ampiamente dal Čssd (che aveva ottenuto il 26,4% dei voti). La crisi fiscale ed economica, unita ad una serie di scandali finanziari che avevano interessato l'Ods, costrinsero tuttavia Klaus alle dimissioni. Nel marzo 1998 vennero quindi indette elezioni anticipate. Nelle consultazioni di quell'anno si registrò la prima alternanza al potere, dal momento che il Čssd vinse le elezioni a scapito dell'Ods. Si trattò di un fatto di notevole importanza per il processo di transizione: infatti, come è già stato osservato in riferimento alla elezioni spagnole del 1982<sup>748</sup>, l'alternanza risulta spesso (anche se non sempre<sup>749</sup>) indice della "maturità" della democrazia.

La situazione politica, tuttavia, era tale per cui i socialdemocratici, per poter governare, erano tenuti a stringere alleanze con altre forze politiche. Essi riuscirono a siglare un patto con l'Ods, il quale offrì loro un sostegno "esterno" in Parlamento. Non si trattò, comunque, di una grande coalizione dal momento che l'Ods non ottenne alcun posto di Governo. Va segnalato come l'accordo tra tali partiti avrebbe potuto mettere a repentaglio il processo di transizione democratica in corso nel Paese: essi, infatti, apportarono una serie di modifiche alla legge elettorale esistente in modo tale da sostituire, di fatto, il sistema proporzionale (previsto dalla Costituzione per l'elezione della Camera dei Deputati) in uno di tipo maggioritario (previsto, invece, solo per il Senato). Ciò sarebbe andato a tutto vantaggio dei due partiti, i quali avrebbero potuto ottenere così maggioranze

---

<sup>745</sup> Le competenze dell'Assemblea federale vennero trasferite al Consiglio nazionale ceco, quelle del Governo federale al Governo della Repubblica ceca, quelle della Corte Suprema federale alla Corte Suprema della Repubblica ceca, e così via.

<sup>746</sup> Il termine "lustrazione" deriva dal latino "*lustratio*" e significa "purificare".

<sup>747</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 90.

<sup>748</sup> Si veda il Cap. 3 par. 1.4.

<sup>749</sup> Si rimanda nuovamente al Cap. 3 par. 1.4.

estremamente ampie, mentre i partiti minori avrebbero rischiato con buone probabilità di rimanere fuori dal Parlamento. La Corte costituzionale, tuttavia, dichiarò l'incostituzionalità di gran parte della legge<sup>750</sup>.

## 2.2. L'ingresso nel Consiglio d'Europa e nell'Unione Europea

Pochissimo tempo dopo l'inizio della Rivoluzione di Velluto la Cecoslovacchia presentò domanda di ammissione al Consiglio d'Europa, e lo stesso fecero numerosi altri ordinamenti del centro e dell'est Europa in seguito al crollo del regime comunista. Il Consiglio, in ragione del numero particolarmente alto di richieste di adesione presentate nello stesso periodo, si trovò dinanzi ad una situazione inedita: sino a quel momento, infatti, le domande di ammissione erano pervenute in maniera graduale nel corso degli anni. Al fine di dare una prima risposta agli Stati candidati, il Consiglio decise di attribuire loro, in primo luogo, lo *status* di ospite speciale del Consiglio d'Europa, *status* che la Cecoslovacchia ottenne nel 1990.

Per poter essere ammessi a tale organizzazione sovranazionale, gli Stati dovevano soddisfare una serie di condizioni, fra le quali essere uno "Stato europeo" ed una "democrazia parlamentare pluralista"<sup>751</sup>. A partire dal 1990, poi, per prassi l'ingresso nel Consiglio divenne subordinato alla sottoscrizione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>752</sup>, e con la Dichiarazione di Vienna del 9 ottobre 1993 venne richiesto altresì il rispetto dei diritti delle minoranze nazionali. E' interessante notare come fra gli elementi che deponavano maggiormente a favore dello Stato relativamente alla sua "capacità" di garantire i principi su cui si basava il Consiglio (vale a dire quelli della preminenza del diritto e del rispetto dei diritti fondamentali), vi era l'istituzione di un sistema di giustizia costituzionale<sup>753</sup>.

La Repubblica federale ceca e slovacca divenne membro del Consiglio già il 21 febbraio 1991 (dunque a poco più di un anno dall'inizio della Rivoluzione di Velluto), e a sua volta la Repubblica ceca aderì a tale organizzazione il 30 giugno 1993. Ai fini dell'ingresso della Cecoslovacchia in tale organizzazione, di estrema importanza fu l'adozione della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali, la quale produsse una sorta di "effetto *ticket*"<sup>754</sup> per l'ammissione del Paese nel Consiglio. Tale ingresso segnò un passo importante nel processo di transizione soprattutto da un punto di vista "formale", dal momento che si trattò di una prima forma di riconoscimento esterno dei progressi compiuti dal Paese verso la creazione di un ordinamento a tutti gli effetti democratico. Da un punto di vista "sostanziale", tuttavia, va sottolineato come nel caso dell'apertura ai Paesi dell'Europa centrale ed orientale, il Consiglio abbia applicato le condizioni necessarie per l'adesione con una "minore severità rispetto agli allargamenti anteriori": tale apertura "massiccia e affrettata" ha prodotto "una sorta di applicazione *ex post* del criterio di condizionalità, nel senso che l'adesione dello Stato al Consiglio d'Europa più che la conseguenza della sussistenza

---

<sup>750</sup> Si rimanda al par. 4.2.4.

<sup>751</sup> Con quest'ultima espressione si faceva riferimento, in particolare, all'esistenza di elezioni libere e al rispetto dell'autonomia locale.

<sup>752</sup> L'obbligo di sottoscrizione della CEDU venne ufficializzato con la Dichiarazione di Vienna del 9 ottobre 1993. Precedentemente la promessa da parte dello Stato di sottoscrivere la CEDU era considerata esclusivamente un elemento di apprezzamento di tipo politico (si rinvia al Cap. 3 par. 1.4.).

<sup>753</sup> Si veda in particolare il Rapporto Ekman del 29 gennaio 1991 sulla domanda di adesione della Repubblica federale ceca e slovacca (doc. n. 6380) (si trova nella pubblicazione del Consiglio d'Europa dal titolo *Documents. Working papers*, vol. VII, Strasbourg, 1991). Sulle condizioni di ammissione degli ordinamenti del centro e dell'est Europa al Consiglio d'Europa cfr. FLAUSS J.F., *Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe*, in *European Journal of International Law*, vol. 5, n. 1, 1994, pag. 401 ss.

<sup>754</sup> KLIMA K., *Constitutional Law of the Czech Republic*, cit., pag. 116.

degli standard di tutela prefissati dalla Convenzione, ha costituito per molti versi il punto di partenza per il conseguimento di quegli standard<sup>755</sup>.

Relativamente a tale organizzazione sovranazionale, non va dimenticato, poi, il ruolo fondamentale svolto dalla “Commissione di Venezia”, organo consultivo, per l’appunto, del Consiglio d’Europa. Come già ricordato<sup>756</sup>, la Commissione ha fornito agli ordinamenti del centro e dell’est Europa assistenza in materia di elezioni e referendum, nonché nell’area della giustizia costituzionale, vale a dire in due campi estremamente delicati soprattutto per dei Paesi che stavano affrontando un processo di transizione democratica.

Un’altra tappa molto importante per l’avvicinamento della Repubblica ceca all’Europa si ebbe il 17 gennaio 1996, quando venne presentata richiesta di adesione all’Unione Europea. Il primo parere della Commissione europea relativamente alla domanda di ingresso risale al 15 luglio 1997. La lettura di tale documento risulta essere di particolare interesse dal momento che viene fotografato lo stato di avanzamento del processo di democratizzazione in corso nel Paese<sup>757</sup>. Va ricordato come la candidatura sia stata valutata sulla base dei criteri elaborati dal Consiglio di Copenaghen del 1993<sup>758</sup>, nonché sulla base delle indicazioni offerte dal Consiglio europeo di Madrid del 1995<sup>759</sup>. Si è trattato di requisiti più stringenti rispetto a quelli richiesti dal Consiglio europeo di Copenaghen del 1978, relativo alle domande presentate da Spagna, Grecia e Portogallo: in particolare, si può osservare come sia stato attribuito uno specifico rilievo al rispetto del principio di legalità ed alla protezione delle minoranze<sup>760</sup>.

Il giudizio espresso dalla Commissione europea sulla Repubblica ceca è nel complesso positivo<sup>761</sup>. Nelle conclusioni del parere si legge che il Paese presenta “le caratteristiche di una democrazia dotata di una stabilità istituzionale tale da garantire lo stato di diritto, la tutela dei diritti umani e il rispetto e la tutela delle minoranze”. Sono ritenute necessarie, tuttavia, “ulteriori iniziative volte a migliorare il funzionamento del sistema giudiziario e a rafforzare e rendere più efficace la lotta contro la corruzione”. Nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, poi, si ritiene che permangano “alcune carenze nel settore della legislazione sulla stampa”, e che “gli zingari (Rom) [soffrano] tuttora di talune forme di discriminazione, in particolare a causa dell’applicazione della legge sulla cittadinanza”<sup>762</sup>. Il giudizio della Commissione è positivo anche per quel che

---

<sup>755</sup> POLLICINO O., *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *il Diritto dell’Unione Europea*, n. 1, 2009, pagg. 5-6.

<sup>756</sup> Si rimanda al Cap. 1 par. 6.5.

<sup>757</sup> Il testo è disponibile on-line all’indirizzo [http://ec.europa.eu/enlargement/archives/enlargement\\_process/past\\_enlargements/eu10/czech\\_republic\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/archives/enlargement_process/past_enlargements/eu10/czech_republic_en.htm)

<sup>758</sup> “I paesi associati dell’Europa centrale e orientale che lo desiderano diventeranno membri dell’Unione. L’adesione avverrà non appena il Paese sarà in grado di assumere gli obblighi che essa comporta soddisfacendo le seguenti condizioni economiche e politiche: il Paese candidato deve aver raggiunto una stabilità istituzionale tale da garantire il rispetto della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti dell’uomo nonché il rispetto e la tutela delle minoranze; il Paese deve avere un’economia di mercato funzionante ed essere in grado di far fronte alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato all’interno dell’Unione; il Paese deve poter adempiere gli obblighi inerenti all’adesione, compresi gli obiettivi dell’unione politica, economica e monetaria”.

<sup>759</sup> Il Consiglio ha sottolineato la necessità di creare, nell’ambito della strategia di preadesione, “i presupposti per un’integrazione graduale e armoniosa dei Paesi candidati, segnatamente attraverso: lo sviluppo dell’economia di mercato; l’adeguamento delle loro strutture amministrative; la creazione di un contesto economico e monetario stabile”.

<sup>760</sup> Sulle condizioni di adesione all’Unione Europea cfr. CAPPUCCIO L., *Le condizioni costituzionali di adesione all’Unione Europea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>761</sup> Si sottolinea altresì il fatto che, a differenza di quanto avvenuto nei casi di Spagna, Portogallo e Grecia (dove non veniva nemmeno esaminato il contenuto delle Costituzioni: si veda il Cap. 3 par. 1.4.), ora la Commissione si preoccupa di verificare concretamente se quanto previsto a livello costituzionale è effettivamente attuato nella pratica.

<sup>762</sup> Su quest’ultimo aspetto cfr. SIKLOVA J., MIKLUSAKOVA M., *Law as an Instrument of Discrimination: Denying*

riguarda l'aspetto economico: si ritiene, infatti, che la Repubblica ceca possa essere considerata "un'economia di mercato efficiente" e che "i meccanismi del mercato [siano] in gran parte funzionanti". Inoltre, secondo la Commissione, "sono stati conseguiti risultati di grande rilievo in materia di stabilizzazione economica", e "il tasso di disoccupazione è uno dei più bassi d'Europa. Come dimostra la recente comparsa di squilibri macrofinanziari, tuttavia, occorreranno ulteriori iniziative nei prossimi anni, in particolare rivolte al potenziamento della gestione delle imprese e del sistema finanziario. La Repubblica ceca dovrebbe essere in grado di far fronte, a medio termine, alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato all'interno dell'Unione, purché proseguano i cambiamenti nel settore delle imprese".

In conclusione, la Commissione ha ritenuto che il Paese, in linea generale, soddisfacesse i criteri di adesione richiesti, e per tale ragione ha raccomandato di aprire i negoziati per l'ingresso nell'Unione Europea. Il processo di democratizzazione nella Repubblica ceca, dunque, risultava essere nel 1997 già ad un ottimo punto: tale situazione è particolarmente significativa soprattutto se la si raffronta a quella della Repubblica slovacca, divenuta – al pari della Repubblica ceca – uno Stato indipendente il 1° gennaio 1993. Nel parere del 1997, infatti, la Commissione europea esprimeva un parere negativo in merito all'apertura dei negoziati per l'accesso all'Unione, ritenendo non soddisfatti i criteri stabiliti dal Consiglio europeo di Copenaghen del 1993<sup>763</sup>. La Repubblica slovacca, tuttavia, alla fine riuscì a colmare il divario, dal momento che – come noto – il 1° maggio del 2004 entrambe le Repubbliche, assieme ad altri otto Stati, sono entrate a far parte dell'Unione Europea<sup>764</sup>.

La partecipazione ad organizzazioni sovranazionali quali il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea risulta influenzare in maniera determinante i processi di transizione democratica<sup>765</sup>. Innanzitutto va sottolineato come la volontà di entrare a far parte di tali organizzazioni costituisca uno stimolo di estrema importanza al fine di rendere più rapido il processo di democratizzazione. Il ruolo del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea è fondamentale poi anche per un'altra ragione: l'indicazione, infatti, degli obiettivi da raggiungere per l'ingresso in tali organizzazioni, le condizioni sempre più stringenti da soddisfare, i controlli periodici volti a verificare lo stato di avanzamento delle riforme e il supporto tecnico fornito da organi quali la Commissione di Venezia, hanno infatti indirettamente "guidato" i processi di transizione democratica. In particolare nel caso degli ordinamenti del centro e dell'est Europa, la strada da percorrere per il raggiungimento del traguardo finale (rappresentato dall'ammissione del Paese nell'organizzazione, con la conseguenza di essere considerato una democrazia "matura") è stata indicata in maniera così precisa, attraverso istruzioni così dettagliate, che non pare azzardato parlare di una sorta di "proceduralizzazione" delle transizioni "sostanziali".

---

*Citizenship to the Czech Roma*, in *East European Constitutional Review*, vol. 7, n. 2, 1998, pag. 58 ss.

<sup>763</sup> Secondo la Commissione, il Governo "non rispetta[va] sufficientemente le competenze attribuite dalla Costituzione agli altri poteri e ignora[va] troppo spesso i diritti dell'opposizione". A ciò si aggiungeva una scarsa indipendenza del potere giudiziario, nonché una protezione non sufficientemente garantita dei diritti delle minoranze. Il testo del parere della Commissione è disponibile *on-line* all'indirizzo [http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/dwn/opinions/slovakia/sk-op\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/dwn/opinions/slovakia/sk-op_it.pdf)

<sup>764</sup> Ai sensi della l. cost. 515/2002, l'adesione della Repubblica ceca all'Unione Europea doveva essere approvata mediante referendum. La consultazione popolare si è svolta il 13 e il 14 giugno 2003, e il 77% dei cittadini cechi si è espresso favorevolmente all'ingresso. Sull'ingresso della Repubblica ceca nell'Unione Europea e, più in generale, sui rapporti tra tale Paese e l'Europa si veda più diffusamente DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 151 ss.; HANLEY S., *The Political Context of EU Accession in the Czech Republic*, the Royal Institute for International Affairs, 2002, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Europe/czech.pdf>

<sup>765</sup> Si veda anche il Cap. 5 par. 2.6.

### 3. La Corte costituzionale della Repubblica ceca: un organo “voluto ma contestato”

Una volta esaminato il processo di transizione democratica, pare opportuno focalizzare l'attenzione sulla nascita della Corte costituzionale della Repubblica ceca. Dopo aver ricordato le precedenti esperienze di giustizia costituzionale nella regione, si procederà ad analizzare le ragioni della creazione di tale organo, nonché il percorso che ha portato alla sua entrata in funzione. Verranno indicati, infine, i motivi per i quali diversi organi costituzionali hanno nutrito nei confronti della Corte, soprattutto all'inizio della sua attività, una forte ostilità.

#### 3.1. Le precedenti esperienze di giustizia costituzionale nella regione

Precedentemente all'istituzione della Corte costituzionale della Repubblica ceca nel 1993, si registrano altre esperienze di giustizia costituzionale nella regione. Innanzitutto va ricordata la Corte costituzionale prevista dalla Costituzione cecoslovacca del 29 febbraio 1920, la quale costituì il primo esempio di modello kelseniano di giustizia costituzionale: la Costituzione austriaca, infatti, nella quale era previsto un organo analogo, entrò in vigore solo qualche mese più tardi, precisamente il 1° ottobre 1920. Al pari di quanto accaduto al *Tribunal de garantías constitucionales* spagnolo previsto dalla Costituzione del 1931<sup>766</sup>, la vita della Corte fu segnata da numerose difficoltà. I parlamentari cecoslovacchi, infatti, erano contrari ad un organo in grado di annullare quanto da loro stessi deciso, poiché ai loro occhi ciò costituiva una seria minaccia per il principio della supremazia parlamentare. A ciò si aggiunge il fatto che vi era una certa tensione tra i giudici ordinari e la Corte costituzionale: i primi, infatti, vedevano nella seconda una loro possibile “rivale”<sup>767</sup>. Alla luce di tale situazione non vi è dunque da stupirsi più di tanto se nel 1931, alla scadenza del primo mandato dei giudici costituzionali, non si procedette alla loro sostituzione: per ben sette anni, dunque, (fino al 10 maggio 1938) tale organo “venne di fatto soppresso o, quantomeno, rimase sospeso”<sup>768</sup>. Va detto, tuttavia, che il Paese si trovava nei suoi ultimi mesi di vita prima dell'invasione nazista, e per tale motivo essa non ebbe il tempo di decidere su alcuna questione importante e non poté fare altro che assistere alla fine del regime costituzionale presente nel Paese. La Corte cessò di esistere nel 1941.

La seconda esperienza di giustizia costituzionale nella regione si ricollega alla l. cost. 143/1968, con cui la Cecoslovacchia divenne, anche se solo formalmente<sup>769</sup>, uno Stato federale, con la Repubblica ceca e la Repubblica slovacca quali suoi Stati membri. Oltre alla Corte costituzionale federale, venne prevista altresì una Corte costituzionale per ciascuna delle due Repubbliche. Alla Corte federale erano attribuite funzioni importanti, fra cui, in particolare, quella di verifica della legittimità costituzionale delle leggi e di risoluzione dei contrasti tra gli organi federali e quelli nazionali (nonché i contrasti tra gli organi cechi e quelli slovacchi). Tali funzioni della Corte coesistevano con il principio (già sancito nella Costituzione comunista del 1948) per cui spettava al Parlamento il potere di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi e degli altri atti normativi emanati dal potere esecutivo: in sostanza, dunque, il controllo di costituzionalità era ripartito tra l'organo legislativo ed uno giurisdizionale, la Corte costituzionale, per l'appunto. Di fatto, tuttavia, questo

---

<sup>766</sup> Si rimanda al Cap. 3 par. 2.1.

<sup>767</sup> Su tali questioni cfr. KÜHN Z., KYSELA J., *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 2, n. 2, 2006, pag. 189. Un'ostilità analoga si è poi ripresentata in seguito all'entrata in funzione della Corte costituzionale ceca (si rinvia al par. 3.3.).

<sup>768</sup> CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1985, pag. 290. Anche la Corte costituzionale ceca fu costretta ad interrompere la propria attività per ragioni legate alla nomina dei giudici costituzionali (si rinvia al par. 3.2.).

<sup>769</sup> Si rimanda a quanto già ricordato al par. 1.1.

dualismo non ebbe mai inizio, dal momento che né la Corte federale né quelle delle due Repubbliche vennero mai istituite<sup>770</sup>. La mancanza di volontà di dare vita ad un organo di tale tipo è testimoniata dal giudizio espresso dalla dottrina cecoslovacca del tempo, secondo cui la Corte costituzionale non era altro che una “cieca glorificazione di una istituzione borghese immaginata senza una preparazione marxista scientifica”<sup>771</sup>.

La terza esperienza di giustizia costituzionale è data dalla Corte costituzionale della Repubblica federale ceca e slovacca, creata con la l. cost. 91/1991. A tale organo erano attribuite importanti funzioni: esso, infatti, era tenuto a verificare la legittimità costituzionale delle leggi e di altri atti normativi, ad interpretare il significato delle leggi costituzionali del Parlamento federale, a verificare la costituzionalità dello scioglimento di un partito politico, nonché a risolvere i conflitti di attribuzione tra gli organi della Federazione, tra gli organi della Federazione e quelli delle singole Repubbliche e tra gli organi delle Repubbliche<sup>772</sup>. Come già ricordato<sup>773</sup>, fu soprattutto l’esistenza di una questione federale all’interno del Paese a determinare la nascita di tale Corte costituzionale: non pare essere, quindi, un caso che la prima decisione di tale organo riguardasse proprio la separazione delle competenze tra il Ministero federale delle telecomunicazioni e il suo corrispondente slovacco. La Corte entrò in funzione nel febbraio 1992, ma cessò di esistere dopo soli undici mesi, vale a dire il 31 dicembre dello stesso anno, quando si sciolse la Federazione cecoslovacca<sup>774</sup>. In tale lasso di tempo la Corte emanò sedici sentenze, fra le quali va ricordata in particolare quella sulla legittimità costituzionale della c.d. “grande” legge di lustrazione. Sebbene ebbe una vita estremamente breve, il ruolo svolto da tale organo non deve essere sottovalutato: al riguardo basti pensare al fatto che la Corte costituzionale della Repubblica ceca ha fatto regolarmente riferimento, soprattutto all’inizio della sua attività, alla giurisprudenza di tale Corte, soprattutto per quanto concerne la nozione di eguaglianza e in materia di “giustizia di transizione”<sup>775</sup>.

### 3.2. L’istituzione della Corte costituzionale della Repubblica ceca

In seguito al crollo del regime comunista, negli ordinamenti del centro e dell’est Europa la Corte costituzionale costituiva “un elemento istituzionale talmente scontato... che la necessità di istituirlo non venne mai dibattuta seriamente né tantomeno messa in discussione”<sup>776</sup>: tale organo rappresentava, infatti, “il marchio di fabbrica, la prova del carattere democratico del Paese”<sup>777</sup>.

---

<sup>770</sup> PŘIBÁŇ J., *Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System*, in SADURSKI W. (a cura di), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in A Comparative Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pag. 375.

<sup>771</sup> Questo il giudizio dei Professori Blahoz e Matousek riportato da MASSIAS J.P., *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l’Est*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Clermont-Ferrand, 1998, pag. 300.

<sup>772</sup> Sulle funzioni della Corte costituzionale cfr. KRESÁK P., *Le riforme costituzionali nella Repubblica federale cecoslovacca*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1992, pagg. 448-449.

<sup>773</sup> Si rimanda ai parr. 1.1. e 1.2.

<sup>774</sup> Per approfondimenti sulle precedenti esperienze di giustizia costituzionale nella regione si veda MAZZA M., *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova, 1999, pag. 103 ss.

<sup>775</sup> Cfr. PROCHÁZKA R., *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, Central European University Press, Budapest-New York, 2002, pag. 62. Si rinvia altresì al par. 4.1.3.

<sup>776</sup> LACH K., SADURSKI W., *Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pag. 217.

<sup>777</sup> SÓLYOM L., *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, in *International Sociology*, n. 18, 2003, pag. 134.

Queste argomentazioni risultano essere valide anche per quanto riguarda la Repubblica ceca<sup>778</sup>. In tale ordinamento, infatti, erano numerose le ragioni che rendevano “inevitabile” la creazione di un organo di giustizia costituzionale. Si consideri, innanzitutto, che l’introduzione di una Corte costituzionale rappresentava “una rottura secca con il passato, nella misura in cui recepi[va] e porta[va] a compimento l’insegnamento delle democrazie occidentali in materia di separazione dei poteri e garanzie costituzionali”<sup>779</sup>. Non pare essere un caso, quindi, che il costituente ceco si sia ispirato, in particolare, ad una delle più importanti Corti costituzionali delle democrazie occidentali, vale a dire la Corte di Karlsruhe. Non deve essere sottovalutato, poi, il ruolo (ricordato in precedenza) svolto dal Consiglio d’Europa e dall’Unione Europea: la prospettiva di entrare a far parte di tali organizzazioni, infatti, pare abbia costituito un’ulteriore stimolo nell’istituzione di una Corte costituzionale<sup>780</sup>. E’ stato inoltre già evidenziato come fra gli elementi che deponevano maggiormente a favore dello Stato relativamente alla sua “capacità” di garantire i principi su cui si basava il Consiglio d’Europa vi era l’istituzione di un sistema di giustizia costituzionale<sup>781</sup>.

I motivi, tuttavia, che più di tutti sembrano essere stati determinanti nella creazione della Corte costituzionale riguardano, da un lato, la forza delle precedenti esperienze di giustizia costituzionale nella regione e, dall’altro, la sfiducia nel potere giudiziario. Per quanto riguarda la prima ragione, non pare esserci molto da aggiungere rispetto a quanto già ricordato in precedenza: è, infatti, evidente che la decisione del costituente ceco di non istituire una Corte costituzionale avrebbe rappresentato un’interruzione (difficilmente spiegabile) di una tradizione di giustizia costituzionale di lungo corso.

Il secondo motivo riguarda – in modo analogo a quanto avvenuto in Spagna<sup>782</sup> – la sfiducia nei confronti del potere giudiziario, e in modo particolare delle supreme magistrature. Ciò risulta essere facilmente spiegabile se si considera che in Cecoslovacchia i giudici erano sotto il controllo (praticamente assoluto) del Partito comunista: non esisteva, infatti, un organo di autogoverno della magistratura, i giudici della Corte Suprema erano nominati dall’Assemblea nazionale (e dopo il 1968 dall’Assemblea federale), e le loro promozioni dipendevano sempre dalla volontà del Partito. Durante il regime le supreme magistrature erano considerate “baluardi” del regime stesso, ed erano chiamate a supervisionare, controllare e “mettere in riga” i giudici di rango inferiore<sup>783</sup>. Questi ultimi, inoltre, erano tenuti a seguire le linee guida, emanate sempre dalle supreme magistrature, che contenevano l’interpretazione che doveva essere data in importanti questioni giuridiche<sup>784</sup>. Parte della dottrina ha, poi, sottolineato come un altro problema che affonda le proprie origini nel passato, ma che continua ad essere presente anche oggi, riguarda la scarsa autonomia, anche da un punto di

---

<sup>778</sup> Come sottolinea PROCHÁZKA R., *Mission Accomplished: on Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, cit., pag. 68, “a causa della sua incontestabilità, il controllo di costituzionalità non era nella lista delle principali preoccupazioni dei costituenti”.

<sup>779</sup> BARTOLE S., *Riforme costituzionali nell’Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, cit., pag. 193. Si precisa che l’Autore si riferisce agli ordinamenti dell’Europa centrale e orientale in generale.

<sup>780</sup> Secondo LACH K., SADURSKI W., *Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity*, cit., pag. 218, il collegamento tra la creazione della Corte e la prospettiva dell’entrata nell’Unione Europea costituisce un’ipotesi “errata” (sulla questione si rimanda al Cap. 1 par. 6.5.).

<sup>781</sup> Si veda il par. 2.2.

<sup>782</sup> Si rimanda al Cap. 3 par. 2.2.

<sup>783</sup> Tali espressioni vengono utilizzate da BOBEK M., *Quantity or Quality? Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe*, EUI Working Paper LAW n. 2007/36, pag. 10, disponibile *on-line* all’indirizzo <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7663/LAW-2007-36.pdf?sequence=1>

<sup>784</sup> Va sottolineato, tra l’altro, come tale pratica “para-legislativa” sia continuata anche dopo il 1989: sia la Corte Suprema, sia la Corte Suprema Amministrativa, infatti, “sono tuttora legittimate ad adottare delle interpretazioni nell’interesse dell’unità della pratica decisionale delle corti inferiori” (BOBEK M., *Quantity or Quality? Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe*, cit., pag. 11).

vista mentale, della magistratura<sup>785</sup>.

Proprio in ragione dei motivi appena menzionati, il processo che ha portato all'entrata in funzione della Corte costituzionale è stato particolarmente rapido, soprattutto se lo si raffronta con le esperienze di alcuni ordinamenti (Italia, Germania, ma in parte anche Spagna) già ricordate precedentemente<sup>786</sup>. La legge sulla Corte costituzionale (182/1993) fu, infatti adottata il 16 giugno 1993, e la nomina di tredici giudici (su quindici totali) venne effettuata all'inizio di luglio dello stesso anno<sup>787</sup>: la Corte, dunque, a poco più di sei mesi dall'entrata in vigore della Costituzione, era già in grado di dare inizio alla propria attività.

Per quel che concerne il processo di nomina, va ricordato come, ai sensi dell'art. 84 Cost., i quindici giudici costituzionali sono nominati dal Presidente della Repubblica e confermati dal Senato, e restano in carica per dieci anni<sup>788</sup>. Nonostante le profonde differenze che sussistono tra i ruoli del Capo dello Stato e del Senato ceco e quelli delle rispettive controparti statunitensi<sup>789</sup>, è di tutta evidenza, dunque, che il costituente ceco abbia adottato il modello americano.

Durante la Presidenza di Havel il sistema di nomina "funzionò senza intoppi"<sup>790</sup>. Il Capo dello Stato ceco si preoccupò di acquisire il maggior numero di informazioni possibile sui candidati, chiedendo consiglio ad alcune istituzioni (scuole di legge, ordine degli avvocati, alte Corti), e nominando un gruppo di esperti al fine di aiutarlo nell'incarico. Tra i giudici nominati da Havel, diversi si erano formati all'estero, e/o erano stati oppositori del regime comunista nel periodo 1948-1989 (fra cui anche il suo primo Presidente (Zdeněk Kessler))<sup>791</sup>: come verrà evidenziato anche più avanti, con ogni probabilità ciò ha avuto una notevole influenza sulla giurisprudenza della Corte<sup>792</sup>.

Il fatto che il processo di nomina avvenne senza particolari problemi risulta essere significativo soprattutto alla luce del fatto che le nomine effettuate nel 2003 dal nuovo Presidente Klaus risultarono, invece, fortemente contestate. Klaus, ex Primo Ministro e *leader* del Partito civico-democratico, era stato uno dei maggiori critici della Corte costituzionale, accusandola, in particolare, di eccessivo "attivismo". Le nuove nomine dei giudici costituzionali rappresentarono, dunque, per il nuovo Presidente una fondamentale occasione per tentare di creare un organo che fosse più simile a quella che era la sua idea di Corte costituzionale. Egli, tuttavia, incontrò la dura opposizione del Senato, il quale era formato nella sua maggioranza da membri appartenenti al partito rivale, vale a dire il Čssd. Più specificatamente, i motivi della discordia riguardavano innanzitutto la possibilità per gli ex politici di divenire membri della Corte, nonché l'opportunità di nominare per la seconda volta coloro che erano già stati eletti come giudici costituzionali. La prima

---

<sup>785</sup> Secondo BOBEK M., *The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries*, in *European Public Law*, vol. 14, n. 1, 2008, infatti, "i giudici ceki si considerano meri interpreti della volontà del legislatore. Il pensiero critico e la morale critica non esistono o sono molto rari. Questo approccio servile risulta essere evidente non solo nei confronti degli altri poteri dello Stato, ma anche nei confronti delle Corti europee...". Secondo l'Autore, insomma, nella Repubblica ceca vi è una "indipendenza (strutturale) del potere giudiziario, ma non giudici (mentalmente) indipendenti".

<sup>786</sup> Si rimanda al Cap. 3 par. 2.3.

<sup>787</sup> Per quel che riguarda i restanti due giudici, uno venne nominato nell'autunno del 1993, l'altro nella primavera del 1994.

<sup>788</sup> Per quel che concerne le prime nomine, va detto che, poiché il Senato non era stato ancora istituito, la funzione di conferma delle scelte del Presidente venne effettuata dalla Camera bassa.

<sup>789</sup> Il Presidente ceco svolge, infatti, un ruolo perlopiù di tipo formale, mentre è noto che il Presidente americano costituisce il vertice del potere esecutivo; il Senato ceco, poi, non è espressione degli enti decentrati, a differenza di quello statunitense dove, invece, sono rappresentati i 50 Stati membri.

<sup>790</sup> KÜHN Z., KYSELA J., *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, cit., pag. 191.

<sup>791</sup> Sulla formazione e sul "passato" dei giudici costituzionali si veda il sito della Corte ceca: <http://www.usoud.cz>

<sup>792</sup> Si veda il par. 5, e il Cap. 5 par. 2.3.

occasione in cui il Senato procedette a rigettare la nomina presidenziale fu il 16 luglio 2003, ma l'apice del contrasto si raggiunse il 6 agosto dello stesso anno, quando la Camera alta respinse ben tre nomine su quattro. La situazione risultava essere particolarmente grave, dal momento che nel corso dell'estate del 2003 la Corte scese al di sotto dei dodici membri, e dunque era priva del numero legale necessario per poter decidere. Fu solamente nell'autunno del 2004 che essa riuscì nuovamente a raggiungere la soglia dei dodici giudici: per più di un anno, dunque, l'attività del giudice costituzionale ceco rimase "congelata". La "saga della nomina"<sup>793</sup> si concluse nel dicembre 2005, quando finalmente la Corte ritornò ad essere composta da tutti e quindici i suoi membri<sup>794</sup>.

### 3.3. L'ostilità verso la Corte costituzionale

Nonostante la sua istituzione non sia mai stata messa in discussione, la Corte costituzionale della Repubblica ceca non ebbe una vita facile, soprattutto nei primi dieci anni (circa) della sua attività. Tale organo, infatti, al pari di molte altre Corti costituzionali del Centro e dell'Est Europa create in seguito alla caduta del regime comunista, ha vissuto quella particolare situazione che è stata definita come il "paradosso dell'accettazione e del rigetto delle Corti costituzionali"<sup>795</sup>. Esso, infatti, da un lato, ha certamente goduto di supporto e popolarità tra la popolazione, ma, d'altro lato, sono stati presenti sin dal principio forti ed evidenti segni di ostilità nei suoi confronti, in particolar modo da parte della magistratura, del Parlamento, del Presidente (non Havel, ma il suo successore, Klaus) e di parte della dottrina.

Le ragioni del contrasto tra la Corte costituzionale e la magistratura riguardavano, in particolare, il potere della Corte di verificare la costituzionalità delle decisioni adottate dai giudici ordinari, comprese quelle delle supreme magistrature. L'art 87, lett. d) Cost. afferma, infatti, che la Corte è chiamata a decidere sui ricorsi costituzionali effettuati contro le decisioni definitive o altre azioni delle pubbliche autorità che violino diritti e libertà fondamentali costituzionalmente garantiti; l'art. 89 c. 2 precisa, poi, che le decisioni della Corte sono vincolanti per tutti gli organi e per tutti gli individui. I giudici ordinari, e segnatamente le supreme magistrature, ritenevano di dover essere esclusi dalla categoria delle "pubbliche autorità", e si rifiutavano di considerare le decisioni della Corte costituzionale come vincolanti anche nei loro confronti: a loro avviso, infatti, il sistema giuridico continentale non si basava sul principio del precedente vincolante<sup>796</sup>. Il problema della natura vincolante delle decisioni delle Corti costituzionali nei confronti dei giudici ordinari era un problema piuttosto comune negli ordinamenti dell'Europa centrale ed orientale, ma nella Repubblica ceca assunse dimensioni preoccupanti. L'apice della crisi venne raggiunto nel celebre caso dei Testimoni di Geova, i quali si rifiutavano di prestare sia il servizio militare sia il servizio civile sostitutivo: avvenne, infatti, che i giudici della Corte Suprema non accettarono la decisione della Corte costituzionale<sup>797</sup>, con la conseguenza di "porre il sistema di giustizia in una situazione di

---

<sup>793</sup> LACH K., SADURSKI W., *Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity*, cit., pag. 227.

<sup>794</sup> La vicenda è descritta nel dettaglio da KÜHN Z., KYSELA J., *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, cit., pag. 194 ss.

<sup>795</sup> HOLLÄNDER P., *The Role of the Czech Constitutional Court: Application of the Constitution in Case Decisions of Ordinary Courts*, in *Parker School Journal of East European Law*, vol. 4, 1997, pag. 445.

<sup>796</sup> KÜHN Z., *Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies*, in SAJÓ A., UITZ R. (a cura di), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, pag. 224.

<sup>797</sup> La sentenza della Corte costituzionale è la 38/1999 Pl US. La controversia può essere riassunta nei seguenti termini: la Corte costituzionale aveva stabilito che il continuo rifiuto di prestare il servizio militare o il servizio civile sostitutivo per ragioni religiose dovesse essere considerato un singolo crimine continuato nel tempo, e non una serie di differenti crimini. Per tale ragione essa aveva ritenuto che la continua serie di rifiuti integrasse un solo crimine, applicando così il

stallo”<sup>798</sup>. Lo scontro tra Corte Suprema e Corte costituzionale era tale che si iniziò ad utilizzare, anche sulla stampa, l’espressione “guerra delle Corti”. Le tensioni tra i due organi si sono certamente affievolite (anche se non del tutto risolte<sup>799</sup>) a partire dall’inizio del nuovo secolo, dal momento che i giudici ordinari hanno iniziato a riconoscere la natura vincolante delle decisioni della Corte costituzionale.

Anche parte della dottrina ha ritenuto, soprattutto in passato, che i giudizi della Corte costituzionale non fossero vincolanti. Přibáň ricorda, infatti, l’opinione di alcuni Autori, secondo la quale “il legislatore non è in alcun modo obbligato ad agire entro i vincoli stabiliti dalla giurisprudenza della Corte, anzi esso può ignorare le sue decisioni. Teoricamente sarebbe possibile per il legislatore adottare una legge il cui contenuto sia stato dichiarato incostituzionale dalla Corte in una delle sue precedenti sentenze. La sovranità parlamentare quale principio fondamentale del sistema costituzionale si può manifestare ignorando qualsiasi decisione giudiziaria e le relative conseguenze”<sup>800</sup>. Dalle parole si è poi passati ai fatti: tale posizione dottrinale, infatti, è stata seguita in alcune circostanze dal Parlamento, dal momento si sono registrati casi in cui il legislatore ha manifestamente ignorato precedenti decisioni emanate dalla Corte costituzionale. Uno dei casi più interessanti riguarda la legge 268/1998 sulla “Cancellazione del pagamento salariale aggiuntivo per la seconda metà del 1998 per i rappresentanti del potere statale e di determinati organi statali, giudici, avvocati dello Stato e membri del *Presidium* della Commissione di sicurezza”. Tale legge faceva parte di una serie di provvedimenti legislativi volti a far fronte alle difficoltà economiche in cui versava il Paese in quel periodo. La soppressione di una mensilità aggiuntiva era vista con favore dalla popolazione, dal momento che rappresentava uno strumento per contribuire a combattere la crisi. Nella sentenza 13/1999, tuttavia, la Corte costituzionale dichiarò l’incostituzionalità della legge nella parte in cui venivano compresi i giudici tra i soggetti ai quali era soppressa la mensilità aggiuntiva, sostenendo che tale misura violasse il principio – costituzionalmente garantito – dell’indipendenza della magistratura<sup>801</sup>. Nonostante tale decisione, poco tempo dopo l’Assemblea dei Deputati approvò una nuova legge di austerità, la quale riguardava i medesimi soggetti e aveva lo stesso contenuto di quella appena dichiarata incostituzionale nella parte che in cui venivano ricompresi i giudici. Il Senato rimandò il testo della legge all’Assemblea, affermando che essa avrebbe dovuto rispettare quanto stabilito dalla Corte costituzionale. La Camera bassa, tuttavia, decise di ignorare sia la raccomandazione del Senato sia la decisione del giudice costituzionale, approvando la legge nella sua versione originale<sup>802</sup>.

---

principio *ne bis in idem*; la Corte Suprema, al contrario, riteneva che ogni rifiuto costituisse un crimine a sé stante.

<sup>798</sup> PŘIBÁŇ J., *Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System*, cit., pag. 381.

<sup>799</sup> KÜHN Z., *Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies*, cit., pag. 225 ricorda, infatti, che anche dopo il 2000 si sono registrati episodi di “disubbidienza” da parte dei giudici ordinari nei confronti delle decisioni della Corte costituzionale.

<sup>800</sup> Questa la posizione di Vladimír Mikule e Vladimír Sládeček ricordata da PŘIBÁŇ J., *Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System*, cit., pag. 381.

<sup>801</sup> Al fine di sostenere la sua argomentazione la Corte costituzionale cita l’art. 3 della Costituzione degli Stati Uniti, il quale afferma che “i giudici della Corte Suprema e quelli delle Corti di grado inferiore conserveranno il loro ufficio finché non se ne renderanno indegni con la loro condotta, e ad epoche fisse riceveranno per i loro servizi un’indennità che non potrà essere diminuita finché essi rimarranno in carica”.

<sup>802</sup> Una descrizione dettagliata di tale vicenda si trova in PŘIBÁŇ J., *Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System*, cit., pagg. 387-388. Bartole ricorda che anche il Parlamento bulgaro “ha spinto la sua arroganza sino ad accusare la Corte di legislazione negativa e a riadottare leggi dichiarate incostituzionali con il solo risultato di vedersele cassare di nuovo” (BARTOLE S., *Le nuove democrazie dell’Europa centro-orientale alle loro prime prove*, in BARTOLE S., GRILLI DI CORTONA P. (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell’Europa centro-orientale. Élités, istituzioni partiti*, Giappichelli, Torino, 1998, pag. 202.

Come ricordato in precedenza<sup>803</sup>, poi, anche lo stesso Presidente Klaus si dimostrò fortemente critico nei confronti della Corte costituzionale accusandola di eccessivo “attivismo”.

#### **4. L’azione della Corte costituzionale: tra “giustizia di transizione” e tutela dei diritti fondamentali.**

Nell’analizzare il ruolo della Corte costituzionale all’interno del processo di transizione “sostanziale”, pare opportuno iniziare da ciò di cui tale organo *non* si è occupato, vale a dire la risoluzione dei grandi conflitti politici. In tal senso la Corte ceca si differenzia in maniera sensibile dalle altre Corti costituzionali del centro e dell’est Europa, le quali, invece, si sono spesso trovate al centro di forti contrasti tra i poteri dello Stato. Ciò è avvenuto principalmente in ragione del fatto che le nuove Costituzioni di tali Paesi si caratterizzano per l’ampio spazio accordato agli organi costituzionali per l’accesso alla giustizia costituzionale<sup>804</sup>. Va precisato come, in realtà, anche nella Repubblica ceca siano numerosi i soggetti che possono ricorrere direttamente al giudice costituzionale<sup>805</sup>. L’assenza, allora, di grandi conflitti di potere in tale Paese pare poter essere spiegata “alla luce del contesto in cui s’instaura la transizione, che fin dall’inizio non incoraggia un ruolo decisivo della Corte nella sfera politica, soprattutto nei conflitti tra i poteri dello Stato. Dal momento che la nuova *élite* democratica intraprende immediatamente, col consenso dell’opinione pubblica, riforme politiche ed economiche molto avanzate ed un subitaneo e veloce avvicinamento agli *standards* europei, in vista di una futura integrazione nell’UE, non c’è spazio per dispute di natura costituzionale circa l’effettiva estensione dei poteri del Parlamento e del Governo e le loro attitudini decisionali-legislative”<sup>806</sup>.

La Corte costituzionale ceca, invece, nei suoi primi undici anni circa di attività<sup>807</sup>, si è concentrata, in particolare, su due ambiti, entrambi fondamentali per riuscire a garantire una transizione effettiva ad una forma di stato democratica. Il primo ambito ha riguardato questioni relative alla proprietà, alla restituzione dei beni, alla “lustrazione” e, più in generale, al ripudio del passato, vale a dire le questioni appartenenti alla c.d. “giustizia di transizione”. Il compito del giudice costituzionale ceco è stato, dunque, quello di verificare la legittimità costituzionali di leggi

---

<sup>803</sup> Si rinvia al par. 3.2.

<sup>804</sup> Cfr. BARTOLE S., *Le nuove democrazie dell’Europa centro-orientale alle loro prime prove*, cit., pag. 200 ss.

<sup>805</sup> Secondo quanto previsto dall’art. 64 c. 1 della legge sulla Corte costituzionale, possono ricorrere alla Corte per chiedere l’annullamento di una legge o di singole disposizioni di essa il Presidente della Repubblica, un gruppo di almeno 41 deputati o 17 senatori, un Senato della Corte in relazione alla decisione di un ricorso di costituzionalità, una persona che abbia presentato ricorso diretto di costituzionalità, il Governo in caso di legge di attuazione di un trattato internazionale che violi un diritto fondamentale; l’art. 64 c. 2 stabilisce che possano ricorrere alla Corte per chiedere l’annullamento di atti sublegislativi il Governo, un gruppo di almeno 25 deputati o 10 senatori, un Senato della Corte in relazione alla decisione di un ricorso di costituzionalità, l’organo rappresentativo della regione, il Difensore pubblico dei diritti, il Ministro dell’Interno qualora si tratti dell’annullamento di ordinanze municipali, regionali o della città di Praga, e in determinate situazioni il direttore di un ufficio regionale o l’organo rappresentativo di una municipalità. Possono, poi, ricorrere anche le persone che hanno presentato un ricorso diretto di costituzionalità. Più in generale, sulle funzioni della Corte ceca cfr. KLIMA K., *La justice constitutionnelle en République tchèque*, in DE VERGOTTINI G. (a cura di), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell’Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 2000, pag. 273 ss.; MAZZA M., *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, cit., pag. 156 ss.

<sup>806</sup> DI GREGORIO A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, cit., pag. 268. Rispetto a tale situazione, si registrano, tuttavia, alcune eccezioni, come nel caso della modifica della legge elettorale al fine di sostituire, di fatto, il sistema proporzionale (previsto dalla Costituzione per l’elezione della Camera dei Deputati) in uno di tipo maggioritario (previsto, invece, solo per il Senato) (si rinvia al par. 4.2.4.).

<sup>807</sup> Si è scelto di analizzare la giurisprudenza dei suoi primi undici anni poiché il 2004 costituisce una data simbolica: in tale anno, infatti, la Repubblica ceca entra a far parte dell’Unione Europea, “certificando” così la sua maturità democratica. Come ricordato precedentemente, infatti (si veda il par. 2.2.), la Commissione europea si preoccupa di verificare *concretamente* se quanto previsto a livello costituzionale è effettivamente attuato nella pratica.

con cui venivano “regolati i conti” con il passato autoritario. Va detto come questa fase riguardante la “decomunizzazione” di norme, principi e valori<sup>808</sup> ha coinvolto gran parte delle Corti costituzionali degli orientamenti dell’Europa centrale ed orientale dopo la caduta del regime comunista; le decisioni, tuttavia, degli organi di giustizia costituzionale, anche se riguardanti casi per molti aspetti simili, sono state diverse da Paese a Paese.

Il secondo ambito di intervento ha riguardato la tutela delle libertà fondamentali. Al pari di tutti i Paesi che escono da un regime autoritario, infatti, non è possibile affermare di essere in presenza di una forma di stato democratica fintantoché i cittadini non riescono a godere in maniera effettiva dei loro diritti. Fra le numerose sentenze emanate dalla Corte in questo ambito, l’attenzione verrà focalizzata, in particolare, su quelle riguardanti la libertà di espressione e il diritto di voto.

Come si tenterà di mostrare nei prossimi paragrafi, la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>809</sup> in questi due ambiti si è fondata sostanzialmente su due punti, vale a dire il rigetto assoluto del precedente regime comunista e l’affermazione e la difesa dei nuovi principi e valori democratici sanciti nella Costituzione e nella Carta dei diritti e delle libertà fondamentali. Il giudice costituzionale ha garantito, insomma, una totale rottura tra i due regimi, svolgendo un ruolo di primo piano nel processo di transizione “sostanziale”.

#### **4.1. “*Dealing with the past*”: la Corte e la “giustizia di transizione”**

##### **4.1.1. La “giustizia di transizione”: alcuni profili problematici**

Al fine di comprendere l’importanza delle decisioni adottate dalla Corte costituzionale della Repubblica ceca nell’ambito della “giustizia di transizione”, pare opportuno effettuare alcune riflessioni su tale materia, evidenziandone gli aspetti più problematici e controversi. Secondo la definizione fornita dalle Nazioni Unite, con l’espressione “giustizia di transizione” si indica “l’insieme dei processi e dei meccanismi relativi al tentativo di una società di venire a patti con l’eredità di un passato caratterizzato da violenze su larga scala, allo scopo di verificare le responsabilità, garantire la giustizia e ottenere la riconciliazione. Essa consiste in processi e meccanismi giudiziari e non giudiziari, e comprende iniziative dell’accusa, iniziative volte a facilitare il rispetto del diritto alla verità, provvidenze per la riparazione dei danni, riforme istituzionali e consultazioni nazionali”<sup>810</sup>. Il fine ultimo della giustizia di transizione è, dunque, riassumibile nella nota espressione inglese “*to deal with the past*”: l’idea è infatti quella per cui non sia possibile iniziare un nuovo percorso di democrazia e libertà senza aver prima “fatto i conti” con il passato, e segnatamente con coloro che si sono macchiati (in modi diversi) di crimini efferati<sup>811</sup>. La giustizia di transizione è stata una costante nella storia dell’umanità: si pensi, infatti, all’Atene

---

<sup>808</sup> DI GREGORIO A., *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 53. Secondo l’Autrice la seconda fase della giustizia costituzionale negli ordinamenti dell’Europa centrale e orientale è, invece, quella volta alla “ricerca dell’Europa”. Tra l’altro, va detto che proprio la fase di accesso all’Unione Europea è stata definita come “la seconda transizione costituzionale” degli ordinamenti dell’Europa centrale e orientale (cfr. WALKER N., *Central Europe’s Second Constitutional Transition: The EU Accession Phase*, in CZARNOTA A., KRYGIER M., SADURSKI W. (a cura di), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press, Budapest-New York, 2005, pag. 341 ss.).

<sup>809</sup> Si precisa che verranno analizzate anche alcune pronunce della Corte costituzionale della Repubblica federale ceca e slovacca: la ragione di tale scelta è data dal fatto che diverse decisioni di tale organo produrranno effetti nell’ordinamento della Repubblica ceca, e che la Corte costituzionale di quest’ultimo Paese (come già accennato) si richiama spesso alla giurisprudenza della Corte federale.

<sup>810</sup> Cfr. [http://www.unrol.org/article.aspx?article\\_id=29](http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=29)

<sup>811</sup> Cfr. ELSTER J., *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, il Mulino, Bologna, 2008, pag. 9. (trad. ingl. *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004).

del 400 a.C., alle Restaurazioni francesi del 1814 e del 1815, ai processi avviati in Italia, Germania, Francia e Giappone al termine della Seconda Guerra Mondiale, nonché alle più recenti esperienze degli ordinamenti che sono stati coinvolti nella c.d. “terza ondata di democratizzazione”<sup>812</sup>, come Spagna, Portogallo, Grecia, diversi Paesi latinoamericani<sup>813</sup>, e gli ordinamenti dell’Europa centro-orientale dopo il 1989.

Nell’ambito della giustizia di transizione, le questioni chiave che devono essere affrontate sono essenzialmente due: la prima riguarda il “*riconoscimento*, vale a dire “ricordare” o “dimenticare” il passato”; la seconda consiste nella “*responsabilità*, cioè nella scelta di perseguire e sanzionare o meno coloro che hanno commesso crimini legati al precedente regime”<sup>814</sup>. Sono numerosi gli argomenti a sostegno di entrambe le posizioni. Coloro che ritengono sia necessario perseguire e punire fondano le proprie argomentazioni sui seguenti punti: 1) lo richiedono la verità e la giustizia; 2) si tratta di un obbligo morale nei confronti delle vittime e delle loro famiglie; 3) la democrazia si fonda sulla legge; 4) perseguire è necessario al fine di prevenire future violazioni dei diritti umani; 5) perseguire è essenziale per la vita del regime democratico; 6) perseguire è necessario per assicurare la supremazia dei valori e dei principi democratici e per incoraggiare le persone a credere in essi; 7) è necessario rendere di dominio pubblico la portata dei crimini e l’identità dei responsabili.

Chi, invece, si oppone a che vengano perseguiti gli autori dei crimini si basa sulle seguenti contro-argomentazioni: 1) la democrazia si deve basare sulla riconciliazione; 2) il processo di democratizzazione comporta la reciproca ammissione che non vi saranno vendette per i crimini commessi in passato; 3) in molti casi i diritti umani sono stati violati sia dai gruppi di opposizione sia dalle forze governative; 4) i crimini commessi erano giustificati dall’esigenza di combattere il terrorismo, di ripristinare il diritto e l’ordine nella società, e tali azioni, a quel tempo, erano supportate dalla popolazione; 5) molte persone hanno condiviso la responsabilità per i crimini commessi dal regime autoritario; 6) l’amnistia è necessaria per instaurare una democrazia fondata su basi solide<sup>815</sup>.

La questione si complica ulteriormente quando si tratta *concretamente* di scegliere le misure da adottare per “fare i conti” con il passato. La storia mostra come siano state date risposte molto diverse da Paese a Paese, anche se paiono identificabili essenzialmente quattro “strade”<sup>816</sup>. La prima è quella che consiste nel perseguire penalmente *tout cour* i responsabili dei crimini commessi durante il regime autocratico. Questa è stata la politica ufficiale seguita nei confronti dei collaboratori del regime nazista in tutti i Paesi occidentali che erano stati occupati dai tedeschi nel corso della Seconda Guerra Mondiale.

Una seconda strada, percorsa principalmente nell’Europa post-comunista<sup>817</sup> (ma anche in Belgio, Francia e Paesi bassi), è stata quella di adottare provvedimenti di “lustrazione”: con tale termine “s’intende, in particolare, l’insieme delle misure dirette a privare la categoria dei sostenitori (più o meno attivi) del passato regime dei loro privilegi naturali o dello *status* professionale. Il fine

---

<sup>812</sup> HUNTINGTON S.P., *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991.

<sup>813</sup> Si veda FRONZA E., FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009.

<sup>814</sup> ALBON M., *Project on Justice in Times of Transition: Report of the Project’s Inaugural Meeting*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995, pag. 42.

<sup>815</sup> Si veda HUNTINGTON S.P., *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, cit., pagg. 235-236.

<sup>816</sup> HUYSE L., *Justice After Transition: On The Choices Successor Elites Make in Dealing With the Past*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, cit., pag. 337 ss.

<sup>817</sup> Si rinvia al par. 4.1.3.

è quello di minimizzare l'influenza dell'eredità di un passato non democratico sul nuovo Stato democratico di diritto<sup>818</sup>. A ciò si aggiunge il fatto che attraverso la lustrazione si riescono ad evitare i procedimenti penali.

La terza soluzione consiste nel garantire l'amnistia. In alcune situazioni sono le stesse *élites* che, prima dell'inizio della transizione, decidono di "auto-accordarsi" tale atto di clemenza; in altri casi l'amnistia è il frutto delle negoziazioni tra i vecchi e i nuovi *leaders*<sup>819</sup>; un'altra situazione ancora si verifica quando sono le forze democratiche a decidere di perdonare gli autori dei crimini commessi in passato. Ciò si è verificato in Spagna in seguito alla morte di Franco, attraverso una serie di provvedimenti emanati nel 1976 e nel 1977<sup>820</sup>: coloro che beneficiarono principalmente di tali misure furono gli individui che si erano opposti al regime autoritario, ma vennero "perdonati" altresì i funzionari e i membri della polizia incaricati della repressione sotto il *Caudillo*.

La quarta strategia, che si fonda sul principio "*amnesty, but not amnesia*"<sup>821</sup>, consiste nella creazione di una "Commissione per la verità"<sup>822</sup>. Tale organo, il cui scopo non è quello di perseguire penalmente e di punire, è chiamato a svolgere un'operazione volta all'accertamento della verità, facendo luce sulle violazioni dei diritti umani e assicurando il fatto che ciò che è avvenuto in passato non venga dimenticato, ma rimanga vivo nella memoria della collettività. La *ratio* che sta alla base dell'istituzione di tali Commissioni è che la conoscenza generale della verità non sia sufficiente, ma che, al contrario, sia necessario un riconoscimento ufficiale delle ingiustizie sofferte in passato.

Se alcuni ordinamenti – come visto – si inseriscono agevolmente in una di queste quattro "strade", altri Paesi, invece, si caratterizzano per il fatto di avere seguito contemporaneamente più strategie. E' questo il caso, ad esempio, dell'Italia: in tale Paese, infatti, in un primo momento si decise di perseguire penalmente i membri del regime fascista e di adottare misure di epurazione: i risultati, tuttavia, furono scarsi. Successivamente, nel giugno del 1946, venne approvata una legge di amnistia<sup>823</sup>. In Italia, insomma, non venne compiuta una scelta chiara e netta tra il perseguire penalmente e il perdono.

Ad occuparsi della legittimità delle leggi in materia di giustizia di transizione sono stati spesso gli organi giurisdizionali supremi, sia quelli statali (Corti costituzionali e Corti supreme) sia quelli sovranazionali (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo). Si pensi, ad esempio, alla Corte Suprema di Giustizia argentina, la quale ha censurato "la sentenza di un giudice di merito che non aveva rispettato la pronuncia della Corte Interamericana (*Bulacio v. Argentina*) relativa alla dichiarazione di imprescrittibilità di reati gravi contro la persona compiuti durante il regime militare, ribadendo l'obbligo dello Stato ad attuare le sentenze della Corte e, quindi, dichiarando l'imprescrittibilità dell'illecita limitazione della libertà personale (*Esposito Miguel Angel*). La Corte Suprema ha poi annullato, in quanto contraria ai principi della Convenzione, la legislazione di amnistia degli anni 1986/1987 che aveva cancellato i

---

<sup>818</sup> DI GREGORIO A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, cit., pag. 257.

<sup>819</sup> E' questo il caso dell'Uruguay, dove il Governo, su pressione dei militari, decise nel 1986 di approvare una legge di amnistia, poi confermata mediante referendum. Il risultato fu che non vi furono ulteriori investigazioni sugli abusi commessi in passato e che tutti i processi in corso vennero cancellati (cfr. ALBON M., *Project on Justice in Times of Transition: Report of the Project's Inaugural Meeting*, cit., pagg. 44-45).

<sup>820</sup> Si rinvia al Cap. 3 par. 3.3.1.

<sup>821</sup> HUYSE L., *Justice After Transition: On The Choices Successor Elites Make in Dealing With the Past*, cit., pag. 338.

<sup>822</sup> Una panoramica sulle Commissioni per la verità viene offerta da HAYNER P.B., *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A Comparative Study*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, cit., pag. 225 ss. In particolare, sulla Commissione sudafricana si veda LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, il Mulino, Bologna, 2005.

<sup>823</sup> Si rimanda al Cap. 2 par. 3.3.

crimini contro i diritti umani compiuti dal Governo militare”<sup>824</sup>. Si considerino, poi, le numerose pronunce delle Corti costituzionali degli ordinamenti dell’Europa centro-orientale e della Corte EDU in materia di “giustizia di transizione” (restituzione della proprietà, questioni legate alla cittadinanza...) <sup>825</sup>. Va sottolineato come per diversi anni le Corti dell’est abbiano avuto una certa “libertà di manovra” nel verificare la legittimità costituzionale delle leggi di lustrazione: la prima pronuncia in materia della Corte di Strasburgo, infatti, risale al 2004<sup>826</sup>, vale a dire ben quindici anni dopo il crollo del regime comunista. La Corte EDU ha ritenuto che misure di questo tipo non siano, in linea generale, contrarie ai diritti fondamentali della persona, purché, tuttavia, vengano rispettate una serie di condizioni: si deve, trattare, infatti, di misure temporanee sottoposte a costante verifica, è necessaria la sussistenza di un certo grado di “individualizzazione”, l’applicazione delle leggi di lustrazione al settore privato deve rappresentare un’aggravante...<sup>827</sup>.

#### **4.1.2. La rottura con il passato: la Corte e la legge sull’illegittimità del regime comunista e sull’opposizione ad esso**

La legge 198/1993 (“Legge sull’illegittimità del regime comunista e sull’opposizione ad esso”) <sup>828</sup> costituisce indubbiamente uno dei provvedimenti più importanti in materia di giustizia di transizione. La principale motivazione che portò all’approvazione di tale legge era data dal fatto che sino a quel momento erano pochi gli esponenti del passato regime ad essere stati condannati per i crimini commessi in passato: ciò era dovuto non solo ai termini di prescrizione e alle limitazioni basate sulle leggi del vecchio regime, ma anche al fatto che il passaggio del tempo aveva reso estremamente complesse le indagini su fatti commessi molti anni prima.

Nel preambolo, la legge afferma che “il Partito comunista della Cecoslovacchia, la sua *leadership* e i suoi membri sono responsabili del sistema di governo in questo Paese tra il 1948 e il 1989, e in particolare per la sistematica violazione dei valori tradizionali della civiltà europea, per la dolosa violazione dei diritti e delle libertà dell’uomo, per la decadenza morale ed economica, il tutto accompagnato da crimini giudiziari e da misure di terrore contro coloro che esprimevano opinioni diverse; essi sono altresì responsabili per la sostituzione di una florida economia di mercato con l’economia di piano, per la distruzione dei principi tradizionali della proprietà, per l’abuso dell’insegnamento, dell’educazione, della scienza e della cultura in nome di finalità politiche ed ideologiche, e per la distruzione indiscriminata dell’ambiente...”. Successivamente la legge afferma che il regime comunista è da considerarsi “criminale, illegittimo e disprezzabile”. Per tali motivi, è da ritenersi “giusto, giustificabile da un punto di vista morale ed encomiabile” il comportamento dei cittadini che si sono opposti, in diversi modi, a tale regime: queste persone “meritano compassione e risarcimento morale”.

“Oltre a formulare la condanna morale del regime in una maniera così emozionale e

---

<sup>824</sup> DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010, pagg. 93-94.

<sup>825</sup> Cfr. KOSAŘ D., *Lustration and Lapse of Time: “Dealing With the Past” in the Czech Republic*, in *European Constitutional Law Review*, n. 4, 2008, pag. 472; si veda altresì la sentenza 23 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*.

<sup>826</sup> Decisione del 27 luglio 2004, *Sidabras e Dziautas c. Lituania*. A questa seguono poi le sentenze 7 aprile 2005, *Rainys e Gasparavicius c. Lituania*; 14 febbraio 2006, *Turek c. Slovacchia*; 16 marzo 2006, *Zdanoka c. Lettonia*; 24 aprile 2007, *Matyjek c. Polonia*; 17 luglio 2007, *Bobek c. Polonia*.

<sup>827</sup> Si veda KOSAŘ D., *Lustration and Lapse of Time: “Dealing With the Past” in the Czech Republic*, cit., pagg. 472-473 e 478.

<sup>828</sup> Tale legge aveva il medesimo scopo della legislazione sui crimini dello Stalinismo in Polonia e della legge “Zétényi” in Ungheria.

virulenta che non si riscontra in altri Paesi<sup>829</sup>, la legge indica alcune precise conseguenze giuridiche. Viene stabilita, in particolare, la sospensione del decorso dei termini di prescrizione per i crimini commessi tra il 1948 e il 1989 che non vennero perseguiti per ragioni politiche “incompatibili con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico di uno Stato democratico”.

Le critiche, spesso durissime, alla legge non tardarono ad arrivare: oltre a ritenere tale provvedimento illegittimo in quanto basato sul principio della responsabilità collettiva, ciò che veniva contestato era che la legge non tenesse conto dell’“evoluzione” di diversi esponenti del regime. E’ stato, infatti, evidenziato che “molti di coloro che erano comunisti attivi ed impegnati negli anni Quaranta e Cinquanta, divennero “comunisti riformatori” negli anni Sessanta e parteciparono, nel 1968, al movimento di riforma della Primavera di Praga. La maggior parte di costoro vennero espulsi dal Partito dopo il 1968, dovendo spesso soffrire dure privazioni. Alcuni divennero dissidenti di spicco e guidarono la Rivoluzione di Velluto<sup>830</sup>. Insomma, la legge non faceva differenza “tra gli stalinisti duri e puri... e i riformatori come Dubček...”<sup>831</sup>.

Poco tempo dopo la sua entrata in vigore, la legge venne impugnata dinanzi alla Corte costituzionale da parte di un gruppo di 41 parlamentari. Il 21 dicembre 1993, nella sua prima sentenza<sup>832</sup>, il giudice costituzionale dichiarò la legittimità costituzionale dell’intero provvedimento. Sono tre i punti attorno ai quali si articola il ragionamento della Corte. Quest’ultima affronta, innanzitutto, l’obiezione secondo cui l’art. 2 c. 1 della legge risulta essere incostituzionale nella parte in cui si afferma che il regime politico tra il 1948 e il 1989 era illegittimo. Secondo i ricorrenti, infatti, la legittimità di tale regime si fonda “sul principio della continuità del diritto, data dalla ricezione delle norme giuridiche interne e dalla continuità degli obblighi internazionali del periodo del “vecchio regime””. Secondo la Corte, al fine di valutare la fondatezza di tale obiezione, è necessario fare riferimento ai principi su cui si fondano la Costituzione e l’ordinamento costituzionale della Repubblica ceca. Il giudice delle leggi inizia la propria argomentazione sostenendo la “debolezza” della “tradizione positivista” tipica delle Costituzioni del periodo tra le due Guerre Mondiali: “le Costituzioni costruite su tali basi sono neutrali a livello di valori. Esse costituiscono una cornice istituzionale e processuale che può essere riempita da contenuti politici molto diversi tra loro, dal momento che criterio di costituzionalità è dato dall’osservanza della cornice giurisdizionale e processuale delle istituzioni e delle procedure costituzionali, dunque criteri di natura formale-razionale. [...] Nel 1948, [tale concezione] ha permesso, attraverso l’osservanza formale delle procedure costituzionali, di legittimare il colpo di stato di febbraio”.

La Corte procede nel suo ragionamento sostenendo che, in seguito al crollo dei regimi nazista (in Germania) e comunista (in Cecoslovacchia), è emersa la “consapevolezza del fatto che l’ingiustizia rimane tale anche se si nasconde dietro alla legge”. Secondo il giudice costituzionale, la nuova Costituzione del 1993 “*non si fonda sulla neutralità dei valori, non è una mera definizione di istituti e procedimenti, ma incorpora nel proprio testo anche alcune idee regolatrici, che esprimono i valori fondamentali e inviolabili di una società democratica.* La Costituzione ceca accetta e rispetta il principio di legalità quale parte della concezione generale dello Stato di diritto; il diritto positivo, tuttavia, non obbliga solo alla legalità formale; al contrario, l’interpretazione e l’applicazione delle norme giuridiche sono subordinate ai loro fini sostanziali, il diritto si deve rapportare al rispetto dei valori fondamentali di una società democratica e a tali valori va commisurato l’utilizzo delle norme giuridiche. Ciò significa che anche quando vi è una continuità delle “vecchie leggi”, sussiste una discontinuità di valori rispetto al “vecchio regime”. Tale

<sup>829</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 44.

<sup>830</sup> SCHWARTZ H., *The Czech Constitutional Court Decision on the Illegitimacy of the Communist Regime*, in *Parker School Journal of Eastern European Law*, vol. 1, 1994, pag. 393.

<sup>831</sup> SIKLOVA J., *Lustration or the Czech Way of Screening*, in *East European Constitutional Review*, 1996, pag. 252.

<sup>832</sup> PL. ÚS 19/93.

concezione dello Stato costituzionale rifiuta la legittimità razionale-formale del regime e dello Stato di diritto formale. Indipendentemente da quali siano le leggi, in uno Stato che si definisce democratico e che proclama il principio della sovranità del popolo, l'unico regime legittimo che può esistere è il regime democratico<sup>833</sup>. Si può notare, dunque, come sin dalla sua prima sentenza la Corte affermi in maniera equivocabile una concezione materiale dello Stato di diritto<sup>834</sup>.

L'obiettivo principale dei ricorrenti riguardava, tuttavia, l'art. 5 della legge 198/1993, secondo il quale "nel termine per la prescrizione dei reati non si calcola il periodo che va dal 25 febbraio 1948 al 29 dicembre 1989, poiché per ragioni politiche incompatibili con i principi fondamentali dell'ordine giuridico dello Stato democratico non vi sono state condanne o proscioglimenti legittimi". Tale disposizione, secondo i parlamentari, costituiva una violazione sia del principio della certezza del diritto sia del divieto di retroattività delle norme penali, salvo quelle più favorevoli per il reo. Dopo aver sottolineato il fatto che le ripetute violazioni dei diritti fondamentali venivano effettuate anche dagli stessi organi che, in teoria, avrebbero dovuto occuparsi della tutela della legalità, la Corte sancisce la legittimità costituzionale dell'articolo, affermando, in particolare, che "una componente indispensabile della prescrizione in materia penale consiste nella volontà, nello sforzo e nella prontezza da parte dello Stato di perseguire il crimine. Senza tali requisiti, tale istituto giuridico non è completo e non può raggiungere il suo scopo. Questo può essere raggiunto solamente se vi è stata l'azione combinata e prolungata di due elementi: la volontà e lo sforzo da parte dello Stato di punire il colpevole e il rischio costante che questi possa essere punito. Solo in tal modo la prescrizione acquista un vero significato. Se, invece, lo Stato non ha la volontà di perseguire penalmente determinati criminali o determinati reati, la prescrizione è inutile: in tali casi, infatti, il decorso del termine di prescrizione in realtà non esiste, e dunque la prescrizione è in sé fittizia". La Corte prosegue il suo ragionamento sostenendo che la presunta certezza del diritto dei colpevoli di reati non puniti per ragioni politiche, in realtà rappresenta una "fonte di incertezza giuridica per i cittadini... Nel contrasto tra questi due tipi di certezza, la Corte costituzionale dà la priorità alla certezza della società civile, che corrisponde all'idea dello Stato di diritto. Una soluzione diversa significherebbe attribuire al regime totalitario la natura di Stato di diritto, un segnale rischioso per il futuro: sarebbe il segno che il crimine può divenire non più tale, fintantoché sia organizzato a livello di massa e si perpetui per un lungo periodo di tempo sotto la protezione di un'organizzazione autorizzata dallo Stato"<sup>835</sup>.

Il terzo punto affrontato dalla Corte riguarda l'art. 6 della legge, il quale attribuisce al giudice il potere di annullare o ridurre la pena precedentemente inflitta per i crimini che non erano stati inclusi nella legge 119/1990 sulle riabilitazioni giudiziarie. Secondo quanto previsto dalla legge, il giudice può esercitare tale potere qualora nel corso di un procedimento venga provato che le azioni dell'imputato erano finalizzate a proteggere – con mezzi non sproporzionati – i diritti fondamentali. I ricorrenti avevano impugnato tale disposizione ritenendola discriminatoria e in contrasto con il principio costituzionale dell'eguaglianza di tutte le persone dinanzi alla legge, nonché con il principio dell'art. 40 c. 6 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali, nel quale viene sancito il divieto di retroattività della legge penale. Anche in questo caso il giudizio della

---

<sup>833</sup> Corsivo nostro.

<sup>834</sup> HUBENY-BELSKY A., *Le changement de régime politique en République tchèque (1989-2000): la place du droit constitutionnel*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Clermont-Ferrand, 2003, pag. 452.

<sup>835</sup> Nel 1992, decidendo sulla legittimità costituzionale della legge relativa ai gravi crimini (non perseguiti per ragioni politiche) commessi tra il 21 dicembre 1944 e il 2 maggio 1990, la Corte costituzionale ungherese aveva adottato un approccio diametralmente opposto. Secondo il giudice costituzionale, infatti, solamente le norme in vigore al tempo in cui venne perpetrato il crimine contestato potevano essere applicate, compreso il regime sulla prescrizione allora in vigore: "una volta decorso il termine per la prescrizione, l'imputato ha acquisito il diritto... di non essere punito" (sentenza 2086/A/1991/14). Cfr. SCHWARTZ H., *The Czech Constitutional Court Decision on the Illegitimacy of the Communist Regime*, cit., pag. 397.

Corte è netto. Il giudice costituzionale, infatti, ritiene che i reati finalizzati alla tutela dei diritti umani erano interpretati come atti contro il regime, e di conseguenza puniti in maniera estremamente severa. Per questa ragione, “la riconsiderazione di tali sentenze... non costituisce una violazione, ma il ripristino del principio di eguaglianza, attraverso una ragionevole riduzione o eventuale cancellazione della pena”.

#### 4.1.3. La difesa della democrazia: la Corte federale, la Corte ceca e le leggi di lustrazione

Come ricordato in precedenza, le leggi di lustrazione costituiscono i provvedimenti più frequentemente utilizzati negli ordinamenti dell'Europa centrale ed orientale per “fare i conti” con il passato comunista. Questo tipo di misure, infatti, sono state adottate in Ungheria, Albania, Bulgaria, Lituania, Lettonia, Estonia, Polonia, Romania, Russia, Ucraina, Bielorussia e Germania: va sottolineato, tuttavia, che il numero di persone colpite da tali leggi è variato molto da Paese a Paese, e che in alcuni ordinamenti esse sono state dichiarate, in tutto o in parte, incostituzionali<sup>836</sup>. Inoltre, nonostante sia passato molto tempo dal crollo del regime comunista, alcuni Paesi dell'Europa dell'est continuano tuttora ad adottare leggi di lustrazione, a dimostrazione del fatto che lo “spettro” del Comunismo non sembra essere stato ancora del tutto eliminato<sup>837</sup>.

La Cecoslovacchia prima, e la Repubblica ceca poi, non fanno eccezione. La prima legge di lustrazione (vale a dire la legge 451/1991, cosiddetta “grande” legge di lustrazione<sup>838</sup>), adottata dal Parlamento della Federazione cecoslovacca il 4 ottobre 1991, infatti, aveva lo scopo di “impedire a persone coinvolte con il regime comunista e ritenute interessate ad un ritorno al passato di occupare posti di responsabilità nell'ambito dell'apparato statale”<sup>839</sup>. Essa vietava, in particolare, agli ex *leaders* del partito comunista e ai funzionari e collaboratori della polizia segreta di ricoprire, per un periodo di cinque anni (vale a dire sino al 30 gennaio 1996) cariche elevate nell'amministrazione dello Stato, nell'esercito, nei servizi di informazione, nella polizia, nell'ufficio del Presidente della Repubblica, negli uffici degli organi legislativi ed esecutivi federali e di ciascuna delle due Repubbliche, nella Corte costituzionale, nella Corte Suprema, nella direzione dell'Accademia delle scienze, alla radio, alla televisione, nelle agenzie di stampa, nelle società per azioni dove l'azionista di maggioranza era lo Stato, nelle ferrovie, nella banca di Stato e nelle Università. Contro l'accusa di collaborazionismo era poi possibile ricorrere presso una commissione prevista dalla legge stessa<sup>840</sup>, e le decisioni di tale organo potevano essere impugnate dinanzi ad un tribunale.

Tra coloro che criticarono duramente la legge va ricordata, innanzitutto, l'Organizzazione internazionale del lavoro, la quale riteneva che essa fosse in contrasto con la Convenzione n. 111 sulla Discriminazione (Lavoro ed Occupazione) del 1958, ed auspicava, nelle Raccomandazioni finali del suo rapporto, che essa venisse sottoposta al vaglio della Corte costituzionale<sup>841</sup>. Lo stesso Presidente Havel manifestò diverse perplessità relativamente all'opportunità di promulgare la legge,

---

<sup>836</sup> Per una panoramica (anche se non aggiornata) delle leggi di lustrazione in tali ordinamenti si veda ELLIS M.S., *Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pag. 181 ss.; SADURSKI W., *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht, 2005, pag. 223 ss.

<sup>837</sup> Si pensi al fatto che tra il 2010 e il 2011 le Corti costituzionali dell'Albania, della Romania, della Polonia e della Macedonia hanno dichiarato in tutto o in parte l'incostituzionalità delle leggi di lustrazione adottate nei rispettivi Paesi.

<sup>838</sup> Il provvedimento era così definito per distinguerlo dalla legge 279/1992, cosiddetta “piccola” legge di lustrazione, riguardante in particolare i funzionari di polizia.

<sup>839</sup> CLEMENTI M., *Un aspetto della transizione in Cecoslovacchia e nella Repubblica ceca: la legge di lustrazione*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pag. 290.

<sup>840</sup> Va detto, tuttavia, che solamente determinate categorie di persone erano legittimate a ricorrere.

<sup>841</sup> Si veda la Decisione dell'Organizzazione internazionale del lavoro sulla legge di lustrazione (GB.252/16/19, 28 febbraio 1992, Sessione 252).

ritenendo che essa fosse andata “molto al di là delle originarie intenzioni”<sup>842</sup>. Egli presentò alle Camere una serie di proposte di emendamento, ma queste non le accolsero. Poiché la Costituzione allora vigente non attribuiva al Capo dello Stato il potere di rinviare la legge al Parlamento, Havel alla fine fu costretto a promulgarla.

Le critiche che venivano mosse nei confronti di tale provvedimento riguardavano il fatto che esso introducesse una responsabilità collettiva anziché individuale; che si basasse sulla presunzione di colpevolezza anziché su quella di innocenza (era infatti invertito l'onere della prova, dal momento che spettava al cittadino dimostrare la sua estraneità al Partito e alla polizia segreta); che non prendesse in considerazione le circostanze del singolo caso; che violasse il principio dell'eguaglianza dinanzi alla legge; che si basasse sui *dossiers* della polizia segreta, i quali erano spesso imprecisi, incompleti o falsificati; che non prevedesse circostanze di esclusione per coloro che erano stati obbligati a collaborare o per coloro che erano stati iscritti al Partito per un periodo limitato di tempo<sup>843</sup>.

Chi, invece, difendeva la legittimità del provvedimento faceva riferimento, in primo luogo, alle circostanze eccezionali in cui esso venne adottato, vale a dire il periodo di transizione da un regime totalitario ad una forma di stato democratica. Era da respingersi, poi, l'idea secondo la quale lo scopo della legge fosse quello di una mera vendetta: attraverso la lustrazione, infatti, il Parlamento voleva dare voce alla comprensibile rabbia delle persone nei confronti di coloro che si erano macchiati di crimini efferati, cercando di evitare che il singolo si facesse giustizia da sé. Si voleva, insomma, soddisfare il desiderio di coloro che non riuscivano a perdonare e dimenticare, ma che chiedevano una qualche forma di punizione. Una funzione deterrente, dunque, analoga a quella della sanzione penale. Alla base del provvedimento, infine, vi era la volontà di impedire agli ex membri del regime comunista di ostacolare il processo di democratizzazione, nella convinzione che molto difficilmente coloro che sino a poco tempo prima erano stati il motore del regime si sarebbero convertiti in autentici sostenitori delle riforme<sup>844</sup>.

La legge venne impugnata da 99 deputati dell'Assemblea federale dinanzi alla Corte costituzionale della Repubblica federale ceca e slovacca: secondo i ricorrenti essa risultava in contrasto con diverse disposizioni della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali, con la Costituzione, con la Legge costituzionale sulla Federazione cecoslovacca del 1992 e con una serie di trattati internazionali in materia di diritti umani. La Corte decise di respingere il ricorso, ritenendo che tale provvedimento fosse giustificato dall'esigenza di tutelare la sicurezza dello Stato e dei suoi membri: l'idea di fondo, infatti, era che in un contesto di transizione (quale era quello cecoslovacco) la democrazia dovesse difendersi dai propri nemici.

I giudici di Brno iniziano il proprio ragionamento ricordando che “nel periodo che va dal 1948 al 1989, che la legge 480/1991 definisce “era della non libertà”, il regime totalitario aveva violato non solo i diritti umani, ma anche le sue stesse leggi, adottate per la creazione e il mantenimento del potere [...] Sulla base della teoria della lotta di classe permanente e del ruolo dirigente del Partito comunista della Cecoslovacchia, il regime totalitario aveva privato migliaia di persone non solo della loro libertà e delle loro vite... ma anche del loro lavoro. Tali misure arbitrali vennero successivamente legalizzate”: il processo di “normalizzazione”, infatti, comportava la perdita dell'occupazione per i lavoratori, e l'espulsione dalla scuola per gli studenti. Al loro posto

---

<sup>842</sup> BARTOLE S., *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, cit., pag. 41.

<sup>843</sup> Su tali critiche alla legge cfr. più nel dettaglio KOSAŘ D., *Lustration and Lapse of Time: “Dealing With the Past” in the Czech Republic*, cit., pag. 470 ss.

<sup>844</sup> Tali argomenti sono ricordati da GILLIS M., *Lustration and Decommunisation*, in PRIBAN J., YOUNG J. (a cura di), *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, cit., pag. 59 ss.

furono assunti nell'amministrazione pubblica (e in altri settori chiave della sicurezza, della giustizia, dell'esercito e dell'economia) persone che rispondevano alle direttive emanate dal Comitato Centrale del Partito comunista, direttive che richiedevano "maturità politica, un approccio creativo marxista-leninista alla soluzione dei problemi e la ferma volontà di dare attuazione alle politiche del Partito". Il risultato fu che "sino alla fine del 1989, ciascuna posizione chiave ad ogni livello dell'amministrazione... era attribuita nel rispetto di tali direttive, in modo tale che l'influenza del Partito comunista della Cecoslovacchia fosse presente in tutte i settori della vita pubblica ed economica...".

Alla luce di tale situazione, la Corte ritiene che "tale condotta calcolata e intenzionale costituiva una reale fonte di destabilizzazione e di pericolo che avrebbe potuto minacciare lo sviluppo dell'ordinamento costituzionale", e dunque sostiene che la legge non sia in contrasto con la Costituzione... Secondo i giudici costituzionali, infatti, "*uno Stato democratico non ha solo il diritto, ma anche il dovere di far accettare e tutelare i principi sui quali si fonda [...]* Uno Stato democratico... è chiamato ad effettuare tutti gli sforzi possibili per riuscire ad eliminare un'ingiustificata preferenza di cui hanno goduto in passato un gruppo di cittadini, quando tale preferenza si fondava esclusivamente sull'appartenenza al partito politico totalitario... In una società democratica è necessario che gli impiegati statali e di altri organi pubblici soddisfino determinati criteri, i quali si caratterizzano, in sostanza, nella lealtà ai principi democratici su cui si fonda lo Stato"<sup>845</sup>. La Corte, quindi, sottolinea come non si possa parlare di discriminazione, dal momento che la legge si applica solamente "ad un gruppo estremamente limitato di persone" e per un periodo di tempo limitato (sino al 31 dicembre 1996, quando la Corte ritiene ci si potesse aspettare la conclusione del processo di democratizzazione), e che coloro che sono stati colpiti da misure di lustrazione hanno comunque la possibilità di ricorrere in via giurisdizionale.

Nella parte finale del suo ragionamento, inoltre, i giudici anticipano un'argomentazione (che verrà poi approfondita dalla Corte costituzionale ceca<sup>846</sup>) relativa alla cosiddetta "teoria dei valori"<sup>847</sup>, sottolineando come questi ultimi sono completamente diversi nei due regimi giuridici (totalitario e democratico): "il concetto dello Stato di diritto non ha a che fare con la mera osservanza di qualsivoglia valore o di qualsivoglia diritto, anche se questi sono stati adottati correttamente da un punto di vista procedurale, ma riguarda principalmente il rispetto di quelle norme che non sono incompatibili con i valori fondamentali della società umana, così come espressi... dalla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali [...] Uno Stato di diritto in via di costruzione, che presuppone la discontinuità con il regime totalitario in relazione ai valori, non può adottare criteri di continuità giuridica formale e materiale che si fondano su un sistema di valori differente, neanche qualora tale continuità normativa formale sia resa possibile dall'ordinamento giuridico. Il rispetto per la continuità del vecchio sistema di valori non costituirebbe una garanzia di certezza giuridica, ma, al contrario, una sconfessione dei nuovi valori, una minaccia alla certezza giuridica e comprometterebbe la fiducia dei cittadini nella credibilità del sistema democratico".

Nel 1995 il Parlamento della Repubblica ceca decise, poi, di prorogare l'applicazione della legge sino al 31 dicembre 2000. Havel mostrò nuovamente la propria contrarietà a tale decisione, e decise pertanto di rinviare la legge al Parlamento, dal momento che, a differenza che nel 1991, la nuova Costituzione della Repubblica ceca, all'art. 50, attribuiva al Presidente della Repubblica tale potere. Secondo Havel, infatti, la proroga significava riconoscere pubblicamente l'incapacità del Paese di essere una normale democrazia, e dimostrava come esso non fosse in grado di fronteggiare

---

<sup>845</sup> Corsivo nostro.

<sup>846</sup> Si pensi alla già ricordata sentenza sulla legge sull'illegittimità del regime comunista (par. 4.1.2.), ovvero alla pronuncia sulla legge di lustrazione (che verrà analizzata tra qualche riga).

<sup>847</sup> DI GREGORIO A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, cit., pag. 266.

con strumenti democratici i tentativi volti alla reinstaurazione del regime comunista<sup>848</sup>. Il Presidente, tuttavia, dopo che il Parlamento riapprovò (con la stessa formulazione) la legge, fu costretto a promulgarla.

Nel 2000 le Camere decisero di differire nuovamente il termine di vigenza sia della “grande” sia della “piccola” legge di lustrazione: *de facto* si trattava di una proroga *sine die*, dal momento che tali provvedimenti sarebbero rimasti in vigore sino alla promulgazione della legge sulla funzione pubblica<sup>849</sup>. Il 2 marzo 2001 le leggi vennero impugnate da 44 deputati dinanzi alla Corte costituzionale. Secondo i ricorrenti il Paese si trovava in una situazione del tutto diversa rispetto al 1989: i tre tradizionali poteri dello Stato, infatti, erano stati istituiti in modo democratico, e le posizioni chiave nell’apparato statale e in altri organi pubblici non erano più ricoperte da persone legate al precedente regime totalitario. Ciò significava, quindi, che “la sovversione o un possibile ritorno al totalitarismo non costituissero più un rischio” per il Paese, e che di conseguenza erano venute meno le ragioni che giustificavano le misure di lustrazione. Essi ricordavano, poi, come la Corte federale avesse dichiarato la legittimità costituzionale della norma sul presupposto che essa avesse comunque un carattere transitorio, fissato in cinque anni.

Nella sentenza 9/2001, i giudici costituzionali affrontano innanzitutto la questione della transitorietà della legge, sottolineando il fatto che la Corte federale non avesse legato indissolubilmente la validità della legge al 1996, ma che si fosse limitata a sostenere che in quell’anno “ci si poteva aspettare che il processo di democratizzazione [si sarebbe] compiuto”. Inoltre la Corte afferma che “il grado di sviluppo di una democrazia è una questione sociale e politica, e non di diritto costituzionale, e per questo essa non è in grado di accertare il “completamento” o il “non completamento” del processo democratico con gli strumenti a sua disposizione”. E’ del tutto condivisibile l’opinione di Kosar, il quale legge in queste righe un “significativo *self-restraint*” della Corte, con una conseguente “ampia discrezionalità” lasciata in capo al legislatore<sup>850</sup>.

I giudici di Brno condividono l’opinione espressa dai ricorrenti secondo la quale l’interesse pubblico che esisteva al momento della transizione dal totalitarismo alla democrazia è calato di intensità e urgenza a partire dal 1992. Tuttavia la Corte sostiene (arrivando così al cuore del suo ragionamento) che i requisiti di “lealtà per gli interessi dello Stato e dei principi democratici su cui esso si fonda” non appartengono solamente agli ordinamenti che stanno affrontando un periodo di transizione dal totalitarismo alla democrazia, ma “a tutti i sistemi democratici stabilizzati”. Lo Stato, come aveva già sostenuto la Corte federale, ha, infatti, “*non solo il diritto, ma anche l’obbligo di difendersi*”<sup>851</sup>. A questo punto i giudici di Brno richiamano il concetto, più volte ricordato dalla Corte EDU, della “*democrazia in grado di difendersi*”<sup>852</sup>, giungendo alla conclusione che “uno Stato democratico, e non solo nella fase di passaggio dopo la caduta del regime totalitario, può vincolare l’accesso di un individuo nell’amministrazione dello Stato e nei servizi pubblici, e la permanenza in essi, al rispetto di determinati requisiti, fra cui in particolare quello delle lealtà politica”<sup>853</sup>. Insomma, come è stato opportunamente osservato, secondo la Corte

---

<sup>848</sup> CLEMENTI M., *Un aspetto della transizione in Cecoslovacchia e nella Repubblica ceca: la legge di lustrazione*, cit., pag. 296.

<sup>849</sup> La Corte ricorda come, secondo i dati del Ministero dell’Interno, dal 1991 al 5 settembre 2001, vennero emanati 366.980 certificati di lustrazione, di cui il 3,45% (pari a 12.660 persone) risultarono essere positivi. Fra coloro che presentarono ricorso, poi, in 117 ottennero ragione e vennero reintegrati nel posto di lavoro.

<sup>850</sup> KOSAR D., *Lustration and Lapse of Time: “Dealing With the Past” in the Czech Republic*, cit., pag. 469.

<sup>851</sup> Corsivo nostro

<sup>852</sup> La Corte ricorda, in particolare, il caso *Glaserapp c. Germania* del 1986.

<sup>853</sup> A questo punto la Corte fa riferimento alla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Adler v. Board of Education*.

ceca “il mondo non era ancora cambiato abbastanza”<sup>854</sup> per potere respingere gli argomenti sostenuti dalla Corte federale nel 1992.

Nel sostenere le sue argomentazioni, infine, la Corte ricorda come negli ordinamenti dell'Europa centrale e orientale che avevano adottato leggi di lustrazione negli ultimi dieci anni, esse fossero ancora in vigore: ciò a testimonianza del fatto che il pericolo della mancanza di lealtà della pubblica amministrazione era ancora sentito come particolarmente attuale in molti Paesi.

Pare interessante notare come ragionamenti diametralmente opposti rispetto a quelli sostenuti dalle Corti costituzionali cecoslovacca e ceca si trovano nella sentenza 60/1994 della Corte costituzionale ungherese: quest'ultima, infatti, sosteneva che l'argomentazione secondo cui la lustrazione era finalizzata a proteggere il processo di democratizzazione da coloro che erano compromessi con il precedente regime comunista non era più valida, dal momento che la transizione era già terminata. Per tale motivo, secondo i giudici, i principi da utilizzare per verificare la costituzionalità della legge dovevano essere gli stessi che si applicano ad una normale società democratica fondata sulla *rule of law*<sup>855</sup>. La Corte, infatti, sin dall'inizio della sua attività, ha ritenuto che “la rivoluzione del cambiamento di regime politico [doveva] essere realizzato nel quadro costituzionale, secondo i metodi costituzionali dello Stato di diritto”<sup>856</sup>.

#### 4.1.4. Rimediare alle ingiustizie: la Corte e le leggi sulla restituzione della proprietà

In seguito al crollo del regime comunista, una delle priorità, per gli ordinamenti dell'Europa centrale e orientale, fu quella di garantire il passaggio da un modo di produzione collettivistico, basato sulla statalizzazione dei mezzi di produzione, ad un'economia di mercato<sup>857</sup>. Anche in Cecoslovacchia, subito dopo la Rivoluzione di Velluto, la volontà delle forze politiche era quella di assicurare una rapida transizione all'economia di mercato, nella quale il settore privato avrebbe dovuto giocare un ruolo fondamentale. Va ricordato come, alla fine degli anni Ottanta, la Cecoslovacchia era una delle economie più centralizzate tra i Paesi comunisti. A differenza, infatti, di ordinamenti quali la Germania e l'Ungheria (dove le piccole imprese erano tollerate) o la Polonia (dove era preservata la proprietà privata della terra), in Cecoslovacchia il settore privato, ad eccezione del mercato nero, era praticamente scomparso: quasi il 100% dell'economia del Paese si trovava infatti nelle mani del settore pubblico. La privatizzazione divenne, dunque, uno dei principali obiettivi del nuovo Governo<sup>858</sup>.

Le questioni relative alla transizione ad una economia di mercato e alla privatizzazione erano strettamente collegate ai provvedimenti adottati dal Parlamento federale volti a riparare i torti

---

<sup>854</sup> ROBERTSON D., *A Problem of Their Own, Solutions of Their Own: CEE Jurisdictions and the Problems of Lustration and Retroactivity*, in SADURSKI W., CZARNOTA A., KRYGIER M. (a cura di), *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Springer, Dordrecht, 2006, pag. 89.

<sup>855</sup> Questa decisione si spiega anche in ragione del fatto che tale provvedimento è stato emanato cinque anni dopo l'inizio del processo di transizione, a differenza della Repubblica cecoslovacca, dove la legge venne adottata pochissimo tempo dopo la Rivoluzione di Velluto.

<sup>856</sup> ADAM A., *Il sistema di governo parlamentare in Ungheria*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, cit., pag. 242.

<sup>857</sup> Si pensi, ad esempio, che il preambolo della Costituzione ungherese, così come revisionata nel 1989, faceva esplicito riferimento al passaggio ad una “economia sociale di mercato”, e l'art. 9 affermava che “l'economia ungherese si fonda sull'economia di mercato, nella quale alla proprietà privata e a quella pubblica è garantita uguale tutela”. Per quel che riguarda la Repubblica ceca, invece, va detto che la Costituzione del 1993 non si pronuncerà direttamente sulle scelte di assetto complessivo, anche se l'art. 11 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali sancisce il diritto di ciascuno alla proprietà privata.

<sup>858</sup> Cfr. KRAUS M., *Settling Accounts: Postcommunist Czechoslovakia*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, cit., pag. 569.

commissi dal regime comunista tra 1948 e il 1989. Nell'aprile del 1990, in particolare, venne approvata la legge 119/1990 sulle riabilitazioni giudiziarie, la quale permetteva ai cittadini cecoslovacchi che erano stati imprigionati per ragioni politiche di richiedere che la sentenza del tribunale che li riguardava venisse dichiarata nulla, ed inoltre consentiva ad essi di richiedere allo Stato una compensazione di tipo economico per il danno sofferto. Dal momento che spesso il regime aveva operato una confisca delle proprietà, parve necessario includere tra le forme di compensazione anche la restituzione delle proprietà stesse.

La prima legge sulla restituzione della proprietà riguardò il clero. I comunisti, infatti, avevano proceduto all'arresto di un numero elevatissimo di preti e di suore, ed avevano contestualmente confiscato le proprietà della Chiesa, come chiese, parrocchie e monasteri. Con tale provvedimento, approvato nel giugno del 1990, vennero restituite alcune di tali proprietà<sup>859</sup>. Successivamente fu approvata una legge sull'eliminazione delle conseguenze di alcune ingiustizie che riguardavano la proprietà, concernente circa 70.000 piccole imprese e immobili nazionalizzati tra il 1955 e il 1961. Nel febbraio 1991, poi, venne adottata la legge sulle riabilitazioni extra-giudiziarie, la quale prevedeva forme di compensazione per coloro che erano stati dimessi dal lavoro, condannati senza un processo o costretti dal tribunale a vendere le loro proprietà o a "donarle" allo Stato. Essa sanciva in particolare la restituzione ai precedenti proprietari delle proprietà nazionalizzate o confiscate dai comunisti tra il 1948 e il 1989, ovvero una compensazione finanziaria qualora la restituzione in natura non fosse stata possibile<sup>860</sup>.

L'adozione di tali provvedimenti (in particolare la legge sulle riabilitazioni extra-giudiziarie) diede vita ad ampi dibattiti. La questione più spinosa riguardava senza dubbio il periodo a cui estendere le restituzioni, vale a dire se farlo iniziare dal giorno del colpo di stato comunista (25 febbraio 1948), oppure se includere anche il triennio precedente (maggio 1945-febbraio 1948). In quest'ultimo periodo, infatti, l'allora Presidente cecoslovacco Beneš aveva proceduto ad un'opera di nazionalizzazione riguardante l'industria pesante, le banche e i trasporti. Alla fine si decise di limitarsi agli anni del regime comunista, in considerazione del fatto che gli atti di nazionalizzazione del triennio precedente erano stati adottati "da un Governo legittimo, sulla base di decreti presidenziali e nel rispetto della Costituzione cecoslovacca del 1920"<sup>861</sup>. Inoltre, qualora fosse stato deciso altrimenti, si sarebbe riaperta la questione relativa alla compensazione dei tre milioni di tedeschi dei Sudeti espulsi dalla Cecoslovacchia dopo la guerra: questi ultimi avrebbero, infatti, certamente richiesto di venire risarciti per le confische effettuate in quel periodo, e con ogni probabilità sarebbe riemersa la questione della responsabilità della guerra.

Un'altra questione ampiamente dibattuta riguardò la titolarità a chiedere la restituzione dei beni. Si decise di escludere le istituzioni e i partiti politici, e di ricomprendere, dunque, solamente le persone fisiche. Queste ultime includevano, in particolare, i proprietari originali, gli eredi e i parenti. E' interessante notare come le leggi di restituzione della proprietà non si applicavano agli immigrati, a meno che questi non avessero deciso di stabilirsi in modo permanente nel Paese e di optare per la cittadinanza cecoslovacca. L'argomento principale utilizzato per giustificare tale scelta riguardava il fatto che lo Stato non aveva le risorse sufficienti per soddisfare le richieste provenienti dall'estero, e che comunque una decisione di questo tipo avrebbe messo a repentaglio il processo di privatizzazione nel suo insieme.

Una terza questione piuttosto controversa concerneva la *forma* della restituzione. Le opzioni praticabili erano tre: la prima consisteva nella restituzione della proprietà nella sua forma originale,

---

<sup>859</sup> Cfr. KRAUS M., *Settling Accounts: Postcommunist Czechoslovakia*, cit., pagg. 575-576.

<sup>860</sup> Su tale provvedimento si veda NEFF M., *Eastern Europe's Policy of Restitution of Property in the 1990's*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, cit., pag. 579 ss.

<sup>861</sup> CEPL W., *A Note on the Restitution of Property in Post-Communist Czechoslovakia*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, cit., pag. 582.

vale a dire la restituzione in natura; la seconda era data da una compensazione di tipo monetario; la terza, infine, prevedeva il rilascio di *vouchers* o *coupons* da scambiare con quote delle imprese che dovevano essere privatizzate. Dopo lunghi dibattiti, si decise di optare per la prima soluzione, vale a dire la restituzione in natura, la quale doveva essere praticata tutte le volte che era *materialmente* possibile. Numerose erano le ragioni che spinsero i parlamentari ad accogliere tale soluzione: tra queste vi era “la sua apparente semplicità, la soddisfazione morale che avrebbe dato a coloro che si sarebbero visti restituire la loro proprietà che era stata confiscata in passato, e le perplessità sul futuro valore della corona cecoslovacca; inoltre, vi era il timore che le proprietà statali vendute invece che distribuite in base alla restituzione in natura sarebbero cadute nelle mani di una nuova classe di privati proprietari, in gran parte provenienti dalla vecchia nomenclatura, i quali, a differenza dei comuni cittadini, avevano denaro a sufficienza per fare affari in tal modo”<sup>862</sup>.

Le politiche restitutorie rappresentarono uno strumento efficace di passaggio della proprietà dallo Stato ai privati: se infatti, come già ricordato, il settore privato nel 1989 era sostanzialmente inesistente, nel 1991, grazie in gran parte alle re-privatizzazioni, esso ammontava all’8,3% del Pil<sup>863</sup>. Attraverso le leggi sulla restituzione della proprietà, dunque, vennero raggiunti due obiettivi: da un lato riparare (quantomeno parzialmente) ai torti commessi in passato dal regime, dall’altro favorire la transizione ad un’economia di mercato.

La Corte costituzionale della Repubblica ceca si è pronunciata a più riprese sulla legittimità costituzionale delle leggi riguardanti la restituzione delle proprietà, mostrando, in linea generale, una certa “deferenza nei confronti delle soluzioni adottate dal legislatore”<sup>864</sup>. Essa, infatti, non ha ritenuto in contrasto con la Carta costituzionale una serie di disposizioni che erano state impugnate: si pensi, ad esempio, al criterio della nazionalità<sup>865</sup>, alla restrizione di determinate condizioni di risarcimento per le persone giuridiche<sup>866</sup>, alla limitazione temporale delle pretese di restituzione all’inizio del regime comunista (ritenendo così legittima l’esclusione del triennio 1945-1948)<sup>867</sup>, al trattamento preferenziale garantito ai singoli contadini nel caso di trasferimento di terra agricola<sup>868</sup>, nonché alla differenziazione tra le diverse categorie di eredi dei beneficiari originali<sup>869</sup>. La Corte si è pronunciata altresì sulla forma della restituzione, confermando le scelte del legislatore: “di norma la preferenza deve essere data al trasferimento del lotto, o dei lotti, originali di terreno, sempre che colui che è chiamato alla restituzione adempia all’obbligo e che la legge non lo vieti”<sup>870</sup>.

Si registrano, tuttavia, alcune eccezioni, come quando la Corte ha ritenuto incostituzionale escludere dal risarcimento i cittadini che non soddisfacevano il requisito della residenza permanente sul territorio della Repubblica ceca<sup>871</sup>.

Alla base delle argomentazioni della Corte nelle sentenze poc’anzi citate vi era l’idea che i processi di nazionalizzazione e di confisca posti in essere dal regime comunista risultassero del tutto incompatibili con i principi e i valori espressi dalla nuova Carta costituzionale: per tale ragione, la restituzione era considerata “l’eliminazione dell’illegittimità dei trasferimenti proprietari”, e rifletteva “il dovere di ricostituire l’assetto giuridico originale della proprietà”<sup>872</sup>. La restituzione,

---

<sup>862</sup> CEPL W., *A Note on the Restitution of Property in Post-Communist Czechoslovakia*, cit., pag. 583.

<sup>863</sup> KRAUS M., *Settling Accounts: Postcommunist Czechoslovakia*, cit., pagg. 586-587.

<sup>864</sup> PROCHÁZKA R., *Mission Accomplished: on Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, cit., pag. 149.

<sup>865</sup> PI US 33/96.

<sup>866</sup> PI US 46/95.

<sup>867</sup> PI US 45/97.

<sup>868</sup> PI US 15/99.

<sup>869</sup> PI US 47/95.

<sup>870</sup> I. US 754/01.

<sup>871</sup> PI US 3/94.

<sup>872</sup> PI US 16/93.

rappresentava un momento centrale del processo di democratizzazione del Paese: esso, infatti, era “elemento costitutivo della trasformazione politica, economica e sociale”<sup>873</sup>.

La Corte si preoccupa, poi, di indicare le modalità attraverso cui dare attuazione a questo tipo di provvedimento: “non deve essere adottato un approccio troppo restrittivo o troppo formalistico, ma, al contrario, [le leggi] devono essere applicate in maniera particolarmente accorta, tenendo sempre in considerazione le circostanze del caso, e soprattutto... il fine e il significato del provvedimento”. Secondo il giudice costituzionale, infatti, “se sono possibili diverse interpretazioni... l’attenzione deve essere focalizzata su quello che è lo scopo della disposizione. Nel caso della legge 87/1991, il suo fine consiste senza dubbio nella volontà di alleviare le conseguenze di determinate ingiustizie concernenti la proprietà commesse dal regime totalitario [...] La *ratio legis* delle leggi sulla restituzione è quella di *porre rimedio*, quantomeno in parte, alle conseguenze della violazione dei diritti fondamentali... avvenuta nel corso del regime totalitario”<sup>874</sup>.

Di particolare interesse sono poi le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo contro la Repubblica ceca proprio in materia di restituzione della proprietà. Secondo la Corte di Strasburgo, le leggi sulla restituzione, nel voler attenuare le conseguenze di determinate violazioni del diritto alla proprietà causate dal regime comunista, perseguono uno scopo legittimo e rappresentano uno strumento volto a tutelare lo sviluppo socio-economico del Paese. Al tempo stesso, tuttavia, la Corte EDU si raccomanda che “l’attenuazione dei danni passati non determini nuove sproporzionate ingiustizie”<sup>875</sup>. In effetti, i giudici di Strasburgo hanno rilevato in alcuni casi la violazione dell’art. 1 del primo protocollo, il quale sancisce, per l’appunto, la protezione della proprietà. Si consideri, ad esempio, il caso *Pincová e Pinc c. Repubblica ceca*, il quale si riferisce a due individui che avevano acquistato una casa nel 1976 (vale a dire durante il regime comunista) ad un prezzo inferiore a quello che era il suo valore effettivo. Tale abitazione era stata confiscata dallo Stato nel 1948 ai legittimi proprietari. Il c. 8 della legge 229/1991 (così come emendato dalla legge 195/1993) stabiliva che coloro che erano obbligati a restituire la proprietà avevano diritto ad ottenere il rimborso per l’acquisto e per i costi sopportati per la sua manutenzione. La Corte EDU ha riconosciuto le argomentazioni dei ricorrenti, secondo le quali essi avevano acquistato la casa in buona fede, senza sapere che era stata precedentemente confiscata e che il prezzo pagato nel 1976, che era stato restituito loro quale rimborso, non corrispondeva in alcun modo al valore della casa trent’anni dopo. I giudici di Strasburgo ritengono quindi violato l’art. 1 del primo protocollo, condannando lo Stato al pagamento dei danni<sup>876</sup>. *De facto*, dunque, secondo la Corte EDU non era stato trovato un giusto bilanciamento tra la necessità di alleviare le ingiustizie verificatesi durante il passato comunista e il riconoscimento dei diritti degli attuali proprietari.

## 4.2. La Corte e i diritti fondamentali

### 4.2.1. I diritti fondamentali: dalla Costituzione del 1920 agli anni della transizione “formale”

Nella sua esistenza di poco più di vent’anni, la Prima Repubblica cecoslovacca, nata il 28 ottobre 1918, fu uno Stato democratico. La Costituzione del 1920 stabiliva infatti una democrazia

---

<sup>873</sup> PROCHÁZKA R., *Mission Accomplished: on Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, cit., pag. 150.

<sup>874</sup> I. US 38/02. Corsivo nostro.

<sup>875</sup> 5 novembre 2002, *Pincová e Pinc c. Repubblica ceca*.

<sup>876</sup> Un caso analogo è quello *Zvolsky e Zvolska c. Repubblica ceca*, 12 febbraio 2003. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di giustizia di transizione riferita al diritto di proprietà nei Paesi post-socialisti cfr. ALLEN T., *Restitution and Transitional Justice in the European Court of Human Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, n. 1, 2007.

parlamentare ispirata alla Francia della Terza Repubblica, e prevedeva un catalogo delle libertà fondamentali tipico del costituzionalismo liberale<sup>877</sup>.

Tale periodo di libertà, tuttavia, non durò a lungo, dal momento che, alla fine degli anni Trenta, l'occupazione tedesca della Cecoslovacchia sancì la fine del regime democratico, e diede inizio ad un lungo periodo caratterizzato da regimi autocratici: il 15 marzo 1939, infatti, venne istituito da Hitler il Protettorato di Boemia e Moravia, e nel febbraio 1948 (dopo una parentesi democratica tra il 1945 e il 1948) iniziò il lungo dominio del regime comunista, destinato a durare sino al 1989. Come noto, il potere era concentrato nelle mani del Partito comunista, e tutti gli altri organi dello Stato non erano che meri esecutori della volontà del Partito. Sia la Costituzione del 1948 sia quella del 1960 (successivamente emendata nel 1968), prevedevano un catalogo dei diritti e delle libertà. Si trattava, tuttavia, di meri proclami, senza alcun tipo di garanzia: le Costituzioni socialiste, infatti, “hanno spesso utilizzato, nel campo dei diritti fondamentali, la tecnica del rinvio, lasciando così alle leggi ordinarie la possibilità di disciplinare la materia. Tale tecnica, unita all'assenza di una Corte costituzionale, facilitava la violazione dei diritti e delle libertà da parte degli organi dello Stato”<sup>878</sup>. Va detto, inoltre, che a partire dal 1948 la Cecoslovacchia ratificò una serie di documenti e trattati internazionali in materia di diritti umani, ai quali, tuttavia, non venne dato alcun tipo di attuazione<sup>879</sup>: la conseguenza fu che la protezione delle libertà fondamentali rimase pressoché inesistente nel corso di tutti i quarant'anni del regime comunista.

In seguito alla Rivoluzione di velluto la situazione mutò radicalmente. In maniera analoga a quanto avvenuto in Spagna<sup>880</sup>, infatti, già durante la transizione “formale” l'Assemblea federale approvò numerose leggi volte a garantire la tutela delle libertà fondamentali, sancendo così una prima, forte discontinuità rispetto al regime precedente. Si pensi, ad esempio, alla legge 83/1990 sul diritto di associazione, alla legge 84/1990 sul diritto di riunione, alla legge 83/1990 (che consentiva la libera associazione in sindacati, sancendo così la fine del sindacato unico), alla legge 120/1990 (che disciplinava le relazioni tra i sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro). Vennero adottati importanti provvedimenti anche in materia di istruzione, come le leggi 171/1990 (legge sull'educazione) e 172/1990 (legge sulle scuole di grado elevato), le quali codificavano diritti e libertà accademiche ed introducevano il principio dell'autogoverno nelle scuole di grado elevato. Venne meno, inoltre, il monopolio dell'educazione, dal momento che la l. cost. 161/1990 stabilì che il diritto all'istruzione poteva essere garantito anche da scuole private: nacquero, così, scuole elementari e medie gestite dalla Chiesa. Con la legge 73/1990 venne, poi, assicurata ai cittadini la possibilità di prestare servizio civile, invece di quello militare. Il processo di adozione di leggi in materia di diritti fondamentali non si arrestò nemmeno in seguito all'approvazione della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali (di cui si dirà nel prossimo paragrafo): vennero, infatti, emanate la legge sulla libertà di religione e sullo *status* delle Chiese e delle società religiose (308/1991), la legge sul referendum (327/1991), la legge sulle modalità di esecuzione dei referendum (490/1991),

---

<sup>877</sup> Cfr. CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pag. 281.

<sup>878</sup> SVOBODOVA T., *Les garanties des libertés fondamentales dans la République tchèque*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n. 3, 2003, pag. 653.

<sup>879</sup> Di particolare importanza fu l'Atto finale della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa (la c.d. “Dichiarazione di Helsinki”) del 1975, nel quale i rappresentanti dell'Unione sovietica e della stessa Cecoslovacchia si impegnarono a rispettare maggiormente i diritti fondamentali della persona. L'anno seguente la Cecoslovacchia ratificò il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, i quali si andarono ad aggiungere agli altri numerosi trattati internazionali che erano stati firmati precedentemente (Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), Convenzione sui diritti politici della donna (1955), Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (1987), ed altri trattati elaborati dall'Organizzazione internazionale del lavoro).

<sup>880</sup> Si rinvia al Cap. 3 par. 3.3.1.

la legge sull'associazione in partiti politici (424/1991). Furono, inoltre, apportate delle modifiche al Codice civile, al Codice di procedura civile e al Codice di procedura penale<sup>881</sup>.

#### 4.2.2. La Carta dei diritti e delle libertà fondamentali

La Carta dei diritti e delle libertà fondamentali è stata definita “una delle pietre miliari per la formazione di un ordine legale democratico [...] e rappresenta il ritorno alle tradizioni democratiche”<sup>882</sup> della Prima Repubblica cecoslovacca. La Carta, fortemente ispirata alla CEDU, è composta di un preambolo e di 44 articoli, e non differisce particolarmente dagli altri cataloghi dei diritti e delle libertà contenuti nelle Costituzioni degli ordinamenti europei approvate dopo la Seconda Guerra Mondiale, ovvero dai trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo. Vi sono, tuttavia, alcuni “elementi di originalità” (presenti anche nella Costituzione della Repubblica ceca), i quali “risiedono in una serie di disposizioni che risentono del recente passato autoritario e che appaiono quali evidenti prese di distanza da esso”<sup>883</sup>. Si pensi, in particolare, all'art. 9 c. 2 Cost.: “I requisiti sostanziali dello Stato democratico di diritto non possono essere modificati”; all'art. 9 c. 3 Cost.: “L'interpretazione delle disposizioni giuridiche non può essere utilizzata per eliminare o minacciare i fondamenti dello Stato democratico”; all'art. 2 della Carta: “Lo Stato si basa sui valori della democrazia e non può essere vincolato né da un'ideologia esclusiva né da una fede religiosa”; all'art. 23 della Carta: “I cittadini hanno il diritto di opporre resistenza a chiunque intenda sopprimere l'ordinamento democratico, fondato sui diritti umani e sulle libertà fondamentali stabiliti dalla Carta, nel caso in cui siano vanificate sia le attività degli organi costituzionali, sia l'efficace applicazione di misure legali”. Da tali disposizioni emerge con forza, dunque, sia un'esaltazione dei principi e dei valori democratici, sia l'idea della democrazia chiamata a difendersi: non pare, quindi, un caso che la Corte costituzionale federale e quella della Repubblica ceca abbiano sottolineato a più riprese nelle loro pronunce tali concetti.

Un aspetto di particolare interesse riguarda, poi, la formulazione delle disposizioni della Carta, la quale risulta essere molto diversa dalla parte della Costituzione cecoslovacca in materia di diritti e doveri dei cittadini: quest'ultima, infatti, “aveva uno spiccato carattere programmatico e ottativo, [mentre] le disposizioni del Documento, che andavano a modificare proprio quella parte del testo, vennero stilate in modo tale da poter essere applicate direttamente dalla Corte costituzionale”<sup>884</sup>.

Tra le peculiarità della Carta si registra anche il fatto che essa è stata collocata “a fianco” sia della Costituzione della Repubblica federale ceca e slovacca sia, successivamente, della Costituzione della Repubblica ceca<sup>885</sup>. Tale collocazione *sui generis* ha reso incerto, soprattutto in un primo momento, il suo *status* all'interno dell'ordinamento costituzionale ceco. Parte della dottrina, infatti, riferendosi alle disposizioni contenute nella Carta, si poneva le seguenti domande: “Fanno parte o non fanno parte della Costituzione ceca? Possono essere fatte valere dinanzi alla Corte costituzionale? [...] Qual è l'attuale *status* della Carta? [...]”<sup>886</sup>. La risposta a tali interrogativi non tardò ad arrivare, dal momento che sia la Corte costituzionale federale sia quella ceca

---

<sup>881</sup> Sulle leggi in materia di diritti fondamentali ricordate si veda SVOBODA K., *Legal and Political Events between 1989 and 1992*, cit., pag. 55 ss.

<sup>882</sup> KRESÁK P., *Le riforme costituzionali nella Repubblica federale cecoslovacca*, cit., pag. 440.

<sup>883</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 116.

<sup>884</sup> KRESÁK P., *Le riforme costituzionali nella Repubblica federale cecoslovacca*, cit., pag. 442.

<sup>885</sup> L'art. 3 Cost. afferma, infatti, che “la Carta dei diritti e delle libertà fondamentali costituisce una componente che integra il sistema costituzionale della Repubblica ceca”.

<sup>886</sup> SUNSTEIN C.R., *A Constitutional Anomaly in the Czech Republic?*, in *East European Constitutional Review*, 1995, pag. 51.

utilizzarono, sin dalle loro prime pronunce, la Carta quale parametro di costituzionalità. A ciò si aggiunge il fatto che anche la stessa legge sulla Corte costituzionale, all'art. 148 c. 2, afferma che, nel verificare se vi è stata violazione dei diritti fondamentali, la Corte “procederà sulla base della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali”. La Carta, dunque, è dotata di forza di legge costituzionale, “con la precisazione che dal punto di vista dei principi fondamentali assume un carattere “supercostituzionale”. Le modifiche alla Carta che compromettessero i principi fondamentali sui quali essa è costruita o che eliminassero determinati diritti o libertà da essa previsti dovrebbero essere considerate incostituzionali anche se introdotte con legge costituzionale”<sup>887</sup>.

#### 4.2.3. Lo *status* della CEDU e dei trattati internazionali sui diritti umani

Nell'analizzare le sentenze della Corte costituzionale in materia di diritti e libertà fondamentali, va segnalata, innanzitutto, la pronuncia del 25 giugno 2002<sup>888</sup>, nella quale il giudice delle leggi ceco ha avuto modo di precisare quale fosse il rango dei trattati internazionali sui diritti umani in seguito alla riforma costituzionale del 2001 (l. cost. 395/2001). Va detto che, sino a quella data, l'art. 10 Cost. prevedeva che “i trattati internazionali sui diritti umani e le libertà fondamentali ratificati e promulgati... sono immediatamente vincolanti e sono superiori alla legge”. Tale disposizione andava letta assieme all'art. 87 c. 1 lett. a) Cost., il quale stabiliva che la Corte potesse annullare decisioni individuali e leggi in contrasto non solo con la Costituzione, ma anche con i trattati internazionali in materia di diritti umani, inserendo così questi ultimi all'interno del parametro di costituzionalità.

Con la riforma costituzionale del 2001, il nuovo art. 10 Cost. ha previsto che “i trattati internazionali promulgati, per la cui ratifica il Parlamento ha dato il suo consenso e a cui la Repubblica ceca è vincolata, sono parte dell'ordinamento giuridico; se un trattato internazionale stabilisce diversamente dalla legge, si applica il trattato internazionale”. Ora, quindi, viene attribuita ai trattati internazionali (tutti, non solo quelli in materia di diritti umani) una mera priorità applicativa rispetto alla legge ordinaria, venendo meno la superiorità gerarchica (riconosciuta precedentemente) dei primi sulla seconda. A ciò si aggiunge il fatto che è stato eliminato il riferimento ai trattati internazionali previsto dall'art. 87 c. 1 lett a) Cost. ricordato poc'anzi. Tali modifiche avevano quindi lo scopo di evitare che tali trattati continuassero a fungere da parametro di costituzionalità<sup>889</sup>.

La Corte ceca ha ritenuto che “l'inammissibilità di modificare i requisiti sostanziali di uno Stato democratico basato sulla *rule of law* contiene altresì un mandato alla Corte costituzionale, che consiste nel fatto che nessuna modifica alla Costituzione può essere interpretata in modo tale da determinare una limitazione del livello procedurale di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali”. I giudici costituzionali hanno precisato altresì che continuava a sussistere l'obbligo per il giudice comune di sospendere il processo e sollevare la questione alla Corte non solo nell'ipotesi di contrasto tra normativa interna e Costituzione, ma anche nel caso di conflitto tra la prima e un trattato internazionale. Secondo la Corte costituzionale, quindi, i trattati in materia di diritti umani, e segnatamente la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, avevano conservato il loro *status* costituzionale. E' stato opportunamente evidenziato come essa, in realtà, abbia “attribuito *ex novo* (anche) alla stessa Convenzione un rango pari ordinato alla Costituzione, che non le era stato,

---

<sup>887</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 57.

<sup>888</sup> Pl. US 36/01.

<sup>889</sup> Cfr. BOBEK M., KOSAŘ D., *Report on the Czech Republic and Slovakia*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, pag. 135.

invece, mai riconosciuto neanche prima della revisione del 2001”<sup>890</sup>.

A parere della dottrina sono due le ragioni che spiegano tale decisione<sup>891</sup>. Secondo la prima, i giudici di Brno sono stati come “costretti” a concedere il rango costituzionale ai trattati sui diritti umani, dal momento che altrimenti, in base al nuovo art. 87 Cost., avrebbero perso il potere di verificare la compatibilità della normativa interna rispetto a tali trattati. La seconda motivazione si riferisce alla sfiducia che i giudici costituzionali riponevano nella magistratura ordinaria, non in grado, in particolare, di dare applicazione in maniera soddisfacente alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Alla luce di quanto detto, non vi è dunque da sorprendersi che la CEDU abbia influenzato considerevolmente la giurisprudenza della Corte costituzionale ceca, la quale, non a caso, è stata definita “campionessa nell’applicazione della CEDU” e “molto amica della CEDU”<sup>892</sup>. Il giudice delle leggi ha tentato, infatti, di evitare qualsiasi potenziale conflitto tra la Costituzione e la CEDU, cercando di leggere la Convenzione nelle disposizioni della Costituzione e della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali. Quest’ultima operazione era facilitata dal fatto, tra l’altro, che numerose disposizioni della Carta si richiamano fortemente alla Convenzione<sup>893</sup>.

I giudici di Brno, inoltre, hanno citato la giurisprudenza della Corte EDU in modo costante e in maniera estesa, spingendosi, in alcuni casi, “ad annullare le decisioni dei tribunali ordinari attraverso l’utilizzo di conclusioni altamente contestabili basate su di una lettura molto espansiva della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU”<sup>894</sup>. Sebbene il più delle volte la Corte costituzionale abbia annullato delle disposizioni interne in ragione della mancanza di conformità con quanto stabilito dalla CEDU<sup>895</sup>, sono capitate altresì occasioni in cui il contrasto è stato ravvisato in riferimento ad altri trattati internazionali in materia di diritti umani, come ad esempio la Convenzione sui Diritti del Fanciullo<sup>896</sup>.

I costanti riferimenti alla CEDU e agli altri trattati internazionali mostrano con grande evidenza la volontà della Corte di rafforzare la sua posizione ed autorità all’interno dell’ordinamento, nonché il tentativo di legittimare quanto più possibile – anche mediante riferimenti a fonti esterne – la propria azione e le proprie decisioni.

#### **4.2.4. La tutela dei diritti fondamentali: la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di voto.**

Tra le pronunce più significative della Corte costituzionale della Repubblica ceca in materia di diritti e libertà fondamentali<sup>897</sup>, pare opportuno ricordare quelle in materia di libertà di manifestazione del pensiero e di diritto di voto: esse, infatti, risultano particolarmente esemplificative dell’orientamento della giurisprudenza della Corte, dal momento che viene evidenziata la rottura, soprattutto in termini di principi e valori, tra il vecchio e il nuovo regime, e la necessità di difendere l’ordinamento democratico.

---

<sup>890</sup> POLLICINO O., *Allargamento dell’Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 217.

<sup>891</sup> BOBEK M., KOSAŘ D., *Report on the Czech Republic and Slovakia*, cit. pag. 136.

<sup>892</sup> BOBEK M., KOSAŘ D., *Report on the Czech Republic and Slovakia*, cit. pag. 138.

<sup>893</sup> Basti pensare alle analogie tra l’art. 17 della Carta dei diritti e l’art. 10 della CEDU.

<sup>894</sup> BOBEK M., KOSAŘ D., *Report on the Czech Republic and Slovakia*, cit., pag. 139, i quali citano, ad esempio, la sentenza I. US 85/04.

<sup>895</sup> Cfr. PI US 15/04 e PI US 45/04.

<sup>896</sup> PI US 31/96.

<sup>897</sup> Per un’analisi articolo per articolo dei diritti fondamentali contenuti nella Carta dei diritti commentati con la giurisprudenza costituzionale cfr. KLIMA K., *Constitutional Law of the Czech Republic*, cit., pag. 205 ss.

a) *La libertà di manifestazione del pensiero*

Tra le sentenze più importanti in materia di libera manifestazione del pensiero, deve essere ricordata innanzitutto la pronuncia della Corte costituzionale della Repubblica federale ceca e slovacca relativa alle disposizioni del Codice penale (legge 140/1961) in cui veniva proibito il c.d. “*hate speech*”<sup>898</sup>. E’ evidente come riuscire a verificare che la libertà di espressione non oltrepassasse i limiti costituzionalmente garantiti fosse una questione particolarmente complessa da affrontare, soprattutto alla luce del fatto che il Paese si era appena affrancato da un regime che per quarant’anni aveva limitato fortemente tale diritto.

I ricorrenti – un gruppo di 52 deputati – avevano impugnato due articoli del Codice penale: l’art. 260 c. 1 (così come modificato dalla legge 557/1991), il quale sanciva il divieto di supportare o di fare propaganda di un movimento il cui fine fosse quello di eliminare i diritti e le libertà dei cittadini, o che fomentasse l’odio per motivi nazionali, razziali, di classe o religiosi (come, ad esempio, il fascismo o il comunismo); e l’art. 261 (così come successivamente modificato), che proibiva di supportare pubblicamente i movimenti indicati all’art. 260.

Secondo i ricorrenti tali disposizioni risultavano essere in contrasto con diversi articoli della Carta dei diritti fondamentali e con altri trattati internazionali in materia di diritti umani. La Corte inizia la propria argomentazione rigettando la tesi secondo cui, nell’adottare gli artt. 260 e 261, lo Stato si fosse legato “ad un’ideologia esclusiva”. Se così fosse, infatti, sostengono i giudici, “allora sarebbe ammissibile una sola ideologia, e tutte le altre sarebbero escluse. Al contrario, tali disposizioni contribuiscono a garantire la pluralità di opinioni, di ideologie, di partiti politici e di altri movimenti, ed alla sana opportunità che questi vengano pubblicizzati e supportati: esse, infatti, vietano il supporto e la propaganda di un’ideologia che... escludeva ed esclude tuttora la diffusione di altre ideologie”.

I ricorrenti, inoltre, ritenevano che i due articoli del Codice penale fossero in contrasto con l’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali, che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero. Secondo la Corte, tuttavia, le disposizioni impuginate risultavano essere in piena conformità con le limitazioni previste dall’articolo stesso, secondo le quali la libertà di espressione può essere limitata per legge al fine di adottare misure “necessarie in uno Stato democratico per tutelare i diritti e le libertà degli altri, la sicurezza dello Stato, la pubblica sicurezza...”. I giudici costituzionali insistono proprio sul fatto che i movimenti indicati dalla legge, “diretti a sopprimere i diritti civili e a fomentare l’odio, indipendentemente da come siano denominati e da quelli che siano i loro ideali o scopi, sono movimenti che minacciano lo Stato democratico, la sua sicurezza e quella dei cittadini”.

Più complesso, invece, è il ragionamento della Corte relativamente alla formulazione dell’art. 260 c. 1, nella parte in cui viene fatto riferimento, tra parentesi, ai movimenti “fascisti o comunisti”. Secondo i giudici sono due le interpretazioni possibili. La prima (che è quella che deve essere seguita) consiste nel fatto che fascismo e comunismo rappresentano solo due esempi, tra i tanti, di movimenti nei cui confronti sono vietate espressioni di supporto, purché essi soddisfino i criteri sostanziali indicati (il movimento deve infatti essere diretto ad eliminare i diritti e le libertà dei cittadini o a fomentare l’odio di classe o razziale). La Corte osserva, tuttavia, come sia possibile anche una seconda interpretazione, secondo la quale il supporto al comunismo o al fascismo sia di per sé stesso illegale, indipendentemente dal fatto che il movimento sostenuto dalla persona sia volto concretamente ad eliminare i diritti della persona e a fomentare l’odio razziale o tra le classi. Secondo i giudici quest’ultima interpretazione è, invece, in conflitto con la libertà di manifestazione del pensiero: essi, infatti, sottolineano come il supporto o la propaganda a favore di un movimento comunista possa essere perseguito penalmente solamente nel caso in cui esso sia espressamente orientato all’eliminazione dei diritti dell’uomo ovvero a fomentare l’odio di classe o razziale. Tale orientamento è reso evidente, in particolare, dallo sforzo di ottenere il potere con la forza, e una

---

<sup>898</sup> Pl. US 5/92.

volta ottenutolo, dall'eliminazione delle elezioni libere e dall'attribuzione del potere al partito unico. Al contrario, continua la Corte, il mero insegnamento, ad esempio, dell'ideale di una società senza classi (fintantoché non venga effettuato attraverso l'utilizzo di strumenti violenti) non costituisce un comportamento di tipo criminoso<sup>899</sup>. I giudici concludono il loro ragionamento affermando che poiché tale ambiguità interpretativa si scontra con il principio della certezza giuridica, il riferimento tra parentesi ai "movimenti fascisti e comunisti" è da considerarsi incostituzionale.

Un'altra pronuncia di particolare interesse in materia di libertà di manifestazione del pensiero è quella emanata dalla Corte costituzionale della Repubblica ceca relativamente al reato di denigrazione di un organo dello Stato<sup>900</sup>. Sadurski ricorda come "pene speciali e severe per l'insulto di alti ufficiali rappresentavano non solo un'eredità del regime Comunista, dove la critica politica era considerata un'attività sovversiva, ma erano anche espressione, più in generale, della lunga tradizione che affonda le sue radici nel *crimine di lesa maestà*, tipico del periodo feudale: esso consisteva nell'inasprire la severità della punizione in funzione dell'importanza della carica ricoperta dalla persona offesa"<sup>901</sup>.

Il 1° dicembre 1993 il Presidente Havel fece ricorso alla Corte costituzionale chiedendo l'annullamento dell'art. 102 c.p. (così come modificato dalla legge 290/1993), nella parte in cui puniva con la reclusione sino a due anni coloro che avessero pubblicamente denigrato il Parlamento, il Governo e la Corte costituzionale. Secondo Havel tale disposizione era in contrasto con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali (libertà di espressione), dal momento che la previsione di una siffatta fattispecie criminosa non costituiva più una "misura necessaria" nella società, ed inoltre la condotta criminale era formulata in modo piuttosto vago ed impreciso.

La Corte ricorda come il termine "denigrazione" non costituisca una novità nell'ordinamento giuridico della Cecoslovacchia; al contrario, esso già stato previsto dal Codice penale del 1852, dalla Legge sulla Protezione della Repubblica nel corso della Prima Repubblica cecoslovacca, ed infine incorporato nei Codici penali del 1950 e del 1960. La denigrazione "era intesa come una grave violazione della dignità, e nel diritto penale contemporaneo è intesa come un grave sminuimento, insulto o ridicolizzazione della persona, come un attacco feroce alla dignità e all'onore commesso in maniera oltraggiosa". La Corte ritiene, quindi, che il termine sia inteso oggi sostanzialmente nella stessa maniera in cui veniva inteso in passato. La vera differenza consiste nel fatto che quando la legge 50/1923 utilizzava tale termine si riferiva esclusivamente alla Repubblica, e dunque ad un "concetto che non è espressione di una specifica istituzione o competenza, ma che rappresenta l'organizzazione dello Stato nel suo complesso"; oggi, al contrario, il Codice penale si riferisce non solo alla Repubblica<sup>902</sup>, ma anche al Parlamento al Governo e alla Corte costituzionale.

I giudici ritengono, poi, che la protezione degli organi dello Stato sia già sufficientemente garantita da altre disposizioni del Codice penale, in particolare dagli artt. 154 e 156. Questi ultimi, infatti, puniscono con la reclusione coloro che "insultino violentemente o diffamino" un organo dello Stato o un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni. L'art. 102, introduce, invece, un "elemento di eccessiva tutela", il quale viola "i principi dello Stato di diritto", ed in particolare l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali, dal momento che la protezione offerta agli organi dello Stato

---

<sup>899</sup> Cfr. la sent. 108/1974 della Corte costituzionale italiana, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 415 c.p. "nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità".

<sup>900</sup> PI US 43/93.

<sup>901</sup> SADURSKI W., *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, cit., pag. 165.

<sup>902</sup> Si ricorda, tuttavia, che Havel nel suo ricorso fa riferimento solo a Parlamento, Governo e Corte costituzionale e non anche alla Repubblica.

risulta essere “indeterminata ed indefinita”, non risultando chiaro dove finisca la critica e dove inizi, invece, la denigrazione. La condotta criminale non rientra, inoltre, tra le limitazioni alla libertà di espressione previste all’art. 17 c. 4, che consistono in quelle misure “necessarie in uno Stato democratico per tutelare i diritti e le libertà degli altri, la sicurezza dello Stato, la pubblica sicurezza, la pubblica salute e la morale pubblica”. L’art. 102 viola, poi, l’art. 10 CEDU, che sancisce la libertà di espressione: secondo la Corte, infatti, “è vero che l’art. 10 c. 2 della Convenzione garantisce la protezione dell’altrui reputazione, e che anche i politici godono di tale tutela, tuttavia in questo caso la richiesta di protezione deve essere bilanciata dall’interesse ad una libera discussione su questioni di tipo politico”.

#### *b) Il diritto di voto*

Prima di esaminare nel dettaglio alcune importanti decisioni della Corte costituzionale della Repubblica ceca relativamente al diritto di voto, va ricordato che tale organo svolge un ruolo particolarmente rilevante in materia di elezioni, soprattutto per quel che concerne la verifica dei poteri<sup>903</sup>. L’autorità competente a certificare i risultati elettorali è la Commissione elettorale, le cui decisioni possono essere impugnate dinanzi ai tribunali amministrativi regionali (nel caso di elezioni comunali e regionali) e alla Corte Suprema Amministrativa (nel caso di elezioni del Parlamento nazionale e di quello dell’Unione europea). La Corte costituzionale, a sua volta, si pronuncia in appello avverso le decisioni di verifica delle elezioni dei deputati o dei senatori, ed inoltre può intervenire sulla perdita dell’eleggibilità e sulle incompatibilità nello svolgimento delle funzioni dei deputati o dei senatori (art. 87 Cost.)<sup>904</sup>. Vale la pena notare come la Repubblica ceca abbia in un certo senso “precorso i tempi”: il sistema di controllo delle elezioni previsto nel Paese, infatti, risulta, per diversi aspetti, perfettamente conforme a quanto stabilito dal “Codice di buona condotta in materia elettorale” adottato dalla Commissione di Venezia nell’ottobre 2002: in esso si sottolinea proprio la necessità che l’organizzazione e il controllo delle elezioni vengano effettuati da un organo indipendente ed imparziale, più specificatamente una Commissione elettorale (artt. 3.1 e 3.3)<sup>905</sup>. La Commissione di Venezia ha sottolineato che l’introduzione di un organo costituzionale indipendente competente in materia elettorale è decisamente auspicabile soprattutto nelle giovani democrazie a causa della carenza delle strutture amministrative. L’introduzione nella Repubblica ceca di una Commissione elettorale, con la possibilità di ricorrere dinanzi alla giustizia amministrativa e, in secondo grado, alla Corte costituzionale, sembra quindi, come detto, soddisfare le raccomandazioni contenute nel Codice.

---

<sup>903</sup> Per una panoramica sulla giustizia elettorale negli ordinamenti dell’Europa centro-orientale si veda RINALDI F., RINALDI M., *Esperienze dell’Europa orientale*, in PEGORARO L., PAVANI G., PENNICINO S., *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bononia University Press, Bologna, 2011, pag. 287 ss.

<sup>904</sup> Cfr. altresì l’art. 85 della Legge sulla Corte costituzionale (182/1993). I casi “Lastovecka” (I. US 526/98) e “Nadvornik” (Pl. US 73/04) rappresentano due ottimi esempi del ruolo della Corte di Brno quale giudice di seconda istanza: in entrambe le circostanze, infatti, i giudici costituzionali, ribaltando le decisioni adottate dal supremo organo amministrativo, hanno ritenuto che, rispettivamente, D. Lastovecka e J. Nadvornik fossero stati validamente eletti senatore (cfr. PODHRÁZKY M., *A Comparative Analysis of the Bodies in Charge of Electoral Control, Especially the Judicial Ones: The Czech Case*, in BIGLINO CAMPOS P., DELGADO DEL RINCÓN L.E., *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2010, pag. 89 ss.). Altre decisioni della Corte costituzionale in materia di verifica dei poteri si trovano in SLADECEK V., *The Protection of Human Rights in the Czech Republic*, in PRIBAN J., YOUNG J. (a cura di), *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, cit., pag. 92 ss.

<sup>905</sup> Il Codice precisa che l’organo di appello (la Commissione, ovvero un tribunale) “deve essere competente soprattutto per ciò che concerne il diritto di voto – ivi comprese le liste elettorali – e l’eleggibilità, la validità delle candidature, il rispetto delle regole della campagna elettorale e il risultato dello scrutinio” (art. 3.3. lett. d)). Esso, inoltre, “deve poter annullare lo scrutinio se un’irregolarità ha potuto influenzare il risultato” (art. 3.3 lett. e)).

La Corte costituzionale si è occupata in numerosi casi di questioni relative al diritto di voto, garantendo così la piena attuazione dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali<sup>906</sup>. Tra le pronunce più rilevanti, vanno ricordate senza dubbio quelle riguardanti il sistema elettorale e i suoi correttivi. Si trattava di un tema particolarmente delicato e sentito: “fin dalle prime elezioni libere del 1990 [venne infatti] adottato un sistema elettorale proporzionale... sia per prendere le distanze dal sistema socialista (di tipo maggioritario), in maniera da favorire la ricostituzione del pluralismo politico, sia per riagganciarsi alle tradizioni della Prima Repubblica”<sup>907</sup>. Per quel che riguarda la Repubblica ceca, l'art. 18 Cost. prevedeva un sistema proporzionale per l'elezione della Camera dei Deputati ed uno di tipo maggioritario per il Senato.

Va ricordata, in primo luogo, la pronuncia della Corte in cui venne verificata la legittimità costituzionale della clausola di sbarramento, fissata dalla legge 247/1995 al 5%<sup>908</sup>. Il ricorso era stato presentato da un partito politico minore (DU), il quale sosteneva che tale soglia fosse in contrasto con due principi costituzionali: innanzitutto quello della rappresentanza proporzionale, stabilito, come appena ricordato, dalla Costituzione stessa per l'elezione della Camera dei Deputati. Tale clausola, infatti, avrebbe alterato la corrispondenza tra il numero di voti assegnati ad un determinato partito e l'allocatione dei seggi in Parlamento. Il secondo principio che si riteneva violato era quello che sancisce che i cittadini hanno il diritto di partecipare all'amministrazione degli affari pubblici o direttamente o attraverso la libera elezione dei loro rappresentanti, e che essi, a pari condizioni, hanno altresì diritto di accesso ad ogni carica o ufficio elettivo (art. 21 della Carta dei diritti fondamentali): secondo i ricorrenti, infatti, ci si trovava dinanzi al paradosso per cui, in ragione della clausola di sbarramento, i voti assegnati ai partiti che non riuscivano a raggiungere la soglia del 5% andavano a beneficio di candidati nei cui confronti i cittadini non avevano espresso il loro voto.

La Corte rigetta entrambe le argomentazioni: in relazione alla prima, infatti, i giudici ritengono che determinate misure (fra cui anche l'introduzione della clausola di sbarramento) costituiscono un modo attraverso cui evitare un'eccessiva frammentazione, e di conseguenza non costituiscono una violazione del principio della rappresentanza proporzionale. Per quel che riguarda, poi, la seconda argomentazione, la Corte sottolinea il fatto che se gli elettori conoscono in anticipo a chi andranno i seggi nel caso in cui il partito non raggiunga la soglia del 5%, i principi della parità di voto e del voto diretto non risultano in alcun modo violati.

Al fine di rafforzare le proprie argomentazioni, inoltre, i ricorrenti ricordano come anche l'art. 8 della Costituzione cecoslovacca del 1920 prevedesse, in maniera del tutto simile a quanto stabilito dall'art. 18 della Carta fondamentale del 1993, il principio della rappresentanza proporzionale, senza l'indicazione di alcun tipo di limitazioni. La Corte, tuttavia, rigetta tale ragionamento, ritenendo impossibile la comparazione tra i due testi costituzionali. Essi, infatti, “erano in vigore in due periodi storici diversi, con diverse concezioni della democrazia rappresentativa e, tra l'altro, in due Stati distinti”: se, infatti, al termine della Prima Guerra Mondiale il sistema proporzionale “puro” era ben consolidato, a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale cominciarono ad affermarsi con sempre maggiore forza i correttivi a tale sistema, quali, ad esempio, proprio le clausole di sbarramento.

Nella parte finale della sentenza la Corte arriva al “cuore” del proprio ragionamento. Secondo i giudici costituzionali, infatti, il fine delle elezioni non è solo quello di venire a conoscenza delle preferenze politiche degli elettori e di tradurle in seggi, ma di permettere ai rappresentanti eletti di adottare delle decisioni. In questo senso, il rischio di utilizzare un sistema elettorale proporzionale

---

<sup>906</sup> Oltre alle due pronunce che verranno ora analizzate si vedano, ad esempio, le sentenze IV. US 275/96; IV. US 276/96; I. US 526/98; Pl. US 30/98.

<sup>907</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 83.

<sup>908</sup> Pl. US 25/96.

puro consiste nel fatto di “dare vita ad una rappresentanza politica frammentata in un elevato numero di piccoli partiti promotori di diversi interessi, rendendo molto difficile, se non impossibile, la formazione di una maggioranza”. Di conseguenza, proprio allo scopo di consentire il buon funzionamento del sistema parlamentare, l’introduzione di determinati correttivi (come la clausola di sbarramento) risulta essere “accettabile”. Si tratta, cioè, di trovare “il giusto bilanciamento tra il principio della proporzionalità e quello della coesione parlamentare”<sup>909</sup>. La Corte precisa, infine, come tale clausola non possa essere aumentata senza limiti, ma che nel caso della Repubblica ceca la soglia del 5% risulti essere ragionevole. Una soglia del 10%, invece, “potrebbe essere considerata un’intrusione nel sistema proporzionale in grado di minacciare la sua essenza democratica”<sup>910</sup>.

Di straordinaria importanza è stata, poi, la sentenza della Corte costituzionale del 24 gennaio 2001<sup>911</sup>, dal momento che attraverso di essa è stato “difeso” il processo di democratizzazione in corso nel Paese. Per riuscire a comprendere la rilevanza di tale decisione è necessario richiamare, seppur brevemente, il quadro politico del tempo. Dalle elezioni del 1998 erano usciti vincitori il Partito sociale democratico (di centro-sinistra) e il Partito civico democratico (di centro-destra): poiché nessuna delle due forze era intenzionata a stringere un’alleanza con i partiti minori (soprattutto con i comunisti), dopo una serie di discussioni essi trovarono un accordo, e firmarono il c.d. “Accordo dell’opposizione”: in base a tale patto il Partito civico democratico si impegnava a sostenere il Governo di minoranza dei socialdemocratici, assicurando ad esso che non avrebbe preso l’iniziativa per un voto di sfiducia né che avrebbe votato a favore di una iniziativa di tal tipo. In cambio, l’Ods doveva essere consultato per l’adozione delle decisioni di maggiore rilevanza, ed inoltre ad esso era assicurata la presidenza di entrambe le Camere del Parlamento e degli organi di controllo della Camera bassa (commissione di controllo dei servizi di *intelligence*, comitato di bilancio...)<sup>912</sup>. La situazione era tale per cui, *de facto*, mancava una reale opposizione: il Partito civico democratico, infatti, come appena detto, si era impegnato a non votare la sfiducia, e gli altri partiti (ivi compreso quello comunista) erano troppo deboli per riuscire a mettere in difficoltà il nuovo esecutivo. E’ noto, tuttavia, che “la mancanza dell’opposizione è sempre un pericolo per la democrazia”<sup>913</sup>, ed infatti una seria minaccia al sistema democratico ceco (ancora in via di costruzione) non tardò ad arrivare. Nel 2000 i due principali partiti decisero di emendare la legge elettorale esistente (247/1995) in modo tale da sostituire, di fatto, il sistema proporzionale (previsto dalla Costituzione per l’elezione della Camera dei Deputati) in uno di tipo maggioritario (previsto, invece, solo per il Senato)<sup>914</sup>: ciò sarebbe andato a tutto vantaggio dei due partiti, i quali avrebbero potuto ottenere così maggioranze estremamente ampie, mentre i partiti minori avrebbero rischiato con buone probabilità di rimanere fuori dal Parlamento. Tale provvedimento venne duramente criticato, ma alla fine il Parlamento riuscì a farlo approvare.

La legge venne impugnata dal Presidente della Repubblica Havel e da un gruppo di 33 senatori, secondo i quali diverse disposizioni della stessa erano in contrasto con gli articoli 5<sup>915</sup> e 18 c. 1<sup>916</sup>

---

<sup>909</sup> SADURSKI W., *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, cit., pag. 154.

<sup>910</sup> Su tale sentenza si veda PILDES R.H., *The Inherent Authoritarianism in Democratic Regimes*, in SAJÓ A. (a cura di), *Out of and Into Authoritarian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pag. 138 ss.

<sup>911</sup> Pl. US 42/2000.

<sup>912</sup> Cfr. DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pagg. 92-93.

<sup>913</sup> DUCHON F., *Constitutional Court of the Czech Republic*, disponibile *on-line* all’indirizzo [http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui\\_justicia/16-FRANTISEK%20DUCHON.pdf](http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/16-FRANTISEK%20DUCHON.pdf)

<sup>914</sup> Legge 204/2000.

<sup>915</sup> L’art. 5 afferma che “il sistema politico si basa sulla libera e volontaria formazione di partiti politici e sulla libera competizione tra di essi, nel rispetto dei fondamentali principi democratici e nel rifiuto della violenza come strumento per far valere i propri interessi”.

Cost., e con l'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali<sup>917</sup>. I ricorsi riguardavano fondamentalmente sei aspetti della legge<sup>918</sup>: 1) i collegi elettorali passavano dagli otto esistenti a 35 (veniva diminuita, dunque, in modo significativo la loro ampiezza); 2) la formula d'Hondt veniva modificata (il coefficiente passava da 1.0 a 1.4); 3) il numero minimo di mandati in un collegio era fissato a 4; 4) ciascun partito era tenuto ad allegare alla lista del proprio candidato la conferma del pagamento di un deposito di 40.000 corone; 5) il finanziamento dello Stato ai partiti politici veniva ridotto: da 90 corone per voto si passava a 30; 6) venivano stabiliti dei nuovi limiti alle coalizioni per accedere in Parlamento: la coalizione tra due partiti richiedeva il 10%, quella fra tre partiti il 15%, quella tra quattro il 20%, e così via. Alla base del ricorso vi era l'idea che tutte queste nuove disposizioni messe assieme avrebbero violato il principio, stabilito in Costituzione, per cui la Camera dei Deputati è eletta con metodo proporzionale.

La Corte costituzionale si trovava, quindi, “in una posizione particolarmente difficile e la sua decisione avrebbe comportato, in ogni caso, enormi ripercussioni politiche. Il guardiano della Costituzione era chiamato ad agire in qualità di forte attore politico, in grado di determinare il sistema politico e la cultura del Paese nei decenni a venire”<sup>919</sup>.

Dei sei aspetti contestati richiamati poc'anzi, cinque vennero dichiarati incostituzionali dalla Corte. Per quel che riguarda il primo punto, essa ritenne che diminuire in modo così significativo l'ampiezza dei collegi elettorali avrebbe significato alterare il principio della rappresentanza proporzionale: infatti, “l'elemento determinante nel sistema di rappresentanza proporzionale consiste nella grandezza dei collegi elettorali: più il collegio è grande, più il risultato sarà espressione del principio di proporzionalità, mentre con un collegio piccolo il risultato elettorale si allontanerà da tale principio”.

I giudici ritengono, poi, che aumentare il numero di collegi a 35, fissare il numero minimo di mandati a 4 e modificare (nel modo sopra indicato) la formula d'Hondt costituiscono, nel complesso, una serie di correttivi il cui risultato è quello di abbandonare il sistema di rappresentanza proporzionale.

Per quel che concerne il quarto punto, la Corte ha affermato che imporre il pagamento di un deposito costituisce una violazione della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali, dal momento che spetta allo Stato mettere i partiti in condizione di prendere parte alle elezioni parlamentari e di garantire, così, la piena attuazione dell'art. 5 della Carta. Al contrario, “la previsione di un deposito introduce una discriminazione a priori: stabilire delle condizioni economico-finanziarie, infatti, rende impossibile per molti partiti prendere parte alle elezioni, le quali costituiscono il momento più seguito di competizione tra i partiti politici, e mostrano quale sia il supporto degli elettori”.

Secondo i giudici costituzionali, poi, anche la riduzione del contributo dello Stato ai partiti politici (da 90 a 30 corone per voto) risulta essere in contrasto con il principio costituzionale che assicura la libera e volontaria formazione dei partiti politici e la libera competizione tra di essi.

L'unico aspetto che viene fatto salvo è quello relativo al raggiungimento, per le coalizioni, di determinati quorum per poter essere rappresentate in Parlamento: 10% per la coalizione formata da due partiti, 15% per quella formata da tre partiti, e così via.

---

<sup>916</sup> L'art. 18 c. 1 afferma che “le elezioni per la Camera dei Deputati... si fondano sul suffragio universale, uguale e diretto e sui principi della rappresentanza proporzionale”.

<sup>917</sup> L'art. 22 afferma che “qualsiasi disposizione di legge che si riferisce a diritti e libertà politiche, così come la sua interpretazione, deve rendere possibile e tutelare la libera competizione tra le forze politiche in una società democratica”.

<sup>918</sup> Si precisa che i ricorsi, sebbene distinti, vennero accorpati e decisi in un'unica sentenza.

<sup>919</sup> PŘIBÁŇ J., *Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System*, cit., pag. 390.

Sebbene la legge del 2000 adottata nella Repubblica ceca e la c.d. “legge truffa” approvata dal Parlamento italiano nel 1953 risultino essere, sotto diversi aspetti, tra loro diverse, non pare azzardato affermare che perlomeno la ragione che ha portato alla loro emanazione sia analoga. In entrambi i Paesi, infatti, l’obiettivo era chiaramente quello di introdurre dei correttivi al sistema proporzionale<sup>920</sup> volti a favorire il partito (o i partiti) al potere in quel determinato momento (e che si presumeva avrebbe(ro) riottenuto la maggioranza alle successive elezioni), a scapito delle forze politiche minori. Se in Italia la legge venne ben presto cambiata, fu perché nelle elezioni del 7 giugno 1953, sebbene per soli 55.000 voti, non scattò il premio di maggioranza, e ciò impedì alla Democrazia cristiana di ottenere il 65% dei seggi in Parlamento<sup>921</sup>. Nella Repubblica ceca, invece, fu decisivo l’intervento della Corte costituzionale, la quale dichiarò la legge in gran parte incostituzionale.

Negli ordinamenti italiano e ceco, caratterizzati da società politicamente e ideologicamente divise, il sistema proporzionale ha svolto un ruolo importante: esso, infatti, ha evitato la concentrazione di troppo potere nelle forze maggioritarie, ha garantito la sopravvivenza di forze politiche e ideologiche molto distanti tra loro, e ha incentivato la ricerca dell’accordo e della mediazione. Aspetti, questi, di grande rilevanza, specie nella fasi di giovane esperienza democratica. In particolare, il caso appena ricordato dei correttivi alla legge elettorale nella Repubblica ceca costituisce un esempio interessante di come la Costituzione “non si difenda da sé”, ma necessiti di un giudice *ad hoc* (una Corte costituzionale, per l’appunto) che la protegga contro violazioni più o meno esplicite alle sue stesse disposizioni. Certo è che, in questo caso, la Corte era facilitata nel suo intervento poiché era lo stesso testo costituzionale a prevedere espressamente, per la Camera dei Deputati, il sistema proporzionale. Non è da escludersi che in futuro, una volta che il Paese avrà raggiunto una maggiore “maturità” democratica e che il problema della coesione socio-politica del corpo elettorale non sarà più percepito come così grave, il giudice delle leggi ceco decida di optare per un maggior *self-restraint* favorendo correttivi più forti al sistema elettorale.

## 5. Riflessioni conclusive

La Corte costituzionale della Repubblica ceca ha svolto un ruolo decisivo nel processo di transizione “sostanziale”. Diversi sono stati i fattori che hanno facilitato il suo compito. Si consideri, in primo luogo, che tanta era la volontà di dare vita ad un organo di giustizia costituzionale che la sua previsione venne data sostanzialmente per scontata; inoltre, proprio in ragione di tale consenso, l’inizio della sua attività è stato particolarmente rapido, ed infatti dopo neanche un anno dall’entrata in vigore della Costituzione essa fu in grado di emanare la sua prima sentenza. Va ricordato, tra l’altro, che un organo di giustizia costituzionale non rappresentava una novità per il Paese, dal momento che già durante la Prima Repubblica e nel corso del 1992 erano state istituite Corti costituzionali (a livello federale). Non va dimenticata, poi, la fortissima influenza che la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo hanno avuto sulle pronunce dell’organo di giustizia costituzionale ceco in materia di tutela dei diritti fondamentali. In maniera analoga a quanto avvenuto in Spagna, inoltre, la prospettiva di entrare a far parte dell’Unione Europea il prima possibile ha, con ogni probabilità, velocizzato il processo di democratizzazione, e di conseguenza ha rappresentato un aiuto, sebbene indiretto, all’attività del giudice delle leggi.

L’attività della Corte costituzionale ceca, tuttavia, soprattutto all’inizio, non è stata priva di

---

<sup>920</sup> Si precisa che nella Repubblica ceca il sistema proporzionale era previsto espressamente in Costituzione per l’elezione della Camera dei Deputati; in Italia, sebbene la Carta del ’48 non stabilisse nulla in proposito, gran parte della cultura politico-istituzionale dell’epoca riteneva che tale sistema elettorale fosse previsto implicitamente in Costituzione.

<sup>921</sup> Si rinvia al Cap. 2 par. 3.2.

difficoltà: tale organo, infatti, ha dovuto affrontare una forte ostilità da parte di molti membri della magistratura, del Parlamento e di alcuni settori della dottrina. Questi soggetti ritenevano, infatti, che le decisioni della Corte non fossero vincolanti, e ciò comportò che in diversi casi sia le supreme magistrature sia il Parlamento ignorarono palesemente quanto stabilito dal giudice costituzionale. Una certa ostilità proveniva, poi, dal Presidente della Repubblica Klaus, il quale accusava la Corte di eccessivo attivismo. Non va dimenticato, tra l'altro, che a causa di problemi riguardanti la nomina dei giudici, per più di un anno, tra il 2003 e il 2004, la Corte fu costretta a sospendere la propria attività.

Il primo ambito in cui si è concentrata l'attività della Corte al fine di garantire la transizione "sostanziale" ha riguardato la c.d. "giustizia di transizione". Tre paiono essere le parole chiave della giurisprudenza della Corte in tale ambito: rottura, rimedio, difesa. Non era, infatti, immaginabile la creazione di una vera democrazia senza, innanzitutto, avere "fatto i conti" con il passato regime comunista. In questo senso il giudice costituzionale non si è limitato ad affermare una discontinuità con tale passato, ma ha sancito una vera e propria *rottura*: basti pensare al fatto che, nella sua prima sentenza, la Corte ha definito il regime comunista "criminale, illegittimo e disprezzabile". Essa ha ritenuto, quindi, che le leggi relative alla restituzione della proprietà fossero in gran parte conformi alla Costituzione e alla Carta dei diritti fondamentali: il giudice costituzionale sosteneva, infatti, la necessità di *rimediare*, per quanto possibile, alle ingiustizie commesse dai comunisti tra il 1948 e il 1989. La Corte ha affermato altresì la legittimità costituzionale delle leggi di lustrazione, le quali erano finalizzate ad impedire a persone coinvolte con il regime comunista e ritenute interessate ad un ritorno al passato di occupare posti di responsabilità nell'ambito dell'apparato statale: il giudice costituzionale ha ritenuto, infatti, che la *difesa* dei nuovi principi e valori democratici conquistati con la Rivoluzione di Velluto costituisse non solo un diritto dello Stato, ma anche un suo dovere<sup>922</sup>. E' probabile che decisioni di questo tipo siano state influenzate anche dal fatto che diversi giudici costituzionali nominati da Havel, fra cui il suo primo Presidente, avevano studiato all'estero e/o erano stati oppositori del regime comunista nel periodo 1948-1989.

Va rilevato come nelle pronunce appena ricordate il giudice costituzionale ceco non abbia svolto il ruolo "antimaggioritario" che ha caratterizzato spesso le Corti costituzionali sin dai primi anni della loro attività (si pensi in particolare al caso della Corte costituzionale italiana<sup>923</sup>): la Corte ceca, infatti, in materia di "giustizia di transizione", ha legittimato nella gran parte dei casi le scelte compiute dal legislatore. Nel caso delle leggi di lustrazione le decisioni non sono state influenzate in alcun modo dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, come già ricordato, ha emanato la sua prima sentenza in materia solamente diversi anni più tardi. Per quel che concerne le leggi sulla restituzione della proprietà, la Corte EDU ne ha sancito in termini generali la legittimità, raccomandandosi, tuttavia, di evitare il rischio che l'attenuazione dei danni passati determinasse nuove sproporzionate ingiustizie. Non sono mancati, in effetti, casi in cui i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che non fosse stato trovato il giusto bilanciamento tra la necessità di rimediare alle ingiustizie del passato comunista e il riconoscimento dei diritti degli attuali proprietari.

La Corte ha poi focalizzato la propria attività sulla tutela dei diritti e delle libertà

---

<sup>922</sup> Tale posizione richiama la dottrina della Corte EDU degli "obblighi positivi" in materia di partiti politici "antisistema": "il potere statale d'intervenire *preventivamente* contro un partito (prima, cioè, che i suoi intenti antidemocratici o illiberali siano posti in pratica grazie alla conquista del potere) è conforme agli obblighi positivi incombenti sugli Stati in virtù dell'art. 1, onde garantire il rispetto dei diritti e delle libertà della CEDU a favore di tutte le persone soggette alla propria giurisdizione, potendo a tal fine gli Stati imporre ai partiti il dovere di rispettare tali diritti e libertà, così come l'obbligo di non proporre un programma politico in contraddizione con i principi fondamentali della democrazia" (GUAZZAROTTI A., *Art. 11. Libertà di riunione e di associazione*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova, 2012).

<sup>923</sup> Cfr. Cap. 2 par. 4.1.

fondamentali. Oltre alla fondamentale sentenza in cui il giudice costituzionale ha attribuito rango costituzionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e agli altri trattati in materia di diritti umani (nonostante il Parlamento avesse approvato una legge costituzionale volta proprio ad impedire che i trattati internazionali continuassero a fungere da parametro di costituzionalità), di particolare interesse sono le pronunce in materia di libertà di espressione e di diritto di voto. In esse la Corte ha ribadito la netta rottura rispetto al precedente regime e l'affermazione dei nuovi principi e valori democratici. Innanzitutto va ricordata la sentenza in cui il giudice costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della legge finalizzata a sostituire, di fatto, il sistema proporzionale (previsto dalla Costituzione per l'elezione della Camera dei Deputati) in uno di tipo maggioritario (previsto, invece, solo per il Senato): in tal modo, infatti, la Corte ha evitato che i due principali partiti riuscissero a lasciar fuori, con ogni probabilità, i partiti minori dal Parlamento. In tale occasione, dunque, l'organo di giustizia costituzionale, difendendo la scelta effettuata dal costituente di prevedere un sistema proporzionale alla Camera, ha concretamente difeso il processo di democratizzazione in corso nel Paese. In un'altra pronuncia, anch'essa di particolare rilevanza, la Corte ha invece giustificato la clausola di sbarramento al 5%, voluta dal legislatore per esigenze di governabilità. Nel bilanciare, quindi, il principio di rappresentatività insito nel vincolo del sistema proporzionale, con l'altro valore della governabilità (legittimità della clausola al 5%), la Corte si è dimostrata particolarmente attenta nel ricercare l'equilibrio tra opposte esigenze in materia di elezioni.

E' di particolare interesse notare come, soprattutto nelle pronunce relative alla giustizia di transizione, ma in parte anche in quelle concernenti la tutela dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale abbia posto a fondamento delle proprie decisioni non solo argomentazioni strettamente giuridiche, ma anche di tipo storico-politico<sup>924</sup>. Si registra, infatti, un'analisi dettagliata dell'ideologia, degli istituti, delle leggi e delle prassi propri del regime comunista, analisi finalizzata a mostrare nel modo più evidente possibile la rottura tra il precedente regime e la nuova forma di stato democratica. L'impressione è che il giudice costituzionale ceco sia stato influenzato dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha fatto ampio ricorso alla narrazione storica. Le osservazioni effettuate in riferimento alla Corte di Strasburgo paiono essere perfettamente valide anche per il giudice delle leggi ceco: "lungi dal rappresentare una mera cornice culturale cui fare ricorso per "abbellire" la sentenza o renderla più persuasiva, l'argomento storico finisce spesso per determinare il senso della decisione del caso concreto, e, nella maggior parte dei casi, giustifica e legittima misure statali restrittive dei diritti fondamentali, individuando attraverso la ricostruzione storica ragioni "contestuali" prevalenti sull'affermazione oggettiva dei principi dalla vocazione universale"<sup>925</sup>.

L'argomentazione storica, unita alla costante esaltazione dei nuovi principi e valori espressi nella Costituzione e nella Carta dei diritti fondamentali (ma che trovano la propria origine nella Rivoluzione di Velluto), hanno spesso dato vita a sentenze "manifesto": attraverso tali pronunce, infatti, il giudice costituzionale, prendendo spunto dal caso a lui sottoposto, ha reso noti quelli che sono i principi ispiratori, gli ideali (verrebbe quasi da dire "il programma") del nuovo Stato democratico. Si tratta di un "reasoning" del tutto diverso rispetto a quello utilizzato dalle Corti costituzionali italiana e spagnola, ma anche dalle rispettive magistrature ordinarie. In tali Paesi, infatti, le sentenze che affrontano più strettamente questioni legate al passato autoritario, vertono di norma intorno ad argomentazioni di tipo prettamente giuridico: sono pertanto estremamente tecniche, e lasciano poco spazio per considerazioni storico-politiche o, più in generale, extra-

---

<sup>924</sup> Cfr. DI GREGORIO A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, cit., pag. 281.

<sup>925</sup> BURATTI A., *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione presentata al Convegno "La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti" (Università di Perugia, 17 novembre 2011).

giuridiche. Probabilmente l'esempio per eccellenza di tale "tecnicismo" si può riscontrare nella celebre pronuncia della Corte di Cassazione italiana del 7 febbraio 1948, che riguardava proprio la "giustizia di transizione": in tal caso, infatti, al fine di fare salve le norme (retroattive) in materia di repressione dei delitti fascisti<sup>926</sup>, venne introdotta per la prima volta la distinzione tra norme programmatiche e norme precettive, e venne sancita la programmaticità dell'art. 25 Cost., che afferma che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"<sup>927</sup>. Di riferimenti di tipo storico al precedente regime fascista, invece, non ve ne era alcuno.

Non è facile valutare l'approccio "storicista" della Corte ceca: se da un lato l'utilizzo della narrazione storica presenta indubbiamente notevoli insidie (la storia è infatti quasi sempre fonte di contestazioni, per cui risulta di estrema difficoltà procedere ad una ricostruzione oggettiva dei fatti), dall'altro le clausole generali presenti nel testo della Costituzione rendono necessaria un'attenta analisi storica e contestuale<sup>928</sup>, specie se si tratta – come nel caso della Repubblica ceca – di un Paese in transizione.

In ultimo pare importante effettuare una breve riflessione relativamente alle modalità di accesso alla Corte. Tramite il ricorso diretto di costituzionalità, anche i cittadini possono rivolgersi all'organo di giustizia costituzionale, sebbene nel rispetto di determinati limiti (fra cui quello di aver prima esaurito tutti i ricorsi giurisdizionali). Si tratta di uno strumento molto utilizzato: infatti, "ogni anno la Corte riceve migliaia di ricorsi individuali, i quali costituiscono, dunque, percentualmente, la maggior parte delle questioni di cui essa si occupa. Nei primi anni dopo la transizione [ad esempio] la Corte è stata letteralmente sommersa dei ricorsi riguardanti le riabilitazioni e la restituzione dei beni..."<sup>929</sup>. Tuttavia, se la Corte costituzionale ha svolto un ruolo di primo piano nel processo di democratizzazione è stato soprattutto grazie alle sentenze emanate in seguito a ricorsi in via diretta provenienti da organi pubblici (spesso dal Capo dello Stato) o da minoranze parlamentari. E' stato, infatti, il Presidente della Repubblica Havel ad impugnare la legge relativa al reato di denigrazione di un organo dello Stato e quella (poc'anzi citata) volta a trasformare il sistema per l'elezione della Camera dei Deputati in maggioritario; sono state, poi, le minoranze parlamentari a ricorrere contro la legge sull'illegittimità del regime comunista, contro i provvedimenti di lustrazione, o ancora contro le disposizioni del Codice penale in cui veniva proibito il c.d. "hate speech". In tali pronunce la Corte ha avuto la possibilità di giudicare la legittimità delle leggi in materia di giustizia di transizione e di garantire l'effettiva attuazione dei diritti fondamentali, affermando, così, i concetti (richiamati in precedenza) di "rottura, rimedio, difesa" e, più in generale, i nuovi principi e valori democratici. Pare evidente, dunque, come le modalità di accesso alla Corte costituzionale, influenzando l'attività di questa, rappresentino, sebbene indirettamente, un'importante variabile nel processo di transizione democratica.

---

<sup>926</sup> Il riferimento, in particolare, è al d.lgs.lgt. 159/1944, il quale prevedeva il delitto di "collaborazionismo" commesso durante il periodo dell'invasione tedesca dopo l'8 settembre 1943.

<sup>927</sup> Cfr. Cap. 2 par. 3.3.1.

<sup>928</sup> Cfr. BURATTI A., *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., il quale si riferisce non solo ai giudici delle Corti costituzionali, ma anche (soprattutto) a quelli della Corte EDU.

<sup>929</sup> DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, cit., pag. 118.

## Capitolo 5

### Conclusioni

SOMMARIO: 1. L'azione delle Corti costituzionali nelle transizioni democratiche: tra interventi comuni e priorità. – 2. Le variabili. – 2.1. Il modello di giustizia costituzionale prescelto. – 2.2. Il tempo di entrata in funzione delle Corti costituzionali. – 2.3. Lo *status* e la nomina dei giudici costituzionali. – 2.4. Le modalità di accesso alle Corti costituzionali e i soggetti legittimati a ricorrere. – 2.5. L'orientamento degli altri soggetti costituzionali e degli attori politici. – 2.6. La partecipazione del Paese ad organizzazioni sovranazionali europee. – 2.7. L'utilizzo da parte delle Corti costituzionali del diritto straniero e della comparazione; il riferimento alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3. Le Corti costituzionali dell'Italia, della Spagna e della Repubblica ceca quali attori protagonisti della transizione “sostanziale”.

#### 1. L'azione delle Corti costituzionali nelle transizioni democratiche: tra interventi comuni e priorità

Nella presente ricerca si è proceduto alla verifica e alla valutazione, attraverso un'analisi di tipo empirico, del ruolo delle Corti costituzionali dell'Italia, della Spagna e della Repubblica ceca (quali casi esemplificativi delle “tre generazioni di Corti costituzionali europee”) nei processi di transizione democratica, evidenziando di volta in volta i fattori che hanno facilitato o, al contrario, reso difficile l'operato di tali organi.

L'azione delle tre Corti costituzionali in esame è stata, in alcuni casi, diversa da Paese a Paese, mentre in altri ha presentato caratteristiche analoghe. Un aspetto che ha accomunato l'intervento di tutti e tre i giudici costituzionali è consistito in particolare nell'affermazione della piena *normatività* del testo costituzionale<sup>930</sup>. Infatti, uno dei maggiori ostacoli, soprattutto in Italia e in Spagna, alla realizzazione di un regime a tutti gli effetti democratico era rappresentato dal fatto che numerose norme costituzionali erano considerate da parte della dottrina e delle supreme magistrature meramente programmatiche. In tal senso, l'intervento delle Corti costituzionali volto a sancire la precettività di tutte le norme della Costituzione è stato decisivo nel favorire il passaggio da una “*transition in the Constitution*” ad una “*transition in action*”: il processo di transizione democratica, insomma, non termina con la mera previsione a livello costituzionale dei nuovi principi e valori che caratterizzano il nuovo ordinamento, ma è necessario che ad essi venga data effettiva attuazione<sup>931</sup>.

Un altro aspetto che ha accomunato l'azione delle tre Corti costituzionali ha riguardato la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. E' di tutta evidenza come tale protezione fosse particolarmente sentita in ragione del fatto che tutti e tre gli ordinamenti erano appena usciti da lunghi periodi di regime autoritario, caratterizzati da una forte compressione delle libertà dell'individuo. Va sottolineato il fatto che, proprio al fine di assicurare una maggiore tutela, sia la Spagna (attraverso il *recurso de amparo constitucional*) sia la Repubblica ceca hanno previsto nelle proprie Carte fondamentali la possibilità del singolo di ricorrere direttamente dinanzi all'organo di giustizia costituzionale per lamentare la lesione di un diritto costituzionalmente garantito. Tale modalità di accesso alle Corti ha riscosso in entrambi gli ordinamenti un forte successo, dal

---

<sup>930</sup> Ciò sembra valere anche per la Corte costituzionale tedesca: secondo HÄBERLE P., *Il caso tedesco*, in AA.VV., *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Cedam, Padova, 2000, pag. 158, infatti, “lo sviluppo costituzionale della Legge fondamentale è... impensabile senza il contributo del Tribunale costituzionale federale. La “forza normativa della Costituzione” (K. Hesse) si è sviluppata anche grazie a Karlsruhe”.

<sup>931</sup> Si rinvia al Cap. 1 par. 3.2.

momento che sin dall'inizio sono stati estremamente numerosi i ricorsi effettuati attraverso questa strada. Si può rilevare come in Italia sia stata la stessa Corte costituzionale a tentare di ovviare – almeno in parte – alla mancanza di un simile strumento: nella prima fase della sua giurisprudenza, infatti, essa, proprio allo scopo di ampliare l'accesso alla Corte e quindi la possibilità di eliminare leggi incostituzionali, “non ha esitato ad interpretare l'ordinanza di rinvio e ad andare a cercare la questione anche quando questa non fosse espressa del tutto chiaramente nel provvedimento di rinvio e con l'osservanza puntuale di tutte le regole”<sup>932</sup>.

Accanto a questi interventi “comuni”, ciascuna Corte costituzionale è stata poi chiamata ad occuparsi delle distinte *priorità* che caratterizzavano i singoli processi di transizione democratica. In questo senso, in Italia la priorità era indubbiamente quella di *spezzare la continuità normativa* che aveva contraddistinto il Paese sino al 1956, anno di entrata in funzione della Corte costituzionale. Numerose leggi emanate durante il regime fascista ed in palese contrasto con la Carta del '48 erano infatti rimaste in vigore, e pertanto era indispensabile procedere ad un'attività di eliminazione – quantomeno parziale – di tale legislazione. Tale “bonifica” venne compiuta dalla Corte costituzionale nei suoi primi quindici anni circa di attività: in tal modo venne dunque rotta la continuità normativa ed assicurata una maggiore attuazione del testo costituzionale. L'organo di giustizia costituzionale ha contribuito al processo di democratizzazione in corso nel Paese esercitando altresì una funzione di stimolo (spesso indiretto) alle riforme, e svolgendo un ruolo di “supplenza” rispetto al Parlamento, in particolare quando questi non procedeva all'emanazione delle leggi di attuazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

Sebbene in Spagna le priorità fossero in parte analoghe a quelle italiane (era infatti necessario garantire il valore normativo della Costituzione del 1978, risolvere la questione delle norme precostituzionali e assicurare la tutela dei diritti fondamentali, peraltro tutte questioni di cui il giudice costituzionale si è ampiamente occupato), l'aspetto più delicato del processo di transizione democratica era quello legato all'*organizzazione territoriale dello Stato*. La risoluzione della “questione delle autonomie” (in particolare quella catalana e basca), e, più in generale, la costruzione di uno Stato decentrato costituivano, infatti, aspetti cruciali per una effettiva transizione dal regime autoritario a un ordinamento democratico. Tale esigenza era particolarmente sentita anche in ragione del fatto che Franco, non appena salito al potere, aveva eliminato, in nome di un centralismo assoluto, i due regimi autonomici (quello della Catalogna e quello dei Paesi Baschi) che si erano creati nel corso della Seconda Repubblica. Nonostante le disposizioni della Costituzione che regolavano la materia non fossero particolarmente chiare, il Tribunale costituzionale è stato in grado, attraverso un'opera di interpretazione delle disposizioni costituzionali e di risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Comunità Autonome (e tra Comunità Autonome), di garantire un funzionamento razionale del sistema autonomico, sulla base di quanto stabilito dall'art. 2 Cost., il quale garantisce, da un lato, la “indissolubile unità della Nazione spagnola”, e, dall'altro, “il diritto alla autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono”.

Nella Repubblica ceca la priorità del processo di democratizzazione consisteva senza dubbio nel “*fare i conti*” con il *precedente regime comunista*. In questo senso, il compito (particolarmente delicato) della Corte costituzionale è stato quello di verificare la legittimità costituzionale delle leggi concernenti la c.d. “giustizia di transizione”: il giudice costituzionale si è occupato, quindi, di questioni relative alla proprietà, alla restituzione dei beni, alla “lustrazione” e, più in generale, al ripudio del passato. Accanto a tali pronunce, non vanno poi dimenticate le sentenze in materia di diritti e libertà fondamentali, in particolare quelle riguardanti il diritto di voto e la libertà di manifestazione del pensiero: in esse, infatti, il giudice costituzionale ha ribadito la netta rottura

---

<sup>932</sup> ROMBOLI R., *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in MEZZETTI L., MAC-GREGOR F., *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, pag. 424.

rispetto al precedente regime e l'affermazione dei nuovi principi e valori democratici.

## 2. Le variabili

A questo punto pare necessario procedere all'individuazione delle variabili che hanno influenzato l'attività dei primi anni di tali organi e, quindi, indirettamente anche i processi stessi di democratizzazione. Infatti, pur ben consapevoli del fatto che, come già ricordato in precedenza, "ciascuna transizione ha la sua storia"<sup>933</sup>, non si può non riscontare come sussistano una serie di fattori che sembrano favorire ovvero ostacolare l'azione degli organi di giustizia costituzionale nel corso delle transizioni democratiche.

### 2.1. Il modello di giustizia costituzionale prescelto

La prima variabile da prendere in considerazione riguarda il modello stesso di giustizia costituzionale. Come noto, i costituenti italiani, spagnoli e cechi hanno adottato un modello accentrato. L'Italia, tuttavia, tra il 1948 e il 1956 (vale a dire prima dell'inizio dell'attività della Corte costituzionale) si è caratterizzata per un modello diffuso, sulla base di quanto previsto dalla VII disp. trans. e fin. Cost, la quale stabiliva che sino a quando non fosse entrata in funzione la Corte costituzionale, le decisioni di legittimità costituzionale avrebbero avuto luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione. L'analisi della giurisprudenza di tale periodo mostra come soprattutto le supreme magistrature, nel sostenere il più delle volte la natura meramente programmatica delle norme costituzionali (in particolare quelle che sancivano diritti e libertà fondamentali), abbiano spesso favorito la permanenza in vigore della legislazione fascista. In maniera analoga, il Tribunale Supremo spagnolo (specialmente nel biennio 1978-1980, quello cioè precedente all'entrata in funzione del *Tribunal constitucional*) ha in diversi casi ritenuto non applicabili diverse disposizioni della Costituzione considerandole mere norme programmatiche o di principio. Le magistrature supreme di entrambi i Paesi, dunque, si sono dimostrate ancora fortemente legate all'ideologia del precedente regime autoritario e non particolarmente sensibili ai principi e valori sanciti dalle nuove Costituzioni. E' poi evidente che un simile orientamento, specie nel caso italiano, sia stato determinato anche dal fatto che il sindacato di costituzionalità delle leggi rappresentava un'autentica novità (o quasi<sup>934</sup>) all'interno del sistema.

Nel caso in cui non vi siano stati efficaci processi di purgazione della magistratura (circostanza che si è verificata infatti in Italia e in Spagna), l'adozione di un modello diffuso di giustizia costituzionale può quindi, soprattutto all'inizio, costituire un ostacolo al processo di democratizzazione in corso nel Paese, a differenza del sistema accentrato, che invece pare essere più indicato per favorire l'attuazione della Costituzione e la transizione alla democrazia<sup>935</sup>. Non sembra dunque un caso il fatto che sia stata proprio la sfiducia nei confronti del potere giudiziario una delle principali ragioni che ha contribuito alla creazione di un organo di giustizia costituzionale *ad hoc* nella Repubblica ceca e negli altri ordinamenti dell'Europa centro-orientale in seguito al crollo del regime comunista.

Si deve considerare, inoltre, che se la Corte costituzionale è in grado di svolgere un ruolo così

---

<sup>933</sup> Secondo l'espressione di Olivetti Rason (si veda il Cap. 1 par. 8).

<sup>934</sup> Sui precedenti di giustizia costituzionale in Italia si rinvia al Cap. 2 par. 2.1.

<sup>935</sup> In questo senso si veda, ad esempio, CRUZ VILLALÓN P., *Dos años de jurisprudencia constitucional española*, in *Revista de derecho político*, n. 17, 1983, pag. 41, il quale ritiene che "solo un organo costituzionale concepito con tale missione specifica avrebbe potuto realizzare in così breve tempo l'azione svolta nel nostro Paese dal Tribunale costituzionale a favore dell'effettività della supremazia della Costituzione. Attraverso un sistema "diffuso" di giustizia costituzionale, fondato esclusivamente sul potere giudiziario, ciò non sarebbe stato facilmente possibile".

incisivo è anche perché si tratta di “un organo che ha una struttura molto agile e che dispone di un grado di stabilità superiore a quella di tutti gli altri organi costituzionali. In secondo luogo, perché è un organo che, nonostante la varietà delle sue derivazioni, politiche e tecniche, tende a manifestare al suo interno una notevole omogeneità culturale, legata al livello di formazione e di esperienza dei suoi componenti”<sup>936</sup>.

## 2.2. Il tempo di entrata in funzione delle Corti costituzionali

Una seconda variabile si riferisce al tempo di entrata in funzione dell’organo di giustizia costituzionale. La Corte costituzionale spagnola e (soprattutto) quella ceca hanno iniziato la propria attività in tempi piuttosto rapidi: diciannove mesi dopo la promulgazione della Costituzione la prima, sette mesi la seconda. Tale rapidità (che è indice, tra l’altro, di un elevato grado di consenso da parte delle forze politiche alla creazione di un organo di giustizia costituzionale) sembra avere favorito l’azione delle Corti costituzionali stesse. In Italia, al contrario, sebbene – come visto – la Corte abbia svolto un ruolo fondamentale all’interno della transizione garantendo una forte discontinuità normativa, il ritardo di ben otto anni prima della sua entrata in funzione può contribuire a spiegare le difficoltà che tale organo ha incontrato, soprattutto all’inizio della sua attività. Certo non va dimenticato il contesto storico-politico all’interno del quale si inserisce la nascita della Corte: essa, infatti, vede la luce “dentro un tessuto politico e sociale che... si presentava particolarmente disomogeneo e frammentato, un tessuto dove era molto difficile individuare dei valori fondanti comuni. La Costituzione enunciava questi valori, ma, nell’ambito delle varie espressioni lessicali, si manifestavano, con riferimento a tali valori, forti conflitti tra i diversi schieramenti politici”<sup>937</sup>.

Pare, quindi, possibile applicare anche alle Corti costituzionali l’osservazione di Pavone secondo la quale gli istituti posti in essere tempestivamente hanno una “*carica innovatrice*”<sup>938</sup> maggiore di quelli la cui attuazione è stata rinviata nel tempo.

## 2.3. Lo *status* e la nomina dei giudici costituzionali

In Italia, Spagna e Repubblica ceca le norme volte a disciplinare lo *status* di giudice costituzionale prevedono una serie di importanti requisiti finalizzati a garantirne la competenza, la professionalità e l’indipendenza. Diverse, invece, in tutti e tre gli ordinamenti, sono le modalità di nomina di tali giudici. In Italia, infatti, i 15 membri della Corte sono nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature; in Spagna i 12 giudici sono nominati dal Sovrano su proposta del Congresso (quattro), del Senato (quattro), del Governo (due) e del Consiglio generale del potere giudiziario (due); la Repubblica ceca, infine, ha adottato il modello statunitense, dal momento che i quindici giudici costituzionali sono nominati dal Presidente della Repubblica e confermati dal Senato.

Dalla presente ricerca non è emersa alcuna relazione evidente tra le modalità di nomina dei giudici costituzionali (diverse – come appena visto – in tutti e tre i Paesi) e l’efficacia dell’intervento delle Corti. Le ragioni che hanno contribuito al successo dell’azione di tali organi sembra debbano essere ricercate altrove. Oltre all’importante ruolo svolto dalle norme concernenti

---

<sup>936</sup> CHELI E., *Il giudice delle leggi*, il Mulino, Bologna, 1996, pag. 33.

<sup>937</sup> CHELI E., *Il giudice delle leggi*, cit., pag. 32.

<sup>938</sup> PAVONE C., *Alle origini della Repubblica. Scritti su Fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, pag. 117 (corsivo nostro).

lo *status* dei giudici, non va sottovalutata, in particolare, l'autorevolezza delle persone scelte a ricoprire tale incarico. Si pensi, ad esempio, ai primi Presidenti delle Corti costituzionali: in Italia fu Enrico De Nicola, già Capo dello Stato; in Spagna l'autorevolissimo giurista Manuel García-Pelayo; nella Repubblica ceca Zdeněk Kessler, già giudice della Corte costituzionale della Repubblica federale ceca e slovacca.

Giudici competenti, indipendenti e che godono di grande autorevolezza risultano quindi essere particolarmente importanti non solo per garantire un'azione efficace dell'organo di giustizia costituzionale, ma anche per attribuire ad esso una maggiore legittimità<sup>939</sup>: ciò pare essere necessario soprattutto quando la Corte rappresenta un'autentica novità all'interno del sistema giuridico (come avvenne nel caso dell'Italia), ovvero nel caso in cui il Paese ne sia rimasto privo per lungo tempo (il che avvenne in Spagna<sup>940</sup> e, in parte, nella Repubblica ceca<sup>941</sup>).

Un altro aspetto che risulta influenzare in maniera significativa la giurisprudenza delle Corti costituzionali riguarda il "passato" e la formazione dei giudici che le compongono. In tal senso il caso della Repubblica ceca è emblematico. Se la Corte costituzionale, infatti, nella sua giurisprudenza in materia di "giustizia di transizione", affermò con forza la necessità di sancire la rottura con il passato comunista, di rimediare, per quanto possibile, alle ingiustizie commesse dai comunisti tra il 1948 e il 1989, e di difendere i nuovi principi e valori democratici conquistati con la Rivoluzione di Velluto, fu anche perché il Presidente Havel nominò come giudici costituzionali diverse persone che si erano formate all'estero, e/o che erano stati oppositori del regime comunista.

Rimane il fatto che il processo di nomina dei giudici costituzionali sia particolarmente complesso e delicato, e che possa ostacolare l'attività delle Corti stesse: si pensi all'Italia, quando la mancanza di accordo tra le forze politiche (unita ad altri fattori<sup>942</sup>) contribuì a ritardare l'entrata in funzione della Corte; o al caso della Repubblica ceca, quando tra il 2003 e il 2004, a causa di problemi riguardanti la nomina dei giudici, la Corte fu costretta addirittura ad interrompere la propria attività<sup>943</sup>.

## 2.4. Le modalità di accesso alle Corti costituzionali e i soggetti legittimati a ricorrere

Rispetto all'Italia, dove la modalità di accesso alla Corte costituzionale è consistita principalmente nel ricorso in via incidentale<sup>944</sup>, la Spagna e la Repubblica ceca si caratterizzano per

---

<sup>939</sup> Sulla questione della legittimità democratica delle Corti costituzionali, specie nei processi di transizione democratica, si rinvia al Cap. 1 par. 6.4.

<sup>940</sup> Il Tribunale delle garanzie costituzionali, previsto dalla Costituzione della Seconda Repubblica del 1931, cessò infatti di funzionare già nel 1937 (si veda il Cap. 3 par. 2.1.).

<sup>941</sup> Se si eccettua, infatti, la Corte costituzionale della Repubblica federale ceca e slovacca istituita nel 1992 e durata soli 11 mesi, l'altra reale esperienza di giustizia costituzionale nella regione è rappresentata dalla Corte costituzionale prevista dalla Costituzione del 1920, la quale ha cessato la sua attività nel 1941 (si veda il Cap. 4 par. 3.1.).

<sup>942</sup> Si rinvia al Cap. 2 par. 3.4.

<sup>943</sup> Si pensi altresì a quanto avvenuto in Italia negli anni Sessanta. Dinanzi all'ennesima inerzia del Parlamento nell'elezione dei giudici di sua spettanza, la Corte, che temeva il rischio di dover cessare le proprie funzioni in ragione della riduzione del collegio al di sotto degli 11 membri, pensò di cautelarsi adottando una norma di regolamento interno la quale stabiliva, nel silenzio della Costituzione, la *prorogatio* dei giudici costituzionali. Il Parlamento rispose a tale decisione con la l. cost. 2/1967, attraverso cui ridusse la durata dell'incarico da 12 a 9 anni, escluse il rinnovo dei giudici, e introdusse il c. 4 all'art. 135 Cost. sancendo esplicitamente il divieto di *prorogatio* (cfr. RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, pagg. 64-65).

<sup>944</sup> Va ricordato, infatti, che le regioni ordinarie vennero create solamente negli anni Settanta, per cui per i primi quindici anni di attività la Corte ha potuto giudicare solo sulla legittimità costituzionale delle leggi delle regioni speciali e delle province autonome di Trento e Bolzano. ROMBOLI R., *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 414,

modalità di accesso agli organi di giustizia costituzionale di gran lunga più diversificate, e per un maggior numero di soggetti legittimati a ricorrere nei confronti di tali organi. L'ordinamento spagnolo, infatti, prevede il ricorso in via incidentale, il ricorso diretto (utilizzato spesso, soprattutto all'inizio, dalle minoranze parlamentari), il ricorso da parte dello Stato e delle Comunità Autonome, nonché il *recurso de amparo constitucional*. In maniera analoga, nella Repubblica ceca si registra un numero elevato di ricorsi diretti provenienti da cittadini, organi costituzionali (in particolare dal Capo dello Stato) e minoranze parlamentari.

Relativamente all'Italia, va sottolineato come in ragione dell'atteggiamento piuttosto conservatore delle supreme magistrature, l'"alleanza" tra giudici comuni di grado inferiore e Corte costituzionale nell'attuazione della Costituzione sia stata di fondamentale importanza per il processo di transizione democratica. Stante, infatti, una modalità di accesso alla Corte piuttosto ristretta (che esclude il ricorso diretto, ad esempio, delle minoranze parlamentari e dei singoli), se tali giudici non si fossero mostrati sensibili ai valori e ai principi sanciti nella nuova Carta costituzionale, l'attività di "bonifica" della legislazione fascista avrebbe incontrato difficoltà ancora maggiori. Come evidenziato precedentemente<sup>945</sup>, inoltre, è stata la volontà di procedere all'eliminazione della legislazione precostituzionale in contrasto con la Costituzione a far sì che la Corte, specie nella prima fase della sua giurisprudenza, aprisse le porte ai giudizi in via incidentale senza particolare rigore quanto a "qualità e precisione" delle ordinanze di rinvio.

Dalla presente ricerca è emerso come una maggiore possibilità di accesso alle Corti costituzionali aumenti le possibilità che la Corte si pronunci su questioni rilevanti ai fini del processo di transizione democratica. Nella Repubblica ceca, ad esempio, in mancanza del ricorso diretto, difficilmente la Corte avrebbe potuto decidere sulla legittimità costituzionale della legge elettorale: al riguardo si consideri in particolare il caso in cui il Presidente Havel e 33 senatori fecero ricorso alla Corte costituzionale affinché dichiarasse l'incostituzionalità della legge volta a sostituire, di fatto, il sistema proporzionale (previsto dalla Costituzione per l'elezione della Camera dei Deputati) in uno di tipo maggioritario (previsto, invece, solo per il Senato). Nella circostanza la Corte dichiarò in effetti la legge incostituzionale, e in tal modo si riuscì ad evitare che i due principali partiti del Paese riuscissero a lasciar fuori, con ogni probabilità, i partiti minori dal Parlamento<sup>946</sup>.

Detto ciò, si è ben consapevoli, tuttavia, che nel lungo periodo determinate modalità di accesso possano ostacolare l'attività delle Corti: basti pensare al numero elevatissimo di ricorsi di *amparo* che ha rischiato di paralizzare l'attività del Tribunale costituzionale spagnolo.

## 2.5. L'orientamento degli altri soggetti costituzionali e degli attori politici

Un'altra variabile da prendere in considerazione riguarda l'orientamento degli altri soggetti costituzionali e degli attori politici. Nell'Assemblea costituente italiana si registrarono forti resistenze, soprattutto da parte delle forze politiche di sinistra, alla creazione di un organo di giustizia costituzionale, ed inoltre il cammino per l'entrata in funzione della Corte fu

---

osserva poi, più in generale, che l'unica ipotesi di ricorso diretto previsto (quella dello Stato verso leggi regionali e delle regioni avverso leggi statali), "sia nella previsione costituzionale e delle leggi di attuazione, sia nella sua pratica applicazione, si è rilevata niente affatto idonea a consentire alla Corte di svolgere la funzione di garante della costituzionalità delle leggi, in senso oggettivo, come invece accade normalmente quando la legittimazione in via diretta è riconosciuta in maniera soggettivamente ed oggettivamente più ampia".

<sup>945</sup> Si veda il par. 1.

<sup>946</sup> Si evidenzia come in Italia si avverta sempre di più il problema delle "strettezze" all'accesso alla Corte costituzionale relativamente alla possibilità di verificare la legittimità della legge elettorale, tanto che si sta tentando la strada della Corte EDU (Sezione II, ricorso n. 11929/08, Anetrini e Alessio c. Italia; ricorso n. 15726/08, Arata e altri c. Italia).

particolarmente lungo e complesso, sia in ragione dell’“ostruzionismo della maggioranza”, sia a causa delle difficoltà delle forze politiche a raggiungere degli accordi relativamente alla nomina dei giudici costituzionali. Anche una volta iniziata la sua attività, la Corte è stata chiamata a prendere delle decisioni in aperto contrasto rispetto a quello che era l’orientamento prevalente, di tipo conservatore, del Governo, della maggioranza parlamentare e delle supreme magistrature, tanto che – come già ricordato – tale organo pareva spesso una barca costretta a navigare controcorrente. Al contrario, un orientamento favorevole all’istituzione della Corte costituzionale e alla sua azione provenne, rispettivamente, dal Presidente della Repubblica e dai giudici comuni di grado inferiore.

In Spagna la creazione del Tribunale costituzionale non è mai stata messa in discussione: a parte qualche perplessità espressa dal Partito comunista nel corso dei dibattiti costituenti, infatti, tutte le altre forze politiche diedero il loro pieno e convinto sostegno alla creazione di un organo di giustizia costituzionale, ed infatti si procedette poi in tempi rapidi all’approvazione della sua legge di attuazione e alla nomina dei primi giudici costituzionali. A ciò si aggiunge il fatto che esso abbia goduto, in modo particolare all’inizio della propria attività, di grande prestigio ed autorevolezza, ed infatti le sue pronunce sono state sempre attuate e rispettate. E’ vero, tuttavia, che in alcuni casi una parte (in realtà piuttosto circoscritta) della dottrina, della magistratura e dell’esecutivo risultava avere un atteggiamento abbastanza conservatore: si pensi, ad esempio, (in maniera analoga a quanto accaduto in Italia) a quando l’Avvocato dello Stato, intervenuto in giudizio in rappresentanza del Governo, ha sostenuto che non dovesse essere il Tribunale costituzionale a verificare il contrasto tra norme precostituzionali e Costituzione, ma i tribunali ordinari.

Anche nella Repubblica ceca la creazione di un giudice costituzionale è stata data sostanzialmente per scontata. Nonostante ciò, la Corte costituzionale non ebbe una vita facile, soprattutto all’inizio della sua attività: essa, infatti, al pari di molte altre Corti costituzionali del centro e dell’est Europa create in seguito al crollo del regime comunista, ha vissuto quella particolare situazione che è stata definita come il “paradosso dell’accettazione e del rigetto delle Corti costituzionali”<sup>947</sup>. La Corte, infatti, da un lato, ha goduto di supporto e popolarità tra la popolazione, ma, d’altro lato, ha dovuto affrontare una forte ostilità, in particolar modo da parte della magistratura, del Parlamento, del Presidente della Repubblica (non Havel, ma il suo successore, Klaus) e di parte della dottrina.

L’impressione, dunque, è che le Corti costituzionali, indipendentemente dalla “generazione”<sup>948</sup> a cui appartengono, siano spesso organi “temuti” o comunque non facilmente accettati da parte degli altri soggetti costituzionali e dagli attori politici: ciò sembra dipendere anche della paura che essi, in ragione dell’importanza del loro ruolo, si “appropriino” (anche se parzialmente) del controllo sul processo di democratizzazione, a scapito – tra l’altro – proprio delle forze politiche, le quali, specie dopo un lungo periodo di paralisi democratica, faticano ad accettare dei limiti alla loro azione.

## **2.6. La partecipazione del Paese ad organizzazioni sovranazionali europee**

La variabile relativa alla partecipazione del Paese ad organizzazioni sovranazionali europee si riferisce in particolare alla Spagna e alla Repubblica ceca: in questi ordinamenti, infatti, la prospettiva di entrare a far parte il prima possibile del Consiglio d’Europa e (soprattutto) dell’Unione Europea ha, con ogni probabilità, velocizzato il processo di democratizzazione, e di conseguenza ha rappresentato un aiuto, sebbene indiretto, all’attività delle Corti costituzionali.

Le condizioni richieste per poter divenire membro del Consiglio d’Europa sono divenute sempre

---

<sup>947</sup> Secondo l’espressione di Holländer (si veda il Cap. 4 par. 3.3.).

<sup>948</sup> Sul concetto di “generazioni” di Corti costituzionali si rinvia al Cap. 1 par. 7.

più stringenti con il passare del tempo. A partire dal 1990, infatti, divenne necessaria la sottoscrizione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>949</sup>, e con la Dichiarazione di Vienna del 1993 venne richiesto altresì il rispetto dei diritti delle minoranze nazionali. Inoltre, tra gli elementi che deponevano maggiormente a favore dello Stato relativamente alla sua "capacità" di garantire i principi su cui si basava il Consiglio (vale a dire quelli della preminenza del diritto e del rispetto dei diritti fondamentali), vi era l'istituzione di un sistema di giustizia costituzionale. Va detto tuttavia che, nel caso dell'apertura ai Paesi dell'Europa centrale ed orientale, il Consiglio ha applicato le condizioni necessarie per l'adesione in maniera meno severa rispetto agli allargamenti anteriori.

Inoltre, per quel che concerne la Repubblica ceca (e più in generale gli ordinamenti dell'Europa centro-orientale), non va dimenticato il ruolo svolto dalla Commissione di Venezia, organo consultivo del Consiglio d'Europa, la cui attività si è concentrata specificatamente (oltre che in ambito elettorale) proprio nell'area della giustizia costituzionale, fornendo pareri alle Corti costituzionali in qualità di "*amicus curiae*".

Anche le condizioni di adesione all'Unione Europea sono divenute sempre più stringenti. I criteri elaborati dal Consiglio di Copenaghen del 1993, in particolare, volti a valutare la candidatura dei Paesi del centro e dell'est Europa, oltre a richiedere il rispetto dei principi della democrazia pluralista e dei diritti dell'uomo (criteri già richiesti dal Consiglio di Copenaghen del 1978 con cui sono state valutate le candidature di Grecia, Spagna e Portogallo), hanno attribuito uno specifico rilievo al rispetto del principio di legalità ed alla protezione delle minoranze. A differenza di quanto accadeva in passato, inoltre, nell'esaminare le domande di adesione dei Paesi dell'Europa centrale e orientale la Commissione europea si è preoccupata di verificare più nel dettaglio se quanto previsto a livello costituzionale fosse effettivamente attuato nella pratica.

La prospettiva di adesione e la partecipazione stessa dei Paesi alle organizzazioni sovranazionali europee quali il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea hanno quindi indubbiamente favorito i processi di democratizzazione, ed hanno rappresentato un aiuto, anche se spesso solo indiretto, all'attività delle Corti costituzionali.

## **2.7. L'utilizzo da parte delle Corti costituzionali del diritto straniero e della comparazione; il riferimento alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo**

Un'ulteriore variabile da prendere in considerazione riguarda l'utilizzo da parte delle Corti costituzionali del diritto straniero e della comparazione<sup>950</sup>, nonché i riferimenti da esse effettuati alla CEDU e alla Corte di Strasburgo. Al pari della precedente variabile, anche in questo caso gli ordinamenti interessati sono principalmente la Spagna e la Repubblica ceca: la Corte costituzionale italiana, infatti, nei suoi primi anni di attività, ha fatto un uso estremamente limitato del diritto straniero e della comparazione, quantomeno per quel che concerne le pronunce che sono state analizzate nella presente ricerca. A ciò si aggiunge il fatto che essa ha potuto fare un uso limitatissimo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, stante "la partenza "al rallentatore""<sup>951</sup> di questa: tale organo, infatti, era entrato in funzione nel 1959, ma alla fine del 1973 le sue decisioni

---

<sup>949</sup> Precedentemente la sottoscrizione della CEDU era considerata esclusivamente un elemento di apprezzamento di tipo politico.

<sup>950</sup> Sulla distinzione tra diritto straniero e comparazione insiste DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>951</sup> POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 61.

sul merito erano solamente dieci<sup>952</sup>. Più in generale, a differenza di quanto accaduto alla Corte italiana, “le Corti di terza generazione [ma in parte anche quelle di seconda] sono nate in un mondo in cui stava fiorendo la giurisdizione internazionale sui diritti umani”<sup>953</sup>.

I giudici costituzionali spagnoli e cechi in una serie di casi hanno preso in esame le esperienze di altri ordinamenti che avevano dovuto affrontare problematiche analoghe nei processi di transizione democratica. Nell'affrontare, ad esempio, la questione delle leggi precostituzionali, il *Tribunal constitucional* spagnolo ha fatto riferimento alle soluzioni adottate in Italia e in Germania, ricordando le pronunce delle rispettive Corti costituzionali. In maniera analoga, quando il giudice delle leggi ceco si è dovuto occupare di questioni legate alla c.d. “giustizia di transizione”, ha in alcuni casi fatto riferimento alle soluzioni adottate in altri ordinamenti del centro e dell'est Europa. I richiami alle esperienze di Paesi stranieri, poi, risultano essere piuttosto frequenti nella giurisprudenza di entrambi le Corti in materia di diritti e libertà fondamentali.

Sempre per quel che concerne l'ambito dei diritti fondamentali, va ricordato il costante riferimento sia del Tribunale costituzionale spagnolo, sia (soprattutto) della Corte costituzionale ceca alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>954</sup>, al punto che la Corte ceca è stata definita – come già ricordato – “campionessa nell'applicazione della CEDU”<sup>955</sup>. Si precisa che il Tribunale costituzionale spagnolo, pur non ritenendo che i Trattati internazionali in materia di diritti umani potessero costituire un parametro autonomo attraverso cui verificare la validità delle leggi nazionali, ha riconosciuto che, per una certa misura, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo integrasse il contenuto dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione. La Corte ceca, a sua volta, ha attribuito rango costituzionale alla CEDU e agli altri trattati in materia di diritti umani, nonostante il Parlamento avesse approvato una legge costituzionale volta proprio ad impedire che i trattati internazionali continuassero a fungere da parametro di costituzionalità.

Inoltre, non sembra da escludersi il fatto che il frequente ricorso alla narrazione storica presente nella giurisprudenza del giudice costituzionale ceco sia dipeso dall'influenza esercitata dalla Corte EDU stessa, la quale ha fatto ampio ricorso proprio a questo tipo di argomentazione.

L'utilizzo del diritto straniero e della comparazione, così come il riferimento alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da parte delle Corti costituzionali possono quindi essere di aiuto nella risoluzione dei casi ad esse sottoposti, ed inoltre possono contribuire a rafforzare la loro posizione e *auctoritas* all'interno dell'ordinamento di appartenenza, specie nel corso dei processi di democratizzazione. Ciò detto, non si può nascondere il fatto che in determinate situazioni le Corti costituzionali appartenenti alle democrazie più giovani facciano uso del diritto straniero e della comparazione “a fini strategici”, cercando cioè di legittimare “decisioni controverse e contestabili

---

<sup>952</sup> E' proprio all'inizio degli anni Settanta che ha inizio “l'inversione di rotta” della Corte, la quale “grazie anche alla maggiore fiducia acquisita dagli organi di Strasburgo e soprattutto alla metabolizzazione negli Stati membri del “nuovo” meccanismo del ricorso individuale” si trova a dover affrontare, assieme alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, la sfida opposta, vale a dire quella di “riuscire a sopportare la mole di un contenzioso sempre crescente” (POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, cit., pag. 73).

<sup>953</sup> SÓLYOM L., *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, in *International Sociology*, n. 18, 2003, pag. 143.

<sup>954</sup> POLLICINO O., *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2009, pag. 6, sottolinea come, stante la minore severità con cui è stata valutata la sussistenza dei requisiti per l'adesione al Consiglio d'Europa dei Paesi del centro e dell'est Europa, alla Corte EDU “è stato richiesto un impegno supplementare per mantenere alto... lo standard qualitativo della protezione dei diritti fondamentali”: la Corte, infatti, “ha dovuto affiancare al suo ruolo originario di custode della Convenzione anche quello che è stato definito “scuola di democrazia” per i Paesi che a un simile regime avevano appena acceduto”.

<sup>955</sup> Secondo l'espressione di Bobek e Kosar (si rimanda al Cap. 4 par. 4.2.3.).

attraverso il riferimento alla giurisprudenza costituzionale di democrazie costituzionali consolidate e che godono di particolare considerazione<sup>956</sup>.

### **3. Le Corti costituzionali dell'Italia, della Spagna e della Repubblica ceca quali attori protagonisti della transizione “sostanziale”**

Una volta ricordati gli interventi comuni e le distinte priorità che hanno caratterizzato l'azione delle Corti costituzionali italiana, spagnola e ceca, ed evidenziate le variabili che hanno influenzato la loro attività, pare possibile affermare che tali organi abbiano contribuito in maniera determinante a garantire il passaggio da una forma di stato autoritaria ad una democratica, svolgendo, quindi, un ruolo centrale nei processi di transizione “sostanziale” e di consolidamento.

Pur tenuto conto delle specificità di ogni singolo ordinamento, dalla ricerca risulta quindi che le Corti costituzionali di Italia, Spagna e Repubblica ceca siano state *attori protagonisti dei processi di transizione “sostanziale”*, contribuendo in modo decisivo a scongiurare il rischio di trovarsi in presenza di “Costituzioni senza costituzionalismo”<sup>957</sup>. L'impressione, infatti, è che le forze politiche, se da un lato sono riuscite a raggiungere risultati straordinari nel corso della transizione “formale”, risultati che hanno visto il loro culmine con l'approvazione delle Carte costituzionali, dall'altro hanno dimostrato diversi “limiti” e “debolezze” nella seconda fase della transizione, quella “sostanziale”, quando si è trattato di dare concreta attuazione a quanto previsto in tali testi. In questa fase sono emerse con forza le Corti costituzionali: nel dichiarare l'incostituzionalità delle leggi<sup>958</sup> o nell'avvallare determinate decisioni del legislatore<sup>959</sup>, così come nel precisare il significato delle disposizioni costituzionali<sup>960</sup> e nel risolvere conflitti di competenza<sup>961</sup>, esse hanno inciso in maniera determinante nel processo di democratizzazione, mitigando in particolare quel forte grado di *incertezza* che – come visto<sup>962</sup> – caratterizza il destino di ciascuna transizione. Una questione, tuttavia, rimane aperta, vale a dire fino a che punto il protagonismo delle Corti costituzionali sia stato “voluto” e “cercato” da tali organi ovvero sia risultato il frutto di una serie di circostanze esterne alla loro volontà.

---

<sup>956</sup> DORSEN N., ROSENFELD M., SAJÓ A., BAER S. (a cura di), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, II ed., West Thomson, New York, 2010, pag. 33.

<sup>957</sup> Cfr. JACKSON V.C., TUSHNET M., *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999, pag. 222 ss.

<sup>958</sup> Si pensi al caso dell'Italia, in cui la Corte costituzionale, nei suoi primi quindici anni circa di attività, ha dichiarato l'incostituzionalità di molte delle norme precostituzionali in contrasto con la Costituzione (Cap. 2 par. 4.1.).

<sup>959</sup> E' il caso, ad esempio, della Corte costituzionale ceca, la quale ha avvallato le scelte del Parlamento in materia di giustizia di transizione (Cap. 4 par. 5).

<sup>960</sup> Si pensi al Tribunale costituzionale spagnolo, chiamato ad interpretare norme costituzionali (in particolare quelle relative all'organizzazione territoriale dello Stato) non particolarmente chiare (si veda il Cap. 3 par. 3.4.2.).

<sup>961</sup> E' il caso nuovamente del Tribunale costituzionale spagnolo, il quale, soprattutto nella prima fase della c.d. “costruzione giurisprudenziale dello Stato autonomico”, ha dovuto procedere alla risoluzione di numerosi conflitti di competenza tra Stato e Comunità Autonome e tra Comunità Autonome (cfr. Cap. 3 par. 3.4.3.).

<sup>962</sup> Si veda il Cap. 1 parr. 1.4. e 3.2.

## Bibliografia

- AA.VV., *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, I, 1956
- AA.VV., L'abrogazione delle leggi razziali: l'Egeli e le restituzioni, in [http://www.governo.it/Presidenza/DICA/beni\\_ebraici/PAG261\\_300.pdf](http://www.governo.it/Presidenza/DICA/beni_ebraici/PAG261_300.pdf)
- ACKERMAN B., *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, 2000
- ACKERMAN B., *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997
- ADAM A., *Il sistema di governo parlamentare in Ungheria*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003
- AGÜERO F., *Democratic Consolidation and the Military in Southern Europe and South America*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di.), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995
- AGÜERO F., *The Military and the Limits to Democratization in South America*, in MAINWARING S., O'DONNELL G., VALENZUELA J.S. (a cura di), *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1992
- AJA E., PÉREZ TREMPES P., *Tribunal constitucional y organización territorial del Estado autonómico*, in ESPÍN TEMPLADO E., DÍAZ REVORIO F.J. (a cura di), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- AJANI G., *Diritto dell'Europa orientale*, Utet, Torino, 1996
- ALBON M., *Project on Justice in Times of Transition: Report of the Project's Inaugural Meeting*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995
- ALLEN T., *Restitution and Transitional Justice in the European Court of Human Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, n. 1, 2007
- ARAGÓN REYES M., *La sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (un caso de control judicial de constitucionalidad)*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 14, 1977
- ARAGON REYES M., *La sentencia del Tribunal constitucional sobre leyes relativas al regimen local, anteriores a la Constitución*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 1, 1981
- ASCARELLI T., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955

ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale. Brescia-Gardone 25-28-IX 1965. Atti e commenti*, Arti grafiche Jasillo, Roma, 1966

AZZARITI G., *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, IV, 1956

AZZARITI G., *La retroattività di leggi penali anteriori alla nuova Costituzione*, in *Foro it.*, II, 1948

AZZARITI G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951

BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Laterza, Bari, 1985

BALLADORE PALLIERI G., *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Il foro padano*, 1954

BARANY Z., *The Role of the Military*, in *Journal of Democracy*, vol. 22, n. 4, 2011

BARBERA A., *I principi della Costituzione repubblicana: dal "compromesso" al radicamento progressivo*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2009

BARILE P., *Il caso italiano*, in AA.VV., *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Cedam, Padova, 2000

BARILE P., *La salutare scomparsa del potere prefettizio di scioglimento delle associazioni*, in *Giur. cost.*, 1967

BARILE P., *La pubblica sicurezza*, in BARILE P., *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967

BARILE P., PREDIERI A., *Efficacia abrogativa delle norme della Costituzione italiana*, in CALAMANDREI P., LEVI A., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950

BARRERA C., *Historia del proceso democrático en España. Tardofranquismo, transición y democracia*, Fragua, Madrid, 2002

BARTOLE S., CONETTI G. (a cura di), *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, La rosa, Torino, 1993

BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004

BARTOLE S., *Introduzione. The Crisis of the Czechoslovak Federalism and the Prospects for Federalism in Europe*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, La Rosa, Torino, 1994

BARTOLE S., *La Commissione per la democrazia attraverso il diritto*, in *Quad. cost.*, n. 2, 1993

BARTOLE S., *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale alle loro prime prove*, in BARTOLE

S., GRILLI DI CORTONA P. (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale. Élités, istituzioni partiti*, Giappichelli, Torino, 1998

BARTOLE S., *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale. Da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, il Mulino, Bologna, 1993

BASSO L., *Il principe senza scettro*, Feltrinelli, Milano, 1958

BATTAGLIA A., *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962

BATTAGLINI M., *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957

BAYLOS A., *Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga*, in RAMON ALARCON CARACUEL M. (a cura di), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992

BECERRA R., SALAZAR P., WOLDENBERG J., *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México, 2000

BIGNAMI M., *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, XII ed., 2011

BISOGNI G., *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in DE SIERVO U., GUERRIERI S., VARSORI A., *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, Carocci, Roma, 2004

BLANCO VALDÉS R.L., *La politica e il diritto: vent'anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, in PEGORARO L., RINELLA A., SCARCIGLIA R. (a cura di), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padova, 2000 (trad. spagn. *La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 1999)

BLANCO VALDÉS R.L., SANJURJO RIVO V., *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003

BOBEK M., KOSAŘ D., *Report on the Czech Republic and Slovakia*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010

BOBEK M., *Quantity or Quality? Re-Assessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe*, EUI Working Paper LAW n. 2007/36, in <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7663/LAW-2007-36.pdf?sequence=1>

BOBEK M., *The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries*, in *European Public Law*, vol. 14, n. 1, 2008

- BOGNETTI G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 1994
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. I. La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998
- BOGNETTI G., *The American Constitution and Italian Constitutionalism. An Essay in Comparative Constitutional History*, CLUEB, Bologna, 2008
- BRADLEY J.F.N., *Czechoslovakia's Velvet Revolution: A Political Analysis*, Columbia University Press, New York, 1992
- BRUNELLI G., *Donne e politica*, il Mulino, Bologna, 2006
- BRUNELLI G., *Lili, ebrea e donna, discriminata due volte*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2007,
- BRZEZINSKI M., *The Struggle for Constitutionalism in Poland*, Macmillan, London, 2000
- BUNCE V., *Should Transitologists be Grounded?*, in *Slavic Review*, vol. 54, n. 1, 1995
- BURATTI A., *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione presentata al Convegno "La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti" (Università di Perugia, 17 novembre 2011)
- BURTON M., GUNTHER R., HIGLEY J., *Introduction: Elite Transformations and Democratic Regimes*, in HIGLEY J., GUNTHER R. (a cura di), *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992
- CALAMANDREI P., *L'ostruzionismo della maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953
- CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955.
- CALAMANDREI P., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1956
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1966
- CAMPANELLI G., *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino, 2005
- CANOSA R., FEDERICO P., *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, il Mulino, Bologna, 1974
- CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, il Mulino, Bologna, 1994
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1978
- Cappuccio L., *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione Europea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

- CARCASSONNE G., *Les "nationalités" dans la Constitution*, in *Pouvoir*, n. 8, 1978
- CAROTHERS T., *The End of the Transition Paradigm*, in *Journal of Democracy*, vol. 13, n. 1, 2002
- CARROZZA P., *Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna*, in PIZZORUSSO A., VARANO V., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, II, Giuffrè, Milano, 1985
- CASTELLS L., CAJAL A. (a cura di), *La autonomía vasca en la España contemporánea (1808-2008)*, Marcial Pons, Madrid, 2009
- CEPL W., *A Note on the Restitution of Property in Post-Communist Czechoslovakia*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995
- CHAMBERS W.N., *Party Development and the American Mainstream*, in CHAMBERS W.N., BURNHAM W.N. (a cura di), *The American Party Systems: Stages of Political Development*, Oxford University Press, New York, 1967
- CHELI E., *Il giudice delle leggi*, il Mulino, Bologna, 1996
- CHELI E., *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973
- CLEMENTI M., *Un aspetto della transizione in Cecoslovacchia e nella Repubblica ceca: la legge di lustrazione*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003
- CÓRDOVA VIANELLO L., *La reforma electoral y el cambio político en México*, in *Reforma política y electoral en América latina 1978-2007*, Editorial UNAM, México, 2008
- COSTANZO P., *VII disposizione transitoria e finale*, in TARCHI R., *Disposizioni transitorie e finali (I-XVIII)*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981
- COUNCIL OF EUROPE, *Documents. Working papers*, vol. VII, Strasbourg, 1991
- CRAINZ G., *Autobiografia di una Repubblica. Le radici dell'Italia attuale*, Donzelli, Roma, 2009
- CRESPO I., *¿Hacia donde van las democracias latinoamericanas?*, in ALCANTARA M., CRESPO I. (a cura di), *Los límites de la consolidación democrática in América Latina*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952
- CRUZ VILLALÓN P., *¿Reserva de Constitución? Comentario al fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 9, 1983
- CRUZ VILLALÓN P., *Constitución y cultura constitucional*, in CRUZ VILLALÓN P., GONZÁLEZ

CAMPOS J.D., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Tres lecciones sobre la Constitución*, Mergablum Edición, Sevilla, 1999

CRUZ VILLALÓN P., *Dos años de jurisprudencia constitucional española*, in *Revista de derecho político*, n. 17, 1983

CRUZ VILLALÓN P., *El estado del Tribunal constitucional*, in VON BOGDANDY A., FERRER MAC-GREGOR E., MORALES ANTONIAZZI M., *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches recht und völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho constitucional, México, 2010

CRUZ VILLALÓN P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999

CRUZ VILLALÓN P., *La dificultad del Tribunal constitucional como garante de la autonomía territorial*, in *Revista catalana de dreit públic*, n. 39, 2009

CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985

CRUZ VILLALÓN P., *La jurisprudencia del Tribunal constitucional sobre autonomías territoriales*, in A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991

CRUZ VILLALÓN P., *La reforma del Estado de las autonomías*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n. 2, 2006

CRUZ VILLALÓN P., PARDO FALCÓN J., *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 97, 2000

CUOCOLO F., *Diritto regionale italiano*, Utet, Torino, 1991

D'ALBERGO S., *L'antiregionalismo nell'indirizzo della Corte costituzionale*, in ROTELLA E. (a cura di), *Dal regionalismo alla regione*, il Mulino, Bologna, 1973

D'ORLANDO E., *La funzione arbitrale della Corte costituzionale tra Stato centrale e governi periferici*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2005

DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1964

DE AREILZA J.M., *A lo largo del siglo. 1909-1991*, Planeta, Barcelona, 1992

DE ESTEBAN J., *Tratado de Derecho constitucional*, vol. I, Universidad Complutense, Madrid, 1998

DE FINA S., *Testo unico di pubblica sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1959

DE SIERVO U., *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giur. cost.*, 1975

DE SIERVO U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in CARNEVALE P., COLAPIETRO C., *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008

DE SIMONE M., *Ungheria: la nuova Costituzione. Verso una deriva autoritaria?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

DE VEGA P., *Prólogo*, in ROURA S., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003

DE VERGOTTINI G., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, in CALAMO SPECCHIA M., CARLI M., DI PLINIO G., TONIATTI R. (a cura di), *I Balani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008

DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, VII ed., vol. 1, Padova, Cedam, 2007

DE VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1998

DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010

DE VERGOTTINI G., *Principio di legalità e revisione della Costituzione portoghese del 1982*, in PIZZORUSSO A., VARANO V., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985

DI GREGORIO A., *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2004

DI GREGORIO A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003

DI GREGORIO A., *Repubblica ceca*, il Mulino, Bologna, 2008

DIAMOND L., LINZ J.J., LIPSET S.M., *Democracy in Developing Countries. Asia*, Adamantine Press, London, 1989

DORSEN N., ROSENFELD M., SAJÓ A., BAER S. (a cura di), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, II ed., West Thomson, New York, 2010

DUCHON F., *Constitutional Court of the Czech Republic*, in [http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui\\_justicia/16-FRANTISEK%20DUCHON.pdf](http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/16-FRANTISEK%20DUCHON.pdf)

ELLIS M.S., *Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996

ELSTER J., *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, il Mulino, Bologna, 2008 (trad. ingl. *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press,

Cambridge, 2004)

ESPOSITO C., *Leggi vecchie e Costituzione nuova*, in *Giur. it.*, III, 1948

FALZONE V., *La Costituzione ed i culti non cattolici*, Giuffrè, Milano, 1953

FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986

FERNÁNDEZ SEGADO F., *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984

FERNÁNDEZ-MIRANDA P. y A., *Lo que el Rey me ha pedido*, Plaza y Janés, Barcelona, 1995

FERRERES COMELLA V., *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008

FIORILLO M., *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Giuffrè, Milano, 2000

FLAUSS J.F., *Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe*, in *European Journal of International Law*, vol. 5, n. 1, 1994

FROMONT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996

FRONZA E., FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009

FROSINI J.O., PEGORARO L., *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008

GAMBINO S., *Costituzionalismo e transizioni democratiche*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003

GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1980

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La posición jurídica del Tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, in *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, n. 1, 1981

GARCÍA TREVIJANO A., *Frente a la gran mentira*, Espasa, Madrid, 1996

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ P., PENDAS GARCÍA B., *Régimen jurídico del derecho de reunión (análisis de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio)*, in *Revista de derecho político*, n. 22, 1986

GARRIDO FALLA E., *Artículo 1*, in GARRIDO FALLA E., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001

GARTON ASH T., *The Magic Lantern: The Revolution of '89 Witnessed in Warsaw, Budapest, Berlin and Prague*, Random House, New York, 1990

GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Laterza, Bari, 2002

GIANELLI A., *L'intervento del Governo nei giudizi in via incidentale. Dalla Commissione Forti alla legge n. 87 del 1953*, Annali dell'Università di Ferrara, Ferrara, 1991

GIANNINI M.S., *Sull'intervento nel processo dinanzi alla Corte costituzionale (giudizi di legittimità costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1956

GILLIS M., *Lustration and Decommunisation*, in PRIBAN J., YOUNG J. (a cura di), *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, Ashgate, Aldershot, 1999

GONZÁLES ENRÍQUEZ C., *Crisis y cambio en Europa del este: la transición húngara a la democracia*, Centro de investigaciones sociológicas, Madrid, 1993

GONZÁLEZ NAVARRO F., *La nuova Ley Fundamental para la reforma política*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ P.J., *El Tribunal constitucional*, Aranzadi, Elcano, 2000

GOODMAN L., MENDELSON J., RIAL J. (a cura di), *Los militares y la democracia. El futuro de las relaciones cívico-militares en América Latina*, Peitho, Montevideo, 1990

GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000

GUARINO G., *Stato e regioni speciali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in ROTELLA E. (a cura di), *Dal regionalismo alla regione*, il Mulino, Bologna, 1973

GUARNIERI C., *Magistratura e politica in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982

GUAZZAROTTI A., *Art. 11. Libertà di riunione e di associazione*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova, 2012

GUAZZAROTTI A., *Giudici e minoranze religiose*, Giuffrè, Milano, 2001

GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli, 2011

GUNTHER R., PUHLE H.J., DIAMANDOUROS P.N., *Introduction*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J., *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995

GUTTERIDGE H.C., *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946

HÄBERLE P., *Il caso tedesco*, in AA.VV., *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Cedam, Padova, 2000

Hanley S., *The Political Context of EU Accession in the Czech Republic*, the Royal Institute for International Affairs, 2002, in <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Europe/czech.pdf>

HARDING A., LEYLAND P., GROPPI T., *Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008

HAYNER P.B., *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A Comparative Study*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995

HENDRYCH D., *Constitutionalism in the Czech Republic*, in PRIBAN J., YOUNG J. (a cura di), *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, Ashgate, Aldershot, 1999

HENNANI N., *Le projet de la nouvelle Constitution: entre audace et prudence*, in *La Constitution en Afrique*, 2011, in [http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know\\_transfer/constitutional\\_reform\\_in\\_arab\\_marokko.cfm](http://www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/know_transfer/constitutional_reform_in_arab_marokko.cfm)

HERNÁNDEZ GIL A., *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982

HERNÁNDEZ VALLE R., *Costa Rica: A Powerful Constitutional Body*, in *Electoral Management Design: The International IDEA Handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Stockholm, 2006

HERRERO DE MIÑÓN M., *Les sources étrangères de la Constitution*, in *Pouvoir*, n. 8, 1978

HIGLEY J., GUNTHER R. (a cura di), *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992

HOLLÄNDER P., *The Role of the Czech Constitutional Court: Application of the Constitution in Case Decisions of Ordinary Courts*, in *Parker School Journal of East European Law*, vol. 4, 1997

HUBENY-BELSKY A., *Le changement de régime politique en République tchèque (1989-2000): la place du droit constitutionnel*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Clermont-Ferrand, 2003

HUNTINGTON S.P., *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, il Mulino, Bologna, 1995 (trad. ingl. *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991)

HUYSE L., *Justice After Transition: On The Choices Successor Elites Make in Dealing With the Past*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995

IMHOLZ K., *A Landmark Constitutional Court Decision in Albania*, in KRITZ N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995

IMHOLZ K., *States of Emergency as Pretexts for Gagging the Press. Word Play at Albania's Constitutional Court*, in *East European Constitutional Review*, vol. 6, n. 4, 1997

ISSACHAROFF S., *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, in *Public Law and Legal Theory Reserach Paper Series*, New York University School of Law, 2010

JACKSON V.C., TUSHNET M., *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999

JEMOLO A.C., *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19, 21 della Costituzione*, in *Dir. eccl.*, 1952

JEMOLO A.C., *Tra diritto e storia (1960-1980)*, Giuffrè, Milano, 1982

JIMÉNEZ CAMPO J., *Comentario al artículo 53. Protección de los derechos fundamentales*, in *Comentarios a la Constitución*, tomo IV, II ed., 1996

JULIÁ S., PRADERA J., PRIETO J., *Memoria de la transición*, Taurus, Madrid, 1996

KAWAGISHI N., *The Birth of Judicial Review in Japan*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n. 2, 2007

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, ETAS, Milano, 1984

KLIMA K., *Constitutional Law of the Czech Republic*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2008

KLIMA K., *La justice constitutionnelle en République tchèque*, in DE VERGOTTINI G. (a cura di), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 2000

KLUG H., *South Africa's Constitutional Court: Enabling Democracy and Promoting Law in the Transition from Apartheid*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008

KNAPP V., *The Czechoslovak State from its Origin to its Extinction*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, La Rosa, Torino, 1994

KOSAŘ D., *Lustration and Lapse of Time: "Dealing With the Past" in the Czech Republic*, in *European Constitutional Law Review*, n. 4, 2008

KRAUS M., *Settling Accounts: Postcommunist Czechoslovakia*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995

KRESÁK P., *Le riforme costituzionali nella Repubblica federale cecoslovacca*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1992

KRITZ N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*,  
207

United States Institute of Peace Press, Washington D.C., vol. 1 e 2, 1995

KÜHN Z., KYSELA J., *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 2, n. 2, 2006

KÜHN Z., *Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies*, in SAJÓ A., UITZ R. (a cura di), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005

KÜHNE W., *The Role of Elections in Emerging Democracies and Post-Conflict Countries. Key Issues, Lessons Learned and Dilemmas*, in <http://library.fes.de/pdf-files/iez/07416.pdf>

LACH K., SADURSKI W., *Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008

LAW D.S., *The Anatomy of a Conservative Court. Judicial Review in Japan*, in *Texas Law Review*, vol. 87, 2009

LENER, *Leggi vecchie e Costituzione nuova*, in *La civiltà cattolica*, III, 1953

LIEBERT U., COTTA M. (a cura di), *Parliament and Democratic Consolidation in Southern Europe*, Pinter, London, 1990

LIEBERT U., *The Centrality of Parliament in the Consolidation of Democracy: A Theoretical Exploration*, ICPS Working Paper n. 7, Barcelona, 1989

LIEBMAN E.T., *Invalidità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956

LINZ J.J., *Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make A Difference?*, in LINZ J.J., VALENZUELA A. (a cura di), *The Failure of Presidential Democracy*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1994

LINZ J.J., STEPAN A., GUNTHER R., *Democratic Transition and Consolidation in Southern Europe, With Reflections on Latin America and Eastern Europe*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995

LINZ J.J., STEPAN A., *L'Europa post-comunista*, il Mulino, Bologna, 2000 (trad. ingl. *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1996)

LINZ J.J., STEPAN A., *Transizione e consolidamento democratico*, il Mulino, Bologna, 2000 (trad. ingl. *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1996)

LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, il Mulino, Bologna, 2005

LOLLINI A., PALERMO F., *Comparative Law and the “Proceduralization” of Constitution-Building Processes*, in RAUE J., SUTTER P. (a cura di), *Facets and Practices of State-Building*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009

LONG G., *Alle origini del pluralismo confessionale. Il dibattito sulla libertà religiosa nell’età della Costituente*, il Mulino, Bologna, 1990

LONG G., *Le confessioni religiose “diverse dalla cattolica”. Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, il Mulino, Bologna, 1991

LOPEZ GUERRA L., *La segunda fase de la construcción del Estado de las Autonomías*, in *Revista vasca de administración pública*, n. 36, 1993

LOPEZ GUERRA L., *The application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Eastern and Central Europe*, in *Cardozo Law Review*, n. 19, 1998

LORCA CORRONS A., *The Spanish Experience Following Accession*, paper presentato alla *University Association for Contemporary European Studies*, 1988

LUCAS VERDÚ P., *La octava Ley fundamental: crítica jurídico-política de la reforma Suárez*, Tecnos, Madrid, 1976

LUCAS VERDÚ P., *La singularidad del proceso constituyente español*, in *Revista de estudios políticos*, n. 1, 1978

LUTHER J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’Ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990

MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, II ed., 2007

MANCINI S., *Il fallimento di un mariage de raison: la dissoluzione della Repubblica federativa ceca e slovacca*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 4, 1993

MARAVALL J.M., *La política de la transición*, Taurus, Madrid, 1985

MARAVALL J.M., SANTAMARIA J., *Transición política y consolidación de la democracia en España*, in TEZANOS J.F., CORTARELO R., DE BLAS A. (a cura di), *La transición democrática española*, Editorial sistema, Madrid, 1989 (trad. ingl. *Political Change in Spain and the Prospects for Democracy*, in O’DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transition form Authoritarian Rule. Southern Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986)

MARINO G.C., *Storia del separatismo siciliano*, Editori riuniti, Roma, 1979

MARTÍNEZ GORRIARÁN C., *El día que mataron a Tomás y Valiente*, in [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2006/abc/Nacional/el-dia-que-mataron-a-tomas-y-valiente\\_132213802920.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-12-02-2006/abc/Nacional/el-dia-que-mataron-a-tomas-y-valiente_132213802920.html)

MARTÍN-RETORILLO BAQUER L., *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*, in A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991

- MASSIAS J.P., *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Clermont-Ferrand, 1998
- MASSÓ GARROTE M.F., *I diritti fondamentali e le libertà pubbliche nella Costituzione spagnola del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale*, in PEGORARO L., RINELLA A., SCARCIGLIA R. (a cura di), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padova, 2000
- MAZZA M., *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova, 1999
- MERLINI S., *La Corte costituzionale e le leggi di pubblica sicurezza*, in *Quale giustizia*, 1972
- MEZZETTI L., *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Giappichelli, Torino, 2000
- MEZZETTI L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Cedam, Padova, 2003
- MINISTERO PER LA COSTITUENTE (a cura di), *Commissione per la riorganizzazione dello Stato. Relazione all'Assemblea costituente. Problemi costituzionali. Organizzazione dello Stato*, Roma, 1946
- MONEREO PÉREZ J.L., *Derecho de huelga y conflictos colectivos*, Editorial Comares, Granada, 2002
- MORLINO L., *Consolidamento democratico: definizione e modelli*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, vol. 16, n. 2, 1986
- MORLINO L., *Democrazie e democratizzazioni*, il Mulino, Bologna, 2003
- MORLINO L., *Political Parties and Democratic Consolidation in Southern Europe*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995
- MORODO R., *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1984
- MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, V, 1970
- MORTATI C., *Corte costituzionale e Alta Corte per la regione siciliana*, in *Giur. cost.*, 1956
- MORTATI C., *La Corte costituzionale ed i presupposti per la sua vitalità*, Iustitia, Roma, 1949
- MORTATI C., *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973
- MUNCK G.L., *Disaggregating Political Regime: Conceptual Issues in the Study of Democratization*, Kellogg Institute, Working Paper n. 228, 1996
- MUÑOZ MACHADO S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Civitas, Madrid, 2007

NEFF M., *Eastern Europe's Policy of Restitution of Property in the 1990's*, in KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. 2, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995

NEWMAYER K.H., *Law in the Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé*, in ROTONDI M. (a cura di), *Buts et méthodes du droit comparé*, Cedam, Padova, 1973

O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., *Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, in O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from Authoritarian Rule*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986

O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from Authoritarian Rule. Latin America*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986

O'DONNELL G., *Transitions, Continuities, and Paradoxes*, in MAINWARING S., O'DONNELL G., VALENZUELA J.S., *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1992

OKOTH-OGENDO H.W.O., *Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in GREENBERG D., KATZ S.N., OLIVIERO M.B., WHEATLEY S.C. (a cura di), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, Oxford, 1993

OLIVETTI RASON N., *Alcune considerazioni conclusive*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003

ONAINDIA M., *Guía para orientarse en el laberinto vasco*, Temas de Hoy, Madrid, 2000

ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977

ONIDA V., *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1969

PACE A., *Spunti per una delimitazione "costituzionale" dello sciopero*, in *Giur. cost.*, 1964

PALADIN L., *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1993

PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004

PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *El derecho constitucional de huelga y su regulación en España*, in *Derecho del trabajo y razón crítica*, Varona, Salamanca, 2004

PAOLETTI A., *Leggi-cornice e regioni. Crisi di un modello*, Giuffrè, Milano, 2001

PAREJO ALFONSO L., *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal constitucional de 8 abril de 1981*, in *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, n. 3, 1981

- PAREJO ALFONSO L., *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada incostitucionalidad sobrevenida*, in *Revista de administración pública*, n. 94, 1981
- PASQUINO G., *Nuovo corso di scienza politica*, il Mulino, Bologna, IV ed., 2009
- PASQUINO G., *Sistemi politici comparati*, Bononia University Press, Bologna, 2007
- PASQUINO G., *The Demise of the First Fascist Regime and Italy's Transition to Democracy: 1943-1948*, in O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transition from Authoritarian Rule. Southern Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986
- PASTOR R., *The Role of Electoral Administration in Democratic Transitions: Implications for Policy and Research*, in *Democratisation*, vol. 6, n. 4, 1999
- PAVONE C., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995
- PEGORARO L., *Giustizia costituzionale*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2004
- PEGORARO L., PAVANI G., PENNICINO S., *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bononia University Press, Bologna, 2011
- PEÑARANDA RAMOS J.L., *Disposición derogatoria. Constitución y ordenamiento preconstitucional*, in ALZAGA VILLAAMIL O. (a cura di), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XII, Editoriales de derechos humanos, Madrid, 1999
- PÉREZ ROYO J., *Por qué no*, in *El País*, 1° maggio 2010
- PÉREZ TREMPES P., *La Ley para la reforma política*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 1, 1981
- PERONE G.C., *La giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata*, in CATALDI E., FLAMMIA R., MAZZIOTTI F., MORTILLARO F., PERONE G.C., SCOGNAMIGLIO R., SIMI V., VENETO G., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli Editore, Milano, 1978
- PEYROT G., *Provvedimenti ostativi dell'autorità di polizia e garanzie costituzionali per il libero esercizio dei culti ammessi*, in *Dir. eccl.*, 1951
- PICHIERRI A., *La Costituzione provvisoria*, Mandese, Taranto, 1996
- PILDES R.H., *The Inherent Authoritarianism in Democratic Regimes*, in SAJÓ A. (a cura di), *Out of and Into Authoritarian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003
- PINELLI C., *Cinquant'anni dopo: Gronchi, Tambroni e la forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2010
- PIZZORUSSO A., *Art. 134 Cost.*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981

PIZZORUSSO A., *Le stagioni della Costituzione*, in TARCHI R., *Disposizioni transitorie e finali (I-XVIII)*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981

PIZZORUSSO A., *Meriti e limiti del processo costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1972

PODHRÁZKY M., *A Comparative Analysis of the Bodies in Charge of Electoral Control, Especially the Judicial Ones: The Czech Case*, in BIGLINO CAMPOS P., DELGADO DEL RINCÓN L.E., *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2010

POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010

POLLICINO O., *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2009

POMBENI P., *La Costituente. Un problema storico-politico*, il Mulino, Bologna, 1995

POWELL C., *El piloto del cambio. El rey, la monarquía y la transición a la democracia*, Planeta, Barcelona, 1991

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED J.L., *Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional*, in *Revista de estudios políticos*, n. 122, 2003

PŘIBÁŇ J., *Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System*, in SADURSKI W. (a cura di), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 2002

PRIDHAM G. (a cura di), *Securing Democracy: Political Parties and Democratic Consolidation in Southern Europe*, Routledge, London, 1990

PRIDHAM G., *The International Context of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995

PRIETO SANCHIS L., *Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales*, in *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, nn. 1, 2 e 3, 1981

PRIETO SANCHIS L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990

PROCHÁZKA R., *Mission Accomplished. On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, Central European University Press, Budapest, 2002

PRZEWORSKI A., *Some Problems in the Study of the Transition to Democracy*, in O'DONNELL G.,

SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transition from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, vol. III, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986

RAMOS ROMEU F., *The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions*, in *Review of Law & Economics*, vol. 2, n. 1, 2006

*Rassegna di Giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali*, in *Giur. cost.*, I, 1956

RINALDI F., RINALDI M., *Esperienze dell'Europa orientale*, in PEGORARO L., PAVANI G., PENNICINO S., *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bononia University Press, Bologna, 2011

ROBERTSON D., *A Problem of Their Own, Solutions of Their Own: CEE Jurisdictions and the Problems of Lustration and Retroactivity*, in SADURSKI W., CZARNOA A., KRYGIER M. (a cura di), *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Springer, Dordrecht, 2006

RODOTÀ S., *La svolta "politica" della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 1, 1970

ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986

ROMAGNOLI U., *Art. 40*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981

ROMBOLI R., *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in MEZZETTI L., MAC-GREGOR F., *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010

ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985

ROSENFELD M., *Constitution Making, Identity Building and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example*, in *Cardozo Law Review*, n. 19, 1998

ROURA S., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003

RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *La jurisdicción constitucional*, in PREDIERI A., GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980

RUBIO LLORENTE F., *Del Tribunal de garantías constitucionales al Tribunal constitucional*, in *Revista de derecho político*, n. 16, 1982-83

RUBIO LLORENTE F., *El bloque de constitucionalidad*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 27, 1989

RUBIO LLORENTE F., *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1993

- RUBIO-MARÍN R., *Women and the Cost of Transition to Democratic Constitutionalism in Spain*, in *International Sociology*, n. 18, 2003
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001
- RUIZ LAPEÑA R., *El Tribunal de garantías constitucionales en la II República española*, Bosch, Barcelona, 1982
- SACCOMANNO A., *La transizione italiana: le Costituzioni provvisorie*, in GAMBINO S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003
- SADURSKI W., *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht, 2005
- SALVEMINI G., *Fu l'Italia prefascista una democrazia?*, in *Il ponte*, vol. 8, 1952
- SAMALÍK F., *Political Parties and the Split of Czechoslovakia*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, La Rosa, Torino, 1994
- SÁNCHEZ NAVARRO Á.J., *La transición española en sus documentos*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998
- SANDULLI A., *Rapporti tra giustizia comune e giustizia costituzionale in Italia*, Cedam, Padova, 1968
- SANTONI F., *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1991
- SCHMITTER P.C., *Organized Interests and Democratic Consolidation in Southern Europe*, in GUNTHER R., DIAMANDOUROS P.N., PUHLE H.J. (a cura di), *The Politics of Democratic Consolidation. Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1995
- SCHMITTER P.C., *Transitology: The Science or Art of Democratization?*, in TULCHIN J.S., ROMERO B. (a cura di), *The Consolidation of Democracy in Latin America*, Lynne Rienner, Boulder, 1995
- SCHWARTZ H., *The Czech Constitutional Court Decision on the Illegitimacy of the Communist Regime*, in *Parker School Journal of Eastern European Law*, vol. 1, 1994
- SEGRETARIATO DELLA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA. SERVIZIO ARCHIVIO STORICO, DOCUMENTAZIONE E BIBLIOTECA, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi*, Roma, 2005
- SIKLOVA J., *Lustration or the Czech Way of Screening*, in *East European Constitutional Review*, 1996
- SIKLOVA J., MIKLUSAKOVA M., *Law as an Instrument of Discrimination: Denying Citizenship to the Czech Roma*, in *East European Constitutional Review*, vol. 7, n. 2, 1998
- SIMONCINI A., *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un*

*problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004

SLADECEK V., *The Protection of Human Rights in the Czech Republic*, in PRIBAN J., YOUNG J. (a cura di), *The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, Ashgate, Aldershot, 1999

SLOSARCIK I., *The Reform of the Constitutional Systems of Czechoslovakia and the Czech Republic in 1990-2000*, in *European Public Law*, vol. 7, n. 4, 2001

SOLÉ TURA J., AJA E., *Une elaboration consensuelle*, in *Pouvoir*, n. 8, 1978

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J., *La configuración constitucional del derecho de reunión*, in *Parlamento y Constitución*, n. 5, 2001

SÓLYOM L., *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary*, in *International Sociology*, n. 18, 2003

SPADARO A., *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in SPADARO A., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, Giappichelli, Torino, 2000

SUNAR I., SAYARI S., *Democracy in Turkey: Problems and Prospects*, in O'DONNELL G., SCHMITTER P.C., WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from Authoritarian Rule. Southern Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986

SUNSTEIN C.R., *A Constitutional Anomaly in the Czech Republic?*, in *East European Constitutional Review*, 1995

SVOBODA K., *Legal and Political Events between 1989 and 1992*, in KNAPP V., BARTOLE S., *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, La Rosa, Torino, 1994

SVOBODOVA T., *Les garanties des libertés fondamentales dans la République tchèque*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n. 3, 2003

TAJADURA TEJADA J., *Constitución y democracia en la Unión Europea*, in TAJADURA TEJADA J., DE MIGUEL J., *Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008

TAJADURA TEJADA J., *La legitimidad de la Monarquía parlamentaria*, in LEÓN BASTOS C., WONG MERAZ V.A. (a cura di), *Homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid*, Porrúa, México, 2010

TARCHI R., *VI disp. trans. e fin.*, in TARCHI R., *Disposizioni transitorie e finali (I-XVIII)*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981

TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988

TOHARIA J.J., *Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain*, in *Law and Society Review*, vol. 9, n. 3, 1975

TOMÁS Y VALIENTE F., *Escritos sobre y desde el Tribunal constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1993

TOMÁS Y VALIENTE F., *La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)*, in *Revista vasca de administración pública*, n. 36, 1993

TORRES DEL MORAL A., *El Tribunal constitucional español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de lege ferenda*, in BAZÁN V. (a cura di), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010

TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho constitucional español*, ATOMO, Madrid, 1988

TORRES PÉREZ A., *Report on Spain*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010

TOSI S., *Il Governo davanti alla Corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1963

TRANFAGLIA N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, in *Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Feltrinelli, Milano, 1973

TRUJILLO G., *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, in *Revista de estudios políticos*, n. 7, 1979

VARELA S., SATRUSTEGUI M., *Constitución nueva y leyes viejas*, in *Revista del departamento de derecho político*, n. 4, 1979

VIDA SORIA J., GALLELO MORALES A., *Art. 28.2*, in ALZAGA VILLAAMIL O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes generales, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1978

VIRGA P., *L'entrata in vigore della nuova Costituzione*, in *Nuova Rassegna*, 1949

VIRGA P., *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1948

VOLPE G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977

VOLPI M., *La classificazione delle forme di stato*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2004

WALKER N., *Central Europe's Second Constitutional Transition: The EU Accession Phase*, in CZARNOTA A., KRYGIER M., SADURSKI W. (a cura di), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press, Budapest-New York, 2005

WHEATON B., KAVAN Z., *The Velvet Revolution: Czechoslovakia, 1988-1991*, Westview Press, Boulder, 1992

WHITEHEAD L., *International Aspects of Democratization*, in O'DONNELL G., SCHMITTER P.C.,

WHITEHEAD L. (a cura di), *Transitions from authoritarian rule. Comparative Perspectives*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London, 1986

WHITEHEAD L., *The Consolidation of Fragile Democracies: A Discussion with Illustrations*, in PASTOR R.A. (a cura di), *Democracy in the Americas: Stopping the Pendulum*, Holmes and Meier, New York-London, 1989

WOELK J., *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, Cedam, Padova, 2008

WOLCHIK S., *The Politics of Ethnicity in Post-Communist Czechoslovakia*, in *East European Politics and Societies*, vol. 8, n. 1, 1994

WOLLER H., *I conti con il Fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, il Mulino, Bologna, 1997

ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1977