

Paolo Alvazzi del Frate

**Giustizia e legittimità costituzionale nell'Ottocento.
Considerazioni sulle origini del controllo
di costituzionalità delle leggi***

*Justice and constitutional legitimacy in the 19th century.
Reflections on the origins of judicial review of legislation*

SOMMARIO: 1. Premessa - 1. L'*Ancien Régime*: leggi fondamentali e controllo di costituzionalità - 2. Il periodo rivoluzionario: un legislatore virtuoso e onnipotente - 3. Legislazione senza controlli: il XIX secolo - 4. Contro il *judicial review of legislation* - 5. Epilogo: l'Italia liberale.

ABSTRACT: The article aims to provide some reflections on the origins of constitutional justice in Europe in the 19th century when, following the example of the American "judicial review of legislation", the debate on the constitutional review of laws spread significantly.

KEYWORDS: Constitutional justice, Constitution, 19th Century.

* Il testo riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, l'intervento al convegno *Un secolo di giustizia costituzionale*, svoltosi all'Università di Trieste il 10 giugno 2021, che apparirà anche negli atti del Convegno in corso di pubblicazione.

1. *Premessa*

Con questo scritto ci proponiamo di svolgere alcune riflessioni intorno agli «albori della giustizia costituzionale» in Europa nel XIX secolo, quando sull'esempio del *judicial review of legislation* dell'ordinamento statunitense il dibattito sul controllo di costituzionalità delle leggi si intensificò considerevolmente. Il filo conduttore della vicenda è costituito dal problema dell'introduzione di limiti all'azione del legislatore: si trattava di stabilire se la creazione di nuove regole giuridiche, attraverso la «legge», si dovesse considerare del tutto libera o se invece, tale azione incontrasse necessariamente alcune limitazioni. In altri termini, ci si chiedeva se il legislatore fosse onnipotente o meno.

Si percorreranno tre tappe: - l'*Ancien Régime*, quando esisteva una sorta di embrionale e non formalizzato controllo di costituzionalità esercitato dalle Corti sovrane; - il periodo rivoluzionario con l'affermazione della libertà assoluta del legislatore considerato «virtuoso» interprete della volontà generale; - il XIX secolo, quando la rivalutazione del ruolo della giurisprudenza indusse a ritenere ammissibili forme di controllo giurisdizionale della costituzionalità.

2. *L'Ancien Régime: leggi fondamentali e controllo di costituzionalità*

Il punto di partenza di queste brevi considerazioni è costituito dall'ordinamento dell'*Ancien Régime* francese. Sebbene tale ordinamento sia considerato come il «prototipo» dell'assolutismo (e quindi con un Sovrano teoricamente *legibus solutus*, secondo la celebre massima di Antoine Loisel (1536-1617), *qui veut le Roy, si veut la loy*¹), esso si fondava in realtà su una sorta di «costituzione». Il Regno di Francia conosceva infatti alcune norme di carattere costituzionale, sovraordinate rispetto alle leggi regie, che realizzavano una forma di limitazione della potestà legislativa del monarca. Si trattava delle «leggi fondamentali del Regno» (*Lois fondamentales du Royaume*), norme consuetudinarie cui si riconosceva un valore gerarchicamente superiore rispetto alle leggi del Re².

Una esplicita affermazione in tal senso, ad esempio, si trova già nel 1576 in un testo attribuito al giurista protestante Innocent Gentillet (1535-1588), per il

¹ Antoine Loisel, *Institutes coutumières, ou De plusieurs et diverses réigles, sentences & proverbes du Droit coutumier & plus ordinaire de la France*, Paris 1637, p. 1.

² Della vasta bibliografia si vedano tra gli altri B. Basse, *La Constitution de l'ancienne France. Principes et lois fondamentales de la royauté française*, Liancourt 1973; C. Saguez-Lovisi, *Les Lois fondamentales au XVIII^e siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris 1983; J. Barbey-F. Bluche-S. Rials, *Lois fondamentales et succession de France*, 2 ed., Paris 1984.

quale alcune leggi «si possono cambiare, correggere e abolire, secondo le circostanze del tempo e delle persone, e delle caratteristiche delle controversie», mentre «le leggi fondamentali di un regno non si possono mai abolire, senza che il regno cada quanto prima»³.

Tali leggi fondamentali – occorre ricordarlo – non furono mai definite con precisione e il dibattito fu sempre acceso a tal riguardo⁴. Si trattava di norme relative allo *status regni* che disciplinavano essenzialmente i poteri del sovrano, la successione al trono e la tutela dei diritti degli individui⁵. Vi era certamente un ampio consenso intorno alle prime due leggi fondamentali, la «legge salica» e quella sulla «inalienabilità del demanio regio». Con la «legge Salica» si escludeva dalla successione monarchica la discendenza femminile, attribuendola al primogenito maschio; con la seconda si negava al sovrano la possibilità di disporre del patrimonio dello Stato e di sottrarre, in tal modo, risorse alle finanze pubbliche. Riguardo, invece, alle altre norme «costituzionali», mancava un accordo in dottrina, per cui il numero e il contenuto delle leggi fondamentali si diversificava considerevolmente a seconda degli orientamenti dei giuristi. Ad esempio, i fautori della *thèse parlementaire* (ossia i giuristi più vicini agli ambienti della magistratura) consideravano quali leggi fondamentali anche alcune norme relative alle funzioni dei Parlamenti e degli Stati generali, quali garanti dello *status quo* e della tutela della condizione giuridica e dei privilegi degli individui.

È opportuno chiedersi, a questo punto, se esistesse una forma di controllo

³ «Il y a bien en un royaume aucunes loix (voire beaucoup) qui se peuvent changer, corriger & abolir, selon la circonstance du temps & des personnes, & qualité des affaires: mais les loix fondamentales d'un royaume ne se peuvent jamais abolir, que le royaume ne tombe bientost après», I. Gentillet, *Brieve remontrance à la noblesse de France sur le fait de la Déclaration de Monseigneur le duc d'Alençon*, s.l. 1575, pp. 13-14. Anche il presidente del Parlamento di Parigi Achille de Harlay (1536-1616) – secondo una *remontrance* del 1771 – si pronunciò negli stessi termini nel 1586: «il y a deux sortes de loix: les unes sont les ordonnances des rois, qui peuvent changer selon la diversité des temps et des affaires; et les autres sont les ordonnances du royaume, qui sont inviolables; et celle-là entre autres est une des plus saintes, et laquelle nos rois ont le plus religieusement observée, de ne publier ni loi ni ordonnance qui ne fût vérifiée en cette compagnie », P.-J.-S. Dufey, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France, chambres des comptes, cours des aides et autres cours souveraines depuis 1461 jusqu'à leur suppression*, Paris 1826, II, p. 228.

⁴ La nozione di «cosituzione» si affinò progressivamente nel corso dei secoli dell'età moderna. Al riguardo, resta fondamentale il classico studio di E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle*, Paris 1927. Della bibliografia più recente si vedano A. Vergne, *La notion de Constitution d'après les Cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris 2007 e O. Beaud, *L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat*, in «Jus politicum», 2009/3, pp. 1-29.

⁵ M. Caravale, *I diritti fondamentali nell'età moderna*, in L. Lanfranchi (cur.), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Roma 2006, p. 34.

della costituzionalità degli atti legislativi regi e da chi fosse esercitato. La risposta, secondo l'interpretazione prevalente della storiografia giuridica, è affermativa. Si ritiene infatti che tale controllo fosse svolto dalle giurisdizioni supreme del Regno, denominate «Corti sovrane» (*Cours souveraines*), ossia i Parlamenti di Francia (*Parlements*) e alcune altre giurisdizioni (*Chambres des comptes*, *Cours des aides*, *Cours des monnaies*).

I Parlamenti, giudici d'appello nei confronti delle sentenze dei tribunali regi inferiori o dei giudici signorili, costituivano la giurisdizione suprema (civile, penale e amministrativa)⁶. Il Parlamento di Parigi godeva di privilegi particolari e di un'autorità superiore rispetto alle altre Corti. I Parlamenti effettuavano la registrazione, la verifica e la conservazione dei provvedimenti legislativi regi. Se il Parlamento riteneva che l'atto legislativo regio violasse la costituzione del Regno (ossia le *Lois fondamentales*) rifiutava la registrazione (attraverso il *refus d'enregistrement*) rinviando al Re il testo considerato viziato, accompagnandolo con una «umile e rispettosa rimostranza» (*très humbles et très respectueuses remontrances*). Tale rimostranza - atto segreto e formalmente rispettoso - rappresentava la motivazione giuridica del rifiuto di registrazione. Il Re a quel punto poteva cercare di imporre la registrazione con l'emanazione di ordini di registrazione, denominati *Lettres de jussion*, ma al Parlamento era consentito un ulteriore rifiuto accompagnato da «rimostranze reiterate» (*itératives remontrances*). Il conflitto tra il Re e il Parlamento, che poteva proseguire a lungo, si concludeva soltanto con la convocazione da parte del Re di una solenne seduta del Parlamento denominata *Lit de justice*⁷. Il Re, recatosi di persona a Parigi, presiedeva la seduta nella *Grande Chambre* del Parlamento e ordinava la registrazione dell'atto legislativo che aveva provocato il conflitto. In presenza del Re i parlamentari tornavano a svolgere il ruolo di «Consiglieri del sovrano» ed erano quindi costretti a inchinarsi di fronte alla sua autorità. Sebbene con il *Lit de justice* si affermasse l'indiscutibile superiorità del sovrano nei confronti dei magistrati del Parlamento, gli atti così registrati mantenevano un «sospetto di incostituzionalità» che induceva i giudici a disapplicarli o a sottoporli a una rilevante manipolazione interpretativa⁸.

⁶ Il Parlamento era inoltre giudice di primo grado per una serie di materie, considerate di grande importanza per il Regno, e si trasformava in Corte dei Pari, in occasione di un processo a un Pari di Francia.

⁷ La locuzione si riferiva al trono riservato al Re, giudice supremo, appunto denominato *Lit de justice*, situato nella *Grande Chambre* del Parlamento di Parigi.

⁸ J.-L. Mestre, *L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les «Maximes du droit public français (1775)»*, in *État et pouvoir. L'idée européenne*, Aix-en-Provence, 1992, pp. 21 ss.; F. Saint-Bonnet, *Le Parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle)*, in «Droits», n. 34 (2001), pp. 177-198. Più in generale sull'origine del controllo di costituzionalità in Francia, si vedano L. Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir: le Conseil constitutionnel*, Paris 1987; S. Gambino, *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità. Il caso francese. Profili storico-dogmatici*, Torino 1988;

I Parlamenti di Francia, e in particolare il Parlamento di Parigi, esercitarono quindi nell'*Ancien Régime* un controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi regie, rifiutando la registrazione degli atti considerati incostituzionali. È lo stesso Parlamento di Parigi ad affermarlo nel 1718: le leggi «ci impongono di verificare» che nelle leggi regie «non ci sia niente di contrario... alle leggi fondamentali del Regno»⁹.

Le Corti sovrane intendono confrontare le leggi del re alle norme e i principi superiori dei quali si considerano il 'deposito'. Esse assumono quindi l'atteggiamento di giudici costituzionali¹⁰. Il Parlamento, che si considerava «*le véritable*

F. Duranti, *Le origini della giustizia costituzionale in Francia e la nascita del «Conseil constitutionnel»*, in «Politica del diritto», XXXI (2000), pp. 167-197; E. Gojosso, *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIIIème siècle: une autre approche*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 4 (2002), pp. 145-154; D. Chagnollaud (cur.), *Aux origines du contrôle de la constitutionnalité*, Paris 2003; D. Maus, *La naissance du contrôle de constitutionnalité en France*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris 2003, pp. 713 ss.; F. Di Donato, *Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancien Régime: una storia politico-istituzionale*, in «Giornale di storia costituzionale», 2004, pp. 147-165, e 2005, pp. 65-86; E. Gojosso, *Le rapport entre la loi et la constitution dans la pensée des Lumières*, in «Dix-huitième Siècle», n. 37, 2005, pp. 147-159; V. Azimi, *Les racines historiques du contrôle de constitutionnalité en France*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 12, 2006, pp. 31-38; E. Gojosso, *L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité*, in «Revue française de droit constitutionnel», n. 71, 2007, pp. 499-512; *L'histoire du contrôle de constitutionnalité*, in «Cahiers du Conseil constitutionnel», n. 28, 2010 (M. Troper, *Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle*; M.-F. Renoux-Zagamé, *Juger la loi au nom du droit naturel: fondements et portée du contrôle des Parlements de la Monarchie*; Ph. Pichot, *Penser le contrôle a priori (1789-1870)*; F. Saint-Bonnet, *Le contrôle a posteriori: les Parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi*; J.-L. Mestre, *Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution*; J.-L. Halpérin, *La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l'histoire du droit français?*; P. Pasquino, *Le contrôle de constitutionnalité: généalogie et morphologie*).

⁹ «Toutes les ordonnances de nos rois ... nous imposent d'examiner dans les édits et autres lois qui nous sont apportés *s'il n'y a rien de contraire* aux intérêts de V. M. et de l'Etat et *aux lois fondamentales du royaume*, qui nous obligent d'en délibérer et par conséquent d'y opiner avec toute liberté de suffrages et nous défendent en même temps de reconnaître pour lois celles qui ne nous ont pas été envoyées revêtues du caractère de l'autorité royale», *Remontrances itératives* del 26 luglio 1718, in J. Flammermont, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, I, Paris 1888, p. 88.

¹⁰ «Les cours souveraines entendent confronter les lois du roi à des normes et principes supérieurs dont elles auraient le 'dépôt'. Elles adoptent ainsi la posture de juges constitutionnels», F. Saint-Bonnet, *Le Parlement*, cit., p. 190.

*dépositaire des lois fondamentales de l'Etat*¹¹ e difensore della «*constitution de l'Etat*»¹², intendeva impedire ogni atto «*contraire à la constitution de l'Etat*»¹³.

È sufficiente qualche citazione tratta dalle *remontrances* del XVIII secolo per comprendere il ruolo di «giudice della costituzionalità» svolto dal Parlamento di Parigi:

- la legge «ébranle tous les principes qui forment la constitution de l'Etat» (9 aprile 1753)¹⁴;
- «des lois fondamentales de la Monarchie sont attaquées» (27 novembre 1755)¹⁵;
- «ces tristes circonstances ... menacent d'atteintes dangereuses les lois du Royaume et la constitution de l'Etat» (7 dicembre 1770)¹⁶;
- i sovrani «ont reconnu, de tout temps, qu'il était nécessaire ... que les lois fussent vérifiées dans leurs parlements, et que la nécessité de cette vérification tient à la constitution de l'Etat, qui ne peut être changée ni altérée» (15 gennaio 1771)¹⁷;
- la legge «paraît blesser plus ou moins directement la constitution de l'Etat, les lois anciennes, les maximes et les principes de la Monarchie, les droits des différents ordres» (8 gennaio 1775)¹⁸;
- il Parlamento denunciava le «innovations, également contraires à l'ordre public et à la constitution de l'Etat» (12 marzo 1776)¹⁹;
- «Cet édit ne peut point s'accorder avec votre justice, puisque ... il met en péril la constitution de l'Etat» (8-19 maggio 1776)²⁰;
- la legge «attaquerait la Constitution de l'Etat» (23-26 gennaio 1778)²¹.

¹¹ 26 luglio 1718: il Re «a toujours regardé son parlement comme le véritable dépositaire des lois fondamentales de l'Etat, si nécessaires pour la conservation des droits de la couronne», J. Flammermont, *Remontrances du Parlement*, cit., I, p. 95.

¹² L'affermazione è ricorrente: cfr., ad esempio, 1 marzo 1721: «la constitution de l'Etat la connaissance en appartient de droit au Parlement», *ivi*, I, p. 147.

¹³ 27 novembre 1755, *ivi*, II, p. 15.

¹⁴ *Ivi*, I, p. 607.

¹⁵ *Ivi*, II, p. 94.

¹⁶ *Ivi*, III, p. 165.

¹⁷ «Ces maximes, Sire, sont consacrées dans des monuments authentiques, que votre parlement a déjà eu l'honneur de mettre sous les yeux de Votre Majesté dans d'autres occasions, mais qui sont si précis, qu'il ne peut se dispenser de les rappeler», P.-J.-S. Dufey, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, cit., II, p. 227.

¹⁸ J. Flammermont, *Remontrances du Parlement*, cit., III, p. 256. Tali provvedimenti rischiano di «porter atteinte aux lois du Royaume et à la constitution de l'Etat», p. 266.

¹⁹ *Ibid.*, p. 333.

²⁰ *Ibid.*, p. 377.

²¹ *Ibid.*, p. 408.

Il Re, secondo il Parlamento, si trovava così nella *heureuse impuissance* di modificare o violare le leggi fondamentali (ossia la costituzione del Regno):

ces loix [*fondamentales*] sont à l'abri de tout changement... le souverain lui-même est dans une *heureuse impuissance* d'y porter aucune atteinte²².

Con la deliberazione del 3 maggio 1788 il Parlamento di Parigi prese un'esplícita posizione in favore del controllo di costituzionalità affermando che, secondo la costituzione del Regno, le corti dovessero verificare le leggi regie e rifiutarne la registrazione qualora esse non fossero «conformi... alle leggi fondamentali dello Stato». Rappresentava così una legge fondamentale:

le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État²³.

Si può concludere che, nonostante l'incertezza intorno al contenuto delle «leggi fondamentali», la *percezione dell'esistenza di limiti all'azione del legislatore* fosse assai diffusa²⁴. La verifica della conformità degli atti legislativi regi alle norme costituzionali era svolta dalle Corti sovrane, che rifiutavano la registrazione delle leggi lesive delle «leggi fondamentali del Regno» o dei principi costituzionali («*les principes qui forment la constitution de l'Etat*»)²⁵.

²² P.-J.-S. Dufey, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, cit., II, p. 227.

²³ J. Flammermont, *Remontrances du Parlement*, cit., III, p. 746. Questa l'elencazione delle «leggi fondamentali» secondo il Parlamento di Parigi: «Le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des Etats généraux régulièrement convoqués et composés; Les coutumes et les capitulations des provinces; L'immovibilité des magistrats; Le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État; Le droit de chaque citoyen de n'être jamais traduit en aucune matière devant d'autres juges que ses juges naturels, qui sont ceux que la loi lui désigne; Et le droit, sans lequel tous les autres sont inutiles, celui de n'être arrêté, par quelque ordre que ce soit, que pour être remis sans délai entre les mains des juges compétents».

²⁴ 9 aprile 1753, J. Flammermont, *Remontrances du Parlement*, cit., I, p. 607.

²⁵ Osserva François Saint-Bonnet: «au moment de la publication ou de l'enregistrement, le parlement exerce un contrôle 'dont le but est la correction des abus de pouvoir' en déclarant nuls les actes contraires à des ordonnances ou principes jugés fondamentaux. Il juge que la volonté du roi ne saurait suffire, en d'autres termes, que la validité des lettres dépend, outre le critère formel, d'un critère de conformité à un ordre supérieur... [*Car*] les lettres royales doivent se conformer à un ordre juridique supérieur qui s'impose à tous et qui préexiste aux royaumes dans la plus pure tradition naturaliste», F. Saint-Bonnet, *Le Parlement, juge constitutionnel*, cit., p. 179.

3. *Il periodo rivoluzionario: un legislatore «virtuoso» e «onnipotente»*

Nell'ordinamento dell'*Ancien Régime* – come abbiamo visto – esisteva una seppur primitiva forma di controllo di costituzionalità delle leggi esercitata dalle Corti sovrane. La situazione mutò profondamente con la Rivoluzione francese, quando si stabilì il monopolio normativo della legge dello Stato, attraverso il principio della separazione dei poteri e l'abolizione delle fonti consuetudinarie, dottrinarie e giurisprudenziali. La legge fu dunque considerata come lo strumento indispensabile per modificare le consuetudini del passato e realizzare le riforme auspicate. Tutto fu affidato al legislatore, che nella sua azione non avrebbe dovuto incontrare alcun limite, né ostacolo.

Nel 1789 i rivoluzionari francesi avevano stabilito solennemente che «la legge è espressione della volontà generale»²⁶, ispirandosi alla celebre affermazione di Rousseau secondo la quale «la volontà generale è sempre retta e tende sempre all'interesse pubblico»²⁷. La legge fu dunque considerata quale *unica fonte del diritto* e le fu attribuito un importante ruolo simbolico e di palingenesi. Il legislatore, eletto dal popolo, ottenne una legittimazione indiscussa che accrebbe ulteriormente la sua autorità. Con ciò si intese affermare l'onnipotenza di un legislatore «virtuoso», perché in grado di interpretare correttamente il «bene comune» e di individuare con efficacia i provvedimenti necessari alla sua realizzazione²⁸.

Una grande diffidenza nei confronti della magistratura caratterizzò invece le riforme giudiziarie della Rivoluzione. Le funzioni del giudice e, più in generale la giurisdizione stessa, furono drasticamente ridimensionate, accogliendo la concezione montesquieuiana del giudice *bouche de la loi* e del «potere nullo»²⁹. Gli ordinamenti costituzionali del periodo rivoluzionario attribuirono al sistema giudiziario una fisionomia del tutto nuova. Per cancellare il ricordo della

²⁶ Art. 6, *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 agosto 1789: «La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents». Sul punto è sempre importante il riferimento a R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris 1931 (rist. anast., Paris 1984).

²⁷ «La volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'intérêt public», J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, II/3.

²⁸ Si vedano al riguardo i fondamentali studi di Maurizio Fioravanti, in particolare M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Torino 2021.

²⁹ «Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle», Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (1748), XI/6.

magistratura dell'*Ancien Régime* e garantire la democraticità del suo reclutamento, si stabilì, con la legge 16-24 agosto 1790, che tutti i giudici sarebbero stati eletti dal popolo (art. 3, tit. II)³⁰. La separazione dei poteri fu assicurata dalle disposizioni contenute nell'art. 10 («Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture») e nell'art. 13 («Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions»)³¹. Tali disposizioni furono confermate e rafforzate dalla costituzione del 3 settembre 1791, con l'art. 3, tit. III, cap. V, che proibiva ogni ingerenza della giurisdizione nell'esercizio dei poteri legislativo ed esecutivo:

Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

L'art. 27, tit. III, cap. V, prevedeva l'intervento del Ministro della giustizia, del Corpo legislativo e dell'Alta corte nazionale allo scopo di sanzionare ogni eventuale ingerenza dei magistrati nelle funzioni degli altri poteri:

Le ministre de la justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir. - Le tribunal les annulera; et s'ils donnent lieu à la forfaiture, le fait sera dénoncé au Corps législatif, qui rendra le décret d'accusation, s'il y a lieu, et renverra les prévenus devant la haute Cour nationale.

Alla giurisdizione furono quindi attribuiti ruolo e funzioni rigidamente delimitati, per garantire la piena autonomia del legislativo³².

³⁰ «Les juges seront élus par les justiciables».

³¹ Il nuovo ordinamento prevedeva inoltre il sistema del c.d. *référé législatif* per il quale, in presenza di un dubbio interpretativo o di una lacuna legislativa, il giudice avrebbe dovuto sospendere il giudizio e rivolgersi al legislatore per ottenere una legge di interpretazione autentica, ai sensi dell'art. 12, tit. II, legge 16-24 agosto 1790.

³² Queste le caratteristiche principali del nuovo ordinamento giudiziario: a) previsione di una netta separazione dei poteri (la cui configurazione assicurava la prevalenza del legislativo sugli altri poteri); b) elettività dei giudici di ogni grado; c) drastica limitazione dei poteri interpretativi del giudice, grazie al sistema del *référé législatif* (articolato in *référé facultatif*, del giudice di merito, e in *référé obligatoire*, della Cassazione); d) istituzione del Tribunale di cassazione, giudice di legittimità, cui si imposero significative limitazioni alle funzioni con il

A emergere nel periodo rivoluzionario fu quindi l'idea della libertà assoluta del legislatore, interprete della volontà generale, e come tale sottratto a qualunque limitazione. La concezione stessa della separazione dei poteri era intesa come uno strumento di garanzia della libertà del legislatore nei confronti soprattutto del potere giudiziario che, nell'*Ancien Régime*, esercitava abitualmente una significativa ingerenza nella legislazione. Come osserva Maurizio Fioravanti, l'obiettivo della Rivoluzione non fu quello di «limitare l'arbitrio del legislatore», ma «di affermare la sua autorità come dominio della volontà generale», per «costruire un *legislatore virtuoso*, necessariamente rispettoso dei diritti degli individui in quanto espressione necessaria della volontà generale»³³.

In questo contesto un controllo di costituzionalità delle leggi appariva contraddittorio e pericoloso. *Contraddittorio* perché la «volontà generale», una e indivisibile secondo la concezione rousseauiana, era interpretata dal legislatore, a sua volta eletto dal popolo, e pertanto *infallibile*. In altri termini, tutto si basava sulla considerazione secondo la quale «il popolo non sbaglia mai, e mai avrebbe potuto sbagliare un legislatore eletto dal popolo». *Pericoloso*, perché un controllo esercitato da un altro potere (come il giudiziario) avrebbe costituito una indebita ingerenza nell'esercizio della funzione legislativa. La legittimazione derivante dall'elezione da parte del popolo circondò il legislatore di un'aura di infallibilità e di onnipotenza che caratterizzò a lungo la cultura giuridica francese e, più in generale, dell'Europa continentale.

4. *Legislazione senza controlli: il XIX secolo*

Con il riconoscimento della «onnipotenza» del legislatore si venne a creare una situazione del tutto inedita. Grazie alla separazione dei poteri e alla drastica limitazione delle funzioni della magistratura vennero meno i tradizionali controlli sulla «costituzionalità» delle leggi. In altri termini, al legislatore, ritenuto «infallibile» interprete della volontà generale, fu sgombrata la strada ed eliminato ogni ostacolo per consentirgli un'azione rapida ed efficace.

Se dal punto di vista teorico l'operazione appariva fondata su principi logici e coerenti, nella pratica realizzò una sorta di libertà assoluta del legislatore che Paolo Grossi ha definito «assolutismo giuridico». Si trattò, secondo la critica di

référé obligatoire, il Tribunale «posto presso il Corpo legislativo» («*établi auprès du Corps législatif*», art. 1, L. 27 novembre-1 dicembre 1790), era inoltre tenuto inviare annualmente al Corpo legislativo «l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire, et le texte de la loi qui aura décidé la cassation» (art. 24).

³³ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 60.

Grossi, di una «espropriazione totale»³⁴ della produzione giuridica da parte del legislatore e di una «forzosa collocazione del diritto all'ombra dello Stato»³⁵ che condusse:

alla costruzione del mito della legge come norma di qualità superiore, gerarchicamente primaria: l'espressione autoritaria e centralistica della sovranità dello Stato venne infatti gabellata come l'unica espressione possibile della volontà generale; e fu consequenziale che, di fronte ad essa, si dileguassero le fonti plurali su cui si era retto il vecchio ordine, usi, opinioni di dottori, sentenze di giudici, invenzioni di notai, e il diritto si raggrinzì in legge. Al posto del vecchio pluralismo giuridico si sostituì un monismo rigidissimo³⁶.

La legge, prosegue Grossi, rappresentava, secondo la cultura illuministica dominante nel XVIII secolo e ispiratrice della Rivoluzione,

l'atteggiarsi autenticamente moderno del diritto, forma necessaria e garanzia suprema in una società evoluta, dove il principio di stretta legalità, cementato con i principii immortali della divisione dei poteri e della rigorosa gerarchia tra le fonti, assumeva un insuperabile valore 'costituzionale'³⁷.

Certamente – che si condividano o meno tali critiche – non si può non rilevare come l'avvento della Rivoluzione abbia attribuito al legislatore funzioni nuove e amplissime, prive delle tradizionali forme di limitazione e di controllo, mentre alla magistratura furono imposti limiti rigidi e un significativo ridimensionamento delle funzioni³⁸.

L'ostilità nei confronti dell'introduzione di qualunque limite all'azione del legislatore fu una caratteristica fondamentale del costituzionalismo dell'Ottocento e, in particolare, di quello francese. A tale ostilità corrispose una speculare riduzione dello spazio d'azione del potere giudiziario cui si attribuì un ruolo di secondo piano rispetto al legislativo. Intorno al giudice, ridotto a mero applicatore della legge, fu costruita una «barriera» per impedirgli di esercitare qualunque forma di interferenza nelle attività del legislatore e dell'amministrazione

³⁴ P. Grossi, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, p. 9. «L'espropriazione totale – che, della produzione del diritto, si è compiuta negli ultimi duecento anni a favore del legislatore e a scapito di altre forze vive e storicamente protagoniste come dottrina e giurisprudenza – ha provocato ... un impoverimento indubbio».

³⁵ Ivi, p. 6.

³⁶ Ivi, pp. 4-5.

³⁷ P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, ivi, p. 21.

³⁸ In generale per un'inquadratura della questione si vedano *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, Bologna 1976; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino 1982; S. Bartole, *Il potere giudiziario*, 2 ed., Bologna 2012.

pubblica.

In quel momento storico, accettare il controllo di costituzionalità avrebbe significato accettare una ingerenza della giurisdizione sulla legislazione. Ciò spiega l'avversione della cultura giuridica francese nei confronti del controllo di costituzionale che si protrasse per tutto il XIX secolo e parte del XX, fino all'avvento della V Repubblica nel 1958, quando fu istituito il *Conseil constitutionnel*.

Tale avversione investì soprattutto il modello dello *judicial review* americano, che avrebbe realizzato il temuto «governo dei giudici» come recitava il titolo dell'opera di Edouard Lambert, *Gouvernement des juges*, del 1921³⁹.

Il modello americano era certamente il più semplice, ma per i francesi anche il più temuto, perché rischiava di ripristinare l'ingerenza dei giudici nel legislativo. Si trattava della disapplicazione da parte del giudice della norma considerata incostituzionale e con ciò si spostava l'attenzione dalla «progettazione» della regola, al momento della sua applicazione. La verifica della conformità della legge alla costituzione avveniva in concreto e non più in astratto.

In estrema sintesi possiamo così individuare le cause dell'ostilità, europea e francese in particolare, a ogni forma di controllo di costituzionalità:

- a) il principio della separazione dei poteri che negava al giudiziario ogni attività nomopoietica (anche a causa del ricordo della continua ingerenza dei Parlamenti d'*Ancien Régime* nella legislazione regia);
- b) l'elettività del legislativo che attribuiva alle assemblee una legittimazione democratica e simbolica che la magistratura non poteva in alcun modo rivendicare;
- c) la concezione della legge quale *expression de la volonté générale*, ossia una volontà infallibile che attribuisce al legislatore un carattere virtuoso e onnipotente.

5. *Contro il judicial review of legislation*

L'Ottocento – s'è detto – vide in Europa il generale rifiuto nei confronti del controllo di costituzionalità e, in particolare, del *judicial review of legislation* americano. L'enfaticizzazione del ruolo del legislatore e una diffusa diffidenza nei confronti della giurisprudenza avevano indotto la dottrina a condannare la previsione di limiti all'azione del potere legislativo⁴⁰. Tuttavia, nel corso del secolo la

³⁹ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris 1921.

⁴⁰ In generale sul tema delle origini del controllo di costituzionalità esiste una vasta letteratura, si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano 1957; J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino 1990; M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di*

giurisprudenza riuscì a ricavarci, seppur con una certa difficoltà, uno spazio crescente tra le fonti del diritto. Già in seguito alla emanazione del codice napoleonico, il cui art. 4 abrogava tacitamente il *référé législatif* e consentiva al giudice una più ampia attività interpretativa, si registrò una prima e significativa riabilitazione della giurisprudenza⁴¹. Il superamento dell'eccessivo schematismo degli ordinamenti rivoluzionari non fu rapido, né facile. A partire dal 1837, quando la legge di riforma dell'ordinamento giudiziario abrogò del tutto il sistema del *référé législatif*, la giurisprudenza della Cassazione assunse una dignità e un ruolo più rilevanti nella cultura giuridica dell'epoca⁴².

Certamente il riferimento classico e inevitabile fu per tutto il secolo l'esperienza americana del *judicial review of legislation*, affermatosi nel 1803 con la sentenza *Marbury vs Madison* ove il giudice Marshall motivava con grande chiarezza la disapplicazione di una legge federale contraria alla costituzione:

So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty⁴³.

Già alla fine del Settecento si erano progettate in Europa forme di controllo

costituzionalità in Italia (1848-1956), Milano 1997; E. Fregoso, *Controllare la legge. Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, Padova 2008; F. Bonini-A. Ciammariconi-R. Orrù (curr.), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Napoli 2012 (saggi di Pasquale Pasquino, Gianluca Gentili, Tania Groppi, Valentina Cardinale, Marco Fioravanti, Francesca Rosa, Francesco Bonini, Marco Olivetti, Pierdomenico Logroscino, Michele Carducci, Francisco Fernández Segado, Eduardo Roza Acuña).

⁴¹ «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice », Art. 4, cod. civ. fr. Come ha giustamente osservato Piero Calamandrei, con l'art. 4, si passò dal divieto di interpretazione all'obbligo di interpretazione: «l'interpretazione giurisprudenziale, anziché vietata, era ai giudici, non solo permessa, ma fin anche imposta», P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, Milano-Roma-Torino 1920 (ora in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, VI, Napoli 1976, da cui citiamo), p. 466.

⁴² È forse utile ricordare che proprio in quel periodo le raccolte di giurisprudenza di Dalloz e Sirey cominciarono a conoscere un'ampia diffusione non solo tra i pratici, ma anche tra i giuristi teorici. Sul *référé législatif* si vedano Y.-L. Hufteau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris 1965; J.-L.- Halpérin, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris 1987; P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005.

⁴³ 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803), p. 178. Per la vastissima bibliografia sul tema si veda da ultimo B. Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008.

della costituzionalità delle leggi che non ebbero fortuna, né realizzazione pratica. Ci riferiamo al *jury constitutionnaire* di Emmanuel Sieyès del 1795⁴⁴, all'Eforato immaginato da Mario Pagano nel 1799 per la Repubblica napoletana⁴⁵. Ci furono poi il Senato napoleonico e il progetto di Giandomenico Romagnosi⁴⁶. Non ci soffermiamo su tali progetti, giustamente definiti da Jörg Luther come «utopie moderne della giustizia costituzionale»⁴⁷. Furono certamente iniziative rilevanti e meritorie per aver individuato il problema e stimolato il dibattito dottrinario, ma esse ebbero scarsa influenza concreta e non scalfirono la dominante ostilità nei confronti del controllo di costituzionalità.

La sola strada percorribile risultava in realtà quella di consentire un *controllo giudiziario* della costituzionalità delle leggi.

La giurispubblicistica si trovò ad affrontare nel secolo i fondamentali temi del costituzionalismo contemporaneo, tutti inerenti, a vario titolo, al problema del controllo di costituzionalità. Si pensi, ad esempio:

- al *potere costituente* (l'idea di poter riscrivere «a tavolino» le leggi fondamentali era un prodotto del razionalismo giuridico e si era manifestato nelle due rivoluzioni, americana e francese. Esso fu invece negato in Italia con le carte ottriate, come lo Statuto albertino);
- alla *rigidità costituzionale* (sia i testi francesi del 1814 e 1830 che lo Statuto albertino del 1848 furono interpretati come testi costituzionali «flessibili», ossia modificabili con legge ordinaria. L'assenza di testi costituzionali rigidi contribuì a rinviare la soluzione del problema del controllo di costituzionalità);
- alla *separazione dei poteri* (una interpretazione rigida del principio indusse parte della dottrina a escludere qualunque attività di controllo della giurisdizione sulla legislazione, in quanto legiferare e applicare giudizialmente erano considerate come attività del tutto distinte);

⁴⁴ M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità*, cit., pp. 47-68; J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino 1990, pp. 39-48; M. Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in «Le Carte e la Storia», 2005, pp. 175-188; M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze 2009; M. Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, in F. Bonini-A. Ciammariconi-R. Orrù (curr.), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica*, cit., pp. 111-134.

⁴⁵ M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità*, cit., pp. 69-104; J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale*, cit., pp. 48-57; A. Lo Calzo, *Protosistemi di giustizia costituzionale: il Corpo degli Efori nella Costituzione della Repubblica Napoletana del 1799*, in «Historia Constitucional», 14 (2013), pp. 251-305.

⁴⁶ J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale*, cit., pp. 48-57.

⁴⁷ Ivi, p. 29.

- alla *diffidenza nei confronti della magistratura* (da cui derivò l'opposizione al *judicial review* per scongiurare il ritorno alla situazione dell'*Ancien Régime*, ove l'ingerenza del giudiziario era abituale).

6. *Epilogo: l'Italia liberale*

I tentativi di stabilire per prassi forme di controllo giudiziario della legittimità costituzionale della legge furono numerosi ovunque in Europa: in particolare in Francia, Germania e Italia.

Si deve considerare che in Francia e nell'ordinamento sardo (successivamente Regno d'Italia), con l'abolizione della «registrazione»⁴⁸ da parte dei Parlamenti e dei Senati era venuto meno un importante elemento di equilibrio e di controllo nei confronti della legislazione regia. Ciò avrebbe stabilito una onnipotenza del legislativo, privo di alcun limite e controllo per cui – osserva Federico Roselli – si sarebbe creato «un assolutismo assembleare tanto più incisivo e tanto più intollerabile dell'assolutismo regio»⁴⁹. La questione del controllo giudiziale di costituzionalità apparve sempre più rilevante.

Il dibattito intorno all'ammissibilità o meno di tale controllo fu assai acceso e si collegò inevitabilmente con quello sul carattere flessibile delle carte costituzionali del tempo: si pensi alle *Chartes* francesi del 1814 e 1830, alla Costituzione belga del 1831 e allo Statuto albertino del 1848⁵⁰. Se alla costituzione non si poteva attribuire una rigidità formale ne conseguiva che

- a) l'attività di revisione, diretta ad apportare alle sue norme le modifiche o integrazioni rese necessarie dal trascorrere del tempo, non era affidata ad un organo speciale, ossia diverso dalle assemblee competenti ad emanare le leggi ordinarie; b) il contrasto tra di esso e le leggi non era sanzionato, e in particolare non esisteva una magistratura, ordinaria o speciale, competente a dichiarare il contrasto con effetti caducatori⁵¹.

In Italia, la dottrina maggioritaria negò decisamente la legittimità di tale controllo, sulla base soprattutto della necessità di rispettare la separazione dei poteri. In tale prospettiva, la disapplicazione da parte del giudice di una norma a

⁴⁸ *Interinazione* nell'ordinamento sardo.

⁴⁹ F. Roselli, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo Statuto albertino*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1986, p. 499.

⁵⁰ Sul punto si vedano gli studi di A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997; M.P. Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Torino 1997.

⁵¹ F. Roselli, *Giudici e limiti al potere del legislatore*, cit., p. 499.

causa della sua incostituzionalità avrebbe comportato una indebita ingerenza della giurisdizione sulla legislazione. Come osserva Marco Bignami, «davanti ad un legislativo che può tutto, salvo mutare l'uomo in donna e viceversa, come recita l'adagio inglese, il giudice sentenzierà sempre *secundum leges*, mai *de legibus*»⁵².

Senza addentrarci nell'ampio dibattito di quegli anni – efficacemente descritto negli studi, tra gli altri, di Roselli, Bignami, Luther, Meccarelli⁵³ e Bisogni⁵⁴ – ci basti citare le affermazioni perentorie di Giuseppe Saredo (secondo il quale «tutte le leggi regolarmente emanate sono costituzionali»⁵⁵), di Gaetano Arangio Ruiz (il quale riteneva che «il sindacato costituzionale dei giudici non è ammissibile»⁵⁶) e di Francesco Racioppi e Ignazio Brunelli (per i quali «in Italia qualsiasi legge è legale, ossia costituzionalmente valida e inattaccabile»⁵⁷, perché manca – proseguiva Racioppi – «al giudice la materia da conoscere, non potendovi essere leggi sostanzialmente incostituzionali»⁵⁸).

È stato giustamente osservato che:

⁵² M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., p. 4. «All'asserita flessibilità dello Statuto tenne dietro il difetto di una qualunque forma di controllo della costituzionalità delle leggi; in particolare non ebbe a realizzarsi un corrispettivo del *judicial review* americano, introdotto dalla Corte Suprema, pur in assenza di una specifica disciplina legislativa», p. 3.

⁵³ M. Meccarelli, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, Milano 2005; Id., *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 4 (2002), pp. 173-188.

⁵⁴ G. Bisogni, *I giuristi e il sindacato giudiziario sul contenuto delle leggi dall'età liberale al fascismo*, in «Quaderni fiorentini», 44 (2015), pp. 425-463.

⁵⁵ G. Saredo, *Delle leggi costituzionali*, in «La legge», 1886, I, p. 34.

⁵⁶ G. Arangio-Ruiz, *Costituente*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1906, p. 531. Secondo il giurista era «assurdo» che il giudice potesse controllare il Parlamento negandogli la possibilità di emanare una certa norma, perché «lo Stato non può avere le mani legate».

⁵⁷ F. Racioppi - I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, III, Torino 1909, p. 415. «Pel nostro diritto positivo la Costituzione non è limite giuridico all'attività del Parlamento. Mancando adunque presso di noi il limite giuridico, deve per necessità mancare altresì ogni controllo giuridico, eventualmente diretto a mantenerlo. In Italia qualsiasi legge è legale, ossia costituzionalmente valida e inattaccabile, perocché tutte le leggi emanano da quello stesso organo il quale può legittimamente modificare, abrogare, derogare, sospendere a sua posta le norme della Costituzione. Tale è il nostro diritto pubblico: né per imitazione delle consuetudini d'Inghilterra (come generalmente si ripete), ma per la ragione giuridica e tutta nostra che lo Statuto, non avendo istituito un organo apposito per le sue modificazioni, ha voluto ed ha imposto che tale organo sia lo stesso Parlamento. Cosicché, in quella medesima guisa che negli Stati Uniti è dovere del Giudiziario d'indagare sulla costituzionalità delle leggi) in Italia è suo dovere d'astenersene».

⁵⁸ F. Racioppi, *Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, in «La legge», 1905, p. 706.

nella difficoltà di ricondurre al campo del diritto il sindacato sulle leggi si avverte *in nuce* la matrice del pensiero schmittiano, secondo cui esso, diversamente dall'attività giurisdizionale in senso proprio, non si risolve affatto nell'applicazione di una norma ad una fattispecie concreta, ma richiede una valutazione in larga parte svincolata da parametri giuridici⁵⁹.

Nettamente minoritaria fu invece la voce dei giuristi apertamente favorevoli al controllo giurisdizionale. Tra questi vi era Ludovico Casanova, che scriveva nel 1859:

allorché il corpo legislativo ebbe dalla costituzione attribuzioni limitate e soggette ... i tribunali possono avere l'incarico di soprintendere a che quei limiti non sieno varcati, e quelle forme vengano osservate *ricusando di applicare ogni legge contraria* [alla costituzione] ...io non ci veggio difficoltà perché una legge fatta illegalmente, o fuori dei termini prescritti ai legislatori, non merita il nome di legge; i tribunali debbono applicare unicamente le vere leggi, e fra queste la prima e la più potente si è la legge costituzionale⁶⁰.

Da ricordare è ancora l'articolo di Francesco Antonio De Marchi, *Dell'autorità giudiziaria siccome guarentigia dell'osservanza dello Statuto*, apparso nel 1860. L'Autore sosteneva esplicitamente il controllo giurisdizionale, perché «l'impronta che debbe la legge emanata in un governo costituzionale è che essa sia senza meno informata dallo spirito dello Statuto»⁶¹. Quindi «un provvedimento legislativo emanato in virtù di un potere che fu esercitato in guisa contraria alla costituzione, all'indole che gli è propria, alle norme che lo governano» è «deficiente di quel carattere essenziale che gli dà la forza, come esso viziato nell'origine e nella sua estrinsecazione» e «destituito di quella imperatività, che richiede l'esecuzione e l'obbedienza»⁶². Spetta – concludeva De Marchi – all'autorità giudiziaria «cui è serbata l'esecuzione di quel provvedimento, di non farne applicazione nelle occorrenti controversie, ove ravvisi in esso deficiente il primo, il principale carattere del vero ordinamento legislativo, quello di essere conforme allo Statuto»⁶³.

Ricordiamo infine Alessandro Malgarini, autore nel 1884 di un appassionato saggio in difesa del controllo giurisdizionale, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*⁶⁴. L'Autore negava innanzitutto il carattere flessibile dello Statuto e

⁵⁹ M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., p. 28.

⁶⁰ L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, Firenze 1859-1869, I, pp. 29-30.

⁶¹ F. A. De Marchi, *Dell'autorità giudiziaria siccome guarentigia dell'osservanza dello Statuto*, Milano 1860 (estratto da «Monitore dei Tribunali», 1860), p. 5.

⁶² Ivi, p. 6.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ A. Malgarini, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, in «Archivio giuridico», 32, 1884, pp.

sosteneva la sua superiorità nei confronti della legge ordinaria. Da tale premessa il giurista faceva discendere la legittimità di un controllo giurisdizionale di costituzionalità. Malgarini sosteneva che «il sindacato costituzionale dei giudici non solo è ammesso, ma richiesto dal diritto pubblico, dalla legge fondamentale italiana»⁶⁵, dal momento che le costituzioni «hanno per sanzione naturale il diritto spettante ai giudici (che è in pari tempo un dovere) di verificare la costituzionalità delle leggi prima d'applicarle»⁶⁶. Ciò in conseguenza – concludeva Malgarini – della necessità per il Parlamento di impegnarsi a «non esercitare mai, col medesimo atto, i due poteri, costituente e costituito»⁶⁷.

Si può concludere che, malgrado la ricchezza del dibattito svoltosi in quegli anni⁶⁸, il dogma della «onnipotenza» del legislatore non fu sconfitto e la dottrina italiana rimase fermamente contraria al controllo giurisdizionale di costituzionalità. È sufficiente ricordare che entrambi i massimi esponenti della pubblicistica dell'epoca, Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano, furono concordi nell'escludere la legittimità di tale sindacato: ai giudici – osservava Romano – non spetta «sindacare gli atti che presentano, regolarmente osservate, le forme esteriori delle leggi»⁶⁹.

113-166.

⁶⁵ Ivi, p. 158.

⁶⁶ Ivi, pp. 153-154.

⁶⁷ Ivi, p. 157.

⁶⁸ Oltre a innumerevoli saggi, i più importanti studi monografici sul tema furono quelli di Giovanni Battista Ugo (*Sulle leggi incostituzionali*, Macerata 1887; e Id., *Altre osservazioni sulle leggi incostituzionali*, Macerata 1888); Carlo Lessona (*La legalità della norma e il potere giudiziario*, Firenze 1900); Silvestro Graziano (*Il sindacato costituzionale* Roma 1914). Nel 1934 apparve infine il fondamentale volume di Carlo Esposito, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, in «Annali dell'Università di Camerino», 1934 e, in volume, Padova 1934.

⁶⁹ S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, Roma 1902 (estratto da «Archivio del Diritto pubblico e dell'Amministrazione Italiana», 1902), p. 1.