

Prima edizione: 1955

Ristampa inalterata: 1971

Seconda ristampa: 1974

Terza ristampa: 1976

QUADERNI
DELL'ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI
DEL PROCESSO CIVILE

VII

MAURO CAPPELLETTI

LA GIURISDIZIONE
COSTITUZIONALE
DELLE LIBERTÀ

PRIMO STUDIO
SUL RICORSO COSTITUZIONALE

(CON PARTICOLARE RIGUARDO AGLI ORDINAMENTI TEDESCO, SVIZZERO E AUSTRIACO)

RISTAMPA INALTERATA DELLA PRIMA EDIZIONE



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1976

PREMESSA

SOMMARIO: 1. La ragione del presente studio (osservazioni sull'esigenza, nel nostro ordinamento, di una « giurisdizione costituzionale delle libertà », per rendere effettivi i diritti fondamentali). — 2. La *Verfassungsbeschwerde* nella legge 12 marzo 1951 sul Tribunale costituzionale federale germanico, e cenni sull'analogo istituto previsto ma non realizzato dalla Costituzione della *Paulskirche* del 1849.

1. - Uno degli oggetti che più intensamente attraggono oggi l'attenzione degli studiosi riguarda i cosiddetti « diritti di libertà », cioè i « diritti fondamentali » dell'uomo. Nelle moderne Carte costituzionali dei popoli son dedicate a questi diritti parti importanti e a volte preponderanti, benché diverse siano, a seconda dei tempi dei luoghi e delle idee, la configurazione concreta e la tutela giuridica di essi. Quanto alla scienza del diritto, essa ha con i metodi più disparati — « giusnaturalistici », « normativistici », « sociologici » ecc. — e con i risultati più vari risposto e va rispondendo agli interrogativi, quale sia la natura e quali quindi la struttura, la funzione, gli effetti di questi diritti.

Si ripetono, in parte, le discussioni che già si dibatterono e si dibattono sugli elementi subiettivi — chi sia il titolare del potere, chi del dovere — ed obiettivi e su quelli causali o finali ecc. dei diritti soggettivi pubblici ed in specie del diritto di azione, dei diritti cioè che si rivolgono verso, o contro lo Stato (ma è proprio in questo « contro » il primo problema, o uno dei primi (1)).

Quello che più di tutto sembra caratterizzare i diritti fondamentali è il fatto che essi, i quali pur usano attribuirsi all'« uomo » anzi all'« individuo » (*garantías individuales* son detti, ad es., nella vigente Costituzione messicana del 1917, mentre la Costituzione

(1) V. *infra*, al n. 38, p. 112 ss.

repubblicana spagnola del '31 li chiamava *garantias individuales y politicas*), sono in realtà permeati di un valore che trascende lo uomo singolo e investe tutta intera la società. Di fronte ad una illegittima violazione di domicilio o ad un arresto arbitrario o al divieto di una pacifica riunione, come di fronte a una legge o ad una sentenza formalmente o materialmente incostituzionale, si sentono in modo diretto colpiti tutti i cittadini e non quelli soli, che immediatamente siano interessati: colpiti in quel loro diritto di libertà, che è in fondo uno solo (o meglio sta alla base, è la causa, di tutti i diritti): spetta ad ogni uomo e la sua lesione lede ciascuno. E invero sí vaste ripercussioni assume oggi una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, da sembrar quasi che essi tutelino interessi che trascendono gli stessi singoli popoli ed ordinamenti (oltreché i singoli uomini), come si vede anche dai tentativi di realizzare su piano internazionale una tutela giurisdizionale di essi (2).

(2) Una interessante esposizione di questi tentativi era contenuta nella conferenza del giurista messicano TENA RAMÍREZ F., *La expansión internacional del Amparo*, letta nell'aprile del 1954 a Città del Messico in occasione del congresso annuale dell'Unione Internazionale degli Avvocati. Importa qui, piú che la formula contenuta nel patto di Bogotá stipulato fra vari Stati americani nella primavera del 1948 — secondo la quale « *Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente* » —, l'art. 8 della « Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo » proclamata in Parigi dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Questo articolo, il cui inserimento nella Dichiarazione risale ad una proposta della delegazione messicana e fu approvato quasi all'unanimità, è così formulato (riporto il testo originale in lingua castigliana, perché il testo tradotto in lingua italiana, quale è stato approvato dal governo italiano, non mi pare corretto: esso infatti, mentre parla di un « diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso » anziché ad un ricorso effettivo ossia efficace, non traduce poi affatto neppure la formula « *que la ampare* », la quale invece è proprio quella che postula un'efficacia particolare del ricorso che dev'essere tale da poter efficacemente proteggere l'individuo leso; molto piú corretto è il testo nella traduzione approvata dal governo di Bonn, dove si parla del diritto « *auf wirksamen Rechtsschutz* »): « *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen*

Questa rilevanza « ultra-individuale » dei diritti fondamentali « dell'individuo », la quale discende dalla natura del loro oggetto ossia del bene protetto; e il fatto poi che ad essi (quando assumano veramente la natura di diritti) corrisponda un obbligo e prima ancora una soggezione dello Stato o quanto meno (come anch'io credo) degli individui che impersonano ed operano per lo Stato; tutto ciò ha costituito un grande ostacolo alla creazione di una efficace (e quindi *differenziata* ossia adattata alla peculiare natura di quei diritti) garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali, rifiata all'iniziativa dell'individuo e consistente in un ricorso contro gli atti d'impero lesivi. E quando poi in vari Paesi, spesso in seguito a faticosi tentativi non sempre pacifici e ad una serie pe-

sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley ». (L'ultimo inciso « *o por la ley* » risale all'osservazione, fatta dalle delegazioni britannica e australiana, che in taluni ordinamenti « a Costituzione non scritta » i diritti fondamentali non possono dirsi riconosciuti che « dalla legge »). Questo articolo risulta ulteriormente chiarito se si aggiunge l'art. 2, paragrafo 2°, del « Progetto di patto internazionale » elaborato nel 1949 a Lake Success dalla « Commissione dei diritti dell'uomo » incaricata, dall'Assemblea di Parigi, di sviluppare la Dichiarazione universale in una serie di convenzioni internazionali: « *Las Altas Partes contratantes se comprometen a asegurar a todo individuo cuyos derechos y libertades definidos en el presente Pacto hubieren sido violados, un recurso efectivo ante las jurisdicciones nacionales competentes, aun cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuasen en ejercicio de funciones oficiales* »; al quale paragrafo ne furono successivamente aggiunti altri due, che vennero successivamente a costituire, assieme al primo, l'art. 3 del Progetto; il secondo di detti paragrafi è assai importante in quanto riguarda gli effetti del ricorso: [*Las Altas Partes contratantes se comprometen:*] c) *a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de las decisiones favorables recaídas en dicho procedimiento* ».

S'aggiunga infine che il riportato art. 2, paragrafo 2°, del Progetto elaborato a Lake Success, è stato inserito anche nella « Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali » (art. 13), stipulata in Roma il 4 novembre 1950 da vari Stati europei e promossa dal Consiglio dell'Europa. Questa Convenzione dovrebbe entrare in vigore, in ciascuno degli Stati stipulanti, in seguito alla ratifica di essa da parte dei competenti organi di ogni singolo Stato: ciò che è già avvenuto ad es. nella Germania occidentale. Cfr. HARTUNG F., *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*², Göttingen, 1954, p. 123.

nosa d'insuccessi, gli ostacoli son stati superati, è allora accaduto che la particolare natura dell'oggetto dei diritti fondamentali si ripercotesse in varia guisa specie sulla struttura del rapporto anzi dei rapporti processuali e sulla natura e gli effetti del provvedimento che accoglie il ricorso contro l'atto incostituzionale. Vedremo così ad es. come già in Svizzera (3), ma soprattutto nello Stato libero di Baviera (4), la legittimazione e l'interesse ad agire contro atti legislativi lesivi delle situazioni soggettive attive costituzionali si configurino in maniera particolarissima, fino al punto di dar luogo in Baviera ad una vera e propria « azione popolare » in cui la legittimazione e l'interesse spettano a *quisquis de populo* indipendentemente da una sua particolare posizione giuridica (o affermazione di essa) e indipendentemente altresì da una sua attuale e personale lesione o pregiudizio. E vedremo ancora come, per rigorosa conseguenza della natura del rapporto dedotto in giudizio che fa capo bensì all'individuo, ma investe un bene che trascende l'individuo, nel procedimento — che pure s'instaura su iniziativa di parte e non mai di organi dello Stato — viga sempre il principio della ricerca ufficiale della verità (infra, n. 30); e come al giudice costituzionale spettino necessariamente ampi poteri d'urgenza e cautelari (infra, n. 26 e n. 31) e gli effetti del provvedimento di accoglimento siano spesso generali e non limitati *inter partes* (n. 33 ss.); e come anche i tradizionali principi della cosa giudicata debbano le più volte cedere il passo di fronte alla natura « ultra-individuale » e « fondamentale » del diritto di libertà portato in giudizio (n. 36 ss.). Vedremo altresì come sempre il procedimento assuma, negli ordinamenti che nelle prossime pagine si esamineranno, la struttura del processo a parte unica, seppure con diritto d'intervento, a limitati effetti e con ridotti poteri, di una serie di « terzi interessati »: ciò che fa pensare fin d'ora a una finalità di prevenzione, e, più che alla funzione di componimento di una lite già in atto (5).

E tuttavia indubitabile mi sembra che i « diritti fondamentali », anche quelli c.d. « sociali », nel loro schema più elemen-

(3) V. *infra*, n. 5, p. 29 s.

(4) *Infra*, n. 21, p. 69 ss.

(5) V. soprattutto ai nn. 27 e 38, p. 90 ss. e p. 112 ss.

tare attribuiscono anzi consistano (se son veri diritti) in un potere, un *jubere licere* di singoli individui; quando la nostra Costituzione ha detto ad es. che « ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge », pare evidente che da questa disposizione sia nato in capo ai singoli cittadini un diritto soggettivo tale, che ad esso debba riferirsi l'obbligo dello Stato o più correttamente del funzionario (*infra*, n. 38), di non rispondere con un rifiuto o come usa col silenzio a chi regolarmente, e con l'osservanza degli « obblighi di legge » (6), chieda autorizzazione all'espatrio. Lo Stato anzi il funzionario dovrebbe insomma trovarsi in un rapporto di soggezione alla signoria del volere, al *jubere licere* del cittadino.

Non so se l'esempio sia felice; forse altri si sarebbero potuti trovare migliori, ma fatto sta che in pratica il cittadino davanti allo Stato e al funzionario ha tuttora da noi, per ciò che riguarda le sue « libertà fondamentali », poche possibilità di comando, o nessuna. Sì che quei diritti fondamentali, che appunto perché posti costituzionalmente parrebbero dovere esser « più forti » di quelli ordinari, sono considerati in realtà con poca fiducia da chi vi si vorrebbe affidare e con poco rispetto da chi rispettarli dovrebbe (7). Perché?

È la domanda che inizialmente mi sono posta, è anzi il problema che la scuola, della quale è mio immeritato onore di esser discepolo, mi ha insegnato a studiare. Ho creduto di dovermi preparare ad affrontarlo con alcuni studi di avvicinamento, o

(6) È la c.d. riserva di legge ordinaria, sulla quale cfr. ad es. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 230 ss.

(7) In dottrina è stata da più parti sostenuta la teoria negatrice dei diritti fondamentali: v., da ultimo, una esposizione e confutazione in VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, pp. 149 ss., 176 ss.: ivi ampia bibliografia. — Per la teoria (Romano, Crosa, Raselli; a cui *adde* GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, p. 380, in nota), secondo la quale i diritti fondamentali degraderebbero normalmente a interessi legittimi, VIRGA, *op. cit.*, p. 160 testo e nota 52.

Anche il BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., p. 162, lamenta che la protezione dei diritti fondamentali non abbia « mai raggiunto un grado sufficiente ad assicurare la completa ed assoluta effettività dell'esercizio delle 'libertà' ».

impacto de
 ultra-individual
 no
 ricorso

interlocutori, rivolti fuori di casa nostra e dei quali il presente è il primo ad essere licenziato alle stampe, ma un altro (sul *juicio de amparo* messicano, esaminato anche nei suoi rapporti pratici e teorici con istituti antichi e recenti anglosassoni e spagnoli nonché brasiliani e di altri Paesi dell'America latina) era già quasi ultimato prima che il presente nascesse; in questi studî ho cercato e cercherò appunto di vedere se esista altrove e come sia sorto e perché e come funzioni e quali problemi sollevi, qualche istituto capace di far effettivamente valere i diritti fondamentali.

Un modo, dico, *differenziato, rinforzato*, distinto cioè anche strutturalmente ma soprattutto per gli effetti da quelli con i quali possono portarsi in giudizio altri diritti. È questa differenziazione, infatti — e quindi l'esistenza, nell'ambito della « giurisdizione costituzionale », di un tipo particolare di « giurisdizione costituzionale delle libertà » (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*) —, che soprattutto manca da noi, e la mancanza è tale che come vedremo ne discendono, le più volte, la inadeguatezza della tutela e l'inefficacia quindi del diritto o meglio della « situazione attiva » contenuta nella Costituzione (8). Chi sarà, per continuare l'esempio

(8) Dal sicuro dato di fatto delle peculiarità strutturali e funzionali del diritto fondamentale, non può non desumersi, a mio giudizio, l'esigenza di una garanzia differenziata e rinforzata di esso (cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*³, Napoli, 1954, p. 437), la esigenza dunque di un tipo autonomo e unitario di giurisdizione, che vorrei chiamare giurisdizione costituzionale delle libertà: dotata di quelle caratteristiche che sono state indicate (*supra*, p. 4) e che in seguito si specificheranno nell'analisi dei vari istituti (v. soprattutto al n. 38, p. 112 ss.).

L'esigenza di una siffatta autonoma giurisdizione non è riuscita ancora a trovare un'affermazione legislativa nell'ordinamento italiano: sì che la nostra dottrina (v., per tutti, BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., p. 159 ss., specie p. 202 ss.), di fronte alla bipartizione delle giurisdizioni è costretta a riflettere il problema nei vecchi schemi del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, per attribuire al giudice ordinario la tutela dei « diritti soggettivi » costituzionali, al giudice amministrativo quella dei c.d. « interessi legittimi » e « diritti affievoliti » (affievoliti, appunto, di fronte all'attività d'impero discrezionale). Ed anzi, poichè non sempre i c.d. « diritti » fondamentali sono nel nostro ordinamento muniti neppure delle garanzie proprie degli (ordinari) « diritti soggettivi » ed « interessi legittimi », la nostra dottrina deve operare ancora ulteriori distinzioni tra le « situazioni soggettive attive » costituzio-

dianzi riportato, colui che avrà pazienza e mezzi e coraggio di

nali, come le distinzioni — efficacissime — introdotte dal LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costit. italiana*, Padova, 1953, p. 8 ss., tra mere « situazioni raccomandate », « situazioni indirettamente garantite » e « direttamente garantite », queste ultime a loro volta distinte in « azionabili » (se a loro garanzia sia dato al soggetto un diritto di agire o di ricorrere ad organi giurisdizionali) e « non azionabili ». Ma non sembra che queste distinzioni, né altre analoghe come quella tra diritti subbiettivi e diritti riflessi o riflessi del diritto (v. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940, p. 113 ss.), delle quali pur non si nega la straordinaria importanza anche nella vita del nostro ordinamento (quindi nella storia della nostra libertà), potrebbero ottenere diritto d'ingresso nella giustizia costituzionale delle libertà, una volta che questa venisse costruita, qual'è in Germania e in Svizzera, come giurisdizione unica e differenziata a tutela di tutte le « situazioni soggettive attive » fondamentali: v. *infra*, p. 14 ss. (Così ad es. HUBER H., *Die Verfassungsbeschwerde. Vergleichende und kritische Betrachtungen*, Karlsruhe, 1954, p. 13, avverte che « la teoria dei diritti soggettivi pubblici, e la loro distinzione dai meri riflessi del diritto, hanno esercitato, in tema di legittimazione, un flusso del tutto passeggero e marginale sulla giurisprudenza svizzera. Ci si è invece manifestamente e con successo attenuti al solo concetto di 'interessi giuridicamente protetti' »; v. anche FLEINER F. e GIACOMETTI Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1949, p. 883; mentre a sua volta la Corte costituzionale austriaca riconosce veri diritti soggettivi costituzionali in tutti gli « interessi sufficientemente individualizzati », che siano garantiti dalla norma costituzionale: cfr. ADAMOVICH L., *Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts*⁴, Wien, 1947, p. 315, in nota). Vero è che per loro stessa natura i diritti fondamentali, o almeno taluni di essi — si pensi ad es. al « diritto di eguaglianza di fronte alla legge » (artt. 3, comma 1°, della Cost. italiana; 4 della Cost. svizzera; 7, comma 1°, della Cost. austriaca; 3, comma 1°, della Cost. di Bonn) —, hanno confini assai vaghi (cfr. FECHNER E., *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, Tübingen, 1954, specie alle pp. 1 ss. e 24 ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 22): di guisa che le norme che li pongono, per la indeterminazione dei loro propri contorni postulano nell'interpretazione di chi le applica un largo margine di discrezionalità. Ma se ciò renderà più delicato il compito dell'interprete (e sarà una ragione di più per imporre l'esigenza di un tipo particolare di processo « costituzionale » e di un particolare giudice, « *superiorem non recognoscens* », specializzato e qualificato in siffatta interpretazione avente carattere così accentuatamente creativo: v. DRAHT M., *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, nelle *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 9, Berlin, 1952, p. 94

stato sottile
attivo individualizzato
unico e differenziato

questo
fondamentale
di diritto costituzionale

affrontare una causa dinanzi a un Tribunale contro lo Stato o contro quell'organo dello Stato, che abbia negato il passaporto ad

ss.; HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 20 ss.; HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen, 1931, *passim*); non vale però, negli ordinamenti in cui esista una efficace « giurisdizione costituzionale delle libertà » capace di attuare quella che il Draht chiama la « *rechtsschöpferische Konkretisierung* » dei *Grundrechte*, a far scendere quelle norme al rango di prescrizioni meramente programmatiche, né quei diritti al rango di meri riflessi del diritto — se con queste formule s'intendono norme e diritti privi di una loro immediata autorità precettiva (e quindi in realtà non vere norme né veri diritti: cfr. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Cost. italiana*, cit., p. 9 s.) —, come riconoscono ormai la dottrina e la prassi prevalenti sia in Svizzera che in Germania. (Cfr. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 17 s.; FECHNER, *op. cit.*, p. 27 ss.; ma le citazioni potrebbero essere interminabili, e quanto al diritto positivo si può ricordare l'art. 1, comma 3°, della Cost. di Bonn dov'è appunto stabilito che « I seguenti diritti fondamentali vincolano i poteri legislativo, amministrativo e giurisdizionale quali imperativi giuridici immediatamente vigenti »; su questa norma v. per tutti VON MANGOLDT H., *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Berlin, 1953, *sub* art. 1; per la meno recente dottrina tedesca, PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., p. 126 ss.; v. sull'argomento anche *infra*, p. 14 ss. ed ai nn. 23 e 43, pp. 77 ss., 131 ss. Probabilmente anche il nostro Costituente, nel formulare l'art. 2 della Cost. — « La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo... » —, s'era proposto di rendere sempre effettivi quei diritti ossia di attribuire una efficace garanzia a tutte le situazioni soggettive fondamentali: ma non si può seriamente negare che quell'intento non è stato, le più volte, raggiunto). Così anche nella dottrina del Messico, Paese in cui esiste appunto una giustizia costituzionale delle libertà, pur non mancando la distinzione, più che fra diritti perfetti e non perfetti, fra attività discrezionale e vincolata della pubblica autorità (v. la bella conferenza, in corso di stampa, di AZUELA M., *El juicio de amparo mexicano. Esquema de su evolución histórica y de su estructura general*, letta al congresso dell'Unione Internazionale degli Avvocati del 1954), giustamente si afferma che tutte le norme sui diritti fondamentali dell'uomo (contenute nei c.d. « *superartículos* » — da 1 a 29 — della Costituzione) sono norme di applicazione immediata; e che non è concepibile che i diritti, posti da queste norme, vengano meno per l'esercizio di un potere, anzi di una potestà, « discrezionale », se non quando siffatta potestà trovi la sua fonte nella norma costituzionale stessa e sia esercitata costituzionalmente cioè nei limiti e modi costituzionalmente stabiliti: solo in tal caso, poiché non è possibile la coesistenza di due poteri di comando « di numero uguale e di segno contrario » (diritto di li-

un cittadino (9)? E quale soprattutto l'efficacia di un eventuale accoglimento della domanda proposta (anni prima (10)) in giudizio? Certo non una efficacia *diretta*, ma solo semmai soddisfattoria

bertà dell'individuo e potestà di soggezione dell'autorità pubblica), il diritto fondamentale vien meno, senza lasciare dietro di sé nessun « riflesso del diritto » o « interesse legittimo » (v. ad es. BURGOA I., *Las garantías individuales*², México, 1954, p. 110 ss.). — Mi pare del resto che anche da noi quest'ultimo concetto o stia ad indicare, come io credo, non qualcosa che non è diritto soggettivo, bensì soltanto una particolare categoria di veri e propri diritti soggettivi (che ricondurrei sotto il concetto comune del *diritto dei soggetti privati a non subire, ad opera di un atto amministrativo illegittimo, un pregiudizio generico* ossia diverso da quello, consistente nella violazione di qualsiasi altro loro specifico diritto soggettivo: in altri termini, il diritto non tanto alla legittimità degli atti amministrativi, quanto alla propria immunità di fronte ad atti obiettivamente illegittimi); oppure indichi, come è stato da più parti sostenuto, soltanto la titolarità di una situazione soggettiva attiva di natura esclusivamente processuale, non sostanziale (v. ad es. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*³, Padova, 1954, p. 43): esser titolare dell'« interesse legittimo » significherebbe allora avere la legittimazione e l'interesse (e quindi il diritto soggettivo « perfetto » processuale) *ad agire* dinanzi ad un organo giudiziario per la tutela non di un proprio diritto sostanziale, ma dell'obiettiva legittimità degli atti pubblici d'impero (cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*², II, Napoli, 1936, p. 128 s.). Si tratterebbe, in sostanza, di una eccezione vastissima alla norma generale per la quale non si può (cioè non si ha il diritto di) far valere in giudizio altro che un proprio diritto: di sostituzione processuale parlava appunto il GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*², Padova, 1943, p. 38. (Da queste premesse dovrebbe evincersi, da un punto di vista funzionale anche se non strutturale, la mancanza di contenziosità del c.d. « contenzioso amministrativo », dove il dibattito sia sulla legittimità obiettiva di un atto e non sulla ricerca di una giuridica prevalenza fra due pretesi diritti soggettivi ossia fra due interessi contrastanti dei quali *hinc et inde* si pretenda la tutela; v. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, p. 26, con riferimento a Guicciardi, Piccardi e Saraceno.)

(9) Sulla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, cfr. per tutti BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., pp. 222 ss., 123 ss.

(10) È noto che nel nostro sistema non esistono istituti simili alla *injunctio* americana ed ai *writs* inglesi, capaci di permettere al giudice ordinario di disporre la sospensione del provvedimento amministrativo impugnato. Cfr. BARILE, *op. cit.*, p. 205 s.

o riparatoria, come è ben noto (11). Ma è proprio questa soddisfazione ottenuta in ritardo, e per via indiretta o per « equivalente », che è incompatibile con la natura stessa del diritto « fondamentale », perché questo è fondamentale per ciò appunto che il bene, che ne costituisce l'oggetto, è insostituibile con altri oggetti (12), e perchè, come s'è detto, quel bene è di tutti e dunque (in questo senso) « sociale » benché si repartisca in oggetti innumerevoli e si schematizzi in rapporti giuridici individuali (13).

Si pensi poi ancora alla mancanza, nel nostro ordinamento, di una tutela giurisdizionale dell'individuo di fronte alla funzione di governo, la quale non solo può estrinsecarsi nella limitazione o sospensione, per « causa di urgente necessità », di talune libertà costituzionali del soggetto privato, ma anche nella sua inerzia « può provocare, e [attualmente in Italia] provoca di fatto, la disapplicazione concreta di alcune situazioni attive », mentre pure un incostituzionale « indirizzo politico può rendere in concreto inoperanti norme costituzionali anche precettive che conferiscono

(11) Art. 4 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. E salvo però l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi poi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali (art. 27, comma 1°, n. 4, del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, delle leggi sul Consiglio di Stato). V., per tutti, GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 30 s.

(12) V. *infra*, n. 35, p. 105 ss. Per l'ordinamento svizzero, *infra*, n. 7, p. 35.

(13) Benché io non ritenga che un rapporto giuridico e quindi un diritto soggettivo esista solo in quanto sia tutelato giurisdizionalmente, credo tuttavia utile riportare un pensiero del Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. ital. di COTTA S. e TREVES G., Milano, 1952, pp. 241 e 271), il quale, dopo avere ricordato che « un catalogo delle libertà o diritti dei cittadini forma una parte tipica delle costituzioni moderne », e dopo aver detto che un siffatto catalogo è posto ad es. dai primi dieci emendamenti — costituenti il *Bill of Rights* — della Costituzione degli Stati Uniti d'America, avverte che i divieti e i comandi contenuti in questi emendamenti e diretti verso gli organi dei poteri legislativo, esecutivo e giurisdizionale, « attribuiscono all'individuo un diritto nel senso tecnico della parola *soltanto se esso ha la possibilità di agire in giudizio* contro un atto incostituzionale dell'organo, e specialmente se può mettere in moto un procedimento che porti all'annullamento dell'atto incostituzionale ». Dove si vede come il K. ricolleggi la esistenza del diritto soggettivo non solo all'esistenza ma all'efficacia (o « effettività ») della tutela.

situazioni attive » (14). E si pensi finalmente al fatto che certe leggi sono dotate di una loro forza costitutiva concreta attuale e personale — le leggi c.d. autoapplicative o autoesecutive, che creano cioè in maniera immediata restrizioni dei poteri o doveri in capo a determinati soggetti o a categorie ben definite di soggetti, i quali nel momento stesso in cui la legge entra in vigore si trovano già « pregiudicati » da essa, senza bisogno dell'avverarsi di un fatto il quale trasformi l'ipotesi legislativa in concreto comando (15) —; e che contro la loro illegittimità costituzionale sembrano quindi, almeno in certi casi, inadeguati non solo il sistema dell'accertamento incidentale e diffuso, provvisoriamente vigente ancora nel nostro ordinamento (disp. VII transitoria della Cost.), ma anche quello dell'accertamento accentrato sí e generale ma da promuoversi attraverso la « pregiudiziale costituzionale » (16): il sistema cioè previsto dal combinato disposto dell'ar-

(14) BARILE, *Il soggetto privato nella Costit. italiana*, cit., pp. 79 ss., 170 ss. (le parole virgolate sono a p. 171: ivi in nota è ricordata, come esempio di inerzia della funzione di governo, la mancata revisione della legge di polizia; ma altri esempi numerosi, altrettanto o piú gravi, si potrebbero ora ricordare, come la mancata revisione dei codici militari e addirittura la mancata creazione di organi fondamentali come il Consiglio superiore della Magistratura, gli organi regionali ecc.); v. anche BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*³, Milano, 1953, p. 314.

Sull'impugnabilità degli atti di governo, lesivi di situazioni soggettive attive, mediante il « ricorso costituzionale », *infra*, nota 257 a p. 82; sull'impugnabilità dei comportamenti omissivi, *infra*, n. 24, p. 81 s. Nel nostro ordinamento invece, contro illegittimità costituzionali commesse nella funzione di governo sono dati questi soli rimedi, tutti non giurisdizionali (annoverati dal BARILE, *op. cit.*, p. 173 s.; sostiene invece l'abrogazione, in base all'art. 113 Cost., dell'art. 31 t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, il CRISAFULLI, *Efficacia delle norme costituzionali « programmatiche »*, nella *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 375): inchieste, interpellanze, mozioni e voti di sfiducia nel Parlamento; messaggio presidenziale « stimolante » di cui all'art. 87, comma 2°, Costit., e scioglimento del Parlamento; petizioni e presentazione di progetti di legge d'iniziativa popolare; finalmente, ostruzionismo parlamentare, disapprovazione dei bilanci, resistenza collettiva. (Come vedremo, è proprio questo diritto di resistenza, ossia in sostanza di autotutela, quello che, mediante il ricorso costituzionale, si trasforma in diritto di azione: *infra*, n. 43.)

(15) V. *infra*, n. 25, p. 87 testo e note 266 e 267.

(16) Su questa terminologia, CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, pp. 5 s., 35, 39.

articolo 134 Cost., art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87. Entrambi questi sistemi presuppongono infatti la pendenza di un processo « principale », nel quale una legge, che s'affermi incostituzionale, dovrebbe trovare concreta applicazione: ed è da questa applicazione, oppure dalla concreta applicazione già fatta dalla p.a. o da altri soggetti anche privati — contro la quale per l'appunto si chiede tutela in giudizio —, che è nato o minaccia di nascere il pregiudizio per una delle parti. Mentre invece le leggi « autoesecutive » operano concretamente da sé sole, senza bisogno di un atto (la « norma individuale ») che le applichi: sicché il soggetto privato, per esser pienamente, effettivamente tutelato, dovrebbe contro quelle leggi poter agire in maniera diretta, senza bisogno d'instaurare un primo processo-espedito, una *fictio litis* (17) — magari con la domanda di mero accertamento positivo della persistenza, nonostante la legge, di un proprio potere o negativo della sussistenza di un proprio dovere (18) — al fine di fare di questo

(17) Cfr. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 44; MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, p. 70.

(18) L'instaurazione del processo « espedito » non sarà sempre facile, né in qualche caso praticamente efficace o possibile. Si pensi ad una legge che, in violazione dell'art. 48 Cost., negasse il diritto di voto a una categoria determinata di cittadini, o in qualche altro modo violasse (com'è accaduto) il principio dell'uguaglianza del voto (si vedrà che il diritto di voto è fra quelli che son tutelati in Germania per mezzo del « ricorso costituzionale »: *infra*, n. 23, p. 79): com'è si potrebbe in questo caso instaurare un « processo principale »? Chi sarebbe il legittimato passivo? Quale l'efficacia pratica del processo medesimo?

Problemi ancora più difficili sorgono poi in tema d'interesse ad agire (v. un cenno del CARNELUTTI, *Il giudice e la lex in fraudem legis*, nella *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 17). In base alle considerazioni che possono leggersi *infra*, alla nota 262, p. 83 ss., secondo le quali anche il c.d. mero accertamento consiste in realtà nell'accertamento di una responsabilità e quindi in una condanna (i danni, per lo più, consistono nelle sole spese processuali, derivate appunto dalla necessità, in cui l'attore a cagione del comportamento dell'avversario si è venuto a trovare, di promuovere e condurre a termine il processo), non credo che la pura e semplice emanazione di una legge « autoesecutiva » incostituzionale sarebbe sufficiente a far nascere l'interesse ad agire in mero accertamento: ma sarebbe necessario che qualcuno manifestasse — magari in seguito a provocazione consistente nell'esercizio del diritto di

processo il piedestallo per l'ulteriore processo costituzionale. — Par evidente, dunque, come anche per ciò che concerne l'illegittimità costituzionale delle leggi il nostro ordinamento debba considerarsi superato, prima ancora d'essere stato realizzato: tanto più se si pensa che non spetteranno alla nostra Corte costituzionale poteri d'urgenza o cautelari, almeno in sede di sindacato sulle leggi (19); e che la *fictio litis* , di sopra ricordata, sarà per lo più instaurabile solo in seguito all'esercizio del pericoloso (e discusso) diritto di resistenza, mentre invece un buon ordinamento costituzionale dovrebbe far tutto il possibile — come infatti accade, si vedrà, attraverso il ricorso costituzionale (*infra*, n. 43) — per trasformare il diritto di resistenza, che è una sorta di diritto di autotutela ossia di tutela « parziale », nel diritto alla tutela giurisdizionale cioè ad una tutela « imparziale » (*super partes*) (20).

resistenza (sul quale v. *supra*, alla nota 14, e *infra*, n. 43, specie alla p. 142) — di volersi giovare della situazione patologica fatta nascere dalla legge incostituzionale. (Questa affermazione trova appoggio nella tesi, secondo la quale i singoli — e così anche la p.a. — sono tenuti a non far conto della legge illegittima, prima ancora che intervenga la pronuncia della Corte costituzionale, sotto pena di essere tenuti responsabili per le conseguenze della obbedienza prestata, una volta che la legge sia riconosciuta incostituzionale: BARILE, *Il soggetto privato nella Costit. italiana*, cit., p. 188).

(19) Sui poteri cautelari del Tribunale costituzionale federale germanico, *infra*, n. 31, p. 97 s.; sull'importanza essenziale, anche nel giudizio di amparo messicano, del potere dell'organo giudiziario di sospendere l'esecuzione dell'atto d'impero impugnato, cfr., per tutti, TRUEBA URBINA A., *Nueva legislación de amparo. Doctrina y jurisprudencia*, México, 1951, p. XLV ss. Per il diritto svizzero, *infra*, n. 7, p. 34.

Solo nei procedimenti per conflitti di attribuzione fra lo Stato e Regioni e fra Regioni, e in quelli relativi ad accuse contro il Presidente della Repubblica, il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, sono previsti dalla nostra legge poteri cautelari della Corte costituzionale (artt. 40 e 45 della legge 11 marzo 1953, n. 87).

V. anche il rilievo importante fatto dall'ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, nella *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 297 in nota.

(20) Le leggi incostituzionali sono per l'ESPOSITO, *op. ult. cit.*, p. 297 s., esecutorie seppure non obbligatorie, fino a tanto che non saranno dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale: né per il chiaro A. sarebbe ammissibile « una resistenza agli atti delle autorità esecutive della legge ».

Ma anche a prescindere poi dalla natura dell'atto lesivo (atto di governo, legislativo ecc.), nel nostro ordinamento — fors'anche a cagione di una giurisprudenza nuova a un compito di « concretizzazione creatrice » delle norme (21) e « portata piú alla conservazione che all'innovazione dell'ordinamento » (22), ma a cagione soprattutto della mancata decisa presa di posizione del Costituente e del legislatore ordinario (quale invece c'è stata ad es. in Germania, sia mediante il ricordato art. 1, comma 3°, della Cost. di Bonn (23), sia mediante la legge ordinaria sul Tribunale costituzionale federale della quale in sèguito ci occuperemo) —, s'è ormai imposta, con le gravi e deplorevoli conseguenze che sono note, sotto il profilo della efficacia la distinzione fra norme costituzionali precettive e non precettive, dichiarazioni-regole e dichiarazioni-principio (programmatiche, direttive, orientative): e la distinzione quindi, sotto il profilo della tutela, tra situazioni soggettive attive *non garantite* (meramente raccomandate), situazioni *garantite non giurisdizionalmente* e finalmente quelle *giurisdizionalmente garantite* (« azionabili », come pure vengono chiamate (24)). Ed a ragione la dottrina lamenta dunque che nella nostra Costituzione la parola « diritti » sia molte volte usata impropriamente (25), specie in tema di « diritti di libertà » dell'individuo di fronte allo Stato, perché in realtà sovente essi non hanno poi

(21) V. *supra*, nota 8 a p. 6 ss., e *infra*, nn. 23 e 43, pp. 79 ss., 131 ss.

(22) PERGOLESI, *Sul così detto « Governo dei giudici »*, nella *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 67; v. anche BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 314 s.

(23) V. *supra*, nota 8 a p. 8.

(24) Cfr. *supra*, nota 8 a p. 6 ss. Sulle norme programmatiche, e sulle situazioni soggettive attive che ne derivano, cfr. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, specie ai cap. I e II, dove giustamente si parla di un « equivoco giurisdizionale delle norme programmatiche »; Id., *Efficacia delle norme costituzionali « programmatiche »*, cit., pp. 357 ss., 380 ss.; v. anche AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 95 ss.; BARILE e PREDIERI, *Efficacia abrogante delle norme della Costituzione*, nel *Comm. sistem. alla Cost. ital.*, dir. da CALAMANDREI e LEVI, I, Firenze, 1950, p. 69 ss.; ed ora anche CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in BAT- TAGLIA, CALAMANDREI ed altri, *Dieci anni dopo*, Bari, 1955, p. 227 ss.

(25) LAVAGNA, *op. cit.*, p. 10 e *passim*; v. anche CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, 1951, p. 151 ss.; CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 382 ss.

alcuna tutela (25-bis): ed abbiamo già visto del resto come anche quando quei diritti si presentino quali situazioni giurisdizionalmente garantite, veri e propri « diritti soggettivi perfetti » — com'è il caso del diritto all'espatria —, la giurisdizione *ordinaria* per la sua stessa natura e i suoi limiti non si dimostri tuttavia in grado di offrire una tutela piena, efficace (26). Sicchè si deve dunque in complesso concludere che non è stata ancora in Italia raggiunta — e non lo sarà neppure il giorno che sia realizzata la Corte costituzionale — quell'effettività dei diritti dell'uomo di fronte ai pubblici poteri, che pur sembra dover essere la mèta di ogni ordinamento giuridico moderno.

Questa situazione, che potrebbe dirsi, con espressione non molto lontana dal vero, di irrealtà della Costituzione italiana — ossia di profondo contrasto fra la Costituzione formale e quella materiale (27) —, non è propria soltanto del nostro Paese: epperò

(25-bis) Sull'analogia situazione del diritto costituzionale francese — a differenza dal diritto nordamericano, nel quale, se un atto di qualche autorità nega od ostacola l'esercizio di una situazione soggettiva costituzionale, « la sanction est à la disposition de la partie lésée, et cette sanction c'est le jugement d'inconstitutionnalité que formulera le tribunal compétent » —, cfr. HESSE A., *Conception américaine et conception française des Déclarations de droits: juge américain et juge français*, nella *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, p. 323 ss., specie alle pp. 326 ss.; alle pp. 333 ss. l'A. esamina le profonde ragioni politiche e storiche del fenomeno (pagine meritevoli di attenta considerazione).

Cfr. quel che scriveva già il TAINE (in ARCOLEO G., *Libertà ed eguaglianza*, negli *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Ed. Jovene*, Napoli, 1954, p. 15): nella dichiarazione dei diritti « si proclamano diritti indeterminati e discordi, senza provvedere alla loro interpretazione, all'applicazione, alla sanzione, senza un organo speciale senza un tribunale che accogliesse i reclami ».

(26) *Supra*, pp. da 6 a 10.

(27) Scrive giustamente il BALLADORE PALLIERI, *op. loc. ult. cit.*, che « la distinzione tra norma costituzionale precettiva (e cioè di immediata applicazione) e norma programmatica (e cioè rivolgentesi solo al legislatore) è stata intesa dalla nostra giurisprudenza in modo da far rientrare tra queste ultime la maggior parte delle norme costituzionali di cui ci stiamo occupando [ossia, quelle sui « diritti di libertà »]. È stata certo questa una delle principali cause della mancata attuazione della nostra

essa è stata altrove, o sta per essere, radicalmente mutata, mediante la creazione di un mezzo di tutela giurisdizionale non solo generale, ossia posta a difesa di tutte le « situazioni attive fondamentali » del soggetto privato di fronte allo Stato, ma anche efficace o rinforzata, — ciò che s'ottiene modellando sia la struttura del procedimento, che la composizione, l'autorità e i poteri dell'organo giudicante, sulle peculiarità della funzione esercitata.

Funzione che, ripeto, avrà necessariamente in più casi efficacia simile a quella della legislativa e natura spiccatamente creativa, e però non cesserà per questo, a mio avviso, d'esser funzione giurisdizionale (28). È chiaro che in siffatto sistema tutte le situazioni soggettive attive fondamentali trovano una tutela, si configurano quali situazioni « azionabili »: perché anche le più generiche, quelle che son contenute in norme le quali « *klingen wie ein Programm* » e delle quali si esclude per lo più nella nostra dottrina la natura di veri e propri diritti soggettivi (come ad es. accade per il « diritto » di uguaglianza di fronte alla legge (29)), ottengono la loro attuazione attraverso una interpretazione attiva, creativa del giudice costituzionale: come si vedrà accadere, in maniera più o meno decisa e radicale, negli ordinamenti che studieremo (30).

costituzione ». V. ora anche CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 255 ss.

(28) *Infra*, specie alle note 327 e 365, pp. 103 e 119.

(29) Escludono la natura di diritto soggettivo, ad es., il ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*², Milano, 1946, p. 122; VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., p. 203 ss. V. anche *infra*, nota 60 a p. 27. Importante, anche in rapporto con quanto è detto *infra*, al n. 43, sul principio di uguaglianza come criterio per la valutazione della legittimità costituzionale di tutti gli atti d'impero, è l'insegnamento del MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*², Padova, 1952, p. 474: dove l'illustre A. afferma che il principio di uguaglianza deve « ritenersi un aspetto della fondamentale posizione giuridica del cittadino, che, mentre fornisce un criterio interpretativo delle norme regolatrici dei singoli diritti, può porsi a fondamento di una autonoma pretesa da farsi valere in occasione della restrizione particolare che si apporti dalla legge al godimento dei diritti stessi ».

(30) *Infra*, specie ai nn. 5, 8, 11, 13, 16, 23, 43. Ricordo fin d'ora, a titolo di esempio, una pronuncia emessa il 29 luglio 1952 dal Tribunale costituzionale federale di Karlsruhe (nella *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, I, p. 372), dov'è affermato ap-

2. - Ho tentato così di profilare quella che desidererei chiamare la ragione o giustificazione di questo lavoro: il quale vorrebbe inserirsi, modestamente e certo inadeguatamente, in tutta una rifioritura di studi nostri e stranieri, che son dedicati al tema della libertà e più particolarmente della sua garanzia giurisdizionale.

Dirò ora invece della occasione, che fu costituita da una legge (ordinaria) della Repubblica federale tedesca del 12 marzo 1951, entrata in vigore il 17 aprile dello stesso anno. Con questa legge, che contiene le norme « sul Tribunale costituzionale federale », è stato introdotto in Germania un importantissimo istituto giuridico, la c.d. *Verfassungsbeschwerde* (ricorso costituzionale), con il quale m'è parso che sia stato realizzato un passo veramente importante per il raggiungimento di quella mèta — l'effettività dei diritti dell'uomo —, di cui sopra s'è detto: sicché l'istituto merita d'essere conosciuto e studiato, più che finora non sia, anche in Italia.

Il « ricorso costituzionale » consiste in un mezzo di reclamo giurisdizionale davanti al Tribunale costituzionale federale (avente sede in Karlsruhe), da esercitarsi dai privati cittadini a tutela dei loro « diritti fondamentali » e di talune altre situazioni soggettive costituzionali lese da un atto di qualsiasi pubblica autorità. L'istituto, che in quella Repubblica è stato ora realizzato per la prima volta su piano federale, non era previsto dalla Costituzione di Bonn del 23 maggio 1949 (31) la quale all'art. 93, comma 2°, riconosceva

punto che l'indeterminatezza delle norme costituzionali esige ch'esse siano « completate », « riempite » dal giudice; e che ciò deve farsi non solo in base alla *ratio* della singola norma sibbene sul fondamento dei principi generali costituzionali: sicché « la giurisdizione costituzionale ha il compito di completare il diritto e di contribuire quindi in maniera creativa alla vita della Costituzione » (cfr. LECHNER H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, 1954, p. 45 s.). V. anche BLOMEYER K., *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht*, nella *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1953, Heft 2, p. 2 dell'estratto, dove si parla di una « grandiosa importanza » che deve attribuirsi alla giurisdizione costituzionale — della quale è investito il Tribunale costituzionale federale di Karlsruhe — « für die Fortbildung des Verfassungsrechts ».

(31) Cfr. MAUNZ TH., *Deutsches Staatsrecht*³, München, 1954, p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 43, 255 s.; ZWELGERT K., *Die Verfassungsbeschwerde*, nella *Juristenzeitung*, 1952, p. 321.

però implicitamente all'autorità legislativa ordinaria la potestà di costituirlo, col disporre che « Il Tribunale federale costituzionale esplicherà inoltre le attività che gli saranno attribuite mediante legge federale ».

La *Verfassungsbeschwerde* non mancava tuttavia, in Europa e, su piano non federale, nella stessa Germania, di precedenti e di modelli che il legislatore tedesco ha in parte — specie quelli bavaresi — tenuti presenti, come risulta anche dai lavori preparatori e come meglio vedremo (32). E del resto anche su piano federale un precedente, rimasto però allo stato di irrealizzato tentativo, può vedersi nella *Frankfurter Reichsverfassung* (Costituzione della *Paulskirche*) del 28 marzo 1849 (33) (34). Questa Costituzione prevedeva infatti, ai paragrafi da 125 a 129 (*Abschnitt 5°*), la crea-

(32) In dottrina manca però fin'ora, ch'io sappia, uno studio di carattere sintetico e comparatistico, come vorrebbe essere il presente. Quanto poi alle analogie con l'*amparo* messicano — istituto quanto mai interessante, che risale alla prima metà dell'800 ed ha costituito una delle maggiori e più durature vittorie delle lotte per la libertà e l'indipendenza messicana, — esse sono assolutamente trascurate dagli studiosi d'Oltralpe, mentre la *Verfassungsbeschwerde* è a sua volta parimenti ignorata da quelli messicani. Va qui osservato che l'istituto messicano è stato imitato dalla Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931 (art. 121, lettera *b*), senza però, per le vicende in Spagna succedutesi, potersi realizzare.

Anche le (minori) analogie col *mandado de segurança* brasiliano sono ignorate.

L'*amparo* e la *Verfassungsbeschwerde* sono invece avvicinati dal BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 437, nota 39.

(33) Cfr. TRIEPEL H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, nelle *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlin, 1929, p. 15, dove la competenza del *Reichsgericht* della Costituzione di Francoforte « in tema di ricorsi dei cittadini tedeschi per violazione dei diritti ad essi garantiti dalla Costituzione del Reich », è posta accanto alla *Beschwerde* delle Costituzioni svizzera e austriaca. V. anche DRAHT, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 39.

(34) La *Frankfurter Reichsverfassung* può leggersi in DENNEWITZ B., *Die Verfassungen der modernen Staaten*, III, Hamburg, 1948, p. 46 ss.; v. anche HILDEBRANDT H., *Quellen zur Verfassungsgeschichte*, Heft 1, Paderborn, 1954, pp. 19 ss., 85 ss. Su questa Costituzione, la quale fu « deliberata e pubblicata » dalla « Assemblea nazionale costituente germanica » riunita a Francoforte, e che tuttavia rimase solo sulla carta perchè non fu riconosciuta dai singoli Stati germanici, cfr. ad es. SCHRÖDER R. e VON

zione di un *Reichsgericht* (35), il quale avrebbe dovuto esercitare tutta la giurisdizione di competenza del nuovo *Reich* (§ 125). Detta competenza era regolata dal § 126, il quale alla lettera *g* stabiliva spettare al Tribunale federale, fra l'altro, di giudicare sui « ricorsi (*Klagen*) dei cittadini germanici per lesione dei diritti ad essi garantiti dalla Costituzione federale » (36).

Sono note le fortunate vicende che portarono alla disgregazione della *Nationalversammlung* di Francoforte; la Costituzione del 1849 rimase lettera morta, espressione di un periodo di romantiche ribellioni che sconvolsero tutta Europa in nome della libertà dell'unità e dell'indipendenza dei popoli. Nulla di simile al § 126, lettera *g* della Costituzione di Francoforte si ritrova nelle successive Costituzioni federali germaniche: non in quella bismarckiana, né in quella di Weimar e nemmeno in quella di Bonn, come s'è detto. Vedremo ora invece, rapidamente, prima di studiare il nuovo istituto tedesco e il suo più prossimo modello bavarese, i precedenti svizzeri ed austriaci del ricorso costituzionale.

KÜNSSLBERG E.F., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, 1932, p. 1005; v. anche, con particolare riguardo alle « *gerichtsverfassungsrechtliche Vorschriften* » di detta Costituzione, KERN E., *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, München, 1954, p. 69 ss. specie alle pp. 70-71, e ivi ampia e aggiornata letteratura.

(35) Informa il KERN (*op. ult. cit.*, p. 71) che questo Tribunale non è però mai entrato in vita.

(36) Si avvertiva però poi, che « le ulteriori disposizioni sull'estensione di questo diritto di azione e sulle forme e modalità per farlo valere, sono riservate alla legislazione federale [ordinaria] ». I §§ da 130 a 189 (*Abschnitt VI*) della Costituzione della *Paulskirche* regolavano poi i « *Grundrechte* » del cittadino, in maniera dettagliata e approfondita e con orientamento quanto mai liberale; e nel § 130 era disposto che nessuna norma costituzionale o ordinaria di un singolo Stato della Federazione germanica poteva ledere quei diritti.

L'istituto dell'azione popolare completa, nello Stato libero di Baviera, quel sistema di garanzie del cittadino di fronte ai pubblici poteri, che nelle precedenti pagine siamo andati delineando. Da un lato è infatti la *Verfassungsbeschwerde*, quale diritto costituzionale fondamentale (235) posto a difesa di ogni (altro) diritto costituzionale (anche non fondamentale) dell'uomo contro atti d'impero non legislativi (236); dall'altro lato è l'azione popolare, configurata quale diritto soggettivo (non costituzionale) (237), attribuito ad ogni cittadino a difesa dei *Grundrechte* anche di fronte agli atti del legislatore (238).

(235) Sul *Beschwerderecht* come diritto fondamentale, cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, cit., p. 5; NAWIASKY e LEUSSER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, cit., p. 65. L'art. 120 della Cost. bavarese, nel quale è previsto il diritto al ricorso costituzionale, fa parte appunto dello « *zweiter Hauptteil* » (artt. da 98 a 123) dedicato ai *Grundrechte*.

(236) Con la riserva fatta tuttavia quanto agli atti giurisdizionali: *supra*, n. 20, p. 63 ss.

(237) La Costituzione, infatti, si limita a porre il potere-dovere della Corte costituzionale di dichiarare la nullità dell'atto restrittivo dei *Grundrechte* (art. 98, frase 4^a); ma l'istituto della *Popularklage* quale diritto soggettivo dell'individuo è stato creato solo con legge ordinaria (§ 54 della legge n. 72 sulla Corte costituzionale), sia pure sulla base della norma costituzionale.

(238) Si deve per completezza soggiungere che la giurisprudenza della Corte costituzionale bavarese sembra rifiutare la distinzione « formalistica » — ossia basata sulla collocazione delle norme costituzionali entro o fuori dello « *zweiter Hauptteil* » intitolato « *Grundrechte und Grundpflichten* » — fra *Grundrechte* e altri diritti soggettivi costituzionali (*verfassungsmässige Rechte*). Essa infatti ha affermato in varie decisioni (cfr. WINTRICH, *Schutz der Grundrechte*, cit., p. 14 s.) che devono ai sensi dell'art. 98, frase quarta della Costituzione considerarsi *Grundrechte* non solo quelli contenuti nello *zweiter Hauptteil* della Costituzione, bensì anche vari altri diritti e situazioni soggettive (quelle, ad es., che sorgono dall'art. 159 Cost., che pone limiti all'espropriazione per causa di pubblica utilità).

CAPITOLO IV

LA VERFASSUNGSBESCHWERDE NELLA REPUBBLICA FEDERALE GERMANICA

SOMMARIO: 22. La legge 12 marzo 1951 (in nota, cenni sulla costituzione del *Bundesverfassungsgericht*): natura non costituzionale del diritto di agire. — 23. I diritti costituzionali tutelati: non tutti i *verfassungsmässige Rechte*; la « concretizzazione creativa » delle norme sui diritti dell'uomo, ad opera della giurisdizione costituzionale delle libertà. — 24. Gli atti contro i quali opera la tutela: atti legislativi, di governo, amministrativi e giurisdizionali, di autorità federali e statuali; il ricorso contro comportamenti omissivi. — 25. Legittimazione ed interesse ad agire (in nota: la teoria dell'interesse ad agire, inteso come causa, nell'ambito della teoria dell'abuso del diritto). — 26. Carattere di regola sussidiario del ricorso costituzionale, ed eccezioni a questa regola. — 27. Processo a parte unica: i c.d. « terzi interessati ». — 28. Il rapporto di autonomia processuale e materiale tra la *Verfassungsbeschwerde* federale e gli analoghi istituti locali. — 29. Termine per ricorrere, e requisiti dell'atto di ricorso. — 30. Processo a tipo inquisitorio (il principio della *Offizialmaxime*). — 31. Esame sommario preliminare (sul processo e sul merito), e provvedimenti cautelari. — 32. La pronuncia del Tribunale costituzionale federale. — 33. Effetti della pronuncia: analisi delle norme che li regolano: a) norme generali. — 34. (Continua) b) norme in tema di ricorso contro atti legislativi (efficacia dichiarativa, retroattiva, generale della pronuncia di accoglimento; uguale efficacia anche quando il sindacato di legittimità costituzionale della legge sia compiuto dal Tribunale costituzionale in via incidentale). — 35. (Continua) Effetti riflessi della pronuncia di incostituzionalità della legge, sulle sentenze penali di condanna (è ammessa la *Wiederaufnahme des Verfahrens*) e sugli altri provvedimenti giurisdizionali, benché passati in giudicato, o amministrativi (è inammissibile la loro esecuzione); si esclude ogni forma di risarcimento o riparazione. — 36. (Continua) c) norme in tema di ricorso contro atti giurisdizionali ed esecutivi (efficacia cassatoria della pronuncia di accoglimento). — 37. Cassazione con o senza rinvio. — 38. Il rapporto tra la funzione dell'istituto, la sua struttura e gli effetti del provvedimento; si afferma la natura giurisdizionale volontaria del processo costituzionale delle libertà. — 39. *Ne bis in idem*.

22. - La Costituzione di Bonn, come s'è detto, non ha creato una specifica competenza del Tribunale federale costituzionale in tema di ricorso costituzionale a tutela dei diritti di libertà, essendo state respinte le proposte d'introdurre un siffatto istituto nella Carta costituzionale (239). Questa ha tuttavia espressamente riconosciuto libertà d'azione al legislatore ordinario, oltretutto con la disposizione contenuta nel capoverso dell'art. 93, con quella del quarto comma dell'art. 19 (240). L'istituto del ricorso costituzionale è stato invece creato dalla legge (ordinaria) federale del 12 marzo 1951 sul *Bundesverfassungsgericht*, ai §§ da 90 a 96 (« *fünfzehnter Abschnitt* » della terza parte della legge medesima) (241). La legge è entrata in vigore il 17 aprile 1951; e il Tribunale costituzionale ha potuto cominciare la sua attività in tema

(239) *Supra*, n. 2, p. 17, testo e nota 31. Cfr. anche VON MANGOLDT, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., p. 510 s.

(240) Sull'art. 93, comma 2°, della Costituzione di Bonn, cfr. *supra*, n. 2, p. 17; l'importante comma quarto dell'art. 19 è così formulato: « *Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben* ». (A chiunque sia leso nei suoi diritti ad opera di una pubblica autorità, spetta la tutela giurisdizionale: questa sarà di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, se non sia stabilita una competenza diversa).

(241) Di questi paragrafi, il 91 tratta però di un istituto che, per la sua funzione ed efficacia e per i soggetti legittimati ad agire, è essenzialmente diverso dalla *Verfassungsbeschwerde*; di esso non ci si dovrà quindi occupare in questo studio. Si tratta della *Beschwerde* dei Comuni contro leggi federali o locali lesive dell'art. 28 della Costituzione, articolo che tratta fra l'altro dell'autonomia comunale. Istituto analogo s'è visto nell'ordinamento svizzero (*supra*, n. 5, alla nota 73, p. 32). Giuste critiche contro la confusione, fatta dal legislatore, tra la *Verfassungsbeschwerde* e la *Beschwerde* del § 91 possono leggersi ad es. nel MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 134; v. anche LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 269 ss., che pure afferma la natura diversa dei due istituti; e RÖMER W., *Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, nella *Juristenzeitung*, 1951, p. 198. Parte della dottrina contesta inoltre perfino la legittimità costituzionale del § 91: cfr. KOLLMANN, *Nochmals zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung*, in *Deutsche öffentliche Verwaltung*, 1951, p. 154 ss., e SCHÄFER H., *Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände*, *ibid.*, 1951, p. 572.

di *Verfassungsbeschwerde* fin dal 7 settembre dello stesso anno (242) (243).

(242) POLHE, *Bemerkungen*, cit., p. 46.

(243) Sulla costituzione e composizione del *Bundesverfassungsgericht* dispongono l'art. 94 della Costituzione di Bonn e la prima parte (§§ da 1 a 16) della legge 12 marzo 1951. Il Tribunale costituzionale, la cui sede (in Karlsruhe) è stata stabilita con legge del 4 maggio 1951, e la cui indipendenza di fronte ad ogni altro organo costituzionale è riaffermata dal primo comma del § 1 della legge 12 marzo 1951 cit., consiste in due « *Senati* », composti ciascuno di dodici giudici (§ 2 della legge sul *Bundesverfassungsgericht*). Fra i due *Senati* si repartiscono le varie funzioni: quella in tema di ricorso costituzionale è assegnata alla competenza del 1° Senato (§ 14 della legge cit.). I ventiquattro giudici che compongono quest'organo supremo sono eletti per metà dal *Bundestag* (mediante elezioni indirette, che avvengono cioè per l'intermediario di una commissione di dodici deputati, rappresentanti le varie frazioni politiche della Camera: § 6 della legge); per l'altra metà dal *Bundesrat*, con deliberazione da prendersi a maggioranza di due terzi (§ 7 della legge); essi non possono appartenere né alle Camere, né al governo della Federazione o di singoli Stati (art. 94 Cost.); deve in ogni caso trattarsi di persone di età superiore ai quarant'anni, ed esperte in materia di diritto pubblico (sicché l'organo è composto esclusivamente di giuristi, ancorché la maggior parte siano o possano essere « *laici* » e non magistrati: § 3 della legge). È stabilito inoltre che quattro fra i dodici giudici di ciascun Senato debbano essere scelti fra i membri dei « *Tribunali federali superiori* » (*obere Bundesgerichte*, sui quali cfr. l'art. 96 della Cost.) (§ 4, comma 1°, della legge sul *Bundesverfassungsgericht*). L'esercizio della funzione di giudice presso il Tribunale costituzionale federale è incompatibile con qualsiasi attività professionale, salvo l'insegnamento del diritto presso una scuola superiore (§ 3, comma 4°, legge cit.); la durata dell'incarico è varia (§ 4, commi 1° e 2°, della legge), ma per la maggior parte dei giudici sarà di otto anni: epperò la regola è combinata in modo tale da far luogo, ogni quattro anni — e quindi ad ogni rinnovamento del *Bundestag* (art. 39, comma 1°, della Cost.) —, ad una parziale elezione di giudici.

Le decisioni di ciascun Senato possono prendersi con la presenza di almeno nove giudici, di regola (così nel caso di ricorso costituzionale *ex* § 90 ss. della legge) a semplice maggioranza (§ 15, comma 2°, della legge). In un caso — evidentemente allo scopo di salvaguardare l'uniformità della giurisprudenza — la decisione dev'essere riservata al « *Plenum* »: se un Senato ritiene di andare in opinione contraria, circa un problema di diritto (*Rechtsfrage*), a quella fissata dall'altro Senato in una sua decisione (§ 16, comma 1°, della legge) (cfr. BLOMEYER, *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht*, cit., p. 1 ss. dell'estratto, e ivi impor-

Il diritto di ricorrere non costituisce pertanto, a differenza da quanto avviene in Svizzera, in Austria e in Baviera, un diritto costituzionale (fondamentale) dell'uomo; esso manca quindi, al pari del *Klagerecht* popolare bavarese (244), di quelle particolari garanzie di stabilità e relativa definitività, di cui godono gli istituti costituzionali. Ma se ciò può parere strano a chi pensi che funzione della *Verfassungsbeschwerde* è proprio quella di tutelare i diritti costituzionali dell'uomo (il fenomeno di un diritto sostanziale costituzionale abbinato a un diritto di azione non costituzionale, può forse essere di qualche interesse anche nello studio delle teorie « monistiche », che riducono tutti i diritti a quello di azione o viceversa sostengono la non distinguibilità dell'azione dal diritto soggettivo sostanziale (245)), è invece molto comprensibile dal punto di vista della politica legislativa, data la importanza della innovazione e la conseguente opportunità di non rendere immutabile, o difficilmente mutevole, ciò che invece, proprio per il suo carattere di esperimento innovativo, può facilmente richiedere modificazioni e adattamenti (246).

tanti considerazioni sull'efficacia, vincolante anche per i due Senati, dei giudizi del *Plenum*). Il *Plenum* deciderà con la presenza di almeno nove membri di ciascun Senato (§ 16, comma 2°). Nel caso che non si formi una maggioranza — ciò che è possibile sia nel *Plenum* che nei singoli Senati, non essendo prescritto il numero dispari dei componenti del collegio —, sarà decisivo il voto del Presidente (§ 19, comma 1°, frase 2°); epperò in tal caso non potrà la decisione valere come accertamento di una violazione di norme costituzionali o federali (§§ 15, comma 2°, e 16, comma 4°).

Sulla natura del *Bundesverfassungsgericht* quale organo costituzionale supremo (*superiorem non recognoscens*), v. per tutti POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 46.

(244) V. *supra*, al n. 21, p. 72.

(245) Ricordo, per tutti, due studiosi italiani: il Pekelis e il Satta; e rinvio per la esposizione e confutazione delle loro teorie a FURNO, *Appendice del Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, pp. 303 ss., 324 ss.

(246) A questo proposito non si può tacere che già da varie parti, accanto ai più vasti consensi per ciò che riguarda la funzione dell'istituto, giungono anche voci che mettono in guardia contro gli abusi che l'istituto è suscettivo di facilitare, e dai quali può derivare una grave situazione d'incertezza e d'instabilità degli atti d'impero, soprattutto di quelli giurisdizionali; danno che sarebbe aggravato specialmente se il carico di

23. - Funzione dell'istituto è dunque, anche qui, quella di offrire all'individuo una tutela giurisdizionale dei suoi « diritti fondamentali » di fronte ai pubblici poteri: non però — a differenza di quanto si è detto per la Svizzera, l'Austria e lo Stato libero di Baviera —, di tutti i diritti o situazioni attive costituzionali (*verfassungsmässige Rechte*), in qualsiasi parte della Carta costituzionale o in qualsiasi altra norma costituzionale siano garantiti; bensì dei soli classici *Grundrechte* cioè di tutte quelle situazioni soggettive, che sono poste a favore dell'individuo dalla Costituzione della Repubblica federale in un'apposita sezione, agli artt. da 1 a 19 (247), nonché di taluni altri diritti e situazioni

lavoro del Tribunale federale costituzionale dovesse, a cagion della nuova funzione, giungere a un grado tale di oberazione da renderne troppo lenti i giudizi. La gravità e la fondatezza di queste voci sembrano comprovate dal fatto, testimoniato da ULE C. H., *Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, nel *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1953, p. 12 ss., e da LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 257, che dei 635 ricorsi costituzionali risolti fino al 30 novembre 1952 — quindi nei primi quattordici mesi di vita dell'istituto —, solo uno ebbe accoglimento. (Simili voci di allarme in relazione al ricorso costituzionale bavarese, sia vigente che del 1919, muove il POHLE, *Verfassungsbeschwerde und Zivilprozess*, cit., specie a p. 191; in relazione al ricorso federale v. ancora POHLE, *Bemerkungen*, cit., pp. da 45 a 48, il quale rileva ivi soprattutto il crescendo preoccupante di ricorsi costituzionali pendenti: nello stesso senso ZWEIFERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 321).

(247) Cfr. le pronuncie del 10 febbraio e del 17 giugno 1953 del Tribunale costituzionale federale, citate dal LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 263. Ricordo fra i *Grundrechte* quello al libero sviluppo della personalità (art. 2), quelli di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (art. 3), di libertà di fede e di confessione (art. 4), di libera espressione delle opinioni (art. 5), nonché il diritto di riunione ed associazione (artt. 8 e 9), di libera scelta della professione (art. 12), della inviolabilità del domicilio (art. 13) e della proprietà privata (art. 14), il diritto di petizione (art. 17) e via dicendo. Si tratta, come si vede, di diritti di libertà intesa in senso strettamente « individuale »; mentre scarso o nessun accoglimento hanno invece trovato fra i *Grundrechte* — a differenza che in tutte le Costituzioni della Germania orientale (cfr. ad es. in WEGENER W., *Die neuen deutschen Verfassungen*, Essen, 1947 — i diritti c.d. « sociali » di libertà, specie quelli in tema di lavoro, di repartizione della ricchezza, di previdenza sociale ecc.

Nelle legislazioni orientali d'altra parte, dove sono invece trascurati i diritti classici (individuali), non si trova traccia ovviamente della *Verfas-*

giuridiche costituzionali « parificati » ai *Grundrechte* ed espressamente previsti ed elencati, mediante richiamo alle norme costituzionali che li regolano, nel § 90, comma 1°, della legge ordinaria citata (248). Questi ultimi diritti e situazioni giuridiche, molto vicini peraltro, per la loro natura, ai classici diritti di li-

sungsbeschwerde. Così ad es. già nella Costituzione del *Land Thüringen* del 20 dicembre 1946 (art. 43) il controllo di costituzionalità delle leggi, interdetto espressamente ai giudici, fu rimesso ad un organo politico, il *Verfassungsprüfungsausschuss*, presieduto dal Presidente del *Landtag* e composto di un membro dell'*Oberlandesgericht*, di un membro dell'*Oberverwaltungsgericht* e di un professore di materie giuridiche presso l'Università di Jena, tutti e tre scelti dal Parlamento e affiancati dai tre Vicepresidenti del Parlamento; detto organo decide non su ricorso di singoli cittadini, ma di un terzo almeno dei membri del *Landtag* o su ricorso dell'autorità governativa. Qualcosa di molto simile avviene per l'art. 60 della Costituzione della Provincia *Sachsen-Anhalt* del 10 gennaio 1947, per l'articolo 60 della Costituzione del *Land Sachsen* del 28 febbraio 1947, nonché per l'art. 66 della Costituzione della Repubblica democratica germanica del 7 ottobre 1949 (ma in queste ultime Costituzioni il *Verfassungsausschuss* ha solo funzione preparatoria e consultiva, mentre la decisione è rimessa esclusivamente alla Camera): cfr. KERN, *Gerichtsverfassungsrecht*, cit., p. 87 s. In tutt'e quattro dette Costituzioni tedesche orientali, come pure in quella della Marca *Brandenburg* del 6 febbraio 1947 (art. 43; mentre anche qui l'art. 37, comma 1°, vieta ai giudici il sindacato di costituzionalità delle leggi), è prevista una giurisdizione amministrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) a tutela del cittadino contro « *Anordnungen und Verfügungen* » delle autorità amministrative (artt. 49 della Cost. di *Thüringen*, 67 della Cost. di *Sachsen-Anhalt*, 67 della Cost. di *Sachsen*, 138 della Cost. della Repubblica popolare).

(248) Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 263; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde nach Art. 144 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes*, cit., p. 212 sub I, a.

Il § 90, comma 1°, della legge 12 marzo 1951 sul *Bundesverfassungsgericht* è così formulato: « *Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben* ». (Ciascuno può proporre il ricorso costituzionale presso il Tribunale costituzionale federale, affermando di essere stato leso, ad opera del pubblico potere, in uno dei suoi diritti fondamentali o di quelli contenuti negli artt. 33, 38, 101, 103 e 104 della Costituzione).

bertà (249), sono quelli contenuti negli artt. 33, 38, 101, 103 e 104 della Costituzione, ossia: art. 33, la situazione di eguaglianza nei diritti e nei doveri civili di ogni cittadino tedesco in tutti i *Länder*, anche a prescindere dalla sua adesione o non adesione ad una confessione religiosa o concezione filosofica; art. 38, la situazione giuridica dei deputati, quali rappresentanti di tutto il popolo da eleggersi mediante elezioni generali, dirette, libere, uguali e segrete, e non vincolati nell'esercizio della loro funzione se non alla loro propria coscienza; e inoltre il diritto elettorale attivo dei cittadini che abbiano superato i 21 anni e passivo dei cittadini che abbiano superato gli anni 25; art. 101, il diritto al giudice naturale, e il divieto dei tribunali eccezionali; art. 103, il diritto di far valere in giudizio le proprie ragioni, di non essere punito per azioni non preventivamente vietate dalla legge, e di non essere punito più volte per un'unica azione; art. 104, la inviolabilità della libertà personale, che può essere sottoposta a restrizioni solo sul fondamento di leggi formali e con l'osservanza delle forme da esse prescritte, il divieto della tortura morale e corporale delle persone in istato di arresto, ed altre varie garanzie e limiti in tema di libertà della persona, che ricordano da vicino l'art. 39 della *Magna Charta* e il *writ of habeas corpus* del diritto costituzionale britannico (250).

Come già s'è visto (*supra*, n. 1), uno dei compiti più importanti della giurisdizione costituzionale delle libertà consiste precisamente nella « concretizzazione creativa » delle — per lo più generiche — norme sui diritti dell'uomo; e s'è anche ricordato (251) come il Tribunale di Karlsruhe abbia subito sentito la

(249) ERMACORA, *op. loc. cit.* Deve anzi dirsi che taluni di essi, come quelli posti dagli artt. 103 e 104, sono comunemente considerati dalle Costituzioni dei popoli quali tipici diritti fondamentali di libertà.

(250) Così i commi secondo e terzo dell'art. 104 stabiliscono che solo il giudice è competente a decidere sull'ammissibilità e sulla durata della sottrazione della libertà personale ad un individuo; e che non può l'autorità di polizia, di sua iniziativa, detenere una persona oltre la giornata successiva a quella dell'avvenuto suo fermo, ma la rimetterà al giudice il quale dovrà immediatamente o emettere un mandato di arresto oppure disporre la remissione in libertà. — Sul *writ of habeas corpus*, v. ad es. WADE E. C. S. e PHILLIPS G. G., *Constitutional Law*⁴, London, 1950, p. 342 ss.

(251) *Supra*, nota 30 a p. 16.

HC

senza
da
importante
giurisd.
const.

HC

necessità di arrogarsi quel compito, sicché già dalla giurisprudenza finora formatasi possono trarsi taluni interessanti risultati: consistenti sia in importanti affermazioni di principio, dalle quali si vede come l'esistenza di una giurisdizione costituzionale delle libertà abbia contribuito (assieme al principio posto dall'art. 1, comma 3°, della Costituzione di Bonn (252)) ad eliminare il pericolo che nell'ambito delle disposizioni sui diritti di libertà s'imponesse — come s'è imposta in Italia — una radicale distinzione fra norme precettive e norme meramente programmatiche; sia anche in affermazioni più concrete e particolareggiate. Così è stato detto ad es. che un *Grundrecht* (o un diritto o situazione « parificata ») può dirsi leso ogni volta che l'atto d'impero impugnato abbia imposto, senza trovarne in una norma costituzionale l'autorizzazione, una restrizione della libertà, garantita dalla norma fondamentale al ricorrente, — sia restringendone la sfera dei « poteri » o « permissioni » o « facoltà », sia ampliandone la sfera dei « limiti » mediante imposizione di « soggezioni », « obblighi », « doveri »: in altre parole, ostacolando comunque il pieno esercizio della libertà garantita, con tutti i « Rechte », « Rechtsstellungen », « rechtliche Zustände », « subjektive Ansprüche » che ne derivano. Ed è stato anche deciso che, pur essendo vero che il comportamento di un'autorità deve considerarsi lesivo del diritto di uguaglianza ogni qualvolta, senza ragioni plausibili, abbia implicato nei confronti del ricorrente un trattamento diverso e peggiore di quello usato verso altri soggetti che si siano trovati nell'identica situazione, esso diritto non può tuttavia considerarsi violato per il sol fatto che un organo giudiziario, nell'interpretazione d'una norma, sia andato in opinione difforme da quella di altri giudici; e via dicendo (253).

(252) *Supra*, nota 8 a p. 8.

(253) Cfr. la pronuncia 23 novembre 1951 del 1° Senato del Tribunale costituzionale, nella *Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, I, p. 82; altre citazioni di giurisprudenza sugli argomenti trattati nel testo, in LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 263 s. Con decisione del 18 settembre 1952 (*Ämtliche Sammlung*, cit., I, p. 418) il 1° Senato ha ritenuto ad es. che nessun « diritto fondamentale » possa ritenersi leso per il fatto, che siano rimasti inosservati in un processo penale i §§ 250 e 251 della *StPO* (sull'immediatezza dell'assunzione delle prove), e con decisione del 17 giugno 1953 ha ritenuto che l'inosservanza

24. - Mentre quindi, per ciò che ha riguardo ai diritti soggettivi tutelati, la *Verfassungsbeschwerde* germanica federale ha più limitata estensione della bavarese nonché della *staatsrechtliche Beschwerde* svizzera e della *Beschwerde* austriaca — le quali si estendono non solo alle situazioni soggettive definite come « fondamentali » (e ad altre « parificate »), ma a tutte le situazioni soggettive che la Costituzione garantisce al soggetto privato di fronte allo Stato (254), — diversamente deve dirsi invece per ciò che concerne l'oggetto dell'istituto tedesco. Oggetto di queste è infatti ogni atto d'impero (255) di qualsiasi pubblica autorità: e dunque anche atti di legislazione e di giurisdizione (256) e non

di norme (processuali o sostanziali) ordinarie, sia nella condotta del processo che nell'accertamento e valutazione dei fatti e nella interpretazione delle norme e loro applicazione alla fattispecie, non può essere di regola sindacata in sede di ricorso costituzionale, salvo il caso che essa ridondi in violazione anche di norme sui diritti fondamentali dell'uomo o di altre norme costituzionali parificate. V. anche *supra*, nota 30 a p. 16.

(254) Una situazione del tutto particolare, e quanto mai interessante, si ha invece nel diritto costituzionale messicano nel quale, per l'art. 103, I, della Costituzione del 1917, il diritto di chiedere l'*amparo* — parola che ha significato di protezione, lo *Schutz* dei tedeschi — spetta ai cittadini lesi, da un atto di autorità, nei loro diritti fondamentali (*garantías individuales*, poste agli articoli da 1 a 29 — « capítulo I » della Costituzione). Parrebbe quindi che la tutela si debba limitare ai *Grundrechte*; senonché fra questi diritti è posto anche quello alla « legalità », alla conformità cioè alle leggi, anche non costituzionali, degli atti giurisdizionali e amministrativi; sì che l'istituto messicano, sorto originariamente quale mezzo di tutela giurisdizionale dei diritti supremi del soggetto privato, s'estende ormai, in definitiva, alla tutela di tutti i diritti soggettivi, anche ordinari: è per ciò che il *juicio de amparo* ha soppiantato, laggiù, il vecchio *recurso de casación*. Cfr. *supra*, nota 71 a p. 31.

(255) Non mai *Akte des Privatrechts*; cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 258.

(256) Molto interessante è il tentativo del POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 41 e ss., di dimostrare che la *Verfassungsbeschwerde* (per lesione di *Grundrechte* di natura sostanziale, non processuale) è ammissibile solo contro sentenze costitutive, non contro quelle di accertamento e di condanna. La dimostrazione parte dall'affermazione che queste ultime sentenze non creano mutamenti nel mondo dei rapporti giuridici, e quindi non possono mai considerarsi lesive di un diritto, mentre la loro efficacia (c.d. *materielle Rechtskraft*) in null'altro consiste che nell'impossibilità di rimettere in discussione ciò che è stato definitivamente accertato. Ma la

solo di amministrazione — a differenza che per le Costituzioni austriaca e bavarese — (257); nonché atti di autorità sia federali che locali, a differenza che per la Costituzione svizzera (258). Il ricorso è dalla dottrina e dalla giurisprudenza ritenuto ammissibile altresì contro il comportamento omissivo di autorità non legislative, quando siffatto comportamento sia lesivo dei diritti fondamentali del ricorrente; quanto invece alle omissioni del legislatore, la giurisprudenza del Tribunale federale costituzionale — ricordo soprattutto un'importante pronuncia del 19 dicembre 1951 — è finora nel senso che esse possano essere oggetto di ricorso solo nel caso che si tratti di « omissioni relative », quale ad es. sarebbe considerata una legge che riconoscesse certi diritti a taluni gruppi di cittadini anziché a tutti, in violazione del principio dell'eguaglianza: mentre non s'ammette invece il ricorso contro « omissioni assolute », ossia contro la mancata emanazione di una legge (259).

25. - Legittimato ad agire è chiunque (*jedermann*) si affermi titolare del diritto fondamentale (o altro diritto o situazione costituzionale parificata), che sarebbe stato leso dalla pubblica auto-

tesi non sembra convincente, basata com'è su di una concezione « processuale » della cosa giudicata, che, seppur dominante tuttora nella dottrina tedesca (v. citazioni in POHLE, *op. ult. cit.*, p. 42 s.; adde HEINITZ E., *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, p. 60 ss.), non mi pare accettabile; cfr. ad es. le critiche di ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 3 ss.

(257) Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 100; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 256, 258; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 212 sub 1, b; GEIGER W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Kommentar*, Berlin, 1952, p. 277. A pag. 280 di quest'opera osserva il Geiger che anche gli atti di governo, se da essi possa derivare lesione delle « libertà » fondamentali dell'individuo, potranno essere sottoposti al controllo giurisdizionale mediante la *Verfassungsbeschwerde* (anzi solo mediante la *Verfassungsbeschwerde*; v. anche LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 261).

(258) Cfr. per tutti LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 258, 260.

(259) Cfr. LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 259; la citata pronuncia può vedersi nella *Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 97.

rità (260); il ricorrente potrà essere pertanto anche uno straniero o una persona giuridica, poiché anche agli stranieri ed alle persone giuridiche possono far capo taluni dei diritti costituzionali, che sono tutelati dal nostro istituto (261). La lesione (da cui nascerà l'interesse ad agire (262)) deve consistere come già s'è visto

(260) L'azione non spetta quindi a *quisquis de populo*, come avviene per la *Popularklage* bavarese. Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 101; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 277.

(261) V. POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 32 s.; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 212 sub 3.

(262) Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, cit., pp. da 35 a 44. Ivi questo A., seguendo la dominante dottrina tedesca, tratta del *Rechtsschutzinteresse* o *Rechtsschutzbedürfnis* come di un presupposto processuale (*Prozessvoraussetzung*) del ricorso costituzionale; così anche ad es. SCHÖNKE A., *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Karlsruhe, 1951, pp. 167 s., 170. Non riterrei però accettabile questa sistematica; l'interesse mi pare infatti — a differenza dalla legittimazione, intesa quale « legittimazione modificativa di fatto » (CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 185) — un requisito di fondatezza, non un presupposto processuale, della domanda. Intendo per presupposti processuali quei requisiti, che son necessari per l'ammissibilità del giudizio (qualsiasi giudizio) sul merito ossia sulla fondatezza della domanda; quei requisiti cioè, senza i quali nasce un rapporto processuale generico, ma non un rapporto processuale *di merito* facente capo nella potestà, e nel correlativo obbligo del giudice di giudicare non solo sulla regolarità del processo ma anche sul merito, cioè sulla lite; v. le chiare osservazioni di ALLORIO, *Diritto processuale tributario*³, Torino, 1955, pp. 271 ss., 373 ss. (Il CARNELUTTI abbandona come antiquata la categoria dei presupposti processuali — v. la sua *Postilla* a SCHÖNKE, nella *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 152 s. —; ritengo invece, sommessamente, ch'essa meriti di esser conservata, perché su di essa si può costruire la distinzione, posta anche da CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., II, nn. da 479 a 481, tra pronunzie sul merito e pronunzie « negative »).

Intenderei invece per interesse ad agire quell'elemento *causale* della domanda, consistente in ciò che la domanda sia intesa ad ottenere un provvedimento giurisdizionale *necessario* per rendere efficace una situazione giuridica soggettiva attiva (titolarità di un diritto, di una potestà, di una facoltà) dell'agente. Una domanda *infondata* per insussistenza del preteso diritto (o potestà ecc.), sarà sempre (anche) negativa dell'interesse ad agire: se non c'è la situazione soggettiva attiva da tutelare anzi da far tutelare, manca alla domanda se non la volontà cioè l'elemento psicologico (sobbiettivo) certo la causa — elemento obbiettivo — di ottenere quella tutela. Ma anche in presenza della situazione soggettiva attiva può la domanda risultare, non dico inammissibile perché questo è termine tradizionalmente usato

manu per
maestri
e ppeleto

non in un semplice pericolo di danno futuro, bensì in un pregiudizio *attuale*, risultante dalla negazione di un potere o dalla

per la mancanza dei presupposti processuali, ma *inattuale* quindi *infondata*, se di tutela manca il bisogno: poiché la domanda è appunto pretesa di tutela anzi di *necessaria* tutela (cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 351; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*², I, Padova, 1943, p. 125 ss.). Porrei quindi, ripeto, l'interesse ad agire fra i requisiti di fondatezza, intendendolo quale *causa petendi* ossia quale elemento causale, obbiettivo, dell'atto di domanda (v. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*, e *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 235 ss.; anche INVREA, *Interesse e azione*, nella *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, p. 320 ss., specie ai nn. da 17 a 21, tratta dell'interesse ad agire quale «causa legittima», elemento costitutivo del diritto «concreto» di azione). E dedurrei che il provvedimento, che rigetti una domanda per carenza d'interesse ad agire, diversamente dai provvedimenti «negativi» sia suscettivo di creare la cosa giudicata materiale: la quale consisterà nell'accertamento che, in base ai fatti dedotti (o deducibili) in causa, l'attore non aveva alcuna necessità, di fronte a quel convenuto, della richiesta tutela, — non aveva ad es. necessità di un provvedimento di condanna a pagare nei confronti di un convenuto, che abbia fatto regolare offerta di pagamento.

Non riterrei invece di poter seguire l'insegnamento del SATTA (*Interesse ad agire e legittimazione*, nel *Foro it.*, 1954, IV, c. 171), secondo cui la sentenza di «rigetto per difetto d'interesse in realtà riconosce che l'interesse che si fa valere sussiste ed è già soddisfatto», risolvendosi pertanto in «una decisione positiva di merito». Credo invece che il giudice possa limitare il suo esame alla sola sussistenza della *causa petendi*, prescindendo da ogni altra indagine; così potrà rigettare una domanda di mero accertamento di proprietà, sulla semplice risultanza che dal convenuto quel preteso diritto, vero o non vero che sia, non è mai stato contestato. Per il resto invece il Satta ha ragione, mi pare, quando, rigorosamente desumendo dalla sua concezione privatistica dell'azione, nega che l'interesse ad agire sia *estraneo* all'interesse sostanziale fatto valere in giudizio; non per questo identificherei però i due interessi, v. FURNO, *Appendice del Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, cit., specie alle pp. 311, 329, 334 e 348 ss.; ma direi soltanto che l'interesse ad agire è determinato da una particolare situazione — di bisogno di tutela — dell'interesse sostanziale anzi del preteso, eventuale, interesse sostanziale. Questa situazione, designabile genericamente quale di «bisogno di tutela» (o d'«interesse ad agire»), non implica «una valutazione puramente di fatto» (ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1954, p. 29, in nota), ma dovrà anzi nelle sue specifiche manifestazioni desumersi dalla legge — e in ciò sta la sua obbiettività, la quale se mal si concilia, come giustamente afferma ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica*, in *Jus*, 1954, specie alle pp. 557 s., e nella *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1954, p. 337 s., con il concetto d'«interesse»,

posizione di un dovere in senso contrario alle norme sui diritti fondamentali o a quelle altre, che alle prime sono state «parifi-

ben sembra conciliarsi invece con quello di «causa» —: e ciò si dovrà fare con riguardo ai vari tipi di processi e di azioni, anzi, più estesamente, con riguardo ai vari tipi di atti processuali, i quali tutti devono avere una loro «tipica» o «atipica» *causa agendi* allo stesso modo che tutti gli atti e negozi del diritto sostanziale (art. 1322, comma 2°, cod. civ.).

Che la causa sia elemento costitutivo di ogni atto giuridico, anche processuale, e quindi della domanda giudiziale, non può negarsi col dire, come fa ALLORIO, *Bisogno di tutela giur.*, cit., in *Jus*, p. 559, e *Zeitschrift für Zivilprozess*, p. 340, che la valutazione dell'«interesse» e del «bisogno di tutela» è «una valutazione che ha fatta [per ogni singolo tipo di atti] *a priori* il legislatore nell'istante precedente a quello, in cui ha dettato la norma, e che non deve, non può essere rinnovata, con un risultato magari divergente, dal giudice» (così anche ATTARDI, *op. cit.*, p. 73). Sono bensì anch'io d'accordo, come s'è visto, sull'obbiettività della causa, la quale deve appunto desumersi dal diritto oggettivo: ma ciò non esclude affatto, tutt'altro, che il giudice possa e debba per ogni singolo concreto atto cercare se questo non sia mancante della causa, che il legislatore ha prescritta in forma tipica o atipica per ogni atto di quella categoria. Così ad es. dovrà il giudice rigettare per mancanza di causa («carezza d'interesse») la domanda di un provvedimento cautelare, la quale non sia la conseguenza di un'effettiva situazione di «pericolo nel ritardo»; o la domanda d'un c.d. mero accertamento, la quale non sia — secondo la concezione che mi propongo in un prossimo lavoro di dimostrare, e che è suscettiva di sviluppi anche nell'esame della ritenuta inammissibilità di domande di «mero accertamento» davanti al giudice amministrativo — intesa a colpire chi abbia violato l'*obbligo (sussidiario)* di non mettere in dubbio (ossia di non creare l'incertezza su) un diritto soggettivo o una libertà dell'attore (v. una tesi non molto dissimile sostenuta dal SATTA ne *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 10 ss., in nota); o la domanda di condanna che non sia intesa a colpire la violazione di ogni (altro) obbligo, e via dicendo. E parimente sarà infondata per mancanza d'interesse una domanda simulata — ove s'ammetta, come autorevolmente s'ammette, che la simulazione importi vizio della causa (cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1950, p. 393 ss.; CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 248) —: come una domanda di mero accertamento positivo di un diritto di proprietà, intesa invece in realtà ad operare un trapasso di proprietà d'accordo col convenuto (e magari in frode del fisco). In questo caso si avrà un atto (domanda), che non costituisce esercizio del diritto di ottenere dal giudice un dato provvedimento di accertamento: una domanda priva di quella causa — o funzione economico-sociale, come la

cate» (263). Ed anche quando il ricorso sia rivolto contro atti legislativi, non sarà sufficiente la potenzialità della lesione — come

causa per lo più si definisce —, che essa, per costituire atto di esercizio di quel diritto, dovrebbe avere.

Il fenomeno della mancanza d'interesse ad agire può ricondursi, mi pare, entro quello più vasto dell'abuso del (ossia, dell'eccesso dal) diritto (entro il quale rientra come *species* anche quello degli atti *ad aemulationem*: *infra*, nota 403 a p. 139; v. in senso contrario ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., pp. 22 e 199 ss., e ivi letteratura): tutti i diritti, anche processuali — e così i vari tipi di diritti che si confondono sotto l'indifferenziata e perciò inadeguata denominazione di azione: la quale indica in realtà sia il diritto di chiedere un *dato* provvedimento (diritto che si esercita mediante l'atto di «domanda» in senso proprio), sia quello di chiedere un qualsiasi provvedimento (sul merito; o anche soltanto sul processo) —, consistono in poteri attribuiti a garanzia di determinati interessi (cause) (cfr., per tutti, CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 156): l'atto con il quale si pretendesse di esercitare un potere per una causa diversa, non sarebbe atto di esercizio di *quel* potere, bensì di un altro potere (se esiste) oppure atto illecito. Così chi chiedesse un provvedimento di condanna contro un debitore il quale, alla scadenza, avesse fatto regolare offerta di pagamento, non eserciterebbe ma abuserebbe del potere di chiedere un provvedimento di condanna, perché questo potere deve riferirsi ad una situazione di lesione del diritto sostanziale, che nella specie non sussisterebbe (pur sussistendo il diritto sostanziale al pagamento del debito): la sua «domanda» sarebbe dunque abusiva, e di qui la condanna nelle spese processuali ecc. — Non riterrei invece esatto quanto sostiene l'ATTARDI, *op. cit.*, p. 201 s.: che «qualora un soggetto faccia valere giudizialmente un diritto e risulti che egli è animato unicamente da uno scopo emulativo, la domanda dovrà essere rigettata perché infondata, e cioè per mancanza del diritto fatto valere, non invece perché manchi l'interesse ad agire»: vero è invece, a mio avviso, che la domanda sarà rigettata come infondata *independentemente* dalla sussistenza del rapporto sostanziale dedotto in giudizio; l'«eccesso dal diritto», di cui Attardi parla, è infatti eccesso dal diritto processuale (*jus petitionis*), non dal diritto sostanziale.

(263) Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 263. V. anche POHLE, *Bemerkungen*, cit., pp. 35, 37 ss., dove si afferma che la lesione deve colpire «den Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar», e si pongono quindi i tre requisiti dell'interesse ad agire nella «Selbstbetroffenheit» del ricorrente e nella «Gegenwärtigkeit» e «Unmittelbarkeit» della lesione; WESSEL, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*, nel *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, p. 163.

invece s'è detto per il ricorso di diritto pubblico svizzero (264) —; ma sarà necessario, per usare la formula usata dal Tribunale costituzionale federale, che la lesione sia «attuale e diretta» (*gegenwärtig und unmittelbar*) (265), che derivi cioè a carico del ricorrente immediatamente dall'atto legislativo. Ciò è possibile sol quando la legge, anziché limitarsi ad operare la creazione modificazione o estinzione di situazioni giuridiche astratte, generali e impersonali, crei invece in maniera diretta, senza bisogno di atti intermediari di esecuzione od applicazione, concrete restrizioni dei poteri oppure soggezioni e doveri in capo a singoli cittadini (266), violando così quella sfera di libertà e di poteri che costituisce l'ambito dei *Grundrechte* o delle altre situazioni dalla legge equiparate ai diritti fondamentali. Infondato, per insussistenza della pretesa violazione, sarà pertanto ogni ricorso costituzionale proposto direttamente contro una legge non «autoapplicativa»: il cittadino dovrà attendere ed impugnare l'atto, che di essa costituisca l'esecuzione, e che direttamente e concretamente lo riguardi (267).

(264) Cfr. *supra*, n. 5, p. 29 s.

(265) Cfr. la pronuncia del 19 dicembre 1951 del 1° Senato, nella *Antliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 97. In dottrina, POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 35, e LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 265.

(266) Cfr. LECHNER, *op. loc. ult. cit.*; POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 40 ss. Similmente accade per il *juicio de amparo contra leyes* nel diritto costituzionale messicano: cfr. per tutti, ORANTES R.L., *El juicio de amparo*², México, 1951, p. 61 ss., e BURGOA, *El juicio de amparo*, cit., p. 263 ss., entrambi con citazioni di giurisprudenza della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*; v. già anche RABASA E., *El juicio constitucional*, México, 1919, p. 240 ss. La dottrina messicana parla appunto di «leggi autoesecutive» o «autoapplicative» o anche «*auto-efectivas*» — formula a cui corrisponde quella di «*mit unmittelbarer Vollzugswirkung ausgestattete Gesetzgebungsakte*», usata dal MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 100 —, ossia immediatamente pregiudizievoli di date situazioni soggettive attive fondamentali di individui determinati (anche se determinati soltanto per la loro appartenenza a categorie generali, ma ben definite, di soggetti). V. *supra*, n. 1, pp. 10-13.

(267) Sulla legittimazione ed interesse ad agire in tema di ricorso costituzionale contro leggi nel diritto germanico, acute distinzioni son poste da HOLTKOTTEN, *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*, nella *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, p. 528 ss., che accetta in

26. - Un presupposto processuale della *Verfassungsbeschwerde* tedesca è posto, a somiglianza degli analoghi istituti svizzero e bavarese, nel tempestivo esperimento ed esaurimento del sistema di impugnazioni ordinarie giurisdizionali (*Rechtsweg*) eventualmente concesso dalla legge (268). Ne consegue che il ricorso costituzionale, per il quale vige dunque il « *Subsidiaritätsprinzip* », è praticamente ammissibile, a parte le leggi « autoapplicative » e gli « atti di governo » (269), solo contro provvedimenti giurisdizionali, e anche contro atti amministrativi ma solo dopo che essi siano stati confermati (*bestätigt*) mediante provvedimento giurisdizionale, dato che gli atti amministrativi sono nel vigente diritto germanico sempre soggetti al controllo giurisdizionale (270). Altra conseguenza pratica del § 90, comma 2°, frase 1ª, della legge sul *Bundesverfassungsgericht* è che solo i provvedimenti giurisdizionali (di tribunali federali o locali, e ordinari o non) di *ultima o unica istanza* — eccezione fatta, naturalmente, per

parte la disciplina accolta dalla giurisprudenza sopra ricordata; egli distingue però ulteriormente, nell'ambito delle leggi autoesecutive, quelle che sono fonte di lesioni « perfette » da quelle che invece producono lesioni « perfezionabili » da un atto amministrativo. V. anche LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 265.

(268) § 90, comma 2°, frase 1ª, della legge sul *Bundesverfassungsgericht*. Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 33; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 212 sub 2; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 266 ss. (*Rechtsweg*, spiega il L., è ogni gravame o impugnazione, che possa rientrare nel concetto di *gerichtliche Nachprüfung*; mentre si ricorda invece che nel diritto austriaco — *supra*, nn. 8 e 11, pp. 38 e 43 — il presupposto processuale si riferisce al solo esaurimento dei ricorsi amministrativi, non giurisdizionali). Inammissibile sarà il ricorso costituzionale anche se la possibilità di sperimentare un mezzo d'impugnazione sia venuta meno per decorrenza dei termini, o se l'impugnazione proposta sia stata respinta per motivi di forma, o se ad essa successivamente si sia rinunciato: cfr. le due sentenze del 12 ottobre 1951 e quella del 10 febbraio 1953 del *Bundesverfassungsgericht*, citate dal LECHNER a p. 267 dell'*op. ult. cit.*, e ancora POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 96 ss.

(269) V. *supra*, nota 257, p. 82.

(270) V. Part. 19, comma 4°, della Cost. di Bonn; in dottrina LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 259 s.

Sulla sussidiarietà della *Verfassungsbeschwerde* v., per tutti, POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 37.

quelli del Tribunale federale costituzionale medesimo (271), che non sono impugnabili — saranno soggetti al ricorso (272). Non importa invece che si tratti di sentenza finale o soltanto parziale (273).

La legge sul Tribunale federale costituzionale stabilisce tuttavia una deroga alla norma testé ricordata: il § 90 dispone infatti, nella frase 2ª del capoverso 1º, che il presupposto della *Erschöpfung des Rechtswegs* non è sempre necessario, perché il *Bundesverfassungsgericht* può ammettere il proposto ricorso, anche in mancanza del presupposto medesimo, se esso sia da considerarsi di « importanza generale » o se un « grave e irreparabile danno » (274) possa derivare al ricorrente dalla mancata ammissione. In questo caso, del quale è evidente la grande importanza teorica e pratica, anche atti amministrativi potranno essere oggetto immediato del ricorso costituzionale, e parimente provvedimenti giurisdizionali di non ultima istanza (275). La giurisdizione costituzionale delle libertà viene qui dunque a perdere quella sua natura di giurisdizione sussidiaria e differita, che di regola le è propria; e l'eccezione, anche nella sua generica formulazione che lascia ampî poteri discrezionali al Tribunale costituzionale, risponde perfettamente, a mio avviso, all'esaminata natura dei diritti fondamentali, la quale non solo postula (sempre) una particolare efficacia della tutela, come s'è detto nella premessa di questo lavoro, ma postula anche, in casi particolari, l'indifferibilità della tutela medesima (*supra*, n. 1).

(271) Cfr. la decisione del 1º Senato del Tribunale costituzionale federale, 29 novembre 1951, nella *Amtliche Sammlung der Entscheidungen*, cit., I, p. 89.

(272) LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 262.

(273) Sentenza del 28 maggio 1952 del 1º Senato del *Bundesverfassungsgericht*, ricordata dal LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 262 s.

(274) Sul significato di queste formule v. le pronuncie del 18 settembre 1952 e del 24 ottobre 1951 del 1º Senato del Tribunale costituzionale, nella *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, pp. 418 e 69; ma è chiaro che si tratta di formulazione volutamente lata e generica, da determinarsi caso per caso.

(275) LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 259 s.

giurisdiz. /
sussidiaria
e differita

27. - Come gli analoghi processi bavarese e stranieri (276), così quello tedesco federale non ha struttura necessariamente bilaterale (277): ed anche questa, come si vedrà (*infra*, n. 38), sembra una logica conseguenza della struttura e della funzione dei diritti fondamentali. Unica parte (inizialmente) necessaria, perché senza di essa il processo non può mettersi in moto — e se mai lo potesse, non sarebbe processo *giurisdizionale* (278) —, è invero il ricorrente: epperò la legge attribuisce a taluni determinati « terzi interessati al processo » la legittimazione ad un intervento, che è peraltro facoltativo, mediante il quale essi verranno ad assumere, più che la veste di vere e proprie parti processuali, quella (direi) di ausiliarî volontarî del giudice sia nella ricerca ufficiale della verità, sia nell'esame sulla effettività della affermata lesione costituzionale. Quale sia il modo di esercitare questo intervento la legge dice con questa unica formula: « *sich äussern* » (esprimersi, dare il proprio parere: addurre cioè fatti e ragioni — le quali possono essere e in pratica di regola certamente saranno a favore della legittimità costituzionale dell'atto impugnato, ma nulla vieta che siano invece a favore, in tutto o in parte, dell'accoglimento del ricorso); è escluso comunque che il « terzo interessato » possa proporre vere e proprie domande sia processuali che di merito, alle quali il giudice abbia l'obbligo di dare risposta (279). Lo stesso potere di « esprimersi » può del resto, secondo dispone la legge, essere dal Tribunale costituzionale riconosciuto anche a c.d. « terzi non interessati al pro-

(276) V. *supra*, nn. 5 e 18, pp. 32, 58 s., e *infra*, n. 38, p. 112 ss.

(277) Cfr. GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 274. Sotto questo profilo il processo, instaurato mediante la proposizione della *Verfassungsbeschwerde*, è simile a quello che si svolge per il controllo di legittimità costituzionale delle norme, esercitato in forza dell'art. 100 della Cost. di Bonn dietro istanza dei giudici, nonché a quello instaurato in Baviera mediante la *Polararklage* (v. *supra*, n. 21, p. 67 ss.).

(278) V. *infra*, nota 327, p. 103, e nota 365, p. 119.

(279) Cfr. GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 292; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 273. Non è nemmeno sicuro che il potere di « esprimersi » implichi quello di esaminare gli atti del processo (arg. non desumibile dal § 20 della legge sul *Bundesverfassungsgericht*, per quanto è detto *infra*, alla nota 311, p. 98 s.).

cesso » (280), a chiunque, insomma, possa in qualsiasi modo essere dal Tribunale ritenuto d'ausilio alla giustizia. In ogni caso quel potere sarà dal « terzo » esercitabile entro il termine che il Tribunale vorrà stabilire (281). Quali siano i c.d. « terzi interessati » è stabilito dal § 94, commi 1° e 2°, della legge sul Tribunale federale costituzionale: si tratta o dell'organo costituzionale (centrale o locale), il cui atto si impugni; oppure, quando l'atto o l'omissione impugnati siano quelli di un ministero o di altro organo non costituzionale, il ministro competente (282).

(280) § 94, comma 3°, della legge sul *Bundesverfassungsgericht*.

(281) § 94, comma 1°, della legge sul *Bundesverfassungsgericht*. Il Tribunale costituzionale non ha qui dunque la potestà di obbligare taluno a intervenire, ma solo quella di autorizzare un volontario intervento anche di terzi « non interessati al processo », al solo scopo della loro *Anhörung* (su questo concetto cfr. SCHÖNKE, *Lehrbuch*, cit., p. 268 s.); l'esercizio di tale potestà da parte del Tribunale non è mai, quanto ai « terzi non interessati », obbligatorio (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 273 s.). Il Tribunale ha inoltre la potestà di stabilire il termine per la audizione: LECHNER, *op. loc. ult. cit.*

Qualcosa di simile accadrà nel processo dinanzi alla Corte costituzionale italiana in sede di controllo della legittimità costituzionale delle leggi (CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 84 ss.): a norma dell'art. 25, ult. cpv. della legge 11 marzo 1953, n. 87, è stabilito infatti che « possono intervenire in giudizio e presentare le loro deduzioni » il Presidente del Consiglio dei ministri o il Presidente della Giunta regionale (a seconda che sia in questione la legittimità di un atto legislativo statale o regionale); lo stesso è disposto, in relazione con « gli organi dello Stato o delle Regioni » — ma quali organi?; certo non tutti: ma si noti anche qui l'imperfezione di questa legge! — i quali appunto hanno « diritto di intervenire in giudizio ».

(282) Gli « organi costituzionali », spiega il LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 273 s., sono il *Bundestag*, il *Bundesrat*, la « Commissione permanente » di cui all'art. 45 della Costit. di Bonn, il *Bundespräsident* e la *Bundesregierung*, nonché le Camere e i governi dei *Länder*.

Si porrà qui il problema chi sia da considerarsi « interessato », a norma e per gli effetti del § 94, quando l'atto impugnato sia giurisdizionale: la risposta accolta, che « interessato » debba considerarsi il ministro della giustizia, sembra a taluno, alla luce del principio costituzionale (art. 97, alinea, della Cost. di Bonn) dell'indipendenza e autonomia dei giudici, poco soddisfacente, benché sicuramente desumibile dal § 94, comma 2°, della legge. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 274.

Nulla invece dispone la legge quanto alla individuazione dei « terzi non interessati », attribuendo in merito illimitati poteri al giudice costituzionale: ma è evidente che si tratterà in pratica soprattutto di quei soggetti *privati*, che si ritengono interessati a contraddire alle istanze del ricorrente.

Nessuna norma dispone che ai soggetti, di cui al § 94 — terzi interessati e terzi non interessati al processo —, abbia da comunicarsi la pronuncia del Tribunale costituzionale (283); né è necessaria infine la loro rinuncia — *ex* § 25, comma 1°, della legge sul Tribunale costituzionale —, perché possa omettersi la trattazione orale della causa (284).

28. - La legge sul *Bundesverfassungsgericht* prevede l'ipotesi che istituti analoghi alla *Verfassungsbeschwerde* federale siano previsti anche dalle Costituzioni locali; ciò che accade, come sappiamo, nello Stato di Baviera, e in altri *Länder* di cui diremo (285). Dispone per tale ipotesi il § 90, comma 3°, della legge che l'eventuale diritto di ricorrere presso il Tribunale costituzionale locale « rimane inalterato », nonostante la creazione del nuovo istituto federale (286). Questa norma deve ricollegarsi con quella contenuta nell'art. 142 della Costituzione di Bonn (287), secondo la

(283) GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 292; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 273.

(284) V. *infra*, n. 32, testo e nota 311, p. 98.

(285) *Infra*, nn. 40-42, p. 123 ss. Su questo tema v. GEIGER W., *Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder*, in *Verfassung und Verwaltung, Festschrift für W. Laforet*, München, 1952, p. 251 ss.; SCHÄFER H., *Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, nella *Juristenzeitung*, 1951, p. 199 ss.; POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 50 ss.

(286) § 90, cpv. 2°: « *Das Recht, eine Verfassungsbeschwerde an das Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, bleibt unberührt* ».

(287) Art. 142 Cost.: *Ungeachtet der Vorschrift des Art. 31 bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Art. 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten*. L'art. 31 stabilisce invece, con formula incisiva, la prevalenza del diritto federale su quello statale: « *Bundesrecht bricht Landesrecht* ».

quale il fatto, che il diritto federale prevalga su quello statale, non importa però che i *Grundrechte* previsti dalla Costituzione centrale escludano la coesistenza, oltretutto di diritti *diversi* (purché non incompatibili con quelli) o *più ampi*, anche di *uguali* diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni degli Stati federati (288). Questo possibile sdoppiamento dei diritti dell'uomo, per cui può accadere che un diritto di identico contenuto spetti, per così dire, due volte allo stesso individuo — nella sua duplice qualità di cittadino della Federazione e dello Stato federato —, fa sì che un unico atto lesivo possa colpire due distinti (anche se per contenuto uguali) diritti fondamentali di un soggetto privato; ne deriva lo sdoppiamento della eventuale tutela giurisdizionale-costituzionale, la possibilità cioè di ricorrere al Tribunale costituzionale centrale per lesione del *Grundrecht* posto dal diritto federale, e a quello periferico — quando un siffatto ricorso sia concesso dal diritto locale — per la diversa *causa petendi* consistente nella violazione, da parte dello stesso atto, del *Grundrecht* garantito dall'ordinamento statale. La duplicità dei ricorsi s'aggiunge alla totale indipendenza e autonomia dell'un ricorso dall'altro: diversa infatti essendo la materia dei contendere (per la diversità del titolo), e non potendosi nemmeno ritenere che la *Verfassungsbeschwerde* regionale sia un mezzo d'impugnazione, un ordinario *Rechtsmittel* il cui esaurimento sia necessario presupposto per l'ammissibilità del ricorso all'organo federale — questa natura è univocamente negata al nostro istituto (289) —, ne discende appunto la possibilità dell'interessato di scegliere l'una via o l'altra o entrambe (anche contemporaneamente); e deriva altresì la mancanza di ogni vincolo del giudizio dell'uno organo sul giudizio dell'altro (290), con l'unica avvertenza che, quando un atto lesivo sia cassato (o dichiarato nullo) da un giudice costituzionale e non dall'altro, la pronuncia di quest'ultimo resterà

(288) Diversamente accade nell'ordinamento svizzero: cfr. FLEINER e GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., p. 882 s.

(289) V. *supra*, nota 208 a p. 63 s., e *infra*, nota 344, p. 109.

(290) Cfr. POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 54; *contra* KRATZER J., *Artikel 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung*, in *Verfassung und Verwaltung, Festschrift für W. Laforet*, cit., p. 139.

« *gegenstandslos* », per esserne stato tolto di mezzo l'oggetto ossia l'atto impugnato (291).

29. - Il termine di decadenza per la proposizione della *Beschwerde* è stabilito dal § 93 della legge: esso è di un mese dalla notificazione, se si tratta di ricorso contro provvedimenti giurisdizionali « motivati e passati in giudicato »; di un anno negli altri casi (292). Trattandosi di ricorso contro leggi, il termine annuale decorre dalla data di entrata in vigore della legge impugnata, oppure — secondo la giurisprudenza ormai consoli-

(291) Così POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 54; HOLT KOTTEN H., *Erläuterungen im Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1950, sub art. 142.

Va però avvertito che le soluzioni, date nel testo, sono sol quelle che allo scrivente paiono più accettabili; ma i problemi che sorgono in argomento sono di estrema gravità e delicatezza, e disparate le soluzioni proposte, mentre non s'è potuta ancora affermare una inequivoca giurisprudenza. Così ad es. secondo lo ZWEIFERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 321, e il KRATZER, *Art. 142 des Grundgesetzes*, cit., pp. 115, 139, la scelta della *Verfassungsbeschwerde* statale escluderebbe quella della *Verfassungsbeschwerde* federale, e viceversa; ma la tesi è correttamente confutata dal POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 52, dove si osserva come il fondamento (*die Gründe*) della domanda sia diverso a seconda che si faccia valere una violazione del diritto costituzionale federale o di quello statale, e non si possa quindi parlare — come quegli autori fanno — di *litispendenza*, la quale presupporrebbe l'identità dello *Streitgegenstand*. Quanto poi allo « sdoppiamento » dei diritti fondamentali quand'essi siano previsti, con l'identico contenuto, sia dalla norma costituzionale locale che dalla federale, esso, autorevolmente affermato dal POHLE, *op. ult. cit.*, pp. 50 a 56 anche sulla scorta di HOLT KOTTEN, *Erläuterungen*, cit., sub art. 142, di LECHNER, *Erläuterung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, Das Deutsche Bundesrecht*, Frankfurt a. M., 1951, sub § 90 Abs. 3, e di SCHÄFER, *Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 203, è invece negato dal GEIGER, *Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder*, cit., p. 259, e *Kommentar*, cit., sub § 90. Il GEIGER esclude infatti la duplicità dei diritti soggettivi fondamentali e ammette però la duplicità di tutela giurisdizionale dello stesso, unico diritto (anche questa tesi è chiaramente confutata dal POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 53).

(292) Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 272 s.; POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 33 ss.

data (293) — dalla data della sua pubblicazione se si tratta di legge retroattiva; leggi entrate in vigore prima del 1° aprile 1951 erano impugnabili mediante ricorso costituzionale fino al 1° aprile dell'anno successivo (294).

Il ricorso si propone mediante atto scritto, nel quale il *Beschwerdeführer* deve indicare, sotto pena di inammissibilità, la situazione attiva costituzionale che sarebbe stata lesa, nonché l'azione o l'omissione dell'autorità, da cui la lesione sarebbe a lui derivata (295).

30. - Interesse del ricorrente sarà ovviamente di dimostrare le ragioni e di allegare e provare i fatti, che stanno alla base del suo ricorso. Epperò il Tribunale federale, pur vincolato nell'ambito della *causa petendi* e del *petitum* (296), non è invece vincolato entro l'ambito delle allegazioni fatte e delle prove prodotte o proposte dal ricorrente (297). Per le ragioni che si son dette nella

(293) Cfr. le pronuncie del 10 settembre 1952 e del 21 gennaio 1953 del 1° Senato, nella *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 415, e II, p. 105.

(294) § 93, comma 3°, della legge cit. Sulla entrata in vigore delle leggi, cfr. l'art. 82, comma 2°, della Cost. di Bonn.

(295) § 92 della legge cit. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 271.

(296) Nemmeno questo vincolo sarebbe totale, se si accettasse la tesi sostenuta dal LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 276, che ritiene applicabile al nostro processo il § 78, frase 2ª, della legge sul Tribunale costituzionale federale: secondo questa disposizione, il Tribunale dovrebbe dichiarare la nullità anche di quelle parti (articoli, paragrafi ecc.) di una legge, che non siano state impugate, se d'ufficio le riconosca incostituzionali *per le stesse ragioni*, per le quali ritiene incostituzionali le parti impugate della legge. (Va però avvertito che il § 78, secondo la lettera, si riferisce ad un tipo di processo costituzionale del tutto distinto dal nostro, a quello cioè previsto dall'art. 93, comma 1°, n. 2 della Costit. di Bonn; non mi risulta che la giurisprudenza si sia finora pronunciata sull'argomento).

(297) Cfr. ZWEIFERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 326; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 166 (non ritengo però esatto desumere, dalla premessa che il *Bundesverfassungsgericht* non è legato né al *Vorbringen* né ai *Beweisanträge* di parte, la conclusione che non vi sia nei procedimenti dinanzi a quel Tribunale alcun onere di prova: conclusione che mi par fondata su di un falso concetto di onere; esatta invece è la negazione di prove *legali* nel processo costituzionale).

premessa (*supra*, n. 1; v. anche *infra*, nn. 38 e 39) vige infatti, nei procedimenti dinanzi a questo supremo organo giurisdizionale, la c.d. *Offizialmaxime*, il principio cioè della ricerca ufficiale della verità (298); dalle stesse ragioni deriva inoltre la conseguenza che il Tribunale costituzionale, quando il ricorso abbia per oggetto una sentenza, non deve limitarsi — a differenza dal giudice di revisione (299) —, all'esame sulla correttezza dell'applicazione delle norme giuridiche (300); esso può al contrario riesaminare anche il fatto, senza essere punto vincolato dagli accertamenti contenuti nell'impugnata sentenza, benché questa sia passata in giudicato: dato che anche l'inesatta posizione della « premessa minore » può essere stata causa della violazione di un diritto costituzionale (301).

Per l'istruzione probatoria può il Tribunale costituzionale incaricare un suo membro, o anche (previa fissazione dei precisi limiti delle indagini) un altro Tribunale (302). A tal fine, e al fine di render possibile la ricerca ufficiale della verità, dispone

(298) §§ 26 e 33, comma 2°, della legge sul *Bundesverfassungsgericht*. I § § da 17 a 35 di questa legge contengono le norme generali — « *allgemeine Verfahrensvorschriften* » — che regolano, in mancanza di specifiche disposizioni in contrario, ogni procedimento davanti al Tribunale costituzionale federale. Così i § § 18 e 19 pongono le norme in tema di ricusazione ed astensione dei giudici; nel § 22 sono tra altro le norme sulla rappresentanza in giudizio da parte di un avvocato o di un professore universitario di materie giuridiche; il § 23 tratta delle scritture che possono essere presentate nel corso del processo; il § 34 dispone la gratuità del processo, con potestà del Tribunale, nei casi di abuso, d'imporre una tassa da 20 a 1000 marchi a guisa di penale. Di altre norme contenute in questi paragrafi della legge si farà cenno nel testo.

Sull'origine e gli sviluppi dell'antitesi fra *Untersuchungsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*, e sulla distinzione — a mio avviso molto importante — fra *Verhandlungsprinzip* e *Dispositionsprinzip*, cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, negli *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, p. 716 ss.

(299) §§ 549, 554, 561 della ZPO germanica.

(300) Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 266; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 280 s.

(301) Cfr. GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 281 s. Sul passaggio in giudicato nonostante la proponibilità della *Verfassungsbeschwerde*, *supra*, nota 208, p. 63 s., e *infra*, nota 344, p. 109.

(302) § 26, comma 1°, della legge sul *Bundesverfassungsgericht*.

la legge (303) che tutti i Tribunali e tutte le autorità amministrative hanno l'obbligo di mettersi a disposizione del *Bundesverfassungsgericht*; questo può anche disporre testimonianze e perizie (304), ordinare alle autorità amministrative e giudiziarie la produzione di documenti (305), compiere ispezioni, disporre interrogatori ed ogni altro mezzo di prova.

31.- L'istruzione probatoria non sarà necessaria se il Tribunale costituzionale, sulla base della potestà concessagli dal § 24 della legge, respingerà *in via preliminare* ricorsi *manifestamente* inammissibili o infondati: la decisione dovrà in tal caso essere presa all'unanimità, e non richiederà motivazione (306).

Altri importanti poteri riconosce inoltre la legge al Tribunale costituzionale in tema di provvedimenti d'urgenza (307) e di provvedimenti sul processo (308): così esso ha la potestà di regolare in via provvisoria e senza bisogno di trattazione orale, mediante « *einstweilige Anordnung* » una data situazione, se ciò sia urgentemente richiesto al fine di scongiurare gravi danni o d'impedire violenze o per altri gravi motivi attinenti all'ordine pubblico o al bene generale. Contro detto provvedimento, o con-

(303) § 27 della legge cit.

(304) § 28 della legge.

(305) Il § 26, comma 2°, della legge dispone che solo il Tribunale costituzionale federale, con decreto preso a maggioranza di due terzi, può decidere che « singoli documenti » non vengano prodotti, se la loro utilizzazione nel processo appaia « inconciliabile con la sicurezza dello Stato ».

Anche la nostra legge 11 marzo 1953, n. 87, dispone che la Corte costituzionale italiana « può disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti ».

(306) Anche la Corte costituzionale italiana potrà, in base all'articolo 26, comma 2°, della legge 11 marzo 1953, n. 87, respingere in camera di consiglio, per « manifesta infondatezza », le istanze ad essa proposte. Cfr. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 84 s.

(307) § 32 della legge cit. Sull'applicabilità di questa norma anche al processo costituzionale delle libertà, v. in giurisprudenza la pronuncia del 13 novembre 1951 del 1° Senato, nella *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 74.

Sulla mancanza di poteri cautelari della nostra Corte costituzionale, v. *supra*, p. 13, testo e nota 19.

(308) § 33 della legge.

tro il rifiuto di emetterlo, è ammessa opposizione (*Widerspruch*), la cui proposizione non è soggetta a termini (dato anche che il provvedimento provvisorio non è mai suscettivo di passare in giudicato né di vincolare il giudice nella sua pronuncia definitiva), e sulla quale il Tribunale costituzionale dovrà decidere entro due settimane in seguito a trattazione orale; in pendenza dell'opposizione potrà il Tribunale stesso, se crederà, sospendere l'esecuzione del provvedimento opposto. L'efficacia della *einstweilige Anordnung*, la quale sotto certe condizioni può essere chiesta ed emessa anche prima della proposizione del ricorso costituzionale e perderà quindi la sua efficacia se il ricorso non sarà poi tempestivamente proposto (309), cesserà dopo il decorso di tre mesi dall'emissione, salvo che la misura provvisoria sia riconfermata, a maggioranza di due terzi dei giudici votanti, per un periodo di altri tre mesi.

Quanto poi ai provvedimenti sul processo, dispone la legge che il *Bundesverfassungsgericht* può sospendere un procedimento pendente dinanzi a sé fino alla conclusione di altro processo pendente presso altro tribunale, se gli accertamenti e la decisione di questo potranno avere qualche importanza per la decisione del primo processo. È stabilito altresì dalla legge che il Tribunale costituzionale possa basare la sua pronuncia su accertamenti di fatto contenuti in una sentenza passata in giudicato, se questa sia stata emessa in un processo regolato dal principio della ricerca ufficiale della verità (310).

32. - Secondo il § 25 della legge sul Tribunale federale costituzionale, la decisione finale sarà pronunciata in seguito a trattazione orale, mediante sentenza (*Urteil*); è però riconosciuto agli interessati il potere di rinunciare alla trattazione orale (311), e

(309) Cfr., in argomento, per tutti LECHNER, *Bundesverfassungsgesetz*, cit., p. 184 s.

(310) § 33, cpv., della legge.

(311) La rinuncia — dispone il § 25, comma 1° — dev'essere espressa, e deve provenire da « tutti gli interessati »; epperò, trattandosi di procedimento ex § 90 ss. della legge (*Verfassungsbeschwerde*), tale potere di rinuncia spetterà al solo *Beschwerdeführer*, dato che quei « terzi interessati », di cui tratta il § 94 al solo scopo di attribuire ad essi una « *Gelegenheit*

in tal caso il provvedimento avrà la forma di un semplice « *Beschluss* » (312) ma la stessa efficacia della sentenza (313).

Sono possibili decisioni parziali ed interlocutorie (*Teil- und Zwischenentscheidungen*): ma solo per le prime — con le quali si risolve definitivamente uno dei « capi » della domanda —, vale quanto s'è ora detto sulla forma di sentenza o di *Beschluss* (314). Ogni decisione del Tribunale costituzionale deve emettersi « nel nome del popolo »; le decisioni sono prese, a norma del § 30 della legge, in seduta segreta (315), « in base alla libera convinzione che il Tribunale costituzionale federale si sia formato per mezzo della trattazione e dei risultati probatori ». Alla seduta deliberativa prenderanno parte gli stessi giudici, che abbiano partecipato all'intero procedimento (316). I provvedimenti assumeranno in ogni caso forma scritta, con sottoscrizione dei giudici che li hanno deliberati: non sono ammessi i « voti di dissenso » usati nel diritto anglosassone (317). È prescritta di regola la motivazione dei punti decisi (318), nonché in ogni caso la comunicazione del provvedimento all'« interessato » (319).

33. - Resta ancora da dire degli effetti della decisione sulla *Beschwerde*; è qui soprattutto che il legislatore federale ha tenuto

zur *Aeusserung*», non possono, secondo la dottrina e la giurisprudenza, considerarsi « *Beteiligte* » nel senso attribuito a questa parola nelle « disposizioni processuali generali » della legge (LECHNER, *Bundesverfassungsgesetz*, cit., pp. 163 s., 273-274). I soggetti di cui al § 94 sono infatti sempre e soltanto « *terzi* », mentre invece la parola « *Beteiligte* » nelle disposizioni generali si riferisce unicamente alle parti.

(312) § 25, commi 1° e 2°, della legge sul *Bundesverfassungsgericht*. Su questa forma di provvedimento giudiziario v. SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, cit., § 70, specie a p. 287.

(313) LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, p. 165.

(314) § 25, comma 3°, della legge.

(315) Diversamente, s'è già ricordato (*supra*, n. 7, p. 35, e nota 120, p. 44), avviene nel Tribunale federale svizzero, nonché nel Messico per le decisioni della *Suprema Corte de Justicia* (ma anche degli altri tribunali federali messicani; e non solo in caso di processi di *amparo*).

(316) LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 173.

(317) LECHNER, *op. cit.*, p. 173 s.

(318) § 30, comma 1°, della legge.

(319) § 30, comma 2°, stessa legge. Non però ai « terzi interessati » di cui al § 94. V. *supra*, p. 92, testo e nota 283, e p. 98, nota 311.

presente, da un lato (per evitarle) le deficienze dell'istituto bavarese, dall'altro le più perfezionate norme del diritto svizzero e austriaco, e soprattutto l'esperienza derivata dai decenni di vita degli istituti bavarese e stranieri.

Se infatti funzione dell'istituto è essenzialmente quella di tutelare il cittadino nei suoi diritti fondamentali di fronte agli atti d'impero, è evidente che la finalità dovrà perseguirsi attraverso il riconoscimento di un'adeguata efficacia alla sentenza di accoglimento del ricorso costituzionale (320); efficacia che per essere completa dovrà importare la *Beseitigung* (321), la eliminazione dell'atto lesivo —, o mediante accertamento di nullità (accertamento non privo di una sua efficacia anche costitutiva, vincolante, come vedremo), o per mezzo di annullamento.

Le norme che qui ci interessano son contenute nei §§ 95, 96, 31, 35, 79 e 41 della legge sul *Bundesverfassungsgericht*. Esse saranno, per opportunità espositiva, studiate prima con riguardo alla regolamentazione in tema di ricorso contro atti (sostanzialmente) legislativi, quindi in tema di ricorso contro atti non normativi. Premessa comune è che, in qualsiasi tipo di processo costituzionale siano state emesse, tutte «le decisioni del Tribunale

(320) *Supra*, n. 1, p. 1 ss. Considerazioni sui rapporti tra «scopo» e «funzione» e tra questa e «risultato», in polemica col BOBBIO (*Francesco Carnelutti teorico generale del diritto*, in *Giur. it.*, 1949, IV, c. 133 ss.) e implicitamente coll'ALLORIO (*Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, nella *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, p. 496 s.) si possono vedere in CARNELUTTI, *Teoria generale del dir.*, cit., p. XIV s. Sulla necessità, per intendere un istituto giuridico, di «rendersi conto della funzione che è destinato a compiere» e «della funzione effettivamente compiuta», cfr. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, nei *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 83 ss., specie a p. 87. V. anche *infra*, nota 391 a p. 131.

(321) Il termine è usato molto efficacemente ad es. dal LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 258. Si rientra pur sempre fra quegli effetti *reali* (e secondo il Kelsen *repressivi*, non preventivi) della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, di cui parla il KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., p. 44 ss. V. *supra*, nota 105 a p. 41. Inadeguati, almeno da sceli, sarebbero anche per il Kelsen gli effetti *personali* — ad es. *responsabilità* del funzionario agente e conseguente risarcimento —, dato il carattere «fondamentale» e quindi infungibile dell'interesse che è tutelato dal *Grundrecht* (*infra*, n. 38).

costituzionale federale vincolano sia gli organi costituzionali federali e locali, sia ogni tribunale ed ogni autorità» (322), e che

(322) § 31, comma 1°, della legge: «*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden*». Sul concetto della *Bindung* posto da questa importantissima norma, s'è sviluppata in Germania una vasta elaborazione dottrinale ed anche giurisprudenziale: tra i problemi che anche di recente si sono dibattuti va segnalato quello dei limiti oggettivi della efficacia vincolante, se cioè la *bindende Wirkung* si riferisca al solo dispositivo (*Tenor*) oppure anche alla parte motiva (*Begründung*) della pronuncia nonché alle questioni risolte *incidenter* (v. da ultimi WILLMS G., *Was bindet nach § 31 Abs. 1 BVerfGG?*, nella *Juristenzeitung*, 1954, p. 525 ss., e JESCH D., *Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden*, *ibid.*, 1954, p. 528 ss.).

L'«efficacia vincolante» va distinta infatti dalla «*materielle Rechtskraft*», autorità di cosa giudicata materiale (cfr. BLOMEYER, *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht*, cit., p. 2 dell'estratto) che non può, per sua stessa natura, estendersi alle mere motivazioni. Anche le pronuncie di merito del Tribunale costituzionale, le quali sono anzitutto assolutamente inimpugnabili (cosa giudicata formale), sono invero suscettive altresì di creare *fra le parti e i loro aventi causa* la cosa giudicata materiale, suscettive ossia di attribuire un bene concreto della vita, purché si tratti di decisioni su concreti rapporti giuridici e non di «*allgemeine, abstrakte Entscheidungen*» come nel caso di «controllo delle norme» (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 176 ss.). Ma pure quelle pronuncie (o quelle parti delle pronuncie, come la motivazione — almeno entro certi limiti la cui individuazione è tuttora assai controversa — nonché quelle relative a certe questioni incidentali), che non possono creare la cosa giudicata, acquistano tuttavia l'efficacia vincolante di cui al § 31, comma 1°, della legge (cfr., fra molti altri, LECHNER, *op. cit.*, p. 179 ss.; SCHEUNER U., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik*, nel *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, p. 613 ss., specie a p. 627). Così ad es. sarà vincolante per il legislatore federale (ordinario) l'interpretazione che il Tribunale costituzionale federale abbia dato, in una sua pronuncia, di una norma costituzionale, o per il legislatore statale l'interpretazione di una norma federale ordinaria, e via dicendo. Non mai «vincolato» alle sue proprie pronuncie è al contrario il Tribunale costituzionale federale stesso (e in seguito a una pronuncia difforme, la precedente perderà la sua «efficacia vincolante»: LECHNER, *op. cit.*, p. 180): epperò anche il Tribunale costituzionale dovrà invece rispettare l'efficacia di cosa giudicata (materiale) e l'immutabilità (cosa giudicata formale) delle sue decisioni: dove si vede nuovamente la differenza tra *Rechtskraft* e *bindende Wirkung* (cfr. *infra*, n. 39, p. 120 s., e v. pure la decisione del 23

inoltre « il Tribunale costituzionale federale può stabilire, nella sua decisione, chi la debba eseguire; può anche, nel caso particolare, regolare la forma e il modo dell'esecuzione » (323); altra premessa, comune se non proprio ad ogni tipo di provvedimento della giurisdizione costituzionale, almeno ai provvedimenti della « giurisdizione costituzionale delle libertà » ossia ai provvedimenti emessi in sede di *Verfassungsbeschwerde* (324), è la seguente, che sempre la decisione di accoglimento avrà almeno un (primo) contenuto di *accertamento*, perché dovrà intanto « dichiarare quale norma costituzionale, e attraverso quale attività od omissione, sia stata violata » (325).

34. - Tale contenuto dichiarativo non s'aggiunge però ad altri effetti, costitutivi o dispositivi o di condanna, quando l'atto impugnato abbia natura legislativa — salvo l'effetto vincolante (c.d. « *bindende Wirkung* ») di cui s'è detto al n. precedente, e che attribuisce una natura in questo senso costitutiva al provvedimento. Così infatti dispone il comma 3°, frase 1ª, del § 95: « Se il ricorso costituzionale contro una legge viene accolto, la legge dovrà esser dichiarata nulla » (326). Questa *Nichtigerklärung*

novembre 1951 del Tribunale costituzionale, nella *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 89).

(La nostra legge 11 marzo 1953, n. 87, con disposizione non so se più semplice che semplicistica stabilisce, all'art. 30, comma 1°, che il solo « *dispositivo* » delle sentenze, con le quali la Corte costituzionale abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale di leggi o di atti aventi forza di legge, debba essere pubblicato « nelle medesime forme stabilite per la pubblicazione dell'atto dichiarato costituzionalmente illegittimo »).

(323) § 35 della legge: « *Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln* ». Sulla scarsa applicabilità di questa norma nel processo costituzionale delle libertà v. *infra*, nota 342, p. 108.

(324) In tal senso anche GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 293.

(325) § 95, comma 1°, frase 1ª: « *Wird der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so ist in der Entscheidung festzustellen, welche Vorschrift des Grundgesetzes und durch welche Handlung oder Unterlassung sie verletzt wurde* ». Cfr. ZWEIFERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 327.

(326) « *Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären* ».

rung, accertamento di nullità assoluta anzi d'inesistenza, opera *ex tunc*, ed ha, per la norma generale sopra esposta, efficacia vincolante su tutti gli organi costituzionali, i tribunali ed ogni altra autorità (327). Si tratta, evidentemente — sia qui, come pure nel caso di annullamento di atti amministrativi o giurisdizionali, di cui diremo —, di un'efficacia rivolta verso il passato più che verso il futuro, nel senso che consiste nell'impedimento o nell'invalidazione degli effetti di un atto già compiuto. Si tratta, in altre parole, di un controllo successivo, non preventivo, epperò la giurisprudenza del Tribunale federale costituzione sulla base

(327) Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 276; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 296; quest'ultimo autore sostiene altresì, contro il parere del primo e contro quello del POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 36 s., l'applicabilità del § 31, comma 2°, con la conseguenza che la decisione, la quale accerti la nullità assoluta della legge, avrebbe « forza di legge » (*Gesetzeskraft*) e dovrebbe venir pubblicata, a cura del ministro federale della giustizia, sul « Foglio delle leggi federali » (*Bundesgesetzblatt*). La fondatezza della tesi del GEIGER mi par sostenibile; direi infatti che il § 31, comma 2°, abbia voluto riferirsi in sostanza, nonostante l'incompleto tenore letterale, ad ogni caso in cui in sede di « *Normenkontrolle* » il Tribunale costituzionale dichiari la nullità di una norma « generale ». Il fatto però che le decisioni del Tribunale abbian qui « forza di legge » non vuol dire che esse, anziché di provvedimenti giurisdizionali, abbiano natura di leggi. Non ritengo infatti che l'elemento decisivo per individuare la natura degli atti giuridici sia la loro efficacia, bensì il modo come si formano (« autonomia », « eteronomia » o « sovranità », « sovranità vincolata »): cfr. le fondamentali pagine del CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 52 ss.; v. anche KELSEN, *Teoria gen. del diritto e dello Stato*, cit., p. 209 s., dove però gli stessi termini sono usati in un significato diverso. V. anche *infra*, nota 365, p. 119.

La « *Gesetzeskraft* » di cui al § 31, comma 2°, della legge, è concepita come qualcosa che s'aggiunge alla « *bindende Wirkung* » del primo comma: essa consisterà in ciò, che la pronuncia del Tribunale costituzionale, in quanto operi un « controllo normativo », sarà non solo *vincolante* per tutti gli organi pubblici — nel senso che essi vi saranno soggetti nella loro attività di creazione o di applicazione del diritto —; ma la pronuncia sarà eventualmente, al pari delle leggi « autoesecutive » (*supra*, nota 266 a p. 87), capace di creare immediatamente poteri e doveri in capo a chicchessia. (V. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 181, secondo il quale però « praticamente » la stessa efficacia si raggiungerebbe già mediante la *Bindung* di tutti gli organi pubblici, ex § 31, comma 1°, della legge: ciò che non mi pare esatto).

dell'esaminato § 31, comma 1°, ha ritenuto che il legislatore (o altra autorità) non possa — almeno *rebus sic stantibus* — emettere una nuova legge (o altro atto d'impero) di ugual contenuto (328). E inoltre, per evitare ancor più radicalmente che gli organi (non solo quelli legislativi), di cui un comportamento sia stato dal Tribunale costituzionale dichiarato lesivo di un diritto fondamentale, ripetino in futuro lo stesso comportamento, è anche stato disposto in un'altra norma generale contenuta nel primo comma, frase 2°, del § 95, che spetta al Tribunale stesso la potestà di dichiarare « che anche ogni ripetizione della misura contestata sarebbe lesiva della Costituzione » (329): e in dottrina si

(328) V. la pronuncia del 23 ottobre 1951, nella *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 14. Anche nella nostra dottrina è stato assai autorevolmente affermato che, « dopo l'entrata in vigore della Corte costituzionale, ove il parlamento emanasse una legge che si limiti a riprodurre il contenuto di una anteriore già dichiarata incostituzionale dalla Corte (...), il giudice di merito potrebbe rifiutare ad essa applicazione, anche all'infuori di altra pronuncia di incostituzionalità da compiersi con la procedura degli art. 134 e seguenti della Costituzione, per il contrasto con il precedente giudicato » (MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, nella *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 458).

(329) « *Das Bundesverfassungsgericht kann zugleich aussprechen, dass auch jede Wiederholung der beanstandeten Massnahme das Grundgesetz verletzt* ». A tale dichiarazione, di carattere in certo senso cautelare, esiterei ad attribuire l'efficacia di cui al comma terzo, frase prima del § 95 (quasi una specie di accertamento preventivo di nullità). Così ad es. non riterrei che possano i giudici, di fronte a una legge che costituisca ripetizione di altra dichiarata incostituzionale, disapplicarla *tout court* sul semplice rilievo che già il Tribunale costituzionale federale ne aveva preammonita (ex § 95, comma 1°, frase 1°) la incostituzionalità: essi dovrebbero invece seguire l'iter prescritto dell'art. 100, alinea, della Costituzione (*Richterklage*), previa sospensione del processo pendente dinanzi a loro. Non per questo direi superflua la norma in esame: oltre alla sua indubbia forza giuridica (la *Bindung* di cui al § 35 della legge) e psicologica e politica sull'autorità legislativa, essa potrà ben esercitare altrettanta influenza vuoi sui giudici — che appunto saranno più facilmente indotti a sperimentare la *Richterklage*, anzi ne avranno l'obbligo, dato che anche l'accertamento preventivo, di cui alla norma che qui si eliosa, ha quell'efficacia vincolante, di cui s'è detto al numero precedente —, vuoi sulla p.a. e infine anche sui singoli cittadini nell'esercizio del loro diritto fondamentale di resistenza (*Widerstandsrecht*) contro atti d'impero lesivi delle libertà dell'uomo, diritto di resistenza che è riconosciuto espressamente da talune Costituzioni locali

ritiene che questa specie di *accertamento in futuro* — al quale non può negarsi quell'efficacia vincolante che è propria, come s'è visto, delle pronuncie del Tribunale costituzionale (§ 35, comma 1°, della legge) —, possa riferirsi non solo a « ripetizioni » da parte della stessa autorità, il cui comportamento sia stato impugnato, sí anche a comportamenti futuri analoghi *di altre autorità e diretti contro altri soggetti* (330).

Sempre in tema di effetti del provvedimento del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti degli atti legislativi, un'altra norma, importantissima e nuova rispetto agli analoghi istituti non germanici studiati nei paragrafi precedenti (331), è quella contenuta nella seconda frase del terzo comma del § 95. Per essa è disposto che la pronuncia del Tribunale costituzionale, con la quale sia accolto un ricorso contro atto non legislativo, avrà tuttavia (anche) efficacia dichiarativa della nullità assoluta della legge, quando l'incostituzionalità dell'atto esecutivo o giurisdizionale impugnato derivi dall'applicazione od esecuzione d'una legge incostituzionale (332).

35 - Il § 95, comma 3°, contiene infine, nella frase 3°, un rinvio al § 79 della legge (333), rinvio valido sia se la *Beschwerde* abbia direttamente investito un atto legislativo — che è il caso del § 95, comma 3°, frase 1° —, sia se lo abbia investito soltanto in guisa indiretta, a cagion della norma della seconda frase del § 95, capoverso 2°, testé esaminata. Detto rinvio viene a portare talune

(così quella di Berlino occ. del 1° settembre 1950, all'art. 23 comma 3°; quella della *Frcie Honsstadt Bremen* del 21 ottobre 1947, all'art. 19; quella infine del *Land Hessen* dell'11 dicembre 1946, all'art. 147; v. anche *supra*, n. 21, testo e nota 230 a p. 70).

(330) Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 275.

(331) Non invece rispetto al diritto bavarese. V. *supra*, nota 175, p. 57 s.

(332) § 95, comma 3°, frase 2° (cfr. la prima frase *supra*, alla nota 326, p. 102): « *Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäss Absatz 2 stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht* ». Sull'interpretazione dell'*Absatz 2* qui richiamato v. in prosieguo nel testo (p. 108 ss.).

(333) § 95, capov. 2°, frase 3°: « *Die Vorschrift des § 79 gilt entsprechend* ».

deroghe assai importanti ai principii della cosa giudicata (334), deroghe ispirate d'altra parte a imprescindibili motivi di giustizia, e che ricordano da vicino l'art. 30, comma 4°, della legge italiana 11 marzo 1953, n. 87, contenente le « norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale », dov'è detto appunto che « Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale [*scil.*, con sentenza della Corte costituzionale] è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, *ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali* » (335).

Il § 79 della legge sul Tribunale costituzionale federale, invero, contiene varie disposizioni. La prima stabilisce anzitutto la ammissibilità della *riassunzione del giudizio*, da farsi secondo le norme che nella *Strafprozessordnung* regolano l'istituto della *Wiederaufnahme*, in ogni caso in cui una sentenza penale di condanna, passata in giudicato, poggi su una norma di legge di poi dal *Bundesverfassungsgericht* dichiarata incostituzionale (336). Per ogni altro caso, salvo quanto si dirà in prosieguo a proposito del

(334) Si vedrà come non sia questo l'unico, né forse il più importante profilo sotto il quale il ricorso costituzionale germanico — come del resto anche quello svizzero, quando sia rivolto contro atti giurisdizionali (si ricordi infatti che anche il « ricorso di diritto pubblico » svizzero ha efficacia cassatoria) —, deroga ai principii della cosa giudicata. Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 262.

(335) V. su questa norma e sul suo carattere del tutto eccezionale, ed anche per critiche intorno alla sua incompletezza, CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 90 s. Nulla dispone l'art. 30, comma 4°, né alcun'altra norma, intorno agli effetti civili, tra cui ad es. quelli connessi all'interdizione legale derivante *ipso jure* da certe più gravi condanne penali; né a proposito degli effetti amministrativi — si pensi alle misure di sicurezza, come il confino — eventualmente prese contro il reo. Ben più completa e più efficace è anche qui, bisogna pur dirlo, la regolamentazione tedesca.

(336) § 79, comma 1°: « *Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer gemäss § 78 für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig* ». (Il § 78 si riferisce ad altri casi in cui — all'infuori del processo per *Verfassungsbeschwerde* — il Tribunale costituzionale è investito della funzione di accertare la illegittimità costituzionale di leggi locali o federali per contrasto con la Costituzione federale, oppure anche l'illegittimità di leggi locali per contrasto con leggi ordinarie federali).

§ 95, comma 2°, della legge e salva altresì una eventuale diversa disposizione di legge, stabilisce il § 79, nel capoverso, che i provvedimenti giurisdizionali e amministrativi, i quali non siano più in alcun modo impugnabili e poggino su di una norma di legge successivamente accertata « *für nichtig* » a cagion della sua incostituzionalità, rimangono inalterati; *di essi è però inammissibile la esecuzione* (337). E sempre il capoverso del § 79 prosegue disponendo che, nei casi in cui la esecuzione forzata sia da attuarsi nei modi prescritti dalle norme della *Zivilprozessordnung*, è applicabile il § 767 della ZPO medesima: in altri termini può il debitore proporre la c.d. *Vollstreckungsgegenklage*, di cui al menzionato § 767 (338). Termina il § 79 della legge sul *Bundesverfassungsgericht* stabilendo ancora che sono da escludersi, in ogni caso, pretese fondate sull'indebito arricchimento (339): norma, quest'ultima, che rientra in un più vasto principio, desumibile dal sistema normativo in tema di effetti delle decisioni del Tribunale federale e che già, del resto, s'è visto essere connesso con la natura stessa dei diritti fondamentali (340): il principio secondo il quale non può, per mezzo della *Verfassungsbeschwerde*, essere perseguito lo scopo di ottenere un risarcimento del danno o il riconoscimento di una pretesa per indebito arricchimento o altro

(337) § 79, frasi 1^a e 2^a del comma 2°: « *Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäss § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig* ». (Per « *Entscheidung* » s'intende qui tanto un provvedimento giurisdizionale, che amministrativo; v. *infra*, nota 343, p. 109). Sull'inammissibilità della *Wiederaufnahme* nei casi in cui la sentenza passata in giudicato, e poggiata su una norma di legge dichiarata incostituzionale dal Tribunale costituzionale federale o da un Tribunale regionale costituzionale, sia sentenza civile, v. ROSENBERG L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, München, 1954, p. 729, e ivi citazioni anche di giurisprudenza.

(338) § 79, comma 2° frase 3^a: « *Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozessordnung entsprechend* ».

(339) § 79, frase 4^a del comma 3^a: « *Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen* ».

(340) V. *supra*, al n. 1, p. 9 s. Per l'ordinamento svizzero, *supra*, n. 7, p. 35.

bene *solo indirettamente satisfattorio* (341). Quel che può essere fatto valere — nei modi che si son detti e che si diranno — è soltanto, in quanto sia ancora possibile, l'integrità ed intangibilità di quell'unico bene, che costituisce l'oggetto del *Grundrecht* violato: non può invece farsi valere la pretesa ad un equivalente. È anche per questo che, in tema di ricorso costituzionale, le decisioni del Tribunale di Karlsruhe hanno sempre — s'è visto e si vedrà — natura di provvedimenti dichiarativi e costitutivi, non mai di condanna (342).

36. - Esaurito così l'esame degli effetti delle decisioni del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti degli atti legislativi, resta ora da completare lo studio con riguardo all'efficacia sugli atti

(341) Cfr. GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 296; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 264; in tal senso anche la giurisprudenza del Tribunale costituzionale (cfr., ad es., la decisione del 27 settembre 1951 del 1° Senato, nella *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 3).

(342) La condanna (come pure una qualsiasi costituzione di un obbligo di fare) sembra esclusa perfino quando sarebbe intesa al perseguimento dell'interesse stesso, che sta alla base del diritto fondamentale: come ad es. una condanna al compimento dell'atto obbligatorio, incostituzionalmente omissa da parte dell'autorità. Epperò qui potrebbe forse vedersi, direi, una lacuna della legge tedesca in tema di effetti dell'istituto in esame. Quale sarà infatti la tutela del cittadino lesa da un *comportamento omissivo*? Esclusa la condanna ad un compimento o ad una riparazione; esclusa la applicabilità del § 95, comma 2°, che, come si vedrà, non può riferirsi che agli atti, non mai alle omissioni; resterebbe solo la possibilità di ottenere un mero accertamento (*ex* § 95, comma 1°), di cui non vedo la sicura efficacia. Vero è che pure i provvedimenti *ex* § 95, comma 1° acquisteranno la *bindende Wirkung* di cui al § 31, alinea, e ad essi sarà altresì applicabile il § 35: ma quali vincoli *ad agere* potrà esercitare un mero accertamento? Si avverta infine che anche l'*efficacia vincolante* e l'*obbligo di esecuzione*, di cui al detti §§ 31, comma 1° e 35, non implicano affatto, nelle decisioni del Tribunale costituzionale, il carattere di condanna: quanto anzi a quest'ultimo obbligo (di esecuzione), riterrei che di esso mai possa parlarsi in base alle norme sulla *Verfassungsbeschwerde*, se non a proposito di quei provvedimenti cautelari e sul processo, di cui s'è accennato (*supra*, n. 31, a p. 97 s.), nonchè di qualche altro eventuale provvedimento accessorio (come la condanna al pagamento della penale di cui s'è detto *supra*, alla nota 298, p. 96). V. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 191 s.

giurisdizionali ed esecutivi. Le norme fondamentali in proposito sono contenute nel § 95, comma 2°, della legge. Qui l'efficacia, va detto subito, non è più soltanto *dichiarativa*, bensì *costitutiva*: « Se un ricorso costituzionale contro un atto esecutivo o giurisdizionale viene accolto — dispone infatti la legge —, il Tribunale costituzionale federale dovrà *annullare* l'atto medesimo, e rinviare, nei casi di cui al § 90, comma 2°, frase 1^a, la causa ad un tribunale competente » (343).

È qui che veramente più profonda è la penetrazione dell'istituto; si pensi infatti che se le *Entscheidungen*, di cui la norma tratta, siano provvedimenti giurisdizionali, esse saranno di regola passate in giudicato (344); e che esse potranno esser tuttavia dal Tribunale federale cassate, con effetto (anzitutto) *inter partes*, in sèguito all'esperimento di un ricorso che non dà luogo alla continuazione del precedente processo, perché non ha luogo fra le stesse parti né sottopone al giudice un *petitum* ed una *causa petendi* uguali a quelli del precorso giudizio (345). È questo un caso

(343) § 95, comma 2°: « Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf, in den Fällen des § 90 Abs. 2 Satz 1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück ». Con la parola « Entscheidung » s'intendono sia *Verwaltungsakte* (alias, *Verwaltungsentscheidungen*), sia *gerichtliche Entscheidungen* (LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 275; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 293).

(344) Presupposto per adire il Tribunale costituzionale mediante la *Verfassungsbeschwerde* è infatti, come sappiamo, l'esaurimento del *Rechtsweg*. Che poi la sentenza passi in giudicato nonostante la proponibilità della *Verfassungsbeschwerde* è ammesso pacificamente dalla dottrina e giurisprudenza germaniche (arg. anche *ex* § 79, comma 1°, della legge), e ne discende la considerazione che il ricorso costituzionale non è un *ordentliches Rechtsmittel* (*supra*, nota 208, p. 63 s., con riguardo all'ordinamento bavarese). V. per tutti POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 25; WIECZOREK B., *Zur formellen Rechtskraft der Entscheidungen, insbesondere in ihrer Bedeutung für Rechtskrafttatsache und für Verfassungsbeschwerden*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1952, p. 6 s.

(345) Il processo dinanzi al Tribunale federale costituzionale non può dunque in nessun modo considerarsi un'ulteriore fase o istanza del precorso giudizio, quasi una sorta di superrevisione o supercassazione di esso (GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 280; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 264; cfr. anche POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 24; in giurisprudenza, v. ad es. la pronuncia dell'11 ottobre 1951 del Tribunale federale costituzionale,

in cui l'ordinamento riconosce evidentemente la prevalenza, sulla necessità di certezza soddisfatta dal principio della cosa giudicata,

nella *Amliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., I, p. 9). Sicché, se per *impugnazione* (contro sentenza) vuol intendersi quell'atto, che fa luogo alla « rinnovazione del procedimento » (CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., II, p. 127), la *Beschwerde* costituzionale non potrà in tal senso considerarsi atto d'impugnazione.

Sotto questo profilo non può l'istituto della *Verfassungsbeschwerde* avvicinarsi neppure alla *Wiederaufnahme* tedesca, perché questa dà luogo a una nuova fase — sia pure straordinaria — del vecchio processo (cfr., per tutti, SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, cit., p. 382, sub I, 1); si dovrà invece parlare di esercizio di una vera e propria « azione di impugnativa » (*Anfechtungsklage*, e non *Rechtsmittel*, nel senso indicato da CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, negli *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 167 ss., specie alle pp. 185 ss., 191 ss., 200 ss.), esercizio autonomo, e non « in via di gravame » (CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità*, nella *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 112 s.; in terminologia carneluttiana, si potrebbe parlare d'invalidazione non assorbita dall'impugnazione: *Teoria gen. del diritto*, cit., pp. 348 e 342; *Istituzioni*, cit., I, p. 377 s.).

Improprio sarebbe invece parlare di un'*actio nullitatis* (sul quale concetto v. CALAMANDREI, *Sopravvivenza*, cit., pp. 114 e 116 ss.), perchè nel caso nostro si ha l'annullamento, non l'accertamento della nullità assoluta (*rectius*, inesistenza, *Nichtigkeit*) della sentenza incostituzionale. Si parlerà dunque di annullabilità delle sentenze (e degli atti amministrativi e politici) lesive di diritti fondamentali, e di nullità invece delle leggi (*supra*, n. 34, p. 102 ss.) —: strana divergenza, invero, e mal spiegabile almeno da un punto di vista teorico.

Si noti poi l'ulteriore stranezza, che sia l'« azione d'impugnativa » (contro sentenze) sia l'*actio nullitatis* (contro leggi) siano sottoposte al breve termine di decadenza, di cui s'è detto, quasi fossero veri e propri mezzi di gravame anziché autonome azioni. Di ciò una parziale (perché limitata all'« azione d'impugnativa ») spiegazione può vedersi nel CALAMANDREI, *Vizi della sentenza*, cit., p. 204 ss., dato che evidente è la possibilità di limitare nel tempo un'azione intesa ad annullare una sentenza esistente, anche al fine di non lasciare perpetuamente in sospenso una situazione giuridica; mentre invece assurda e inspiegabile resta la norma in rapporto con le leggi, a proposito delle quali la *Verfassungsbeschwerde* si limita ad accertare *quel che già sono*, sì che qui la negazione dell'azione « avrebbe l'effetto di impedire la chiara certezza sul vero stato in cui si trova il mondo del diritto, ma non avrebbe nessuna ripercussione sul mondo del diritto, che resterebbe sostanzialmente immutato » (CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 205): tanto più inspiegabile poi se si pensa che le leggi potranno invece in ogni tempo esser soggette al controllo di costituzionalità

di un'altra esigenza, quella della libertà dell'uomo; ma se ciò è ben comprensibile in un ordinamento liberale nel quale prevalga la concezione dello Stato (e quindi del diritto) come strumento dell'individuo, quel che mi preme qui di far rilevare è invece il modo assai originale come l'esigenza si attua. Modo che consiste nel sovrapporre agli ordinari processi — civili, penali, amministrativi — un ulteriore autonomo processo costituzionale a parte unica, di tipo inquisitorio perché il giudizio vi è svincolato dagli « *allegata et probata* » (non dai « *petita* ») di parte, e destinato ad esercitare un controllo di legittimità costituzionale di quei processi anzi delle sentenze conclusive di essi, con effetti eventualmente cassatorii (346).

37. - Nel caso che la *Verfassungsbeschwerde* abbia per oggetto un atto amministrativo confermato con sentenza amministrativa, l'efficacia cassatoria opererà anzitutto sul primo (347), mentre la seconda resterà « *gegenstandslos* », svuotata di oggetto. Se invece la violazione del *Grundrecht* (o altro diritto costituzionale parificato) sia derivata direttamente da un provvedimento

dietro esercizio della *Richterklage* (art. 100, comma 1°, della Cost.), intesa anche questa all'accertamento della « *Nichtigkeit* » per illegittimità costituzionale (§§ 80-82 della legge sul *Bundesverfassungsgericht*). Queste difficoltà teorico-sistematiche potrebbero forse evitarsi se, contro il tenore letterale della legge, si parlasse di un annullamento, con effetti *erga omnes* e *retroattivi*, della legge incostituzionale; cfr., su questi concetti, KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 51 ss. e 85; ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, specie a p. 271 ss.

(346) Sulla *Kassationsbefugnis*, potestà di cassazione concessa al Tribunale costituzionale federale (a differenza da quello bavarese: *supra*, n. 20, p. 63 ss.) dal § 95, comma 2°, della legge, cfr. POHLE, *Bemerkungen*, cit., p. 25; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 294; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 274; ERMACORA, *Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde*, cit., p. 212.

Sul carattere (più vicino ai processi penale e amministrativo, che al civile dispositivo) del processo per controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi dinanzi alla Corte costituzionale italiana, cfr. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 80 ss., e ivi commento dell'articolo 15 ss. della legge 11 marzo 1953, n. 87.

(347) POHLE, *Bemerkungen*, cit., pp. 44 s., 48 ss.; LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 275; GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 295.

giurisdizionale (di qualsiasi natura, civile, penale o amministrativo), allora potrà accadere che il Tribunale costituzionale non si limiti a cassare il provvedimento medesimo, ma rinvii, non avendo esso la potestà di decidere anche nel merito, per nuova trattazione della causa (originaria) dinanzi ad altro giudice (348). Ciò avverrà sol quando la *Verfassungsbeschwerde* sia stata proposta dopo l'esaurimento del *Rechtsweg* (349), e in tal caso il rinvio sarà fatto « al giudice competente », che può essere lo stesso di cui sia stato cassato il provvedimento, ma anche un altro (nel caso, ad es., che fosse stata erroneamente da quel giudice affermata la competenza dei giudici ordinari anziché di quelli amministrativi) (350), ed eccezionalmente anche di grado inferiore (così, ad es., nell'ipotesi che il *Rechtsweg* sia giunto fino alla fase di revisione il rinvio sarà disposto tuttavia ad un tribunale avente la potestà di decidere anche sul merito, nel caso che la lesione del diritto fondamentale risalga al giudizio sul merito) (351). Ma nei casi invece in cui, per l'eccezione ammessa dal § 90, comma 2°, frase 2°, della legge (352), il *Rechtsweg* non sia stato esaurito, il processo tornerà a pendere « automaticamente », per il sol fatto dell'avvenuta cassazione, dinanzi al Tribunale il cui provvedimento sia stato cassato, senza bisogno di espresso rinvio (353).

38. - È appena il caso di osservare come anche quest'ultimo aspetto strutturale della « giustizia costituzionale delle libertà »,

(348) Cfr. GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 295, che muove giustamente l'appunto di imprecisione tecnica al tenore letterale dell'ultimo *Halbsatz* del § 95, comma 2°, della legge, il quale non fa intendere che il rinvio è necessario solo nel caso che l'atto impugnato e cassato sia una decisione giurisdizionale.

(349) *Supra*, n. 26, a p. 88 s.

(350) Taluni autori (GEIGER, *Kommentar*, cit., p. 295 s.; ZWEIFERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 327; v. anche LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 275) sostengono che il § 95, capov. 1°, allude solo alla competenza per materia, non per territorio; e che il Tribunale federale costituzionale è quindi libero nella scelta di uno qualsiasi fra i giudici competenti per materia.

(351) ZWEIFERT, *op. loc. ult. cit.*; LECHNER, *op. loc. ult. cit.*, p. 276.

(352) *V. supra*, n. 26 a p. 89.

(353) ZWEIFERT, *op. loc. ult. cit.*; LECHNER, *op. loc. ult. cit.*

sia male inquadrabile entro i classici schemi delle dottrine processuali: il procedimento costituzionale infatti, che pure è tale da dimostrarsi, come s'è visto, sia per il suo aspetto oggettivo (*petitum, causa petendi*) sia per quello soggettivo (*personae*) del tutto autonomo di fronte al precedente processo civile o penale o amministrativo, è tuttavia non solo suscettivo di portare alla cassazione, con efficacia (anzitutto) fra le parti del processo originario (354), del provvedimento, ancorché passato in giudicato, conclusivo di questo processo, ma di questo comporterà altresì la riapertura, automatica o per espresso rinvio (355).

E tuttavia questa non è, come abbiamo visto nell'esame finora compiuto, altro che una delle molte peculiarità del processo costituzionale — si ricordino soprattutto la struttura « a parte unica » (356), la gratuità dello stesso processo (357), la prevalenza in esso del principio della ricerca ufficiale della verità, oltre alle varie e fondamentali particolarità in tema di poteri discrezionali, d'urgenza e cautelari del giudice (357-bis) e in tema di effetti, spesso generali, dell'accoglimento del ricorso —, peculiarità le quali tutte discendono poi dalla natura del rapporto dedotto in giudizio, e contribuiscono a conferire natura ossia struttura e funzione tipiche ed unitarie a quella che ho chiamato la giurisdizione delle libertà.

(354) Ciò distingue la *Verfassungsbeschwerde* anche dal processo instaurato mediante il « ricorso nell'interesse della legge » di cui all'art. 363 del nostro cod. proc. civ., nel quale unica parte è il procuratore generale presso la Corte di cassazione, e dove però la sentenza di accoglimento (cassazione) non avrà efficacia nei confronti delle parti originarie. V. per tutti REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, p. 446.

(355) Sembra certo che sotto questo riguardo il ricorso costituzionale debba avvicinarsi a un vero e proprio mezzo d'impugnazione (limitato alla fase rescindente), e non a un'autonoma « azione di impugnativa »; v. *supra*, nota 345, a p. 109 s.

(356) *Supra*, n. 27 a p. 90 ss.; v. anche ai nn. 5 e 18, pp. 32, 59.

Questa unicità di parte non trova più riscontro nemmeno nel processo penale moderno che, da quando non è più inquisitorio ma accusatorio, è processo a due parti: cfr., ad es., CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 85.

(357) *V. supra*, nota 298 a p. 96, nonché ai nn. 13 e 18, pp. 50, 61. Anche per i procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale italiana dispone l'art. 21 della legge 11 marzo 1953, n. 87, che « gli atti (...) sono esenti da tasse di ogni specie ».

(357 bis) *V. supra*, n. 26 a p. 89 e n. 31 a p. 97 e s.

Quanto infatti alla gratuità ed al principio inquisitorio, è evidente come queste caratteristiche siano le conseguenze della natura ultra-individuale e « fondamentale » del bene, che sta alla base del diritto di libertà (*supra*, n. 1) e la cui tutela, che è d'interesse generale benchè sia inizialmente rimessa al potere (*Beschwerderecht*) dell'individuo, non può essere ostacolata da mere ragioni economiche o formali; e lo stesso dicasi poi quanto alla tempestività e quanto all'efficacia dei provvedimenti del giudice costituzionale, la quale efficacia dovrà spesso non solo necessariamente trascendere gli individui che, con la loro domanda (*Beschwerde*), abbiano realizzato quella che può forse considerarsi una semplice condizione di procedibilità, vicina alla querela nel processo penale (358); ma dovrà altresì essere svincolata da certe regole che, come quelle sulla cosa giudicata, son poste a salvaguardia di esigenze (la certezza dei rapporti giuridici, l'esigenza di evitare che i processi siano *paene immortales* ecc.) sulle quali devono prevalere altre considerate « fondamentali ».

Si provi del resto a concepire, come credo necessario, il diritto soggettivo fondamentale quale una signoria del volere attribuita all'individuo, ed una soggezione ad essa non già dello Stato inteso come persona giuridica (359), ma dei singoli soggetti (or-

(358) Sulla querela come atto dal quale dipende che il processo penale possa essere iniziato, cfr. CARNELUTTI, *Struttura della querela*, nella *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 1.

(359) Sull'inammissibilità di poteri e di doveri dello Stato inteso come persona ipostatizzata, anzi sull'erroneità di una concezione siffatta dello Stato e in genere delle c.d. persone giuridiche, e sull'inammissibilità quindi di una responsabilità dello Stato per inadempimento di obblighi, cfr. per tutti Kelsen, *Teoria gen. del dir. e dello Stato*, cit., pp. 94-110, e 185 ss., specie alle pp. 195 ss., e 201 ss., nonché FLEINER e GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, cit., p. 883. Giustamente insegna il Kelsen che, come gli atti non possono essere che atti di singoli uomini, così i poteri e i doveri, che appunto agli atti si riferiscono, non possono ripartirsi che all'uomo; e che il problema dello Stato altro non è che un problema d'« imputazione » allo Stato di certi comportamenti i quali, essendo tenuti in date condizioni da individui designati dall'ordinamento come « organi » dello Stato, sono dalla norma considerati quali comportamenti dello Stato: ciò che non avviene se non quando l'organo agisca *secondo la norma*, « dato che un individuo è un organo (in particolare, un funzionario) dello Stato solo in quanto il suo comportamento si conformi alle norme

gani (359-bis)) che per lo Stato agiscono; signoria del volere e soggezione che hanno per oggetto un bene — la libertà individuale anzi vari momenti o aspetti « fondamentali » di questa — che non solo è proprio dell'individuo, ma la cui affermazione e protezione lo Stato ossia l'ordinamento statale, in un dato momento storico, ha ritenute d'importanza essenziale per la propria esistenza. Data questa natura dell'oggetto, sembra a me sicuro che il diritto fondamentale, anche per chi creda di poter concepire lo Stato come « persona », non possa ritenersi diretto *contro lo Stato*, per ciò appunto che nel rapporto giuridico, di cui quel diritto è l'aspetto positivo, non è affermata la prevalenza di un interesse privato o individuale sull'interesse pubblico o statale, bensì la prevalenza di un interesse che è in una (immediatamente) proprio del privato e (mediatamente ma non perciò meno inderogabilmente) dello Stato, *publice interest*. Il diritto fondamentale, se venga violato, importerà quindi la responsabilità non dello Stato ma di chi dello Stato abbia usurpato il nome, del-

giuridiche che ne determinano la funzione (...). La imputazione allo Stato non si riferisce alle azioni ed alle omissioni che rivestono il carattere di illeciti » (*ivi*, p. 204).

Il CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 118 s., pone invece due concetti di Stato (Stato-ordinamento e Stato-persona) — ricollegandosi così alla teoria che è oggi dominante nella scienza giuspubblicistica italiana, ed è stata sostenuta in Germania ad es. dallo HERRNRIE, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921, p. 72, che distingue tra *Staatsgewalt* e *Rechtsordnung* —, e risolve in tal modo le difficoltà della c.d. « teoria dell'autolimitazione » (sulla quale v. per tutti PIERANDREI, *I diritti subbietivi pubblici*, cit., pp. 77 ss., 82 ss.). Epperò, per essere conseguente, la dottrina carneltutiana deve configurare non uno ma molteplici concetti di Stato-persona (di una contrapposizione fra Stato legislatore e Stato amministratore parla, *ibid.*, lo stesso Carnelutti): ma volendo continuare a distinguere, entro la pretesa unità-Stato, una molteplicità di persone (distinte sia perché appaia concepibile la sussistenza tra di esse di rapporti giuridici, sia perché a ciascuna di esse possa far capo una serie di distinti rapporti con terzi), ha l'impressione che in ultima analisi si tornerà alla persona degli individui che di volta in volta agiscono per lo Stato (ossia, appunto, alla teoria accolta nel testo). Su questo piano parrebbe del resto la stessa concezione carneltutiana del diritto di azione, inteso come diritto non verso lo Stato ma verso il giudice (*Istituzioni*, cit., I, n. 206).

(359-bis) Il termine è usato nell'accezione kelseniana (*Teoria gen. del dir. e dello Stato*, cit. p. 195 ss.). Ved. alla nota precedente.

l'organo cioè che abbia operato contro lo Stato perché in senso contrario agli imperativi supremi, essenziali dello Stato medesimo: il quale non « imputa » a sé un siffatto atto lesivo (e quindi, accanto a un *obbligo* pone anche un *onere* dell'organo, ossia configura il rapporto giuridico fondamentale contemporaneamente quale rapporto-obbligo e quale rapporto-onere, facendo consistere quest'ultimo nella *necessitas* dell'organo di adeguarsi al comando per evitare di dar luogo, oltreché alla sua propria responsabilità, alla *non imputabilità* allo Stato e quindi alla irregolarità — con effetti varianti dalla nullità all'annullabilità, disapplicabilità ecc. — dell'atto).

E allora, di fronte a un atto lesivo delle libertà costituzionali, potrebbero in linea teorica concepirsi due tipi del tutto diversi di giurisdizione: una giurisdizione contenziosa, con processo a struttura bilaterale, nel quale il privato agisse per far applicare certe sanzioni contro quella che potrebbe chiamarsi (e così è chiamata ad es. nel processo costituzionale messicano) l'*autorità responsabile*, la quale fosse convenuta in giudizio da chi volesse farla dichiarare responsabile per un atto costituzionalmente illecito e farla conseguentemente condannare ecc.; oppure un tipo di giurisdizione volontaria, mancante della funzione di comporre un conflitto d'interessi in atto fra due o più parti e inteso invece allo scopo di conoscere l'irregolarità dell'atto e di prevenire quindi, in vario modo, quei conflitti politici e sociali (si ricordi il diritto di ribellione) (360), la cui incombente minaccia si ravviserebbe appunto nel fatto che organi pubblici abbiano usato incostituzionalmente dei propri poteri.

Non può, a mio avviso, non vedersi che il primo tipo di giurisdizione (contenziosa) sarebbe da sé solo inadeguato (361): è di nuovo il carattere « fondamentale » e dunque infungibile e insostituibile del bene che per mezzo del diritto dedotto in giudizio è garantito all'individuo, che fa concludere in tal senso. Quel bene, una volta pregiudicato, ben difficilmente potrà essere riaffermato ed efficacemente tutelato mediante una pronuncia di accertamento o di condanna o altri provvedimenti sanzionatori contro

(360) V. *supra*, nota 329 a p. 104, e *infra*, nota 407 a p. 142.

(361) Così il Kelsen, come s'è detto *supra*, alla nota 321, p. 100.

la sola autorità, che l'abbia pregiudicato. È chiaro infatti che nel processo delle libertà si dovranno dibattere questioni e tutelare interessi che trascendono quella autorità. Può anche darsi che contro di essa possa, in altra sede — penale, civile, amministrativa —, promuoversi dall'individuo leso o da altri l'applicazione di sanzioni: e potrà aversi allora anche un processo propriamente contenzioso; ma non sarà certo in tal modo o solo in tal modo che l'individuo efficacemente perseguirà una *diretta* soddisfazione del suo « interesse fondamentale ».

Col secondo tipo di giurisdizione, invece, questo scopo si potrà più adeguatamente perseguire. Qui l'azione sarà esercitata (la domanda proposta) non contro qualcuno — e non si avrà dunque struttura bilaterale del procedimento —, ma sarà il mezzo per chiedere a un giudice particolare, avente una posizione e poteri quanto mai singolari, di porre in atto quelle modificazioni del mondo giuridico, che siano, per la loro tempestività e la loro penetrazione o efficacia, idonee a soddisfare nel miglior modo un'esigenza che, se è propria del ricorrente, è però anche pubblica, — e da qui quel potere, il cui esercizio d'altronde non è, come s'è visto, obbligatorio, d'intervento nel processo di organi dello Stato, i quali non necessariamente saranno gli stessi che abbiano emesso l'atto impugnato, né autorità a questi gerarchicamente superiori e nemmeno (come nel caso di ricorso contro atti giurisdizionali) appartenenti allo stesso « potere »; organi i quali (al pari di certi « terzi non interessati », dei quali s'è detto) interverranno non per proporre domande ma unicamente per esporre e provare fatti e ragioni: in una parola, per farsi « sentire »: e con ciò potranno difendere se crederanno la legittimità costituzionale dell'atto impugnato, ma potranno anche assumere una posizione favorevole al ricorso medesimo, perché il bene da salvaguardare sarà uguale per essi e per l'individuo privato, non c'è « lite » fra essi e il privato (362).

(362) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, nn. 4 ss., 18 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civ.*, cit., I, nn. 2 e 7; sul « principio di unilateralità » nel processo volontario — contrapposto a quello del « contraddittorio » nel processo contenzioso —, cfr. ancora CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., III, n. 908, p. 177 s.; REDENTI, *Diritto processuale civ.*, cit., I, n. 22, e III, n. 248; LIEB-

A questo processo l'autorità *responsabile* non sarà mai, come tale, presente, e non si avrà dunque, come s'è visto negli istituti fin qui studiati, un provvedimento di condanna, con accertamento di una responsabilità — provvedimento che tra l'altro non solo potrebbe, in molti casi, essere politicamente pericoloso, ma parrebbe anche mal conciliabile con la istituzionale irresponsabilità di taluni organi, come il Capo dello Stato e, entro certi limiti, i membri delle Camere ecc. (363) —; si avrà invece uno di quei casi, indicati anche dai Kelsen, di *trasferimento* del dovere, rimasto inadempito, di un organo, nel dovere di altri organi non responsabili (364), trasferimento che nel caso nostro sarà realizzato in parte fin dall'atto-domanda dell'individuo, e per il resto dai

MAN, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952, p. 17; SATTA, *Diritto processuale civile*⁴, Padova, 1954, p. 591.

Nemmeno il processo che si svolgerà dinanzi alla nostra Corte costituzionale per il controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, sarà processo di parti, perché anche in esso gli organi pubblici specificati dalla legge « possono », non debbono intervenire al fine di « presentare le loro deduzioni ». Cfr. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 84 e s.

(363) Cfr. JELLINEK G., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, trad. ital. di PETROZZIELLO M., con *Introduzione* di ORLANDO V. E., Milano, 1949, p. 306 s.

(364) KELSEN, nella *Teoria gen. del diritto e dello Stato*, cit., p. 204, scrive appunto che « Sebbene nessun illecito nel senso del diritto statale [diversamente, nel senso del diritto internazionale] possa essere imputato allo Stato, questo può essere tuttavia obbligato a riparare l'offesa consistente nel suo mancato adempimento di un obbligo. Ciò significa che un organo dello Stato è obbligato ad annullare l'atto illecito commesso da un individuo il quale, come organo dello Stato, era obbligato ad adempiere l'obbligo dello Stato, ma non l'ha fatto, a punire tale individuo ed a risarcire con il patrimonio statale il danno illecitamente causato. Una violazione di questo obbligo comporta anche qui una sanzione diretta contro l'individuo il quale, come organo dello Stato, deve adempiere tale obbligo statale; la sanzione non è diretta però contro lo Stato. Non si può concepire l'idea che lo Stato esegua una sanzione contro se stesso ». È ancora, a p. 205, spiega il Kelsen che quando un organo dello Stato abbia violato un diritto del privato, « il processo [instaurato dal privato stesso] non deve necessariamente portare ad una sanzione nei confronti dell'organo dello Stato che era direttamente responsabile per l'adempimento dell'obbligo. Se il diritto è violato da un atto illecito dell'organo, scopo del processo può essere l'annullamento dell'atto in questione (...) ».

provvedimenti provvisori e definitivi emessi dal giudice costituzionale. Questi provvedimenti potranno classificarsi fra quelli costitutivi necessari, perché la legge vuole che solo il giudice costituzionale, per le garanzie che esso offre, abbia la potestà di accertare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti occorrenti perché possa provvedersi a quelle modificazioni giuridiche, che essa legge consente nei confronti degli atti e delle situazioni contrarie ai principi di libertà. Sicché potrà dirsi appunto che detti provvedimenti non consistono nell'applicazione di sanzioni, bensì — per parafrasare (senz'acceptarla) una vecchia definizione — in una sorta di amministrazione pubblica delle libertà individuali (365).

È questa del resto una vecchia intuizione, che si può vedere affermata, in termini sufficientemente chiari anche se non del tutto esatti, in una importante pronuncia dell'assemblea plenaria del Tribunale di Karlsruhe (8 dicembre 1952, nella « Raccolta ufficiale », II, p. 79), pronuncia nella quale sono state premesse talune posizioni di principio per desumerne conseguenze sulla regolamentazione formale del processo: « Anche quando il Tribunale costituzionale federale giudica sulla violazione di diritti o sull'affermazione di obblighi — hanno detto i giudici di Karlsruhe —, esso è meno al servizio di chi persegua in giudizio il soddisfacimento del proprio diritto, che della obbiettiva esigenza di tutela della norma costituzionale (...). Il Tribunale deve dunque chiarire la significazione dei principi costituzionali, non già comporre la lite (den Streit beenden) delle parti per mezzo di una pronuncia suscettiva di far luogo all'esecuzione forzata ».

(365) Che si tratti di provvedimenti giurisdizionali, non amministrativi, desumo da quanto già annotato *supra*, alla nota 327, p. 103 (dove si è esclusa anche la natura di provvedimenti sostanzialmente legislativi): dal fatto cioè che essi non sono emessi in regime di « autonomia » (*inter partes*) — così come non lo sono nemmeno in regime di « sovranità assoluta » o « eteronomia » (*super partes*) —, sibiene in regime di « sovranità vincolata ». Si tratta infatti pur sempre di comandi (individuali o generali), che benché siano pronunciati *super partes* da un terzo (giudice), lo sono però sole in quanto la parte li abbia chiesti proponendo le sue ragioni. Cfr. CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*, cit., p. 52 ss., specie a p. 58 ss.; sulla regola « wo kein Kläger ist, da ist kein Richter », cfr. anche CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 717.

39. - Un'ultima norma, peraltro alquanto imperfetta, riguarda infine l'efficacia preclusiva della decisione (di accoglimento o di rigetto) del ricorso costituzionale, prescrivendo una limitata applicazione della regola di *ne bis in idem*: è quella contenuta nel § 41, richiamato dal § 96 della legge sul *Bundesverfassungsgericht*, secondo la quale, una volta che il Tribunale costituzionale federale abbia deciso *nel merito* un ricorso, « una nuova domanda rivolta contro lo stesso avversario potrà esser ripetuta solo nel caso che sia poggiata su nuove circostanze di fatto » (366). Criticabile è questo rinvio al § 41 quanto meno da un punto di vista formale, dato che in detto paragrafo, formulato con riguardo ad un tipo assolutamente diverso di processo costituzionale, si parla di un « *Antragsgegner* » che invece non esiste nel processo costituzionale delle libertà, nel quale c'è solo (necessariamente) un ricorrente ed eventualmente uno o più « terzi » (« interessati » o « non interessati al processo ») (*supra*, n. 27). La difficoltà è tuttavia superata dalla dottrina, la quale intende con relazione all'oggetto (« contro lo stesso atto d'impero ») ciò che male è espresso con relazione ad un insussistente soggetto processuale (« contro lo stesso avversario ») (367).

Il § 96 della legge costituisce d'altra parte un'ulteriore e quanto mai radicale conferma del principio inquisitorio e di quegli altri principî testé considerati, che reggono il nostro processo: per « neue Tatsachen » sembrano infatti da intendersi, benché la dottrina e la giurisprudenza non siano ancora precise sul punto, non già le sole circostanze di fatto sopravvenute, sibbene anche quelle già sussistenti prima o nel corso del precedente processo costituzionale, le quali per qualsiasi ragione non siano state in quel processo allegate dal ricorrente, né conosciute d'ufficio — come sarebbe stato suo dovere — dal Tribunale (368). È chiaro come anche

(366) § 96: « *Die Vorschrift des § 41 gilt entsprechend* »; § 41: « *Hat das Bundesverfassungsgericht über einen Antrag sachlich entschieden, so kann er gegen denselben Antragsgegner nur wiederholt werden, wenn er auf neue Tatsachen gestützt wird* ». Cfr. LECHNER, *Bundesverfassungsgesetz*, cit., pp. 199 s. e 276. Per l'analoga norma del diritto bavarese, v. *supra*, n. 19 a p. 62. V. anche la nota 322, p. 101 s.

(367) In tal senso v., per tutti, LECHNER, *op. ult. cit.*, p. 276.

(368) Il LECHNER, *op. loc. ult. cit.*, pur senza prendere posizione sul

qui prevalga, su ogni altra esigenza formale e sostanziale, la considerazione del carattere « fondamentale » del bene che si tutela attraverso la giustizia costituzionale delle libertà.

problema, ammette che, se si accogliesse la tesi più restrittiva, non si vedrebbe quando mai il § 96 della legge sarebbe applicabile.