

LE SENTENZE DEI GIUDICI COSTITUZIONALI TRA DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E DIRITTO LEGISLATIVO

Alessandro PIZZORUSSO*

SOMMARIO: I. *L'assetto delle fonti del diritto e dell'ordinamento giurisdizionale come criterio di differenziazione dei sistemi di civil law da quelli di common law.* II. *La distinzione fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.* III. *I criteri distintivi della sentenza dall'atto normativo.* IV. *Tecniche impiegate per realizzare gli effetti normativi delle sentenze che determinano effetti di questo tipo.* V. *Sentenze normative e soft law.*

I. L'ASSETTO DELLE FONTI DEL DIRITTO E DELL'ORDINAMENTO GIURISDIZIONALE COME CRITERIO DI DIFFERENZIAZIONE DEI SISTEMI DI CIVIL LAW DA QUELLI DI COMMON LAW

Costituisce ormai quasi un luogo comune l'affermazione secondo la quale lo sviluppo che la giustizia costituzionale ha avuto nel corso del XX secolo, soprattutto in Europa, ha contribuito in modo considerevole al riavvicinamento dei due grandi sistemi giuridici, quello della *common law* e quello della *civil law*, la cui contrapposizione aveva costituito l'alternativa più netta cui dovesse aversi riguardo per la classificazione dei sistemi in opera negli stati, ossia nelle principali strutture organizzative che, a partire dall'epoca dei trattati di Westfalia, sono state impiegate dagli abitanti del pianeta terra per realizzare il "diritto" nelle varie forme in

* Professore di diritto costituzionale nell'Università di Pisa; socio nazionale dell'Accademia dei Lincei, Roma.

cui esso è attualmente configurato.¹ Per cogliere le ragioni che hanno determinato questa divaricazione ed il successivo riavvicinamento conviene soffermarsi su talune caratteristiche che le sentenze costituzionali presentano, l'analisi comparatistica delle quali getta qualche luce sulla vicenda, complessivamente considerata.

Lo sforzo che fu compiuto dai fondatori della moderna scienza del diritto comparato per raggruppare gli ordinamenti giuridici statali in "famiglie" o "sistemi",² onde orientare coloro che avevano bisogno di disporre di una qualche conoscenza degli ordinamenti giuridici stranieri (resa sempre più difficile dall'aumento del numero degli stati almeno teoricamente sovrani e come tali dotati di un proprio ordinamento giuridico, diverso —in qualche misura almeno— da tutti gli altri), trovò il suo percorso principale nel raffronto fra i sistemi delle fonti del diritto e fra i modelli di ordinamenti giurisdizionali che trovavano applicazione nei diversi paesi, cercando così di ricondurli ad un numero di tipi assai più ristretto di quello derivante dai meri cataloghi desumibili dai manuali di geografia politica.

La comparazione delle norme sulle fonti consentiva infatti di acquisire degli strumenti che facilitavano considerevolmente l'opera del giurista perché consentivano di pervenire abbastanza facilmente, anche in una situazione nella quale il pianeta era diviso fra un numero relativamente elevato di stati sovrani,³ se non alla conoscenza della disciplina che un certo ordinamento statale dettava per una certa materia o per una certa

¹ Sui problemi dello studio dei sistemi delle fonti nell'epoca contemporanea gli scritti compresi in A.Pizzorusso (a cura di), *Law in the Making*, Springer, Heidelberg, 1988, nonché, più di recente, per il punto di vista dell'autore del presente saggio su questo tema, *id.*, "Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto", *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1687 ss.; *id.*, "Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto", *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. 3, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 91 ss., *id.*, *La question des sources du droit au début du XXIème siècle*, *Corso di pubblicazione nelle Mélanges en l'honneur du professeur Franco Delpérée*, in italiano, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (29 gennaio 2007).

² Secondo la classificazione stabilita soprattutto da René David nella sua celebre opera *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11 edizione, aggiornata da Camille Jauffret-Spinozi, Paris, Dalloz, 2002.

³ Data la scarsa incidenza, specialmente fino a qualche tempo fa, che nei confronti dei diritti degli individui esercitavano i vincoli derivanti dal diritto internazionale o da altre forme di diritto dotate, in un modo o in un altro, di carattere sovranazionale.

fattispecie, quanto meno all'individuazione dei percorsi da seguire per pervenire all'individuazione di tale disciplina.⁴

Per quanto i fatti o atti normativi che, nel corso della storia dell'umanità, sono stati impiegati come fonti del diritto siano assai numerosi, e varie siano le combinazioni in cui essi si trovano concretamente impiegati, è indubbio che —soprattutto nell'epoca moderna— i tipi fondamentali di essi sono riducibili a pochi tipi. Uno di essi è quella che si ha quando i principi o le regole cui viene riconosciuto valore normativo siano desumibili dalla ripetizione di un certo comportamento compiuta, in presenza di certe circostanze di fatto, con la consapevolezza di tenere una condotta giuridicamente doverosa per essere conforme a quella tenuta precedentemente dagli altri soggetti che si sono trovati in presenza di una situazione analoga, cioè quando ci troviamo di fronte a delle “consuetudini” in senso tecnico. Altra ipotesi di questo genere è quella che si ha quando si ritiene corrispondente ad un obbligo giuridico (e non a mere regole sociali o morali) l'osservanza di principi e regole che appaiono le più razionali, anche alla luce di precedenti valutazioni, nei limiti in cui la ragione umana è capace di pervenire a soluzioni convincenti, e questo è il caso del “diritto giurisprudenziale” (che si presenta peraltro in forme assai diverse tra loro). Una terza ipotesi è quella che si ha quanto la regola da osservare costituisce il frutto di un accordo delle parti interessate (o dei loro rappresentanti, tali riconosciuti dal diritto vigente), essendo evidente che *pacta sunt servanda*, anche se non sono frequenti i casi in cui questo genere di accordi determinano direttamente la produzione di regole efficaci *erga omnes*.⁵ Una quarta ed una quinta ipotesi sono quelle che derivano dalle manifestazioni di volontà dell'autorità divina (ove ad esse, in un modo o in altro, sia riconosciuta vera e propria forza normativa da parte dei seguaci di una religione o per effetto della recezione del diritto della religione praticata nel paese da parte di una fonte statale) o dalle manifestazioni di volontà delle autorità politiche dotate di una tale forza o, come altrimenti si dice, di efficacia *erga omnes* (quanto meno nell'ambito territoriale o personale su cui si esplica l'autorità dello Stato che esse impersonano) e quest'ultimo è il caso dei vari tipi di “legge”, ossia di

⁴ Cfr. Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, 2 edizione, Milano, Giuffrè, 1998, pp. XX-XXI.

⁵ Più spesso, infatti, gli accordi di questo tipo operano nei confronti di una determinata collettività di soggetti in virtù della recezione di essi ad opera di atti normativi di diversa struttura operanti come fonti nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico.

atto normativo scritto, prodotto attraverso un procedimento regolato dal diritto.⁶

Pare indubbio che, nell'epoca moderna, i due tipi di fonti del diritto che hanno maggiormente caratterizzato i sistemi giuridici vigenti negli Stati, soprattutto in Occidente, sono stati il diritto legislativo (categoria alla quale possono ricondursi, sia la legge nel suo senso più specifico di atto normativo emanato da un'assemblea rappresentativa, sia la Costituzione, il regolamento dell'esecutivo, il referendum a carattere normativo, ecc.) e il diritto giurisprudenziale (categoria nella quale i teorici comprendono tanto la "giurisprudenza" giudiziaria, quanto la "dottrina", anche se nella pratica l'efficacia riconosciuta all'una e all'altra è talora differenziata);⁷ è infatti dal tipo di ruolo assegnato o negato a queste due fonti nell'ordinamento inglese (e in quelli dei paesi che hanno subito l'influenza culturale dell'Inghilterra) oppure nell'ordinamento francese (e in quelli dei paesi che hanno subito l'influenza culturale della Francia) che deriva la contrapposizione dei due principali sistemi giuridici dell'epoca moderna, quello detto della *common law* e quello detto della *civil law*. La principale distinzione fra i sistemi delle fonti adottati negli uni e, rispettivamente, negli altri consiste infatti principalmente nell'attribuzione del valore di fonte al precedente giudiziario, che è propria dei primi, e nel diniego di tale valore ad esso, che è proprio degli altri e delle conseguenze che ne derivano in materia di organizzazione del potere giudiziario.⁸

⁶ Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

⁷ Sull'uso delle opere della "dottrina" da parte dei giudici inglesi *cf.*, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, Braun, A., *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006. Si noti che, in italiano (a in altre lingue europee diverse dallo spagnolo), l'espressione "dottrina" indica la letteratura giuridica prodotta dai professori o altri giuristi (non necessariamente con riferimento alla sola attività forense) e, solo per traslato, le interpretazioni del diritto vigente da essa proposte, normalmente distinguendole tuttavia dalle interpretazioni adottate dai giudici nelle loro decisioni (con riferimento alle quali l'espressione "giurisprudenza" è spesso usata in un significato restrittivo). Quest'ultimo termine è invece spesso usato come comprensivo, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza giudiziaria, nei lavori di carattere storico o teorico (*cf.*, ad esempio, Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967).

⁸ E' ovvio infatti che il riconoscimento del precedente giudiziario come fonte del diritto comporta l'attribuzione di un elevato regime di indipendenza agli organi del potere giudiziario, laddove la soluzione opposta determina talora un regime di indipendenza assai più limitato.

II. LA DISTINZIONE FRA DIRITTO LEGISLATIVO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

Questa divaricazione si realizzò soprattutto in seguito alle vicende verificatesi in Francia nella seconda metà del XVIII secolo quando gli organi giudiziari dell'*ancien régime* —i *parlements*— si scontrarono con le autorità politiche, determinando una reazione che si concluse con la loro soppressione e, dopo il ripristino di un'organizzazione giudiziaria, peraltro ispirata a principi assai differenti, con l'affermazione di una tradizione costituzionale assai riduttiva della previsione di un "potere giudiziario" indipendente dagli altri due quale impostata da Montesquieu.⁹

Con specifico riguardo al sistema delle fonti del diritto, questa evoluzione trovò un preciso fondamento giuridico nell'articolo 5 del *Code Napoléon*, per il quale "*il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*". Questa espressione si presentava a quel tempo soprattutto come polemica nei confronti della prassi degli *arrêts de règlement*, che era stata adottata dai *parlements* al tempo dell'*ancien régime*, ed è stata comunemente letta nel senso che il principio di diritto posto a base di una decisione giudiziaria, una volta che questa sia divenuta non più impugnabile, si immedesima esclusivamente nel *decisum* e come tale ha soltanto l'efficacia propria del "giudicato", con i relativi limiti oggettivi e soggettivi.

Pertanto, anche nei casi in cui il principio di diritto posto a base della decisione giudiziaria consiste dell'individuazione di una norma che non è scritta nella legge (o in altre fonti legislative), ma risulta dall'interpretazione che il giudice dà (anche avvalendosi delle proposte degli avvocati) di una o più disposizioni legislative, o ricava da principi desumibili da ragionamenti fondati su basi discutibili, la forza normativa propria di esso si ridurrà all'efficacia *inter partes* che spetta al giudicato, ma non assumerà l'efficacia *erga omnes* che sarebbe sua propria ove esso fosse enunciato direttamente dalla legge.

Questa vicenda, che ha influenzato il diritto degli altri paesi dell'Europa continentale e dei paesi extraeuropei che hanno a loro volta subito l'influenza di questi ultimi, non ha riguardato l'Inghilterra e gli altri pae-

⁹ Nelle costituzioni francesi di questo periodo non si parla quasi mai di "potere giudiziario", ma di "autorità giudiziaria", configurata come un ramo dell'organizzazione dei pubblici poteri quasi simile a quelli che costituiscono la Pubblica amministrazione.

si che attualmente appartengono all'area della *common law*, nei quali le norme che assumono i caratteri propri di un "precedente" giudiziario vincolano —in modo più o meno rigido e talora soltanto ove provengano dalle pronunce di determinate corti— i giudici che successivamente si trovino a decidere questioni riguardanti fattispecie simili a quelle con riferimento alle quali il precedente è stato stabilito, anche se proposte nei confronti di soggetti o con riferimento ad oggetti diversi da quelli coperti dal giudicato derivante dalla decisione che ha stabilito il precedente (e quindi, sostanzialmente, con effetti *erga omnes* anziché *inter partes*, come altrimenti varrebbe, sia per i contratti —anche se a contenuto "normativo"—, sia —salvo casi relativamente eccezionali— per le sentenze e per gli atti amministrativi).

Nel corso dei secoli che avevano preceduto la vicenda sviluppata in Francia e diffusasi in molti altri paesi a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, quella fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale si era spesso presentata come la più importante alternativa fra le possibili forme di produzione del diritto (affiancandosi talora a queste due quella risultante dalla consuetudine), senza che quasi mai si stabilisse fra esse una vera e propria gerarchia, per effetto della quale l'una di esse potesse dirsi sicuramente operativa soltanto nei limiti in cui era ammessa o richiamata dall'altra. Fin dall'epoca romana, le *leges* votate dai comizi e, più tardi, promulgate dall'imperatore coesistevano con gli *iura*, costituiti soprattutto dalle opinioni espresse dai giuristi, poi riunite del *Digesto* di Giustiniano,¹⁰ ed analogamente, alcuni secoli più tardi, il diritto comune, fondato sulla reinterpretazione del *Corpus iuris*, convisse con gli statuti comunali, con le ordinanze dei monarchi e con altre forme di diritto legislativo.¹¹ Ed anche la coesistenza attualmente esistente nei paesi di *common law* fra gli *statutes* e i precedenti si fonda su una sorta di bilanciamento fra la prevalenza del diritto legislativo nei confronti dei precedenti e l'esistenza di un potere interpretativo del giudice esercitabile anche nei confronti degli *statutes* e capace di dar luogo a nuovi precedenti che si sovrappongono ad essi.¹²

¹⁰ Cfr., da ultimo, Schiavone, A., "Ius", *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 5 ss.

¹¹ Cfr. Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995, pp. 229 ss.

¹² In proposito cfr. Calabresi, G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982, p. 163 ss.; Mattei, U., "Common Law, Il diritto anglo-americano", *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, R., Torino, Utet, 1992, pp. 298 ss.

Con riferimento al *Code Napoléon*, invece, la legge del 30 ventoso anno XII (1804) stabilì all'articolo 7, che “*A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code*” e, da quel momento in poi, furono i codici a stabilire in quali casi dovessero operare fonti diverse dalla legge, come le consuetudini, i regolamenti, i contratti collettivi, le fonti di eventuali ordinamenti autonomi, il diritto straniero, ecc., come venne indicato nelle disposizioni preliminari al codice civile italiano del 1942 o in analoghi testi adottati in altri paesi. Questo assetto delle fonti del diritto, assolutamente prevalente nell'area della *civil law* per tutto il XIX secolo e nella prima metà del XX,¹³ fu implicitamente modificato però dalle costituzioni europee del XX secolo quando esse, prendendo spunto dalle teorie affermatesi negli Stati Uniti a partire dalla sentenza *Marbury versus Madison* del 1803,¹⁴ ma ripensando la nozione di rigidità della *higher law* e il controllo di costituzionalità delle leggi in modo da renderli quanto più possibile compatibili con la dottrina della sovranità del Parlamento e con l'impostazione giuspositivista del diritto, adottarono un sistema delle fonti disciplinato dalla Costituzione nell'ambito del quale la legge non costituiva più la fonte delle fonti, ma solo una delle fonti previste e disciplinate dalla Costituzione.¹⁵

Leges e iura si trovarono così nuovamente a confronto e il risultato fu la penetrazione del diritto giurisprudenziale nell'area della *civil law*, che il *Code Napoléon* aveva cercato di depurare completamente da esso. Riconoscendosi ad un giudice, sia pure atipico come una corte costituzionale titolare di competenza “accentrata”, il compito di stabilire la compatibilità o l'incompatibilità di fonti di grado diverso, ne derivò immediatamente una rivalutazione del ruolo dell'interprete, sia esso una corte costituzionale o altro giudice che decide una questione di costituzionalità, o un normale giudice o altro soggetto che la solleva rimettendola alla corte costituzionale, o un avvocato che prepara un ricorso fondato su essa, se-

¹³ Cfr., da ultimo, Grossi, P., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

¹⁴ *U. S. Supreme Court* (1803), 1 *Cranch* (U.S.) 137.

¹⁵ Cfr. Pizzorusso, A., *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 4 ss.

condo le diverse possibilità offerte dai differenti sistemi di giustizia costituzionale impiegati nei diversi paesi.

Inoltre, per quanto questi sistemi cercassero dapprima di mantenere la disciplina del controllo di costituzionalità delle leggi sui binari costituiti dalla dottrina delle fonti elaborata dal giuspositivismo, riconducendo le decisioni d'incostituzionalità ad una forma di "legislazione negativa",¹⁶ soggetta al regime della pubblicazione dei dispositivi delle sentenze nelle forme praticate con riferimento agli atti normativi, la penetrazione del diritto giurisprudenziale attraverso l'opera della giustizia costituzionale si rivelò ben presto non contenibile entro limiti di questo tipo.

La prima manifestazione di questa tendenza fu costituita dalla prassi delle sentenze interpretative di rigetto e delle sentenze "manipolative" del testo controllato, le quali miravano molto più a correggere il diritto vigente (sia imponendone un'interpretazione variamente estensiva o limitativa, sia modificandone il testo, ma senza essere vincolate alla tecnica dell'emendamento testuale) che non a risolvere il contrasto fra norma costituzionale e norma legislativa mediante l'abrogazione secca della seconda (per non dire poi dei problemi di efficacia delle decisioni nel tempo, che misero in evidenza alternative non sempre risolubili mediante ricorso alle regole proprie dell'abrogazione legislativa).

Ulteriori vicende che favorirono l'avvicinamento fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* si ebbero particolarmente in Europa, dove il coordinamento degli ordinamenti giuridici statali che fu determinato dallo sviluppo delle Comunità e poi dell'Unione Europea, determinò contatti assai più ravvicinati fra ordinamenti appartenenti alle due aree, nonché la creazione di una giurisdizione europea sulla quale entrambe le due culture ad esse corrispondenti esercitarono un'importante influenza. In particolare, l'affermazione del principio della disapplicazione del diritto nazionale contrario al diritto comunitario mediante tecniche assai prossime a quelle proprie del controllo "diffuso" di costituzionalità delle leggi praticato negli Stati Uniti contribuì alla elaborazione di una concezione delle fonti che si veniva distanziando per più motivi da quella che si era affermata durante il periodo di massimo sviluppo delle dottrine giuspositivistiche. Ed analogo influsso ebbero i casi sempre più frequenti nei quali fu ammesso che anche forme di *soft law*, alle quali non poteva cioè

¹⁶ Cfr. Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, p. 60 (sulle orme di Kelsen).

attribuirsi una forza vincolante quale era quella tradizionalmente propria del “diritto positivo” nazionale, ma solo una forma di *persuasiveness* simile a quella del precedente americano,¹⁷ potevano e dovevano essere tenute presenti nella ricerca della *regula iuris* applicabile alle fattispecie concrete o elaborabile in una prospettiva astratta e nell’interpretazione del diritto scritto.

Ai fini di una più efficace identificazione del tipo di contributi che diritto legislativo e diritto giurisprudenziale possono arrecare all’opera del giurista che operi in un ambiente nel quale la tradizionale contrapposizione di *civil law* e *common law* abbia cominciato a perdere quel ruolo di *summa divisio* ai fini dell’indagine comparatistica che gli era stato assegnato in passato, sembra essenziale l’analisi dei modi in cui influiscono sul sistema delle fonti del diritto le decisioni pronunciate dalle corti costituzionali, ovvero dagli altri giudici che esercitano il controllo di costituzionalità delle leggi in forma “diffusa”.

III. I CRITERI DISTINTIVI DELLA SENTENZA DALL’ATTO NORMATIVO

A questo scopo, occorre cominciare con l’osservare che, seppure il provvedimento “sentenza” possa venir utilizzato come forma di qualunque tipo di decisione, indubbiamente la sua struttura —e soprattutto il suo procedimento di formazione, ossia il “processo”— presentano caratteristiche profondamente diverse da quelle proprie dell’“atto normativo” e, rispettivamente, del procedimento di formazione di esso—tanto nella variante applicata agli atti legislativi delle assemblee parlamentari, cioè alla “legge” in senso stretto, quanto in quella propria degli atti normativi

¹⁷ Fra queste forme di *soft law* cominciò a trovar posto sempre più di frequente quello che viene solitamente chiamato “diritto transnazionale”, ossia il diritto (legislativo, o anche giurisprudenziale) praticato in altri paesi e, come tale, non certamente applicabile in base alle consuete norme sull’efficacia delle fonti del diritto dello Stato in cui invece viene utilizzato, non già come diritto vincolante, bensì come strumento di interpretazione di esso, o come termine di raffronto utilizzabile dai riformatori dell’ordinamento giuridico nazionale. *Cfr.*, in proposito, A. Sperti, “Il dialogo fra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell’esperienza più recente”, *Corso di pubblicazione in Rivista di diritto costituzionale*, 2006, ed ivi ulteriori riferimenti, cui *adde*: T. M. Fine, “El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Corte de Justicia de los Estados Unidos de América”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 6/2006, p. 327 ss.

del potere esecutivo, che è spesso quella propria degli atti amministrativi, talora con adattamenti.

Nel caso delle sentenze, l'oggetto della pronuncia che viene con esse adottata consiste nella domanda che è stata proposta dall'attore (o dal convenuto in via riconvenzionale) al giudice civile o dal pubblico ministero al giudice penale e il *decisum* è conseguentemente l'accertamento dell'esistenza o meno del fondamento giuridico di essa e delle conseguenze che ne derivano (*cf.* gli articoli 2097-2909, codice civile italiano del 1942, e analoghe disposizioni di codici di altri paesi, e articoli 648-654, codice di procedura penale italiano del 1988, e analoghe disposizioni di codici di altri paesi). Mentre le argomentazioni che hanno condotto il giudice a risolvere il "punto di diritto" che è alla base del *decisum* esercitano una funzione strumentale rispetto a tale determinazione e costituiscono il "precedente" che eventualmente potrà operare come una fonte del diritto, vincolante o persuasiva a seconda di quanto stabiliscono i diversi ordinamenti e a seconda delle circostanze. È evidente, infatti, che tecnicamente nulla impedisce di individuare un precedente anche in una sentenza pronunciata in un paese il cui ordinamento non riconosce in esso una fonte del diritto.¹⁸

Il giudice assolve a questo aspetto della sua funzione compiendo una ricerca tra le fonti che sono state invocate dalle parti, o tra quelle che gli appaiono comunque applicabili in base al principio *iura novit curia*, e svolgendo nei confronti di esse quell'attività di interpretazione che gli appare utile compiere per una corretta decisione del caso, in considerazione di quello che è il "fatto" cui egli deve applicare il "diritto". Questa attività è potenzialmente analoga a quella svolta dal legislatore che cerca la migliore disciplina da applicare ad una fattispecie astratta, ma se ne differenzia, in primo luogo, perché il giudice non dispone del potere, che è proprio del legislatore, di cambiare il diritto (salvo il rispetto dei limiti costituzionali) e, in secondo luogo, perché la ricerca del diritto da parte del giudice è limitata dalla necessità di trovare la disciplina da applicare alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame e non ad una fattispecie astratta in cui essa risulti compresa.

Lo schema che risulta da tutto ciò comporta che, normalmente, il giudicato, in quanto pronuncia su un caso concreto e non su una fattispecie

¹⁸ *Cfr.* Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 263 ss.

astratta, può funzionare, in pratica, come se fosse una fonte del diritto soltanto ove riguardi un caso non regolato da fonti legislative, oppure in quanto dia un'interpretazione in qualche modo innovativa di una fonte legislativa, o in quanto modifichi un precedente anteriormente stabilito da un giudice (o da lui stesso) secondo le note tecniche dell'*overruling*, *explaining*, *harmonizing*, *limiting*, ecc., e soltanto come fonte regolatrice di una fattispecie concreta analoga a quella con riferimento alla quale il precedente è stato stabilito (risultando altrimenti suscettibile di essere paralizzato attraverso la tecnica del *distinguishing*).

Vi è tuttavia un'ipotesi nella quale questo regime degli effetti della sentenza (effetti di giudicato, effetti di precedente) subisce una qualche alterazione e questa è quella che si ha nei casi di sentenze costituzionali o amministrative le quali decidano questioni di costituzionalità di atti normativi (costituzionali o amministrativi, ma comunque dotati di carattere normativo), giacchè in tali ipotesi un effetto normativo (cioè *erga omnes*) è direttamente ricollegabile alla decisione del giudice.

IV. TECNICHE IMPIEGATE PER REALIZZARE GLI EFFETTI NORMATIVI DELLE SENTENZE CHE DETERMINANO EFFETTI DI QUESTO TIPO

Se analizziamo le tecniche adottate nei principali ordinamenti dell'epoca moderna e contemporanea per realizzare gli effetti normativi delle sentenze costituzionali o amministrative, osserviamo come esse impieghino talora, combinandoli insieme, strumenti tipicamente propri degli ordinamenti di *common law* e strumenti propri degli ordinamenti di *civil law* e, più specificamente, tecniche proprie del diritto giurisprudenziale, come quella che consiste nell'attribuire efficacia vincolante o persuasiva al precedente, e tecniche proprie del diritto legislativo, come quella che consiste nel modificare il diritto vigente mediante la pubblicazione di un atto dotato di effetti normativi (quanto meno abrogativi dei principi o regole precedentemente in vigore), anche se si tratta di una sentenza, cioè di un atto giuridico per molti aspetti diverso da quelli riconducibili al tipo della legge. Inoltre, possiamo osservare come il carattere rigido della Costituzione ed il potere del giudice di annullare o disapplicare gli atti legislativi contrari ad essa, in alcuni casi siano stati stabiliti attraverso l'attività interpretativa del giudice, mentre in altri siano stati previsti o esclusi da precise disposizioni costituzionali o legislative.

Nell'ordinamento degli Stati Uniti, che costituisce ovviamente il capostipite di questa serie, la nozione di *higher law* e il potere del giudice di disapplicare le norme legislative contrarie ad esso furono essenzialmente fondati sull'individuazione, in via di interpretazione, di principi ritenuti intrinseci a qualunque moderno ordinamento costituzionale moderno, ma l'efficacia di giudicato della pronuncia non venne per questo in alcun modo modificata. Pertanto, l'eventuale efficacia *erga omnes* della dichiarazione d'incostituzionalità della legge in essa contenuta si produce in quanto risulta costitutiva di un precedente, di per sé incapace di modificare le leggi vigenti e suscettibile di *overruling*. La Costituzione del 1787 prevede, all'articolo V, una procedura da seguire per la revisione della Costituzione che è diversa a "aggravata" rispetto a quella legislativa, ma non pare che questa circostanza sia stata oggetto di particolare attenzione in *Marbury*. La Costituzione medesima, d'altronde, esplicitamente non prevede né esclude che il giudice possa esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi. Come è stato spesso rilevato, questo sistema è pertanto un sistema diffuso, dichiarativo e incidentale, in base al quale, cioè, il controllo di costituzionalità può essere esercitato da qualunque giudice, come una questione "pregiudiziale" rispetto alla decisione di una questione "principale" che egli deve risolvere, sulla decisione della quale la sua sentenza produrrà un normale effetto di giudicato. Del pari, l'effetto di precedente, proprio della pronuncia sulla questione di costituzionalità, si produrrà in base alle regole generali e sarà comunque un effetto "persuasivo", dotato di una capacità di convinzione (nei confronti dei giudici che si trovino a decidere una questione analoga) che risulterà più o meno intensa secondo i criteri che in via generale influiscono sulla forza normativa dei precedenti.

Il sistema americano è stato recepito in paesi di *common law* (ma non in Inghilterra) o in altri stati americani anche di *civil law*, senza che le relative esperienze appaiano altrettanto importanti di quella sviluppatasi negli Stati Uniti. Anche in Europa si sono avute iniziative della dottrina e, più raramente, della giurisprudenza tendenti ad adottarlo, le quali hanno incontrato però forti resistenze nel principio per cui il giudice è tenuto all'osservazione della legge, riprodotto in alcune costituzioni e implicitamente presupposto dalle altre, come già si è segnalato. Ciò nondimeno, esistono alcuni paesi che accolgono questo sistema, senza che peraltro ciò abbia dato luogo ad esperienze particolarmente importanti, ed esistono casi di sentenze-pilota che hanno affermato la possibilità che il giudi-

ce eserciti un controllo di costituzionalità delle leggi così congegnato, anche se con effetti pratici generalmente piuttosto limitati. Il caso più importante di questo genere è costituito dalla sentenza del *Reichsgericht* del 5 novembre 1925¹⁹ che affermò questo principio quando in Germania era in vigore la Costituzione di Weimar (la quale pure non prevedeva nulla del genere e richiamava invece esplicitamente, all'articolo 102, il principio di soggezione del giudice alla legge) e contribuì a preparare l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi nel secondo dopoguerra, anche in forme assai diverse.²⁰ Da segnalare anche la sentenza della Corte di cassazione italiana del 28 luglio 1947, n. 1212,²¹ che pure si pronunciò in questo senso (in un momento nel quale era in vigore la "Costituzione provvisoria" adottata dopo la caduta del fascismo, che nulla di esplicito conteneva su questo tema, ma già erano in corso i lavori dell'Assemblea costituente che preparava una Costituzione comprendente la previsione del controllo di costituzionalità delle leggi, seppure in forma, anche qui, assai diversa), avallando una giurisprudenza dei giudici di merito che fece applicazione del principio in un numero piuttosto limitato di casi, prima che l'insediamento della Corte costituzionale rendesse possibile l'attivazione del controllo da essa esercitato, del quale si dirà più avanti, quando si parlerà dei "sistemi misti" di controllo di costituzionalità delle leggi.²²

Da questi esempi si può dedurre una scarsa propensione degli ordinamenti di *civil law* all'accoglimento di un sistema di questo tipo, che appare accolto soprattutto in situazioni transitorie, in vista della previsione formale di un diverso tipo di controllo, oppure in paesi nei quali i problemi di costituzionalità delle leggi non presentano un particolare rilievo.

E' da notare però che un controllo di questo genere, quanto meno sotto il profilo processuale, presenta una sostanziale analogia con quello attinente alla compatibilità del diritto nazionale degli stati membri dell'Unione europea con il diritto comunitario quale risulta dalla giurispru-

¹⁹ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 111, 320.

²⁰ Cfr. Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 85 ss.

²¹ In *Foro italiano*, 1947, I, 545; *Giurisprudenza italiana*, 1947, I, 1, 337.

²² Cfr., da ultimo, Bartole, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 17 ss., e Costanzo, P., in *Commentario della Costituzione*, sub disp. trans. fin. VII, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc.ed. de Il Foro italiano, 1995, pp. 146 ss.

denza *Simmenthal* della Corte di Giustizia dell'UE e da quelle delle giurisdizioni nazionali, il quale appare destinato ad esercitare un ruolo di grande rilievo, a mano a mano che le possibilità che esso offre diverranno di più comune impiego da parte dei cittadini europei.²³

Una soluzione fondata su principi assai diversi è quella che si è venuta realizzando dapprima in alcuni paesi dell'Europa centrale sulle tracce dalla tradizione di *Staatgerichtsbarkeit* già sviluppatasi nell'ambito del Sacro Romano Impero per la decisione di ricorsi su questioni di diritto pubblico che dessero luogo a conflitti fra soggetti titolari di pubblici poteri. Le versioni più moderne di questo tipo di ricorsi comportano la possibilità di sottoporre ad un organo centralizzato, a carattere sostanzialmente giurisdizionale, una questione di competenza sorta fra organi costituzionali dello Stato oppure, in ordinamenti federali o comunque comprendenti enti titolari di autonomie, fra questi e lo Stato centrale, e in certi casi tali ricorsi sono stati previsti anche nei confronti di atti legislativi.

In questi casi, il ricorso contro atti legislativi ha una struttura e un contenuto assai simile a quello dei ricorsi contro atti amministrativi ed analoghi sono i problemi che possono porsi con riferimento al giudicato o al precedente. Con la differenza, tuttavia, che in questi casi l'eventuale sentenza che accoglie il ricorso, pronunciando l'annullamento dell'atto impugnato, opera necessariamente *erga omnes*, per cui la sua efficacia di precedente, viene assorbita dall'efficacia di giudicato. Naturalmente ciò non vale per successivi giudizi riguardanti casi analoghi, ma non lo stesso atto, per i quali invece opera appunto l'efficacia di precedente e non quella di giudicato (e la distinzione dei due tipi di ipotesi può presentare non lievi difficoltà). In parte, ciò vale anche nei casi in cui il ricorso ha carattere preventivo (come in Francia, ai sensi della Costituzione del 1958), ove l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità del progetto di legge approvato determina la non promulgabilità di esso, ma non è affatto escluso che la decisione assuma efficacia di precedente in relazione a casi analoghi. E' da notare, tuttavia, che la dottrina francese denomina anche questa efficacia come efficacia di giudicato, sulla base di quanto dispone l'articolo 62, comma 2, della Costituzione del 1958, per il quale "*les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun*

²³ Cfr. Pizzorusso, A., "Ipotesi di giustizia costituzionale nei trattati istitutivi dell'Unione europea e nel progetto di Trattato-Costituzione", *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, pp. 2443 ss.

recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".²⁴ Gli articoli 38-40 della legge spagnola sul *Tribunal constitucional* parla distintamente di effetto di cosa giudicata e di correzione dei precedenti giudiziari (in spagnolo, "*doctrina*") formati sulle leggi ed altre disposizioni sulle quali si sia pronunciato il giudice costituzionale (articolo 40, comma 2). L'articolo 31 della legge tedesca sul *Bundesverfassungsgericht* stabilisce che, nei casi di annullamento di atti normativi, la sentenza ha "forza di legge". Queste varianti influiscono sulla forza normativa della decisione, soprattutto per quanto riguarda l'efficacia delle decisioni di rigetto o delle motivazioni, ma non fanno venir meno la differenza che esiste, dal punto di vista tecnico, tra la cessazione di efficacia realizzata mediante la pubblicazione (del tipo di quelle che determinano l'entrata in vigore degli atti normativi) di un emendamento testuale ed una argomentazione che sia posta a sostegno di una decisione di accoglimento o di rigetto o di inammissibilità di una questione di costituzionalità.

Si inseriscono in questa tradizione anche i casi di "ricorso diretto", che possono essere concepiti come una sorta di azione popolare proponibile da chiunque (o da parte di soggetti pubblici a ciò specificamente deputati), indipendentemente dalla titolarità di un loro specifico diritto che si assuma leso, oppure da parte di chiunque si presenti come titolare di un tale diritto leso. Bisogna tuttavia distinguere i casi in cui il ricorso si dirige contro la legge in quanto tale, da quelli cui si limita a denunciare il danno derivante da un atto o fatto lesivo di un diritto. Nei casi di quest'ultimo tipo, infatti, l'estensione della questione alla costituzionalità della legge può essere oggetto di un'ulteriore fase processuale (come avviene in Spagna, nei casi di *amparo* indirettamente rivolti contro leggi). Ipotesi di questo genere sono previste, oltre che da alcune costituzioni statali, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'analoga Convenzione interamericana, ma con riferimento a queste ultime si deve ovviamente distinguere l'efficacia che la sentenza della Corte può determinare nei rapporti di diritto internazionale da quelli che essa può determinare nei rapporti fonda-

²⁴ Cfr. Favoreu, L. Philip. L., *Les grands arrêts du Conseil constitutionnel*, 13 edizione, Paris, Dalloz, 2005, pp. 156 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. In argomento, cfr. anche Pizzorusso, A. et al., "Les effets des décisions du juge constitutionnel", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, pp. 11 ss.

ti sul diritto statale Anche in casi di questo genere è certamente prospettabile una distinzione fra l'efficacia di giudicato e l'efficacia di precedente delle eventuali decisioni internazionali che accertino violazioni dei diritti fondamentali ma, per quanto riguarda la legge, l'efficacia delle sentenze internazionali non può certamente essere quella propria di una sentenza di annullamento.

A parte queste distinzioni, pare indubbio che la struttura della sentenza che dichiara l'incostituzionalità di una legge in accoglimento di un ricorso diretto proposto nei confronti di essa presenta delle caratteristiche che la rendono molto diversa da quella adottata in vista della decisione di una controversia in fini della decisione della quale la questione di costituzionalità della legge debba essere decisa. Il sistema di controllo attuato in questi casi risulta infatti accentrato, costitutivo, principale. Nella maggior parte dei casi, il controllo eseguito su ricorso diretto ha carattere astratto, in quanto non si richiede la denuncia di una specifica violazione di un diritto fondamentale del ricorrente. Ove tale condizione sia richiesta, invece, la questione ha carattere concreto e il regime della sua efficacia si avvicina per taluni aspetti a quello delle decisioni incidentali.²⁵

Molti dei sistemi di controllo di costituzionalità attualmente funzionanti, tuttavia, adottano entrambi i tipi di controllo, dando luogo a sistemi "misti" o a sistemi "duali". Nel caso dei sistemi misti, generalmente si conserva il carattere accentrato del controllo e si ricorre ad alcuni adattamenti che consentono di salvaguardare al tempo stesso il suo carattere incidentale. Nei sistemi duali, invece, i due controlli si svolgono indipendentemente e si tratta soltanto di coordinare le norme sugli effetti delle decisioni di accoglimento.

Il coordinamento del carattere accentrato e del carattere incidentale del controllo che contraddistingue i sistemi misti viene generalmente realizzato distinguendo la fase della proposizione della questione da quella della decisione di essa. La prima si svolge nell'ambito del processo in corso dinanzi al giudice la cui decisione è "pregiudicata" dalla questione di costituzionalità e si conclude con una pronuncia con la quale questo giudice investe il giudice centralizzato (di solito, denominato "corte costituzionale") della questione stessa. Si hanno, nei differenti paesi che applicano questo sistema, alcune varianti di procedura o di condizioni di

²⁵ Cfr. Pizzorusso, A., "La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto", *Fundamentos*, n. 4, 2006, pp. 237 ss.

proponibilità sulle quali non è qui il caso di soffermarsi. Se la questione è correttamente proposta, si apre la fase dinanzi alla corte costituzionale, anch'essa regolata con qualche variante nei diversi ordinamenti, conclusa dalla decisione. Il processo *a quo* riprende poi davanti al suo giudice per la decisione della domanda "principale".

In questi casi sono da distinguere gli effetti che la sentenza della corte costituzionale produce nel giudizio *a quo* da quelli che essa produce in altri giudizi o nell'ordinamento considerato nel suo insieme. In proposito la regola adottata in Italia è diversa da quella adottata in altri paesi. L'articolo 136 della Costituzione italiana disciplina infatti soltanto l'ipotesi delle sentenze di accoglimento e stabilisce che "la norma [dichiarata incostituzionale] cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione", impiegando cioè, con riferimento a questo atto la stessa tecnica generalmente applicata (quanto meno negli ordinamenti di *civil law*) per regolare l'entrata in vigore, la modificazione testuale o l'abrogazione degli atti normativi, a cominciare dalla legge. Questo effetto è palesemente un effetto *erga omnes* come quello della legge e degli altri atti normativi soggetti a pubblicazione nelle forme previste per la legge. Non è il caso di occuparsi qui dei problemi di efficacia nel tempo che questa disposizione ha determinato e che sono simili (anche se non identici) a quelli ampiamente studiati con riferimento alla retroattività della legge.

E' invece il caso di accennare sommariamente ad una serie di questioni che si sono poste circa l'estensibilità di tale efficacia alle statuizioni, eventualmente contenute nella sentenza, che non si limitino ad applicare tecniche come quella della modificazione testuale stabilita nel dispositivo della sentenza, ma facciano uso di tecniche più complicate, come quelle che implicano la scomposizione della portata normativa della disposizione censurata, individuando la parte di essa che determina il vizio d'incostituzionalità al fine di separarla dalla parte residua che la sentenza non intende colpire (operazione questa che può risultare da una formulazione più complessa del dispositivo, ma anche da un rinvio, esplicito o tacito, alla motivazione), oppure la modificazione che è indispensabile (a "rime obbligate") arrecare al testo della legge per eliminare tale vizio, aggiungendo o sostituendo alcune parole. Posto che la prassi della Corte costituzionale si è orientata nel senso di ritenere ammissibili tali tipi di decisioni, deve ritenersi che l'efficacia *erga omnes* di cui all'articolo 136 predetto assista anche queste ulteriori determinazioni, quand'anche esse non risultino esplicitamente dal dispositivo, ma dalla motivazione della

sentenza, a da argomentazioni comunque fondate su di essa? La risposta data dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane è stata fondamentalmente affermativa, anche se le difficoltà non sono certamente mancate quando si è trattato di dare applicazione alle sentenze di accoglimento che presentano questi caratteri e con riferimento alle quali si parla di sentenze “manipolative”, “additive”, “sostitutive”, ecc.²⁶ E’ anche da ricordare che l’articolo 136 riguarda soltanto le sentenze di accoglimento (nella parte in cui dichiarano l’incostituzionalità di una o più norme legislative) e non anche le sentenze di rigetto o d’inammissibilità (o le parti di sentenza che sono così qualificabili). E per tutte le sentenze (o parti di sentenze) alle quali non si applica l’articolo 136, Costituzione, la regola da applicare per determinarne l’efficacia deve essere ricercata partendo dal principio che la decisione della Corte costituzionale, ancorché pronunciata in una fase del giudizio che non si svolge davanti al giudice di esso, bensì, appunto, davanti alla Corte costituzionale, ha la stessa efficacia delle sentenze pronunciate nel corso di tale giudizio, cioè, di regola, l’efficacia stabilita dall’articolo 2909 del codice civile.²⁷ Ciò consente alla Corte costituzionale italiana di riesaminare illimitatamente le questioni dichiarate infondate o inammissibili, salva la loro efficacia di precedente che la induce, per lo più, a dichiarare inammissibili tali questioni ove siano riproposte, in relazione ad altri giudizi *a quibus* senza addurre nuovi argomenti. Naturalmente, la limitazione dell’efficacia di giudicato a quanto stabilisce l’articolo 136, Cost., non significa che anche le altre pronunce della Corte non esercitino un’efficacia di precedente, più o meno intensa a seconda delle circostanze.

Il modello “duale” trova applicazione soprattutto nell’ordinamento peruviano, secondo la lettura che ne offre il costituzionalista Belaunde.²⁸

²⁶ Cfr. Pizzorusso, A., “Le sentenze normative delle corti costituzionali”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, 2000, pp. 25 ss.

²⁷ L’articolo 2909 del codice civile italiano stabilisce che “l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto fra le parti, i loro eredi o aventi causa” (quindi non *erga omnes*).

²⁸ Garcia Belaunde, D., *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú*, relazione presentata al primo seminario latinoamericano di giustizia costituzionale, svoltosi a Santiago del Cile nei giorni 26-30 ottobre 1987, riprodotto in *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, UNSA, 1996, pp. 109 ss., specialmente p. 116; *id.*, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La Ley* (Buenos Aires), 16 ottobre 1998, riprodotto in *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 129 ss.; *id.*, “La jurisdicción constitucional en Perú”, in Garcia Belaunde, D. e Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 827 ss., specialmente p. 837.

La soluzione peruviana,²⁹ in effetti, non stabilisce alcun tipo di collegamento fra le due procedure e consente che esse si sviluppino in modo del tutto separato (“in parallelo”, secondo la formula di Belaunde), ciascuna con gli effetti che sono potenzialmente suoi propri.

Il problema non si pone evidentemente nei casi in cui il giudizio accentrato si sia concluso con una decisione di incostituzionalità, la quale abbia efficacia *erga omnes* (articolo 204, Costituzione del Perù); né nei casi in cui esso si sia concluso con una decisione di infondatezza della questione, che pure esclude un riesame incidentale di essa (articolo VI comma 2, *Código Procesal Constitucional*); il problema si pone invece nei casi in cui la questione che dovrebbe essere esaminata in via diffusa è stata ritenuta fondata dal *Tribunal*, ma non ha effetti (di giudicato) nel giudizio in corso a causa dell’esclusione degli effetti retroattivi della pronuncia (articolo 204 comma 2, Costituzione).³⁰

In tal caso non pare, comunque, che possa dedursi dalla decisione di accoglimento non retroattiva un effetto vincolante negativo del tipo di quello che sarebbe proprio di una decisione di rigetto e che in ogni caso di questo tipo ciascun giudice ordinario debba decidere la questione come se essa non avesse mai costituito oggetto di un ricorso diretto al *Tribunal*. Una decisione che dichiara fondata una questione di costituzionalità con effetti limitati nel tempo non può essere considerata come una decisione di accoglimento con riferimento al periodo cui essa si applica e di rigetto con riferimento al periodo cui essa non si applica. Con riferimento a quest’ultimo periodo essa è soltanto una non-decisione, priva di effetti di giudicato di qualsivoglia genere.

Il problema che si pone, tuttavia, è se tale decisione non possa determinare però un effetto di precedente —eventualmente vincolante ex articolo VII, *Código Procesal Constitucional*— nel senso dell’incostituzionalità.

²⁹ Su altre soluzioni adottate in America latina che presentano qualche elemento di interesse da questo punto di vista, *cf.* Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, *ibidem*, pp. 136 e ss.; *id.*, *La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado*, relazione presentata alle seconde giornate di diritto processuale costituzionale, svoltesi a Santiago del Cile nei giorni 24-26 aprile 1991, in *La Constitución en el péndulo*, *ibidem*, pp. 161 e ss., specialmente pp. 166 ss.

³⁰ Qualche spunto argomentativo potrebbe del resto ricavarsi forse dalle due eccezioni al regime di irretroattività, che riguardano le decisioni di incostituzionalità di norme penali e quelle relative a norme tributarie (Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, *ibidem*, p. 34).

La risposta da dare deve tuttavia tenere presente la fondamentale differenza che esiste fra efficacia di precedente ed efficacia di giudicato. Mentre quest'ultima, ha la struttura che è generalmente propria dei precetti legislativi, i quali si distaccano dai motivi che li hanno determinati (i quali pertanto possono fungere al massimo da strumento di interpretazione della statuizione in cui si concretano), l'efficacia di precedente, che è legata alla *ratio decidendi* —e non al dispositivo— della pronuncia, dipende dai presupposti logici della decisione di cui trattasi e quindi non dall'articolo 204 comma 1, Costituzione del Perù, ma dal ragionamento svolto per pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità. Se questo ragionamento è riferibile anche a fattispecie localizzate temporalmente fuori dall'ambito di efficacia di giudicato della pronuncia, ciò non esclude, ma nemmeno assicura, che si possa ritenere operante l'efficacia di precedente della dichiarazione d'incostituzionalità. La risposta da dare dipende quindi dalla concreta argomentazione che sorregge la pronuncia del *Tribunal*, e se questa è riferibile al periodo di tempo nel quale va localizzata la fattispecie su cui si deve pronunciare il giudice diffuso, nulla esclude che possa ritenersi estensibile ad essa.

In sostanza, ciò significherebbe rendere applicabile al diritto peruviano la celebre giurisprudenza americana iniziata col caso *Linkletter*³¹ che, come è noto consentì alla Corte suprema USA di derogare al principio della retroattività dei propri precedenti. Invece, non viene qui in considerazione l'esempio fornito dall'art.140 della Costituzione austriaca, che stabilisce l'efficacia non retroattiva delle decisioni d'incostituzionalità del *Verfassungsgerichtshof*, salva la facoltà di questo di differire tale efficacia fino ad un massimo di diciotto mesi. Una difficoltà potrebbe semmai derivare dalla regola stabilita dal *Código*, che parla di precedente vincolante. Ma questa espressione forse non è da prendere proprio alla lettera; essa sembra stabilire una qualificazione del precedente del tipo di quelle che usano gli americani quando parlano di precedente “forte” o usano altre simili espressioni senza con ciò negare il valore fondamentale persuasivo del precedente.

Ove si accetti questa interpretazione, il modello “parallelo” peruviano potrebbe fornire una soluzione originale al problema dell'efficacia nel tempo delle decisioni di incostituzionalità, che indubbiamente costituisce

³¹ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629 (1965).

una delle maggiori difficoltà pratiche, sia per i sistema di controllo diffuso, sia per i sistemi accentrati. Consentendo all'efficacia di precedente di spiegarsi —se del caso— anche oltre l'efficacia di giudicato della sentenza, tale soluzione consentirebbe di risolvere il problema degli effetti retroattivi delle decisioni collegate ad un preciso dispositivo, subordinandoli però alla maggiore duttilità degli effetti di precedente. L'efficacia di precedente nel senso dell'incostituzionalità opererebbe infatti soltanto in quanto la questione sia ancora proponibile nell'ambito di un qualunque processo, per cui questa efficacia incontrerebbe comunque il limite che la dottrina italiana chiama dei “rapporti esauriti”.³² Conseguentemente, questi effetti risulterebbe circoscrivibili —meglio di quelli di giudicato— attraverso argomentazioni fondate sulle particolarità del caso, in ossequio al carattere concreto della valutazione di incostituzionalità.

V. SENTENZE NORMATIVE E *SOFT LAW*

Dalle considerazioni svolte emerge chiaramente come l'applicazione di non poche della forma di giustizia costituzionale che sono state introdotte negli ordinamenti di *civil law* hanno determinato l'applicazione in essi di tecniche del tipo di quelle che, negli ordinamenti di *common law*, sono normalmente usate per disciplinare l'effetto di precedente, che in essi costituisce una delle forme di produzione normativa generalmente inclusa nella configurazione del sistema delle fonti del diritto seguita dalla dottrina giuridica di questi paesi.

Per contro, l'applicazione ad atti normativi (e più specificamente ad atti legislativi), in paesi di *common law*, della tecnica propria delle sentenze di annullamento che erano state inizialmente sperimentate soprattutto nei paesi di *civil law* (nei quali la “giustizia amministrativa” si è sviluppata come separata e distinta dalla giurisdizione ordinaria) hanno comportato l'applicazione di tecniche del tipo di quelle generalmente impiegate per determinare gli effetti delle sentenze che modificano l'ordinamento giuridico dello Stato.

Come già si è segnalato, inoltre, alle vicende di questo tipo che sono derivate dallo sviluppo, in ogni parte del mondo, di forme di giustizia

³² Cfr., da ultimo, Malfatti, E. et al., *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 140 ss.

costituzionale, si sono aggiunte le esperienze compiute nell'ambito dell'Unione europea, ove giuristi di *common law* e giuristi di *civil law* si sono trovati a lavorare insieme sulla base di un ordinamento che applica insieme tecniche dell'uno e dell'altro tipo e che in vario modo trova applicazione anche negli ordinamenti degli stati membri, indifferentemente dal fatto che, dal punto di vista culturale, essi appartengano all'uno o all'altro sistema giuridico.

Infine, è da tenere presente come la distinzione fra *soft law* e *hard law*, impiegata inizialmente soprattutto nell'ambito del diritto internazionale, si sia venuta diffondendo anche con riferimento agli ordinamenti statali o di organizzazioni internazionali, e come la nozione di *soft law* abbia trovato, nell'ambito degli ordinamenti statali, notevoli punti di contatto con il diritto prodotto dai precedenti giudiziari, soprattutto ove questi siano ritenuti dotati di un forza persuasiva, secondo la concezione affermata negli Stati Uniti ed ormai prevalente in tutto il mondo sulla concezione del precedente assolutamente vincolante proprio della tradizione inglese.³³

Se colleghiamo queste diverse indicazioni, possiamo concludere che è in corso un considerevole avvicinamento fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, in virtù della quale la grande maggioranza degli ordinamenti giuridici (statali o non statali) impiegano al tempo stesso forme di diritto legislativo, fondate sull'autorità di un soggetto politico che si avvale degli strumenti propri dell'organizzazione costituzionale degli stati per imporre coercitivamente l'applicazione di atti normativi del genere della legge a coloro che si trovano soggetti alla sua sovranità e forme di diritto giurisprudenziale, fondate sull'autorità culturale che, fin dai tempi dell'antica Roma, i giuristi hanno sempre esercitato in vista delle decisioni sulle quali influisce quel complesso di principi e di regole che costituiscono il "diritto".

Nei sistemi democratici, alle tecniche di formazione degli atti normativi utilizzate dagli organi rappresentativi deve indubbiamente essere riservata l'ultima parola, sicché questo per lo più risulta stabilito da norme costituzionali scritte o comunque accettate come disciplina della materia delle fonti del diritto. Ma ciò non significa che l'influenza culturale dei giuristi non debba anche in questi casi svilupparsi nelle forme appropriate.

³³ Cfr. Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 127 ss.

La differenza sta ovviamente in ciò che le vie della democrazia devono tendere alla determinazione dei fini dell'azione dei pubblici poteri ed alla determinazione delle scelte da adottare di conseguenza, mentre le vie del diritto tendono soltanto all'individuazione delle soluzioni da adottare in corretta applicazione di tali scelte e delle procedure da seguire per realizzarle. Ma spetta altresì al diritto ed ai suoi operatori assicurare il rispetto delle garanzie del corretto uso delle procedure volte alla determinazione dei fini da perseguire ed alla loro realizzazione.