



# IL SINDACATO DI LEGGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

---

## Presentazione

**I**DENTITÀ SAMMARINESE, riflessioni sulla libertà e la democrazia... pubblica in queste pagine due *riflessioni* sul sindacato di legittimità costituzionale delle norme, previsto dal testo attuale dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese. Due *riflessioni* in sintonia fra loro, così da formare piuttosto un dialogo.

Questi due contributi iniziano, ma certamente non concludono, il discorso sui concetti di legittimità costituzionale e di giustizia costituzionale: un discorso che senza dubbio sta fra quelli al centro di ogni più ampia riflessione o ragionamento sulla libertà e la democrazia.

È infatti un tratto costante di tutte le autentiche democrazie moderne l'istituzione di un organo di controllo e di sicuro intervento contro possibili violazioni delle norme costituzionali da parte del legislatore ordinario. Si realizza in tal modo *la difesa della costituzione attraverso il giudizio sulle leggi*. Il suo scopo è di tutelare giuridicamente i diritti dei cittadini e il regolare funzionamento dello stato democratico anche di fronte al potere legislativo, dal quale le leggi derivano. Ciò presuppone l'esistenza di una costituzione, ossia, comunque la si

chiami, di una *legge fondamentale con efficacia giuridica superiore a quella delle leggi ordinarie*, sicché queste non possono contrastare con i precetti costituzionali e, se vi contrastano, vanno giudicate illegittime ed eliminate.

Gli studi in materia mettono in luce la grande varietà dei modi e degli istituti cui si è fatto ricorso per realizzare il miglior controllo di costituzionalità degli atti legislativi. In via di grande sintesi si distinguono modalità riconducibili all'ipotesi di *controllo diffuso* e modalità ispirate al modello di *controllo accentrato*.

La prima ipotesi si regge sul principio per cui ai giudici compete il diritto-dovere di sindacato sulle leggi. Ogni giudice ha il potere di verificare se le norme che deve applicare nel caso concreto siano o non siano compatibili rispetto alla costituzione; ove le ritenga incompatibili, ha il potere di non applicarle. Non ha anche quello di annullarle: ecco allora che, riproponendosi lo stesso caso di fronte ad altro giudice, c'è la possibilità di contrasti giurisprudenziali, almeno fino alla formazione di una giurisprudenza consolidata o all'intervento del legislatore.

Nell'ipotesi di controllo accentrato il giudizio sulla conformità delle leggi alla costituzione viene affidato o all'organo posto al vertice del potere giudiziario oppure ad un tribunale costituzionale, una sorta di "giudice delle leggi", cioè un organismo costituito appositamente per giudicare non già atti e comportamenti delle persone ma atti legislativi.

Nel controllo accentrato assume particolare importanza la distinzione fra le due procedure che consentono il ricorso alla giurisdizione costituzionale: infatti - come si può leggere nelle *riflessioni* pubblicate di seguito - questo ricorso può aver luogo in *via diretta* oppure in *via indiretta o incidentale*, o in un modo e nell'altro secondo i casi.

Prima di chiudere questa introduzione conviene chiarire alcuni concetti, racchiusi nelle parole che più di frequente ricorrono in questa materia. Così bisogna dire che le diverse leggi, la dottrina e la giurisprudenza usano indifferentemente le seguenti espressioni: *verifica della rispondenza delle norme (o delle leggi...) ai principi fondamentali dell'ordinamento*, oppure *alle disposizioni e ai principi della Dichiarazione 8 luglio 1974*; *verifica (o controllo, sindacato) di legittimità costituzionale*; *questione (o eccezione, incidente) di legittimità co-*

stituzionale oppure di costituzionalità o anche di incostituzionalità; giudizio di costituzionalità, giudizio costituzionale.

Poi è bene chiarire che il sindacato di legittimità costituzionale può essere promosso riguardo ad una legge nella sua interezza oppure per singole norme o disposizioni della legge. Sono soggette al sindacato tutte le leggi ordinarie - da intendere qui per *ordinarie* le leggi diverse dalla Dichiarazione dei diritti - e tutte le singole norme delle singole leggi ordinarie, in vigore nella Repubblica in qualsiasi materia e a qualsiasi proposito, comprese le norme consuetudinarie.

*Il Collegio Garante della costituzionalità delle norme* è l'organo al quale la Dichiarazione dei diritti (secondo le modifiche introdotte con legge 26 febbraio 2002 n. 36) affida il compito di verificare la legittimità costituzionale delle leggi e di tutte le norme di legge della Repubblica. Una decisione di incostituzionalità da parte del Collegio Garante può avere per effetto l'annullamento della norma in questione, se nei sei mesi successivi il Consiglio Grande e Generale non interviene sulla materia in conformità alle decisioni del Collegio stesso. La formazione e il funzionamento di questo organismo - tre membri effettivi e tre supplenti, eletti dal Consiglio Grande e Generale con la maggioranza di due terzi dei suoi componenti - trovano disciplina nell'art. 16 della Dichiarazione, nella legge qualificata 25 aprile 2003 n. 55 e anche nel Regolamento generale del Collegio 24 marzo 2004 n. 1.

(Lamberto Emiliani)

# IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA DIRETTA

OSSERVAZIONI SUL CONTROLLO DI  
LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE NORME

---

D I G I L B E R T O F E L I C I  
M A G I S T R A T O , C O M M I S S A R I O D E L L A L E G G E

1. La giustizia costituzionale rappresenta lo strumento di difesa della costituzione nei confronti di atti e comportamenti dei poteri pubblici, compresa la legge del Parlamento. Presupposto dell'esistenza di un controllo giurisdizionale di costituzionalità - cioè di un controllo della conformità alla costituzione di atti e condotte tenute da poteri pubblici, affidato ad un organo diverso da quello incaricato alla formazione della legge - è l'esistenza di una costituzione rigida, vale a dire di un insieme di norme cui l'ordinamento riconosce una posizione sovraordinata rispetto alla generalità degli altri atti normativi. Costituzione rigida non significa necessariamente costituzione scritta. Bensì riconoscimento di valori fondanti che possono essere modificati solo: uscendo dalla legalità dell'ordinamento, e quindi pregiudicandolo interamente (si parla, a tal proposito, di limiti assoluti alla revisione costituzionale); attraverso procedure di formazione dell'atto normativo diverse da quelle ordinarie (costituite, ad esempio, da una particolare maggioranza parlamentare, oppure dall'approvazione attraverso consultazione diretta del corpo elettorale), previste dalla stessa costituzione.

La giustizia costituzionale, nell'accezione attualmente comune, nasce in Europa nel XX secolo. Nondimeno, la prima verifica giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, in assoluto, viene realizzata negli Stati Uniti da un giudice nel 1803. Anche in Europa, in realtà, già nell'ottocento si era affermato un particolare tipo di giustizia costituzionale: essa era tuttavia finalizzata alla risoluzione dei conflitti di attribuzione tra diversi organi dello Stato, e non riguardava direttamente la conformità delle fonti normative alla costituzione. Così l'art. 113 del-

la costituzione svizzera del 1874 attribuiva al Tribunale federale il potere di procedere alla risoluzione dei conflitti di attribuzione tra Stato e cantoni, e tra cantoni. Una simile procedura era prevista anche dall'ordinamento dell'Impero austro-ungarico.

È solo nel XX secolo che si afferma la giustizia costituzionale intesa come tutela dei diritti costituzionali contro le leggi; nel secolo precedente non erano ancora maturate le condizioni politiche e sociali atte a consentire la nascita di un moderno sistema di giustizia costituzionale. Era ancora prevalente, infatti, una strutturazione politica caratterizzata, nella maggior parte degli Stati, dalla presenza delle monarchie costituzionali: cosicché ad un ceto aristocratico contraddistinto dalla detenzione di grandi proprietà fondiarie, si contrapponeva ancora il ceto cittadino della borghesia, con interessi di tipo imprenditoriale e commerciale. Si trattava di un contesto strettamente dualistico, in cui ciascuno pretendeva di essere il custode dei principi della costituzione; un contesto, quindi, non pluralistico, in quanto tale inidoneo a far nascere un sistema di controllo di costituzionalità delle norme. È tuttavia una situazione precaria, un avvento del principio di democrazia pluralistica, e che costituisce la premessa ideale per la creazione di un sistema di giustizia costituzionale, inteso come strumento di difesa delle minoranze nei confronti di una paventata dittatura della maggioranza, che si esprime anche nei parlamenti. La mentalità odierna, anche comune, associa all'idea di democrazia quella della presenza di un insieme di valori (la costituzione) che non possono essere modificati nemmeno dai poteri dello Stato, e che sono difesi da un apposito organo.

Il sistema di giustizia costituzionale che fa la sua apparizione per la prima volta in Europa nel 1920 (precisamente in Austria e in Cecoslovacchia) contrasta notevolmente con il sistema di giustizia costituzionale americano che si andava abbozzando sulla scorta del precedente *Marbury v. Madison* negli Stati Uniti d'America (ora noto con l'espressione *judicial review*): la Corte Suprema - che non era giudice della costituzionalità, bensì il massimo organo giurisdizionale - per la prima volta disapplicò una legge del Congresso - cioè del parlamento - in quanto costituzionalmente illegittima. La sintetica motivazione è piuttosto significativa dell'esigenza sottesa a tutti i sistemi di giustizia costituzionale, che è una esigenza di democrazia: "o la costituzione è una legge

superiore prevalente, non modificabile con gli strumenti ordinari, oppure è posta sullo stesso livello della legislazione ordinaria, e come le altre leggi è alterabile quando il legislatore ha il piacere di alterarle. Se la prima parte della alternativa è vera, allora una legge contraria a costituzione non è legge; se la seconda parte è vera, allora le costituzioni scritte sono un tentativo assurdo, da parte del popolo, di limitare un potere per sua stessa natura illimitabile”.

La costituzione austriaca del 1920, imitata nello stesso anno dalla costituzione cecoslovacca, agli artt. 139 e 140 attribuiva la facoltà di impugnare le leggi federali e i regolamenti locali rispettivamente al governo federale e a quelli degli Stati membri; in seguito, con revisione del 7 dicembre 1929, si ammise che le supreme magistrature civile e amministrativa potessero sollevare la questione di costituzionalità. Veniva istituita la Corte costituzionale federale, che era l’organo unico ed accentrato cui competeva la soluzione di tali ricorsi.

Si tratta di due sistemi molto diversi per le ragioni che seguono:

- sotto il profilo soggettivo, il sistema americano consente a qualsiasi giudice di effettuare il controllo di costituzionalità, tanto che esso si definisce controllo *diffuso*, mentre il modello europeo nella sua originaria impostazione prevede la competenza esclusiva di un organo *ad hoc* ed è per questo che viene qualificato come controllo *accentrato*;

- sotto il profilo strutturale il modello americano attua un controllo *incidentale* poichè la costituzionalità delle leggi si pone come questione pregiudiziale rispetto alla soluzione di una controversia nell’ambito di un giudizio pendente davanti ad una autorità giurisdizionale con oggetto diverso; diversamente il giudizio di costituzionalità austriaco (e cecoslovacco) è denominato *principale*, in quanto viene esperito con ricorso indipendentemente dall’esistenza di altro giudizio ed al fine di ottenere una verifica astratta della compatibilità della legge impugnata con la costituzione;

- anche sotto il profilo funzionale la differenza tra i due sistemi è di palese evidenza. Ed infatti il modello americano prevede un controllo *dichiarativo*, nel senso che la legge contrastante con il dettato costituzionale non è annullata dal giudice, bensì è dichiarata invalida *ab origine* con effetto retroattivo, ma *inter partes*. Al contrario, il modello au-

striaco contempla un controllo *costitutivo*, con la conseguenza che la legge incostituzionale è abrogata con effetto *ex nunc* ed *erga omnes*.

2. - I predetti due opposti sistemi di giustizia costituzionale trovano il loro naturale retroterra in opposte ragioni politiche, giuridiche ed ideologiche.

Dal punto di vista politico rileva in particolare il principio della separazione dei poteri che in Europa assurge a norma fondamentale nella organizzazione dello Stato. Come corollario di tale principio si afferma il concetto di supremazia del parlamento, al quale si riconosce un potere sovrano nei confronti dello stesso potere regio, storicamente guardato con sfavore in seguito al superamento del periodo assolutista. Il giudice è infatti ancora visto prevalentemente come un funzionario del re e da questi dipendente, quindi un ausiliario del potere oppressore. È la rivoluzione francese che lascia in eredità all'Europa la diffidenza verso il ruolo del giudice per la sua storica connivenza con il potere regio, e la fiducia verso il parlamento elevato alla funzione di vero difensore dei diritti di libertà, fiducia che si tramuta in un vero e proprio *privilegio del legislatore*. Tale privilegio consiste nell'affrancamento delle leggi dal controllo della magistratura ordinaria, che invece vengono affidate al sindacato di un giudice speciale connotato da una composizione frutto di una volontà almeno in parte politica, non proveniente dalla monarchia. Al contrario, il contesto americano guarda con estremo favore al ruolo del giudice inteso come liberatore dalla oppressione del parlamento inglese, il che rappresenta terreno fertile per lo sviluppo di un sistema di giustizia costituzionale di tipo diffuso; d'altronde lo stesso giudice viene designato dal popolo, piuttosto che attraverso una selezione di tipo burocratico.

Dal punto di vista giuridico, l'inesistenza all'interno dei paesi di *civil law* - ossia di tradizione giuridica europeo-continentale, ove la norma è prevalentemente scritta e liberamente interpretabile da ciascun magistrato - del principio dello *stare decisis* - vale a dire del precedente giudiziario vincolante anche per le successive decisioni - gioca un ruolo fondamentale nella nascita di un sistema accentrato di giustizia costituzionale. È facile comprendere infatti come proprio la rilevanza del precedente vincolante rappresenti una sufficiente garanzia

dell'uniforme sindacato di legittimità costituzionale delle leggi. Mancando pertanto nei paesi di *civil law* tale garanzia di uniforme sindacato, si impone un controllo dall'esterno. In altri termini, la vigenza di un sistema di *common law* che impone al giudice di attenersi al precedente giudiziario che pertanto diventa precedente vincolante, rappresenta la base giuridica che facilita la nascita di un sistema diffuso di giustizia costituzionale in cui ogni giudice può legittimamente ergersi a controllore della legittimità delle leggi e dichiararle invalide nel caso in cui dovesse ritenerle contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nel quale opera. L'assenza di una simile regola in ambito europeo non consente la nascita di uguale sistema. Se ogni giudice, in quanto non vincolato al precedente giudiziario, potesse decidere sulla legittimità costituzionale di una legge si rischierebbe di vanificare il principio di certezza del diritto nella sua applicazione: un controllo accentrato, effettuato sempre dallo stesso organo, è garanzia - almeno formale - di uniformità.

Dal punto di vista ideologico, i due sistemi trovano rispettivamente fondamento, in Europa, nel positivismo giuridico cui fa da corollario il principio di legalità basato sul concetto di centralità della legge; e, in America, nel giusnaturalismo che intende la costituzione come tavola di valori immanente aldilà del dato giuridico formale. È interessante rilevare come l'affermazione del sistema di giustizia costituzionale europeo sia coinciso con l'apice dell'opera del giurista austro-ceco Hans Kelsen, principale propugnatore della dottrina liberal-democratica del diritto su base giuspositivista. Mentre la superiorità della costituzione intesa come tavola di valori fa venir meno le ragioni del legislatore, queste ultime, invece, trovano pieno riconoscimento in un sistema imperniato sul principio di legalità, che trova concretezza in un sistema delle fonti di produzione del diritto costituito in forma rigidamente gerarchica (costituzione, legge, consuetudine). In altri termini, ove vige il principio della centralità della legge, quest'ultima rimane in vigore finché non è annullata, mentre laddove predomini un concetto giusnaturalistico di costituzione intesa come tavola di valori appare evidente l'esigenza di una tutela diretta dei diritti soggettivi con conseguente applicazione immediata della costituzione da parte del giudice a discapito della legge incostituzionale. Se esiste un complesso normativo nell'ordine delle cose,

appare necessario che esso venga rispettato anche in presenza di una legge incostituzionale, la quale pertanto andrà dichiarata *ab origine* invalida in quanto incompatibile con la costituzione. Al contrario ove la legge appaia il frutto della volontà dell'uomo legislatore, essa continuerà a rimanere in vigore pur se incostituzionale finché non sarà annullata da un organo che lo stesso legislatore ha legittimato ad esercitare i poteri di annullamento.

L'evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale ha portato nel tempo gli Stati ad adottare nuovi impianti ibridi, in seguito allo svincolarsi dei due sistemi originari dalle ragioni politiche, giuridiche ed ideologiche che ne avevano determinato il sorgere; ma anche alla maggiore circolazione delle idee giuridiche e allo sviluppo del diritto comparato. È così che l'originario sistema di matrice austriaca, terminato il secondo conflitto mondiale e con il dispiegarsi delle democrazie dell'Europa occidentale, risente dell'influsso americano, affiancando al controllo astratto su norme quello concreto che, seppur non consentendo ai giudici di disapplicare la legge ritenuta incostituzionale, tuttavia permette di sospendere il processo per rimettere la questione dinanzi al giudice speciale costituito *ad hoc* che annullerà la norma, anche con effetto retroattivo. Così, in Italia, la costituzione del 1948 (artt. 134-137, legge 9 febbraio 1948 n. 1 e legge 11 marzo 1953 n. 87) ha previsto che, oltre al sindacato in via astratta, i giudici o le parti di un procedimento possano sollevare la questione di costituzionalità avanti alla Corte costituzionale. La legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca del 1949 (artt. 93 e 94) ha istituito un Tribunale costituzionale federale, prevedendo sia l'azione astratta del governo degli Stati federati o di una porzione del parlamento, che l'azione incidentale, con una declaratoria di illegittimità che ha efficacia (al contrario che in Italia) costitutiva (vale a dire retroattiva *ex tunc*); è previsto anche un ricorso individuale di costituzionalità per violazione di diritti costituzionali fondamentali contro atti od omissioni di qualsiasi autorità, una volta esauriti i rimedi giurisdizionali (artt. 90-96 della legge 12 dicembre 1951). La costituzione spagnola del 1948 prevede un Tribunale costituzionale (artt. 159-165), con ricorso in via diretta (anche da parte del Difensore del popolo) o incidentale, nonché il cosiddetto ricorso di "amparo", ricorso in via principale al Tribunale costituzionale, esperibile solo allorché si

assume violato un diritto fondamentale. La costituzione del Portogallo del 1976 (art. 278 e seguenti, come modificati dalla legge di revisione n. 1 del 30 settembre 1982) ha istituito un Tribunale costituzionale che può esercitare anche un controllo preventivo di legittimità; la costituzione greca del 1970 (art. 100) istituisce una Corte suprema speciale che, in via del tutto originale, decide sulla costituzionalità delle leggi quando si siano prodotte decisioni difformi da parte delle supreme magistrature dello Stato (quindi dopo che il controllo di costituzionalità è stato svolto ad opera dei diversi giudici in forma diffusa). La costituzione irlandese del 1937 (art. 34) già attribuiva all'organo al vertice della struttura giudiziaria (Supreme Court) funzioni di controllo accentrato di costituzionalità delle norme. Una scelta generale in favore di un sistema accentrato di controllo della legittimità costituzionale della legge è stata seguita dagli ordinamenti dell'Europa centro-orientale dopo il superamento dei regimi socialisti; il modello del giudice unico è stato adottato anche in altri ordinamenti extraeuropei (Guatemala, costituzione del 1965; Cile, legge di riforma costituzionale del 21 gennaio 1970; Perù, costituzione del 1979; Turchia, costituzione del 1961; Giappone, costituzione del 1946).

Pertanto, la dogmatica giuridica tende attualmente a distinguere come segue i sistemi di giustizia costituzionale:

- *accentrato*, allorché l'esercizio del controllo di costituzionalità è affidato ad un organo apposito; *diffuso*, allorché tutti i giudici possono procedere alla dichiarazione di incostituzionalità della norma, che non viene applicata;

all'interno del controllo accentrato,

- *concreto* (o ricorso in via incidentale o d'eccezione), allorché l'organo apposito procede sulla scorta di un'istanza (che viene definita questione di costituzionalità) avanzata in un giudizio pendente avanti ad un giudice nazionale (cosiddetto giudice *a quo*); *astratto* o diretto (o ricorso in via principale o d'azione), allorché l'organo apposito è investito della verifica di legittimità costituzionale a prescindere dall'esistenza di un giudizio pendente, su iniziativa di soggetti qualificati;

all'interno del controllo astratto o diretto,

- *preventivo*, laddove la verifica abbia luogo prima della promulgazione o dell'entrata in vigore della legge, con eventuale efficacia so-

sponsiva della relativa procedura; *successivo*, allorché la verifica ha luogo successivamente all'entrata in vigore della legge.

3. - Nell'ordinamento sammarinese il percorso normativo che ha condotto alla nascita di un sistema di giustizia costituzionale di tipo europeo prende le mosse dall'art. 16 della legge 8 luglio 1974 n. 59, Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese. Anteriormente a tale legge infatti, non esisteva alcun riferimento normativo all'esistenza o a procedure di controllo della legittimità delle fonti rispetto alla costituzione.

È noto come la Dichiarazione abbia trovato le necessarie indicazioni ed approfondimenti dai lavori della "Commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese", nominata dal Consiglio Grande e Generale nella seduta del 22 maggio 1969, presieduta da Guido Astuti, giudice delle appellazioni della Repubblica e giurista italiano che ha dato un contributo fondamentale (anche) all'ordinamento sammarinese. L'esito dei lavori (*Relazione all'Eccellentissimo Consiglio Grande e Generale della Repubblica di San Marino della Commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese*, Roma, 1972) invero sconsigliava l'adozione di "un sistema di costituzione rigida [...] con valore vincolante per il legislatore". L'art. 16 della Dichiarazione ha disposto che "le disposizioni della presente dichiarazione possono essere oggetto di revisione da parte del Consiglio Grande e Generale solo con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. I giudici sono tenuti ad osservare i principi della presente dichiarazione nella interpretazione ed applicazione del diritto. Qualora la legittimità di una norma sia dubbia o controversa, il giudice può chiedere al Consiglio Grande e Generale che si esprima, sentito il parere di esperti". Nell'attribuire una qualche rigidità ad una ben specificata fonte dell'ordinamento sammarinese – la medesima Dichiarazione – si enuclea anche una procedura di controllo della rispondenza delle altre fonti: in altri termini, è abbozzato un sistema di controllo della costituzionalità delle norme.

L'originalità della soluzione adottata ricalca l'originalità della vicenda sammarinese e del suo sistema giuridico. Provando a classificare il sistema con i criteri riferiti al paragrafo che precede ci si rende conto

dell'insufficienza degli stessi: il controllo appare infatti accentrato - vi provvede un unico e solo organo, il Consiglio Grande e Generale - ma allo stesso tempo diffuso - tutti i giudici sono tenuti ad osservare i principi della costituzione non solo nell'interpretazione, ma anche nell'*applicazione* del diritto. Esiste un organo individuato che deve occuparsi del controllo, il quale tuttavia né svolge tale funzione come prevalente (come accade per le corti o tribunali costituzionali), né appartiene al potere giudiziario (non si tratta infatti del massimo organo giudicante, al vertice del potere giudiziario, come avviene in Irlanda o in Giappone). È stato dottamente rilevato che l'assetto concretamente scaturito dalla legge attenua in modo rilevante la rigidità della Dichiarazione dei diritti (S. Caprioli). La funzione di controllo è infatti attribuita allo stesso organo che emette la legge soggetta alla verifica costituzionale. Inoltre, la legge 19 gennaio 1989 n. 4 (che ha dato attuazione all'art. 16, comma 2 della Dichiarazione, prevedendo che il Consiglio Grande e Generale rimetta ad un esperto in diritto, designato all'inizio di ogni legislatura, la questione per l'espressione di un parere, che potrà essere accolto o meno) ha previsto la maggioranza semplice per la deliberazione in ordine all'accoglimento o alla ripulsa del parere espresso dall'esperto in diritto, piuttosto che quella maggioranza qualificata prescritta dall'art. 16 comma 1 della Dichiarazione, necessaria per la modifica delle sue stesse disposizioni. Si tratta di una considerazione che ha portato a scrivere che "il carattere aggravato del procedimento di revisione di quel testo [la Dichiarazione dei diritti ante 2002, ndr] appare ininfluenza nella qualificazione del sindacato di costituzionalità; ancor più per il fatto che è proprio l'organo di revisione a dover assumere il compito di 'esprimersi' sulla circostanza della 'dubbia e controversa' compatibilità delle norme costituzionali previste dalla Dichiarazione stessa. In realtà, la rappresentanza parlamentare, ma più esplicitamente bisogna dire la sua maggioranza, è investita di una sorta di 'competenza delle competenze' (*Kompetenz-Kompetenz*) 'autoreferenziale' riflessa cioè sulla propria produzione normativa, nei cui confronti essa può indossare le vesti di giudice e di parte interessata alla controversia costituzionale [...] l'assenza di una giurisdizionalizzazione separata del sindacato di costituzionalità conferisce all'organo parlamentare una potestà di auto interpretazione della volontà normativa, sulla quale anche la richiesta

di intervento da parte dei giudici traduce una semplice ‘istanza’, più vicina alle petizioni politiche che non al *petitum* processuale” (CARDUCCI, *Il controllo di costituzionalità vigente. L’articolo 16 comma 2 della Dichiarazione dei Diritti*, in *Un collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino*, a cura di Guido Guidi, 2000, pag. 66 e pag. 67). E che può effettivamente portare a deporre per una classificazione della costituzione sammarinese – dell’epoca - con forte caratterizzazione monista (unicità del centro di potere: C. Buscarini). Risulta sottolineato, in questa maniera, il primario rilievo che il sistema di giustizia costituzionale svolge rispetto alle opzioni politiche, rappresentando un elemento determinante del bilanciamento dei poteri dei diversi organi dello Stato.

La peculiare situazione della forma di controllo accentrato non deve tuttavia oscurare il ruolo che la stessa Dichiarazione attribuisce al giudice; risaltando il controllo di tipo diffuso. L’art. 16, infatti, consente all’operatore giuridico interno per eccellenza - cioè all’organo dello Stato chiamato ad accertare l’applicazione della legge ai casi concreti - di non applicare la norma che ritiene costituzionale (cosiddetto potere-dovere di non applicazione della norma costituzionalmente illegittima), da un lato, e, dall’altro, di interpretare il quadro giuridico esistente alla luce dei principi contenuti nella Dichiarazione, scegliendo tra le diverse opzioni esegetiche plausibili da un punto di vista tecnico quella più confacente alle norme costituzionali (cosiddetto potere-dovere di interpretazione costituzionale). Ecco pertanto che l’aspetto di controllo diffuso sembra assumere una funzione prevalente rispetto a quello accentrato. L’applicazione concreta della legge n. 4 dell’anno 1989 non ha dato luogo a numerosi casi di controllo accentrato presso il Consiglio Grande e Generale; mentre la giurisprudenza - vale a dire l’insieme delle decisioni emesse dalla magistratura nelle singole cause - ha citato ripetutamente le norme della Dichiarazione.

La legge 26 febbraio 2002 n. 36, nell’ambito di una generale revisione della Dichiarazione dei diritti, introduce un nuovo articolo 16 che risponde anzitutto e principalmente alla istanza di tenere distinto l’organo legislativo dall’organo di controllo della costituzionalità delle norme: “è istituito il Collegio Garante della costituzionalità delle norme. Esso è composto di tre membri effettivi e di tre membri supplenti

[...] Il Collegio Garante: a) verifica, su richiesta diretta di almeno venti consiglieri, del Congresso di Stato, di cinque Giunte di Castello, di un numero di cittadini elettori rappresentanti almeno l'1,5% del corpo elettorale quale risultante dall'ultima e definitiva revisione annuale delle liste elettorali, nonché nell'ambito di giudizi pendenti presso i tribunali della Repubblica, su richiesta dei giudici o delle parti in causa, la rispondenza delle leggi, degli atti aventi forza di legge a contenuto normativo, nonché delle norme anche consuetudinarie aventi forza di legge, ai principi fondamentali dell'ordinamento di cui alla presente legge o da questa richiamati". Viene quindi introdotto un sistema di giustizia costituzionale che è agevolmente inquadrabile nella distinzione svolta dalla dottrina costituzionalistica europea: si tratta infatti di un controllo accentrato, concreto ed astratto, successivo. Il legame tra organo legislativo e organo di controllo rimane con esclusivo riferimento al momento operativo: i membri del Collegio Garante sono infatti eletti dal medesimo Consiglio Grande e Generale, ma godono di sufficienti garanzie di stabilità nel termine dell'incarico. Parimenti, il controllo diffuso perde il ruolo primario precedentemente svolto: il giudice, fermo restando il potere-dovere di interpretazione dell'ordinamento giuridico alla luce delle norme costituzionali, non può più procedere alla diretta disapplicazione della norma che ritenga costituzionalmente illegittima, ma deve rimettere la questione di costituzionalità all'organo previsto *ad hoc*. È un ulteriore passo di decisivo avvicinamento - o, in chiave critica, di mimesi - rispetto ai modelli europei di giustizia costituzionale. La riforma del 2002 rappresenta quindi una evoluzione di rilievo, ma non una completa soluzione di continuità, fra due sistemi di giustizia costituzionale contrapposti: prima il sistema è prevalentemente di tipo diffuso, potendo il giudice di merito procedere direttamente alla disapplicazione della norma illegittima; dopo, il sistema è esclusivamente di tipo accentrato, fermo restando il dovere di interpretazione costituzionale dell'ordinamento.

4. - La legge n. 36 dell'anno 2002 trova concreta attuazione ad opera della successiva legge qualificata 25 aprile 2003, n. 55 che introduce, con l'art. 11, un sistema di giustizia costituzionale tipico dei paesi di *civil law* - cioè di tradizione europea-continentale - con doppia tipo-

logia di sindacato costituzionale, in via diretta ed in via incidentale. Proprio la verifica di costituzionalità in via diretta (o astratta) costituisce una novità di rilievo assoluto per l'ordinamento sammarinese.

La puntuale disciplina a livello procedimentale è contenuta nell'art. 12 della legge n. 55 sopraddetta. Il comma 1 della norma rappresenta sostanzialmente una ripetizione dei soggetti legittimati a proporla, già individuati nel comma 3 dell'art. 16 della novellata Dichiarazione dei diritti: venti membri del Consiglio Grande e Generale, il Congresso di Stato, cinque Giunte di Castello, 1,5% del corpo elettorale. I commi successivi definiscono la fase procedimentale del giudizio dinanzi al Collegio Garante. Tale giudizio ha inizio con il deposito del ricorso presso l'ufficio di cancelleria del Collegio, che, nell'ipotesi di impugnazione di leggi ovvero di atti aventi forza di legge, deve avvenire entro il termine di quarantacinque giorni dalla pubblicazione *ad valvas* dei succitati atti normativi, a pena di decadenza. Il contenuto imprescindibile del ricorso è costituito in primo luogo dalle norme che si ritengono illegittime, le quali dovranno essere indicate in maniera chiara e analitica, nonché dalle norme della Dichiarazione dei diritti che si assumono violate. Una particolare indicazione è richiesta nell'ipotesi in cui la verifica sia proposta dal corpo elettorale, essendo necessaria, oltre alla sottoscrizione dei promotori, altresì l'indicazione del rappresentante cui far pervenire le comunicazioni e le notificazioni degli atti processuali. Al ricorso in tal caso dovranno essere allegati i fogli contenenti le firme autenticate dei promotori. Seguirà poi il controllo della Cancelleria del Collegio Garante presso l'Ufficio di Stato Civile al fine di verificare l'iscrizione dei firmatari nelle liste elettorali.

Una volta depositato, il ricorso viene pubblicato *ad valvas* e sul Bollettino Ufficiale a cura del Presidente del Collegio Garante, il quale entro i dieci giorni successivi, con provvedimento notificato ai ricorrenti, fissa la data dell'udienza di discussione nella quale saranno sostenute le ragioni della incostituzionalità delle norme impugnate.

L'art. 14 della legge n. 55/2003 disciplina la fase della discussione e quella successiva della decisione, precisando che la discussione si svolge oralmente, nel rispetto del principio del contraddittorio, il che significa che deve essere garantito il diritto di difendere la tesi della costituzionalità della legge sottoposta a verifica. La decisione viene presa

dal Collegio Garante in camera di consiglio entro due mesi. Nella specie vale la pena precisare che il mancato rispetto di tale termine, indicato espressamente come perentorio, determinerebbe l'impossibilità del Collegio di decidere validamente sulla questione. È una situazione che si presta ad osservazioni critiche, non risultando plausibile far ricadere sui ricorrenti gli effetti negativi di un eventuale ritardo nella decisione da parte dell'organo giudicante; sembra piuttosto che il legislatore abbia voluto sottolineare la responsabilità del Collegio, in ragione della primaria importanza della funzione svolta.

Nei ricorsi in via diretta, non esistendo il filtro del giudice *a quo* che ha il compito all'interno dei giudizi in via incidentale di deflazionare il numero delle verifiche dichiarando inammissibili i ricorsi manifestamente infondati, tale compito è affidato allo stesso Collegio Garante, che vi provvede con ordinanza.

Laddove il ricorso è accolto, il Collegio con sentenza dichiara le disposizioni impugnate illegittime. Nell'art. 14 non è precisato se tale dichiarazione di illegittimità abbia effetto retroattivo. Vi ha infatti già provveduto l'ultimo comma dell'art. 16 della riforma del 2002, stabilendo una efficacia *ex nunc* - quindi dichiarativa, non costitutiva - dell'effetto di annullamento della norma, peraltro differito di sei mesi; entro tale termine "il Consiglio Grande e Generale può legiferare sulla materia in conformità alle decisioni di incostituzionalità".

5. - Il nuovo sistema presenta comunque l'elemento fondamentale del sistema di giustizia costituzionale europeo: esiste il cosiddetto privilegio del legislatore anche nel modello sammarinese, dal momento che la sorte della legge è sottratta alla volontà esclusiva del giudice ordinario. La legge rimane obbligatoria per tutti i giudici finché non è dichiarata incostituzionale dall'organo esclusivamente competente a controllarne i vizi. In quest'ottica si inserisce il sindacato di legittimità costituzionale in via diretta, per come disciplinato dagli artt. 12 e 14 della legge n. 55, nel quale non ha alcun rilievo il ruolo del giudice ordinario. Nondimeno, tale privilegio del legislatore deve in ogni caso ritenersi in qualche modo attenuato dal riconoscimento di un ruolo al giudice ordinario. Sotto il profilo strutturale è ammessa quindi la compresenza di un giudizio in via incidentale e di un giudizio in via diretta.

Si può anzitutto rimarcare come si sia inteso introdurre un controllo meramente successivo, a conferma - oltre che del privilegio appena sopra detto - della sovranità prevalente del Consiglio Grande e Generale e quindi del legislatore. Infatti, il ricorso diretto e non mediato al Collegio Garante può intervenire solo allorché la legge sia stata approvata; non invece nel corso del procedimento di approvazione o anteriormente alla promulgazione, né - è da ritenere - prima della sua entrata in vigore (“i ricorsi devono essere presentati entro il termine perentorio di quarantacinque giorni correnti dalla pubblicazione *ad valvas* della legge”; cfr. art. 12, comma 2 della legge qualificata 25 aprile 2003 n. 55; oggetto del ricorso sono “le legge, gli atti aventi forza di legge a contenuto normativo, le norme anche consuetudinarie aventi forza di legge” - cfr. art. 16, comma 3 della Dichiarazione dei diritti - e quindi non l’atto formale bensì la norma sostanziale in quanto diritto vigente; la dottrina prevalente italiana è - ovviamente con riferimento a quell’ordinamento - invece diversamente orientata). L’esercizio del potere sovrano dello Stato - che ha il suo centro nella funzione legislativa esercitata dal Consiglio Grande e Generale - è comunque immediatamente efficace, e non può essere condizionato o ritardato da alcuna iniziativa o potere diversi da quelli endogeni: “ammettere un’impugnativa di carattere preventivo nei confronti degli atti legislativi statali avrebbe equivalso a consentire una indebita ingerenza nell’ambito dello Stato, ente sovrano”. Si può notare come, a conferma della necessaria supremazia dell’ordinamento promanante dallo Stato, alcuni ordinamenti prevedano la possibilità di ricorsi preventivi solo nei riguardi degli atti normativi di enti locali diversi dallo Stato, esperibili dallo Stato medesimo (cfr. art. 127, comma 4 della Costituzione italiana con riferimento alle leggi regionali, anteriormente alla novella introdotta con la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3).

L’applicazione di un termine perentorio entro il quale svolgere il ricorso in via diretta - che risulta quindi inibito una volta decorso - rafforza la posizione del legislatore: ma corrisponde alla primaria esigenza di stabilità del quadro giuridico e di certezza del diritto. Tanto è vero che - come detto al termine del paragrafo che precede - ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti l’annullamento

della norma illegittima ha efficacia *ex nunc* e decorre a fare data dal sesto mese successivo alla pronuncia.

Si deve però rilevare che a distanza di cinque anni dall'insediamento del Collegio Garante della costituzionalità delle norme non risulta ancora essere stato presentato alcun ricorso in via diretta. Circo- stanza effettivamente singolare, se si considera che tale azione è concessa dall'art. 16 della Dichiarazione a diversi attori istituzionali: membri del Consiglio Grande e Generale, Congresso di Stato, Giunte di Castello, corpo elettorale. Da ultimo, l'art. 1 della legge qualificata 28 aprile 2005 n. 62 ha provveduto alla modifica dell'art. 12 della legge qualificata 25 aprile 2003 n. 55, introducendo il diritto di azione diretta al Collegio Garante per la verifica della legittimità costituzionale delle leggi altresì alla Commissione per le pari opportunità, istituita con la legge 25 febbraio 2004 n. 26 “nell'intento di assicurare la piena realizzazione del principio di cui all'art. 4” della Dichiarazione dei diritti e “allo scopo di promuovere e garantire la piena parità giuridica e le pari opportunità tra tutti i cittadini” (art. 1; importante notare che “i membri della Commissione non possono essere membri del Consiglio Grande e Generale”, art. 3, comma 3).

Attraverso questa ampia possibilità di ricorso il legislatore ha inteso riconoscere uno strumento che caratterizzi in concreto la legge fondamentale come strumento di difesa avverso gli eventuali abusi della contingente maggioranza politica. Da un primo punto di vista, non è necessario il vaglio di non manifesta infondatezza del giudice *a quo* di cui al ricorso in via incidentale, che costituisce comunque un filtro di accesso al Collegio Garante la cui pervasività dipende in concreto dalla sensibilità del magistrato, ma anche dalla giurisprudenza prevalente, nella quale - soprattutto in un sistema di ridotte dimensioni - potrebbero anche trovare, in modo unanime, legittima espressione indirizzi di tipo ideologico. Non è priva di senso concreto la deduzione per cui, in forza del potere di interdizione comunque spettante al giudice del processo principale attraverso il vaglio della non manifesta infondatezza, è questi il vero titolare dell'impulso processuale indispensabile all'accesso alla giustizia costituzionale. Da un secondo punto di vista, esistono atti di carattere normativo che contengono discipline non sempre riconducibili a situazioni giuridiche soggettive di privati (si pensi, ad esempio,

alle norme che regolano il funzionamento degli enti locali o di altri organismi), tali per cui l'impugnazione in via incidentale all'interno di un "giudizio pendente" è difficilmente configurabile.

Da un terzo punto di vista - che è quello di maggiore importanza - l'attribuzione dell'azione diretta avanti al giudice delle leggi, oltre che alla minoranza consigliare, altresì al corpo elettorale ed alla Commissione per le pari opportunità consente di attribuire rilievo ad interessi particolari e specifici, ancora più determinati e aventi una imputazione soggettiva diversa da quella della mera opposizione politica. Ciò è tanto più vero allorché si considerino le dimensioni del corpo elettorale sammarinese; tali per cui la percentuale richiesta (1,5%) corrisponde a circa cinquecento elettori. Numero esiguo che può essere veramente portatore di un interesse particolare (territoriale, ideologico, economico o corporativo, religioso, culturale), che, se violato misconosciuto o non tutelato per mezzo di un atto avente forza di legge, gode così direttamente della facoltà di ricorso al sindacato di legittimità costituzionale. Proprio questo aspetto avrebbe fatto propendere per un più ampio utilizzo di tale strumento giurisdizionale, che invece non pare essere stato colto dalla società civile. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle recenti vicende relative alla titolarità o all'esercizio del diritto di voto in capo ai cittadini residenti all'estero, quale gruppo portatore appunto di un interesse particolare, avendo la legge differenziato la posizione degli stessi rispetto a quella degli elettori residenti (l'art. 12 della legge qualificata 5 agosto 2008 n. 1 ha stabilito che gli elettori residenti all'estero esprimono esclusivamente il voto di lista o coalizione, e non anche quello di preferenza). Nonostante l'emersione di un forte contrasto rispetto alle determinazioni assunte dalla legge, e la rivendica della loro illegittimità in quanto discriminatorie, non è stato avanzato alcun ricorso al Collegio Garante; anzi, nella prima ipotesi, si è invece proceduto alla instaurazione di giudizi di merito, sollevando in quella sede la questione incidentale di legittimità costituzionale, che è stata quindi sottoposta al vaglio del magistrato del giudizio principale.

L'attribuzione dell'azione diretta altresì alla Commissione per le pari opportunità si colloca invece nella recente tendenza della legislazione sammarinese, che evidenzia una particolare attenzione al tema della non discriminazione. Tendenza avviata attraverso la riforma del-

lo stesso art. 4 della Dichiarazione dei diritti - che nella sua stesura originaria non conteneva il riferimento al genere sessuale (si vedano l'art. 1 della legge 19 settembre 2000 n. 95 e l'art. 5 della legge 26 febbraio 2002 n. 36, determinanti la modifica dell'art. 1 della legge sulla cittadinanza n. 114 dell'anno 2000, avvenuta ad opera della legge 17 giugno 2004 n. 84) - e proseguita con la coraggiosa ratifica del protocollo n. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (avvenuta con decreto 18 marzo 2003, n. 30), la cui applicazione - proprio quale norma di rilievo costituzionale ed in forza di quanto stabilito dall'art. 1 della Dichiarazione dei diritti - si sta affacciando nella locale giurisprudenza (in materia matrimoniale, in materia elettorale e in materia di libertà sindacale).

# IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALI IL RUOLO DEL GIUDICE ORDINARIO NEL CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ DELLE NORME

---

## DI LAMBERTO EMILIANI

GIUDICE DELLA TERZA ISTANZA IN MATERIA PENALE

1. La *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese* è la legge fondamentale della Repubblica, con efficacia giuridica superiore a quella delle altre leggi. Il suo testo vigente (coordinato con decreto 8 luglio 2002 n. 79) deriva dalla legge 8 luglio 1974 n. 59, modificata con leggi 19 settembre 2000 n. 95 e 26 febbraio 2002 n. 36. Essa stabilisce che il *Collegio Garante* verifica la rispondenza delle leggi e delle singole norme di legge ai principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese, espressi dalla stessa Dichiarazione o da questa richiamati. Dunque in questa Repubblica il *sindacato di legittimità costituzionale* (o giudizio di costituzionalità) e i conseguenti provvedimenti spettano ad un organo appositamente costituito quale “tribunale costituzionale” e denominato *Collegio Garante della costituzionalità delle norme*. E però il Collegio non ha potere di iniziativa e può intraprendere il giudizio soltanto su richiesta di altri soggetti costituzionali, ai quali pertanto in qualche modo spetta egualmente il sindacato. Questi sono: il Consiglio Grande e Generale (almeno venti Consiglieri), il Congresso di Stato, le Giunte di Castello (almeno cinque), i cittadini elettori (almeno l'1,5% del corpo elettorale), i giudici della Repubblica (per decisione autonoma o derivata da istanza di una delle *parti in causa*). Quest'ultima espressione (*parti in causa*) corrisponde al testo dell'art. 16 (comma 3 lettera a) della Dichiarazione (come da art. 7 della legge n. 36 del 2002); l'art. 13 comma 1 della legge n. 55 del 2003 sul Collegio Garante usa l'espressione “*dalle parti o dal Procuratore del Fisco*”: da ciò si ricava che il Procuratore del Fisco va compreso fra le *parti in causa* ed ha facoltà di promuovere il giudizio di

legittimità costituzionale (e di intervenire nel giudizio promosso da altri) ma soltanto se interessato per legge alla causa. Egli interviene per legge in tutte le cause penali e in alcune cause civili come rappresentante dello Stato: è parte pubblica (pubblico ministero) mentre parti private sono l'attore e il convenuto nei giudizi civili, l'imputato e la persona offesa o danneggiata in quelli penali. Per chiarezza e semplicità conviene dire "le parti o il Procuratore del Fisco" anche se, a rigore, basterebbe dire "le parti", "ad istanza di parte", ecc.

Gli artt. 11, 12, 13 e 14 della legge qualificata 25 aprile 2003 n. 55 sul Collegio Garante (e anche gli artt. 26 e seguenti, 34 e seguenti del regolamento generale del Collegio 24 marzo 2004 n. 1) forniscono la disciplina della procedura attraverso la quale inizia e si svolge il giudizio di costituzionalità, fino alle sue possibili conclusioni. Queste norme definiscono *sindacato in via diretta* la verifica di legittimità costituzionale richiesta da almeno venti Consiglieri, dal Congresso di Stato, da cinque Giunte di Castello, da un numero di cittadini elettori che rappresenti almeno l'1,5% del corpo elettorale; definiscono *sindacato in via incidentale* la verifica di legittimità costituzionale richiesta dai giudici nell'ambito di giudizi pendenti presso gli organi giurisdizionali della Repubblica. Come si è detto, i giudici promuovono il sindacato di costituzionalità di propria iniziativa (d'ufficio) o accogliendo la richiesta di una delle parti o del Procuratore del Fisco.

Questa ricerca è limitata al ruolo del giudice ordinario nel sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale. Essa perciò riguarda l'avvio della procedura di sindacato, il potere di iniziativa riservato al giudice, le facoltà che competono alle parti e al Procuratore del Fisco. Esula da questa ricerca l'analisi della procedura attraverso la quale il Collegio dà un seguito alle iniziative assunte dal giudice: riceve gli atti, ammette (o non ammette) il giudizio, organizza il contraddittorio e perviene a decisione.

2. - Le norme che forniscono la struttura portante del sindacato di costituzionalità in via incidentale non pongono limiti temporali all'avvio del giudizio costituzionale, ma esigono che l'incidente sia sollevato "nell'ambito di giudizi pendenti". Qui *giudizio* è sinonimo di processo, causa, procedimento. Il giudizio può essere civile, penale o amministra-

tivo. È *pendente* quando è in corso, in via di svolgimento: sindacato *incidentale* vuol dire, infatti, che si inserisce accessoriamente in un procedimento *interrompendone* il corso.

La questione di costituzionalità può essere sollevata per tutto il tempo in cui il giudizio è pendente. Può essere proposta e in certi casi riproposta in qualsiasi momento, stato e grado del processo: cioè in primo grado, in appello, nella terza istanza, in grado straordinario o in sede di revisione; nella fase istruttoria, in quella della decisione o dell'esecuzione. Anche nell'ultimo intervento di parte o nell'ultimo atto del giudice prima della conclusione del processo. Non fanno eccezione i procedimenti per rogatoria internazionale in materia civile o penale, le procedure concorsuali (fallimenti, concordati), quelle di volontaria giurisdizione o concernenti le adozioni internazionali, quelle riguardanti le società.

Altrettanto importante è una seconda osservazione. Il sindacato in via *incidentale* può essere richiesto soltanto dal giudice davanti al quale si viene svolgendo un giudizio (che prende nome di *giudizio principale*). Soltanto il giudice può rivolgersi al Collegio Garante per chiedere la verifica di legittimità costituzionale di una norma. Le parti e il Procuratore del Fisco accedono alla giustizia costituzionale mediante apposita istanza scritta, indirizzata al giudice del processo principale e contenente chiara indicazione tanto delle disposizioni di legge di cui ritengono dubbia o controversa la legittimità costituzionale quanto dei principi e delle disposizioni della Dichiarazione che assumono violati. L'istanza, depositata negli atti del processo, va notificata a cura del ricorrente "ad ogni interessato" (da intendere: ai soggetti del processo principale e ad altri, di norma all'Avvocatura dello Stato per il Governo e per la Camera della Repubblica); eseguite tutte le notifiche, il giudice assegna alle parti (e al Procuratore del Fisco, se è *parte*) venti giorni correnti per presentare memorie e deduzioni, dopo di che emette l'ordinanza con la quale ammette o non ammette l'incidente di incostituzionalità.

Quando procede di sua iniziativa (cioè quando solleva *d'ufficio* questione di incostituzionalità di una norma) il giudice non è tenuto a informare preventivamente le parti e il Procuratore del Fisco, a sentirne il parere, ad assegnare termini. Ma può farlo, se lo ritiene.

L'ordinanza del giudice (sollevi d'ufficio questione di incostituzionalità o provveda sulla domanda di altri per ammetterla in tutto o in parte o per respingerla) deve comunque essere notificata alle parti (e al Procuratore del Fisco ma soltanto se interessato per legge alla causa).

Quando procede d'ufficio, e quando accoglie la richiesta di verifica avanzata da altri, il giudice rimette gli atti del processo principale al Collegio Garante per il giudizio incidentale di costituzionalità: perciò è tenuto a disporre che l'*ordinanza di rimessione* sia senz'altro trasmessa, insieme al fascicolo processuale, al Collegio Garante. Il giudizio rimane sospeso dalla data del provvedimento di rimessione sino al giorno in cui gli atti sono restituiti.

Al Collegio compete un giudizio preliminare di ricevibilità: in altri termini, deve verificare che l'ordinanza del giudice sia conforme alle disposizioni di legge sul sindacato delle norme in via incidentale; qualora il Collegio riscontri vizi che determinano irricevibilità dell'ordinanza, rinvia al giudice *remittente* segnalandogli queste irregolarità.

3. - Ora va detto di una serie di regole di particolare importanza, perché qualificano e danno carattere peculiare al ruolo del giudice ordinario nel processo costituzionale. Parliamo in primo luogo dell'ordinanza detta "del giudice *a quo*" (cioè del giudice *dal quale* proviene l'inizio del giudizio di costituzionalità). Come si è detto, è l'ordinanza che il giudice della causa principale emette sulla *verifica di legittimità costituzionale di una norma*. Cioè: (a) per promuoverla d'ufficio, (b) per ammetterla riconoscendo la pertinenza, la rilevanza e l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata da una delle parti o dal Procuratore del Fisco, (c) per non ammetterla, giudicando infondata l'istanza di parte o del Procuratore del Fisco. In definitiva è l'ordinanza con la quale il giudice ordinario, nell'ambito di un processo in corso, promuove d'ufficio questione di costituzionalità di una norma davanti al Collegio Garante, oppure accoglie o respinge la richiesta in tal senso di una delle parti o del Procuratore del Fisco.

Una prima regola è quella per cui il giudice "non ammette i ricorsi manifestamente infondati". Questo vuol dire che deve farsi carico di accertare che l'azione intrapresa da una delle parti o dal Procuratore del Fisco si basi su buone ragioni di diritto; ma vuol dire anche che il

giudice deve fornire buone ragioni di diritto all'azione ch'egli stesso intenda assumere in maniera autonoma, sollevando d'ufficio questione di legittimità costituzionale. Nell'un caso e nell'altro - decida dell'istanza di parte, per accoglierla o respingerla, o presenti e illustri l'iniziativa assunta d'ufficio - il giudice darà ampia motivazione di quanto deciso. Ma si faccia attenzione: il giudizio costituzionale in via *incidentale* non è ammesso se la questione di costituzionalità non è rilevante nel giudizio ordinario *principale*, tanto da influire in maniera determinante sul suo esito. In altre parole, la questione sollevata deve riguardare una norma *pertinente al giudizio e rilevante nella sua decisione*. Pertinenza e rilevanza della norma sussistono quando il processo ordinario non può essere definito senza l'applicazione di quella norma. Di qui una conseguenza importante: poiché il giudizio incidentale riguarda la fondatezza o infondatezza di una questione di legittimità costituzionale sorta nel corso di un processo ordinario e in questo processo ben radicata, ogni altra questione, per quanto fondata in astratto, non può essere portata davanti al Collegio Garante con la procedura del sindacato incidentale: la questione *non pertinente*, e la questione *pertinente ma irrilevante* (vale a dire che ha poca o nessuna importanza in quel particolare processo ordinario in corso) non possono dar luogo a sindacato incidentale. Va detto però che il collegamento tra questione di costituzionalità e processo ordinario in corso - per cui la questione di costituzionalità deve essere pertinente all'oggetto del processo ordinario e rilevante sul suo esito - è particolarmente intenso, sicché la valutazione della pertinenza e rilevanza effettuata dal giudice "remittente" è tutt'altro che insindacabile da parte del Collegio, nel giudizio preliminare di ricevibilità e nella pronuncia di merito.

Una seconda regola di rilievo è quella per cui la dichiarazione di inammissibilità contenuta nell'ordinanza del giudice non impedisce la riproposizione della stessa istanza "negli altri gradi del giudizio" (cioè davanti agli altri giudici che via via si occuperanno dello stesso processo: art. 13, comma 5, della legge qualificata n. 55 del 2003). In altri termini, l'ordinanza di inammissibilità non fa stato nelle ulteriori fasi del processo ordinario. E tanto meno può far stato - e rappresentare giurisprudenza vincolante - "in procedimenti diversi". Invece, quando una

questione di legittimità costituzionale sia stata sollevata e definita in via *diretta*, la questione non è riproponibile in via *incidentale*.

Terza regola. Si è detto che la verifica di legittimità costituzionale può essere chiesta per la prima volta in ogni fase o grado del giudizio, e che la questione dichiarata manifestamente infondata può essere riproposta nella fase successiva dello stesso giudizio. Bene, ma vanno fatte due osservazioni:

1) occorre che il giudizio *principale* (processo ordinario in corso) risulti in ogni caso validamente instaurato. Per essere chiari: se risulta che il giudizio principale, fin dall'inizio o nella fase in via di svolgimento, è stato promosso al di fuori delle previsioni e degli schemi di legge (per esempio, un appello proposto fuori termine), tanto che il giudice si trovi carente di giurisdizione, questa carenza di giurisdizione impedisce al giudice di iniziare qualsiasi giudizio *accessorio* di costituzionalità, il quale pertanto non può essere ammesso. Si tratta di una semplice conseguenza dell'indole incidentale del sindacato previsto e disciplinato dall'art. 13 della legge qualificata n. 55 del 2003;

2) secondo un principio che non è scritto nelle norme ma è egualmente chiaro nella costruzione del legislatore, l'ordinanza del giudice *a quo* non è impugnabile né reclamabile né soggetta a qualsivoglia gravame, e non può quindi pervenire alla fase d'appello e alla terza istanza. Altrimenti non avrebbe senso la norma per cui, in caso di rigetto, la richiesta di sindacato in via incidentale può essere riproposta negli altri gradi del procedimento; e non avrebbero senso la norma per cui l'ordinanza con la quale il giudice promuove d'ufficio o ammette l'istanza di verifica di costituzionalità deve essere *senz'altro* trasmessa insieme al fascicolo processuale al Collegio Garante per essere sottoposta a giudizio preliminare, e la norma che attribuisce all'ordinanza di rimessione l'efficacia di sospendere *immediatamente* il giudizio principale (art. 13, comma 6, della legge qualificata n. 55 del 2003).

4. - Questo è il sistema vigente nell'ordinamento sammarinese. Esso non è diverso da quello di altri Stati, in primo luogo l'Italia, ma segue un processo di formazione proprio, che ne caratterizza in modo particolare i tratti salienti. Bisogna infatti ricordare che secondo il testo originario della Dichiarazione dei diritti (art. 16, comma 2) “*i giudici sono*

*tenuti ad osservare i principi della presente Dichiarazione nella interpretazione ed applicazione del diritto. Qualora la legittimità di una norma sia dubbia o controversa, il giudice può chiedere al Consiglio Grande e Generale che si esprima, sentito il parere di esperti".* Con un sistema congegnato in tal modo l'ordinamento assegna ai singoli giudici ordinari l'obbligo e al tempo stesso l'autorità ossia il pieno ed esclusivo diritto-dovere di *sindacato di costituzionalità*. E quindi ogni giudice può con la sua sentenza negare applicazione alla norma ritenuta illegittima, oppure, al contrario, attestarne la rispondenza ai principi fondamentali dell'ordinamento, o ancora superare il dubbio di legittimità della norma con l'impiego di un procedimento di *interpretazione costituzionale*. Quando la legittimità di una norma sia dubbia o controversa, il giudice *può* anche in questo caso decidere direttamente; sempre che discrezionalmente non ritenga di chiedere al Consiglio Grande e Generale "che si esprima, sentito il parere di esperti".

Si realizza così un sistema di *controllo giurisdizionale diffuso* in cui ogni giudice è chiamato a verificare la costituzionalità delle norme che nel caso concreto è chiamato ad applicare; col conseguente potere-dovere di non applicare al caso le norme ch'egli giudica incompatibili rispetto ai principi. Il giudice non ha tuttavia il potere di *annullare* queste norme sicché ogni altro giudice è abilitato a riesaminare la questione, con la possibilità di evidenti contrasti giurisprudenziali almeno finché non si formi un orientamento condiviso o non intervenga una modifica del testo legislativo.

La legge 19 gennaio 1989 n. 4 non ha introdotto un diverso sistema di controllo della legittimità costituzionale delle leggi. Essa infatti non ha apportato modifiche al secondo comma dell'art. 16 della Dichiarazione ma, realizzando quel processo di formazione del diritto per stratificazioni successive che rappresenta un tratto caratteristico dell'ordinamento sammarinese, ha fornito la "regolamentazione" del giudizio di cui viene investito il Consiglio Grande e Generale, per volontà e su richiesta del giudice, quando la legittimità costituzionale di una norma sia dubbia o controversa.

Dunque la legge del 1989 non ha privato il giudice del potere e dell'obbligo di *non-applicazione diretta della norma incompatibile*, né del potere-dovere di *interpretazione costituzionale* ossia di inter-

pretare in modo autonomo le norme alla luce dei principi della Dichiarazione, accogliendo o no gli orientamenti già espressi da altri giudici e concorrendo così alla formazione della giurisprudenza. Soprattutto questa legge ha ribadito che solo il giudice ha la facoltà di adire il Consiglio Grande e Generale dal momento che, quando provvede d'ufficio, la sua iniziativa non incontra limiti (se non di merito, ossia di correttezza e congruenza delle scelte e delle relative motivazioni) mentre le istanze presentate dalle parti e dal Procuratore del Fisco sono soggette al “filtro” del giudice che, con atto insindacabile, *non ammette i ricorsi manifestamente infondati o semplicemente dilatori* (art. 3).

La raffigurazione del giudice come filtro dell'accesso al giudizio di costituzionalità viene rafforzata da quello che può considerarsi un tratto innovativo della legge n. 4 del 1989 rispetto all'art. 16 della Dichiarazione, vale a dire la pronuncia di incostituzionalità con effetto di annullamento della norma (“La norma dichiarata illegittima dal Consiglio Grande e Generale è annullata dalla data di pronuncia di illegittimità”, art. 8), effetto al quale, per quanto già si è detto, concorrono *necessariamente* la volontà del giudice e quella del Consiglio Grande e Generale.

Più radicale l'intervento operato dal legislatore con l'art. 7 della legge 26 febbraio 2002 n. 36, di integrale modifica dell'art. 16 della Dichiarazione. La norma istituisce il Collegio Garante, introduce il sindacato di legittimità costituzionale in via diretta e anticipa quella che sarà la legge qualificata n. 55 del 2003.

Restiamo al sindacato in via incidentale: con questa riforma i giudici ordinari perdono il potere di diretta *non-applicazione* ma conservano, oltre al potere di *rimessione* al “giudice delle leggi”, quello di *interpretazione costituzionale*. Per rendere chiari i termini di quest'ultima osservazione bisogna ricordare che il principio enunciato dalla Dichiarazione dei diritti (testo originario, art. 16 comma 2) per cui “*i giudici sono tenuti ad osservare i principi della presente Dichiarazione nella interpretazione ed applicazione del diritto*” trova esatto riscontro nel Preambolo della Dichiarazione nel testo vigente, laddove si stabilisce che l'azione dei diversi poteri dello Stato e quindi anche dei giudici “*si informa ai diritti e ai principi*” della stessa Dichiarazione, ed altresì nell'art 1 della legge costituzionale 30 ottobre 2003 n. 144 a tenore del quale “*gli organi del potere giudiziario esercitano le loro fun-*

*zioni secondo quanto previsto dalla Dichiarazione...i giudici sono soggetti alla legge e tenuti alla puntuale interpretazione ed applicazione del diritto vigente*". Con ciò l'ordinamento assegna ancora ai giudici ordinari una sorta di *sindacato diffuso di costituzionalità* nel senso che ogni giudice, ove consideri dubbia la legittimità di una norma, anziché rimettere la questione al Collegio Garante ben può ritenere il dubbio superabile con l'impiego di un procedimento di *interpretazione costituzionale*. Così facendo il giudice in modo autonomo interpreta la norma alla luce dei principi della Dichiarazione e le attribuisce un significato in conformità degli stessi. Per altro verso la riforma non modifica il ruolo dei giudici ordinari nel "processo costituzionale" dal momento che: 1) la pronuncia di manifesta infondatezza rende incontestabile nel giudizio principale l'applicazione della norma rispetto alla quale una delle parti abbia sollevato il dubbio di costituzionalità; 2) ad adire il Collegio Garante può essere soltanto il giudice della fase processuale in corso, quando ritenga che il processo instaurato davanti a lui non possa essere definito senza applicazione di una determinata norma e che la rispondenza di questa norma ai principi costituzionali debba essere verificata dal Collegio Garante; 3) lo stesso giudice è il titolare esclusivo del potere di impulso processuale; egli dispone di un autentico *potere di interdizione* nei confronti delle richieste di verifica avanzate dagli altri soggetti del procedimento: a lui l'ordinamento affida il compito di selezionare le vere questioni di legittimità costituzionale da quelle che sono tali solo in apparenza.

5. - Il rilievo marcato e determinante che l'ordinamento sammarinense tradizionalmente attribuisce alla valutazione e all'attività del giudice ordinario fa sì che l'attuale *sindacato incidentale* mantenga elementi non trascurabili e quindi caratteristiche peculiari di *controllo diffuso*, per ritornare allo schema del *controllo accentrato* nella fase della decisione rimessa al Collegio.

In particolare si può ritenere che nel *sindacato delle norme in via incidentale* il giudice sia l'autentico titolare del potere di chiamare in causa il Collegio. L'azione di incostituzionalità è azione del giudice, che la esercita in piena autonomia: d'ufficio oppure delibando le ragioni che le parti o il Procuratore del Fisco gli hanno esposto in virtù del *potere di mera denuncia* di cui essi dispongono. Egli agisce nell'ambito

della capacità riconosciutagli dall'ordinamento di interpretare le norme e i principi della Dichiarazione e, alla luce di questa, tutte le altre leggi dello Stato; accogliendo o no le istanze di parte e gli orientamenti espressi da altri giudici nello stesso o in altri procedimenti.

È chiaro che ci riferiamo al giudice della fase processuale in corso, e a questo soltanto. Il giudice davanti al quale la questione venga nuovamente proposta in altro grado di giudizio deve esaminarla autonomamente e non in via di riesame. Il che, come già visto, significa che l'ordinanza del giudice *a quo* non ammette impugnativa: né quando concretizza un'iniziativa d'ufficio né quando concerne un'istanza proveniente da altri soggetti processuali, né per quanto attiene al giudizio di ammissibilità né per le statuizioni sugli atti della procedura di verifica. Siamo dunque tipicamente di fronte ad un *atto potestativo* in quanto nasce dal potere e dipende dalla volontà di uno dei soggetti processuali, mentre gli altri non possono opporsi all'atto e alle modificazioni ch'esso produce nel processo.

Per concludere, due brevi considerazioni sulla giustizia costituzionale quale disegnata dal legislatore sammarinese (senza dire della sua resa sul campo, argomento estraneo all'oggetto di questa ricerca come di quella pubblicata nelle pagine precedenti).

Il ruolo primario, prevalente su quello di ogni altro soggetto processuale, che il giudice è chiamato a svolgere nel sindacato incidentale dimostra che anche questo *ramo* della giustizia costituzionale - al pari di quello rappresentato dal sindacato in via diretta - ha lo scopo di attuare interessi generali dell'ordinamento e non interessi di soggetti particolari, i quali ricevono una tutela solo indiretta o riflessa e parziale.

È altrettanto chiaro che la giustizia costituzionale - quale risulta dopo la riforma del 2002 e 2003, con l'introduzione del sindacato in via diretta e la modifica di quello incidentale - rappresenta nel nostro ordinamento (come è avvenuto in altri ordinamenti) un istituto antitetico rispetto al principio della *sovranità della assemblea parlamentare*: sovranità basata sul principio della preminenza del parlamento considerato come non limitabile e comunque in nessun modo giuridicamente sindacabile nell'esercizio dei suoi poteri sovrani. E in definitiva antitetico anche al principio di sovranità popolare. Notazioni di indubitabile interesse nell'analisi dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale sammarinese.