

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

TANIA GROPPI

APRIRE CAMMINI

**IL CONTRIBUTO DI PIERO CALAMANDREI SULLE VIE
DI ACCESSO ALLA CORTE COSTITUZIONALE**

04 APRILE 2020



Tania Groppi Aprire cammini

Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale*

SOMMARIO: 1. Piero Calamandrei e la giustizia costituzionale. –2. La giustizia costituzionale in Piero Calamandrei. –3. In principio: il controllo in via incidentale nel progetto Calamandrei in Assemblea costituente. – 4. Dieci anni dopo: la tutela “imperfetta e lacunosa” del cittadino contro l’illegittimità costituzionale. – 5. Calamandrei, oggi.

1. Piero Calamandrei e la giustizia costituzionale

Il contributo delle personalità individuali ai processi storici è oggetto di riflessioni che attraversano i secoli e le epoche e rimane, anche per la più aggiornata storiografia, una questione aperta¹. Lo stesso si potrebbe dire riguardo al mondo del diritto: valutare l’apporto di singoli giuristi all’evoluzione dell’ordinamento resta un esercizio alquanto aleatorio, rimesso alla sensibilità dell’osservatore, senza che sia possibile individuare una qualche forma oggettiva di misurazione.

Ciò vale anche per la genesi della giustizia costituzionale in Italia. Se l’introduzione *ex novo* di una istituzione estranea alla tradizione autoctona appare oggi ai nostri occhi come il prodotto di un “*legal transplant*”, ovvero dell’importazione, con pochi ritocchi, del “prototipo” kelseniano sviluppatosi nell’esperienza austriaca del primo dopoguerra, una più attenta analisi ci mostra invece che si tratta di un processo non lineare e assai complesso, per sviluppo temporale, modelli stranieri di riferimento e anche, quel che qui più ci interessa, protagonisti.

La riflessione sull’opportunità di introdurre una qualche forma di controllo volto a garantire la supremazia della costituzione prende avvio già prima della Liberazione, nei programmi dei partiti, si sviluppa nelle attività preparatorie messe in atto nel periodo transitorio, per concretizzarsi nei lavori dell’Assemblea costituente e trovare infine un punto di approdo nelle prime due legislature repubblicane, con l’adozione della legge ordinaria sulla Corte costituzionale, la nomina dei giudici e l’avvio dell’attività della Corte, nel 1956². In questo lungo periodo che copre un dodicennio – ma specialmente nei primi anni, quando si trattava di decidere a quale organo, con quali procedure e con quali effetti affidare la garanzia della costituzione – molteplici sono state le oscillazioni, al punto che non di rado si riscontrano posizioni diverse e contraddittorie da parte dei singoli intervenienti. Leggendo i lavori della Commissione Forti e dell’Assemblea costituente l’impressione è che si brancolasse nel buio³, il che è perfettamente comprensibile considerando la novità dell’istituto, l’isolamento in cui la dottrina italiana si era trovata nel periodo fascista⁴ e le difficoltà che in quegli

* Il testo prende spunto dalla relazione svolta a Siena il 27 novembre 2019 nel convegno “Piero Calamandrei dagli anni senesi all’entrata in vigore della Costituzione” Desidero ringraziare Elena Bindi per la sollecitazione ad avvicinarmi all’affascinante figura di Piero Calamandrei e per il continuo sostegno.

¹ Da ultimo, per una rassegna delle diverse posizioni sull’influenza degli individui sul corso degli eventi storici, da Carlyle a Tolstoj, fino ai più recenti studi di econometria applicata alla storia, J. DIAMOND, *Upheaval. Turning Points for Nations in Crisis* (2019), trad. it. *Crisi. Come rinascono le nazioni*, Einaudi, Torino, 2019, 408 ss.

² La ricostruzione della genesi è ormai un *topos* di tutti gli innumerevoli scritti sulla Corte costituzionale italiana. Tra i primi ad occuparsene specificamente, G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981.

³ Sulle incerte prospettive della Costituente sui temi della giustizia costituzionale si è specialmente soffermato C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente* (1979), rist. Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 1 ss. Assai netto nei confronti della “ristrettezza di vedute” dei costituenti è G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*, che giunge a tale valutazione attraverso un confronto, che mi pare quantomeno azzardato sul piano del metodo, tra la cultura giuridica dei costituenti e quella di alcuni autori a noi contemporanei.

⁴ L’isolamento della dottrina italiana rispetto al dibattito che tra le due guerre si svolse in Europa sul controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi è evidenziato da M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997, 95.

anni dovevano esserci a disporre di materiale documentario⁵. Ciò vale in particolare per il diritto comparato: poco chiari risultano i modelli di riferimento, al punto che la stessa influenza kelseniana appare non sempre consapevole, o, comunque non esplicita (basti pensare che il nome di Kelsen non venne mai fatto nei dibattiti sulla Corte costituzionale)⁶, e spesso risulta valorizzata⁷ soprattutto dalla narrazione successiva, mentre assai più presente sembra l'esperienza del *judicial review* statunitense⁸.

Durante questo lasso di tempo, tanti attori si sono mossi sulla scena e tra essi molti dei più noti giuristi dell'epoca che, benché non specificamente esperti di giustizia costituzionale – tematica alla quale erano state dedicate, nella fase costituente e nell'epoca fascista, pochissime pubblicazioni⁹ –

⁵ Nonostante il significativo lavoro di documentazione svolto tra molte difficoltà (non ultima la penuria di carta) dal Ministero per la Costituente, che consistette nella pubblicazione di un periodico, il *Bollettino di informazione e documentazione*, e di due collane di brevi studi, una relativa a “*Testi e documenti costituzionali*”, diretta da Giacomo Perticone, sulle maggiori esperienze costituzionali contemporanee, e una di “*Studi giuridici*”, diretta da Alberto M. Ghisalberti (per una sintetica panoramica, G. ZAGREBELSKY, *La Commissione Forti e i suoi giuristi*, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, XII, 1943-1945 *Dalla resistenza alla democrazia*, Nuova CEI, Roma, 1989, 158 ss.). È significativo che in tali abbondanti materiali manchino studi specifici dedicati alla giustizia costituzionale. Nel citato *Bollettino* il tema emerge soltanto in alcune rassegne che riportano sintesi di articoli apparsi sulla stampa dell'epoca (v. ad esempio il numero del 30 maggio 1946, 21-22).

⁶ Per essere più precisi, secondo quanto indica G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., 81, il nome di Kelsen venne fatto una volta: accadde il 29 novembre 1947, in Assemblea plenaria, quando l'on. Benvenuti, a proposito della controfirma sugli atti presidenziali, si riferì alla Costituzione austriaca, “alla cui elaborazione ha partecipato un uomo come Kelsen”: AC, seduta pomeridiana 29 novembre 1947, V, 2687. Sulla scarsa conoscenza della Costituzione austriaca del 1920 e dello stesso Kelsen da parte dei costituenti, Calamandrei compreso, S. BASILE, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze “tedesche”*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 1980, specie 92 ss. Al contrario, l'influenza kelseniana è valorizzata da C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 8 e da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studio sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, 260 ss., nonché da A. PIZZORUSSO, *Commento all'articolo 134*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna, 1981, 70, secondo il quale Calamandrei si sarebbe fatto portatore, in Assemblea costituente, dei “postulati della *Verfassungsgerichtsbarkeit*”. Peraltro, tali autori si basano tutti sui numerosi riferimenti all'opera di Kelsen contenuti in P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, ora in ID., *Opere giuridiche*, III, RomaTre University Press, Roma, 2019, specie 349 ss., successiva di diversi anni al momento costituente. Sulle influenze kelseniane indirette, anche su Calamandrei, A. GIOVANNELLI, *Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione politica della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, 406; C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 333 ss. Nonostante tali studi, mi pare che una ricerca approfondita sulle influenze della dottrina e dei modelli stranieri su Calamandrei resti ancora da compiere. Per dare solo un'idea, oltre alla questione della sua conoscenza dell'opera di Kelsen negli anni della Costituente, potrebbe essere utile seguire anche altre piste, come quelle di Jellinek e Duguit, autori con i quali Calamandrei aveva una notevole familiarità e che possono essere considerati “i primi, autorevoli preannunci, nella dottrina europea di quegli sviluppi che poi condussero alla elaborazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit*”: così P.A. CAPOTOSTI, *La giustizia costituzionale e il suo insegnamento*, in *Nomos*, 2016, n. 2, 3 (testo pubblicato postumo a cura di P. Mezzanotte).

⁷ Per esempio, si veda la netta contrapposizione tra i due modelli “in lizza” che sarebbero stati disponibili per i costituenti, quello nord-americano e quello austriaco, delineata nell'intervento di Calamandrei al Congresso internazionale di diritto processuale civile (Firenze, 30 settembre, 3 ottobre 1950): “ora in Italia, dopo aver tanto discusso se adottare l'uno o l'altro, siamo arrivati a un compromesso: si è adottato un sistema che ha preso un po' di qua, un po' di là”. Così P. CALAMANDREI, *Il controllo giurisdizionale sulle leggi* (1950), ora in ID., *Opere giuridiche*, III, cit., 486. Egli sottolinea altrove la somiglianza col modello austriaco: ID., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 349, nota 1.

⁸ Benché non sempre pienamente compresa e, nei suoi elementi di fondo, rigettata. Vedi S. VOLTERRA, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni con particolare riguardo agli Stati Uniti*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I, cit., 117 ss. Riguardo a Calamandrei, P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, in ID. (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi per un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, 351, afferma che “probabilmente il *judicial review* di tradizione statunitense influenzò grandemente Calamandrei: che, peraltro, non fu certamente insensibile ai suggerimenti di Hans Kelsen, il grande giurista autore della costituzione austriaca”.

⁹ Tra l'altro, nessuna delle molte pubblicazioni realizzate dal Ministero per la Costituente era specificamente dedicata alla giustizia costituzionale. Mi pare che in sostanza i principali studi, in italiano, a disposizione dei costituenti fossero i volumi di M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Istituto giuridico, Torino, 1931; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Annali dell'Università,

hanno via via monopolizzato le discussioni e i progetti. Come è noto, l'influenza dei giuristi è stata significativa nella scrittura di tutta la Costituzione italiana, ma essa è ancor più evidente riguardo alla giustizia costituzionale, un settore che risulta pressoché di loro esclusivo dominio¹⁰.

Nonostante questa origine, che potremmo definire corale, quasi il risultato di una sorta di “*brain storming*” collettivo, non può essere ignorato il contributo dei singoli che, con il loro bagaglio di studi, di idee e, ancor più, di esperienze personali, hanno partecipato a forgiare un sistema che si è, fin dall'inizio, distaccato da quello austriaco, per assumere una sua distinta connotazione, poi via via perfezionatasi ed evolutasi nell'impatto con la realtà fattuale, cioè nella effettiva operatività¹¹. Senza trasformare tali figure in “eroi” – benché i miti fondativi non siano estranei ai processi di legittimazione delle istituzioni – l'analisi del loro contributo può fornire spunti significativi per comprendere meglio il modello originario, leggerne i limiti e le potenzialità, interpretarne le traiettorie e finanche riflettere sulle possibili alternative, nel caso si ritenesse necessario apportarvi modifiche.

Ebbene, qualora volessimo per un attimo indulgere su questa via, e movessimo, un po' arditamente, alla ricerca dell'Hans Kelsen italiano, sarebbe assai difficile non citare Piero Calamandrei: nel senso che egli è stato, insieme a pochi altri (forse, l'unico nome che potremmo affiancargli è quello di Costantino Mortati), uno dei giuristi che più hanno inciso sulla formazione del sistema italiano di giustizia costituzionale. Questo almeno per due concomitanti ragioni.

Innanzitutto, egli è l'unico tra i giuristi che operarono nella fase fondativa ad essersi occupato della giustizia costituzionale in ben quattro diverse vesti, con una poliedricità di approcci, specchio di una ineguagliata ricchezza e vastità di interessi, che ne fanno una figura unica, “leggendaria” è stato detto¹², nel panorama giuridico italiano¹³.

In primo luogo, in quanto protagonista, fin dall'inizio, del processo costituente: Calamandrei ha fatto parte di tutte le istituzioni che hanno partecipato all'elaborazione della Costituzione italiana. Dopo aver contribuito al programma del Partito d'Azione per la Costituente, è stato componente della Consulta nazionale, della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato istituita nell'ambito delle attività del Ministero per la Costituente (c.d. “Commissione Forti”) e, infine, dell'Assemblea costituente (che, oltre alla Costituzione, ha approvato anche la legge cost. n. 1/1948,

Camerino, 1934 e l'articolo di G. BARILE, *La Corte di giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Collana della ricostruzione, Terza serie (speciale), vol. XIX, fascicolo II, 1946, 291 ss. Quest'ultimo parrebbe la principale fonte di informazione sul diritto comparato, e in particolare sul modello austriaco: così S. BASILE, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze “tedesche”*, cit., 98 s. Tra l'altro è stato fatto rilevare che Giuseppe Barile era assistente di Perassi all'Università di Roma. E proprio Perassi sembrerebbe essere stato, sia nella Seconda Sottocommissione che nel Comitato di redazione, all'origine delle influenze kelseniane: C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, cit., 349.

¹⁰ È quasi unanime la constatazione che i giuristi hanno esercitato una significativa influenza sulla scrittura della Costituzione italiana, benché variabile sulla base dei diversi settori: v. ad esempio E. CHELI, *I giuristi alla Costituente*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, VIII appendice, Roma, Istituto Enciclopedia Treccani, 2012, 583 ss.; P. CARETTI, D. SORACE, “*Tecnica*” e “*politica*” nel contributo dei giuristi al dibattito costituente, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I, cit., specie 30 ss.; R. BIN, *I giuristi tra Resistenza e Costituente*, in B. Pezzini, S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del paese*, Franco Angeli, Milano, 2016, 11 ss.; svolge un'analisi quantitativa e qualitativa F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla costituente. Una comparazione con il caso tedesco*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Giuffrè, Milano, 1999, 753 ss.

¹¹ Al punto che, recentemente, si è parlato di una giustizia costituzionale “Italian-style”: V. BARSOTTI, P. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 231 ss.

¹² G. ALPA, *Un atto di “fede nel diritto”*, in P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Laterza, Bari, 2008, 47.

¹³ Le tante sensibilità diverse di Calamandrei – del giurista, dello storico, del politico, del letterato – sono messe in luce da tutti i principali contributi sulla sua figura, in particolare da quelli raccolti in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit. Per una efficace sintesi, E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015. Al “grafico dell'esistenza umana” di Calamandrei si riferisce E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, in M. Perini (a cura di), *L'Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche e a 70 dalla Costituzione*, Pacini giuridica, Pisa, 191 ss.

sulle vie d'accesso e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte)¹⁴. In particolare, è stato membro sia della Commissione dei Settantacinque (e in specie della Seconda sottocommissione, sull'organizzazione costituzionale dello Stato), che ha elaborato il primo progetto di Costituzione, sottoposto all'esame dell'Assemblea nel febbraio del 1947, sia del Comitato dei diciotto (o di redazione, o di coordinamento), che tanta importanza ha avuto nella formulazione del testo nelle diverse fasi¹⁵.

In secondo luogo, come parlamentare, eletto nella I legislatura repubblicana, nella quale furono adottate sia la legge cost. n. 1/1953 (che, tra l'altro, attribuisce alla Corte il controllo sull'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo) che la legge ordinaria attuativa dell'art. 137 Cost., ovvero la legge n. 87/1953.

In terzo luogo, nella veste di studioso e docente universitario, processualcivilista inizialmente ma, nell'ultimo decennio della sua vita, eminentemente costituzionalista¹⁶, autore di molteplici pubblicazioni scientifiche e di articoli su quotidiani e riviste, oltre che animatore de "Il Ponte", vero e proprio osservatorio delle vicissitudini dei primi anni della Repubblica¹⁷.

In quarto luogo, come avvocato – e che avvocato: presidente per dieci anni, dal 1946 al 1956, del Consiglio nazionale forense – direttamente impegnato nell'applicazione della Costituzione, di fronte ai giudici comuni (basti ricordare la sua arringa in difesa di Danilo Dolci davanti al tribunale di Palermo, il 30 marzo 1956)¹⁸ e alla Corte costituzionale, proprio nella prima udienza, il 23 aprile 1956, che portò alla storica [sentenza n. 1/1956](#)¹⁹. Soltanto la prematura scomparsa, pochi mesi più tardi, il 27 settembre 1956, gli ha impedito di contribuire ulteriormente, forse, chissà, anche nella veste di giudice costituzionale²⁰.

Se la presenza attiva e costante di Piero Calamandrei nei momenti chiave della definizione del sistema italiano di giustizia costituzionale e del suo effettivo avvio può fornire una qualche base alla

¹⁴ Su Calamandrei costituente, v. principalmente P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 333 ss.; P. CARETTI, *Piero Calamandrei e il problema della Costituente*, ivi, 357 ss.; P. BARILE, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica, II Protagonisti e momenti del dibattito costituente*, Il Mulino, Bologna, 1980, 15 ss.; E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Laterza, Bari, 2007, 15 ss.

¹⁵ Per un'analisi del ruolo svolto da tale Comitato sul tema qui in esame, incentrata però sul solo coordinamento finale, G. FONTANA, *Le garanzie costituzionali*, in A. Celotto (a cura di), *Il coordinamento della Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 265 ss.

¹⁶ Calamandrei, ordinario di Procedura civile dal 1915, assunse nel 1944-45 l'incarico di Diritto costituzionale presso l'Università di Firenze: così F. LANCHESTER, *Vincitori e vinti: suggerimenti, veti e imposizioni degli alleati nel processo di ricostruzione della democrazia in Italia, Germania e Giappone*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 68; ID., *Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la scuola fiorentina*, in S. Merlini (a cura di), *Il potere e le libertà. Il percorso di un costituzionalista. Atti del convegno per il centenario della nascita di Paolo Barile*, Firenze University Press, Firenze, 123.

¹⁷ Su Piero Calamandrei e *Il Ponte*, v. A. COLOMBO, *Alla testa del "Ponte"*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit., 513 ss.; M. ROSSI, *Il Ponte di Piero Calamandrei*, in E. Bindi, T. Groppi, G. Milani, A. Pisaneschi (a cura di), *Processo e democrazia. Le lezioni messicane di Piero Calamandrei*, Pacini giuridica, Pisa, 2019, 157 ss.

¹⁸ P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, in ID., *Opere giuridiche*, X, Roma Tre University Press, Roma, 2019, 555 ss.

¹⁹ Su tale prima udienza v. L. CASINI, *La prima sentenza della Corte costituzionale. Le memorie processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 13 ss., secondo il quale Calamandrei non depositò memorie scritte ma intervenne soltanto oralmente. Tra gli avvocati delle parti (tra i quali comparivano i principi del foro e della scienza giuridica del tempo: Costantino Mortati, Francesco Mazzei, Massimo Severo Giannini, Vezio Crisafulli, Giuliano Vassalli, Achille Battaglia, Federico Comandini, oltre a Piero Calamandrei) ben tre divennero giudici della Corte costituzionale: Mortati (dal 1960 al 1972), Crisafulli (dal 1968 al 1977) e Vassalli (dal 1991 al 2000).

²⁰ P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 354, riferisce che Calamandrei, "invitato informalmente a farne parte, aveva declinato l'invito, 'perché il suo mestiere era quello dell'avvocato'". Il che parrebbe trovare conferma in quanto Calamandrei ebbe a dire nei dibattiti parlamentari che portarono alla legge n. 87/1953, quando si riferì alla Corte costituzionale come "una specie di Tibet": "Ora, io non so veramente se l'onorevole senatore Terracini abbia intenzione di andare a rinchiudersi in quella specie di monastero pacifico che sarà la Corte costituzionale...": Camera dei deputati, I legislatura, seduta pomeridiana del 28 novembre 1950, 24053.

nostra audace affermazione, nella stessa direzione va l'analisi qualitativa, che ha portato Paolo Barile ad affermare che “nella formazione della Corte costituzionale è ben noto che l'azione di Calamandrei fu determinante”²¹.

Pensiamo al suo unico intervento nell'ambito della Commissione Forti di cui ci resta traccia, l'8 gennaio 1946.

Benché presente soltanto alla prima delle cinque sedute della Prima sottocommissione, Problemi costituzionali, alla quale era affidato il compito di istruire la questione delle garanzie costituzionali, è stato rilevato che egli contribuì ad orientarne la decisione²², in quanto sostenne l'opportunità di “affidare il potere di sindacato sulla costituzionalità delle leggi ad un solo organo, pur riservando ad ogni giudice la facoltà di devolvere le questioni che eventualmente potrebbero risorgere in proposito”²³.

Tale controllo accentratore sarebbe andato ad affiancarsi a quello diffuso, svolto dal giudice, chiamato a decidere se applicare o meno la legge al caso concreto (controllo che Calamandrei definisce “molto semplice” e “già presentemente esercitato dal giudice ordinario” riguardo ai vizi del procedimento legislativo)²⁴, che esercitò una certa attrattiva in tale fase, a partire dalla relazione introduttiva di Vincenzo Gueli²⁵.

Oppure agli interventi tenuti come deputato nella I legislatura, nei quali Calamandrei si oppose alla proposta governativa di riservare tutti i giudici di elezione parlamentare alla maggioranza, una scelta che avrebbe snaturato l'essenza stessa della giustizia costituzionale e che fu alla fine rigettata²⁶.

O al discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile svoltosi, per sua iniziativa, a Firenze nel 1950, congresso nel quale si posero le fondamenta di quello che, solo molti decenni dopo, sarà riconosciuto come “diritto processuale costituzionale”²⁷.

²¹ P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 350. L'influenza di Calamandrei è valorizzata anche da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 259 s., secondo il quale “il giudizio sulle leggi italiane ricalcò i punti fondamentali della sua [di Calamandrei] concezione della giustizia costituzionale, modellata sui canoni garantisti e normativistici della *Verfassungsgerichtbarkeit* kelseniana tipici dello Stato di diritto costituzionale liberal-democratico del primo dopo guerra”.

²² Che Calamandrei orienti la decisione della Commissione Forti, peraltro assai ambigua, è sostenuto da F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996, 17. Di avviso contrario è C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, cit., 341, che però si basa sul verbale di una seduta nella quale Calamandrei era assente (così alla nota 43). I verbali delle sedute della Commissione, pubblicati nel volume di G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, sono estremamente sintetici e lasciano un senso di insoddisfazione. Tra l'altro, in quello della prima seduta manca una pagina proprio relativa all'intervento di Calamandrei: *ivi*, 144.

²³ Peraltro, quando si svolse la seduta, l'8 gennaio 1946, si può supporre che avesse già circolato lo scritto di GIUSEPPE BARILE, *La Corte di giustizia costituzionale*, cit., che come abbiamo detto costituì la principale fonte di informazione sul diritto comparato nella fase costituente e che, anche se reca l'anno 1946, risulta pubblicato il 25 ottobre 1945. Nell'ambito della proposta per un modello accentratore di matrice austriaca l'autore indicava che “l'impugnazione di qualsiasi norma di legge competerà anche agli organi giudiziari ordinari. Il magistrato, infatti, quando riterrà che una norma da applicare a un caso singolo sia contraria alla Costituzione, sospenderà il processo e d'ufficio chiederà alla Corte costituzionale di pronunciarsi sulla validità della norma in oggetto”: *ivi*, 290. Tale proposta non contiene invece alcun riferimento all'istanza di parte, che invece sarà esplicitata in Assemblea costituente proprio nel progetto di Calamandrei: *infra*, paragrafo 3.

²⁴ Commissione Forti, Prima sottocommissione, seduta dell'8 gennaio 1946, in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., 143.

²⁵ La Commissione Forti prese le mosse dal favore per il controllo diffuso, fin dalla relazione iniziale di Vincenzo Gueli, per poi approdare a un sistema accentratore: M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, cit., 99.

²⁶ P. CALAMANDREI, *Si mette in pericolo la costituzionalità della Corte costituzionale, discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 18 novembre 1950*, in *Opere giuridiche*, X, cit., 536 ss. Per un cenno al ruolo di Calamandrei nei lavori parlamentari sulla legge n. 87/1953, P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 351. In generale, U. De SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, in P. Carnevale, C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettiva*, Giappichelli, Torino, 2008, 49 ss.

²⁷ P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia. Relazione inaugurale al Congresso internazionale di diritto processuale civile* (Firenze, 30 settembre, 3 ottobre 1950), ora in *Opere giuridiche*, I, RomaTre University Press, Roma, 2019, 563 ss.

Non in ultimo, è di Calamandrei la celebre immagine, che tanta fortuna ha avuto, del giudice che pronuncia l'ordinanza di rimessione come "portiere", che ha le chiavi del giudizio costituzionale²⁸.

Ma anche quando le sue proposte non sono state accolte, esse hanno esercitato una significativa influenza, giungendo a volte a germogliare a decenni di distanza, come dimostra l'odierno dibattito sulla possibilità di utilizzare l'azione di accertamento ai fini dell'accesso alla Corte costituzionale, che riprende spunti avanzati da Calamandrei in alcuni scritti degli inizi degli anni Cinquanta e caduti per lungo tempo nell'oblio²⁹.

Lo stesso si può dire di quello che forse è il suo contributo più noto, ovvero lo schema sulla giustizia costituzionale presentato nell'ambito della Commissione dei Settantacinque (più precisamente in seno alla Seconda sezione della Seconda sottocommissione)³⁰. Nonostante non sia stato seguito nei suoi elementi-chiave (*in primis* l'opzione per il controllo diffuso), esso ha però influito sulla scelta in favore dell'accesso incidentale³¹ che, orientando il sistema verso un modello "collaborativo"³², ben può essere considerato il principale e più originale contributo italiano alla giustizia costituzionale a livello comparato³³.

2. La giustizia costituzionale in Piero Calamandrei

Se, dal punto di vista della giustizia costituzionale, è difficile negare (indipendentemente dalla valutazione che si voglia fare della sua "paternità") l'influenza di Calamandrei sul formarsi del sistema italiano, spostando lo sguardo al complesso della sua opera questa tematica non sembra rivestire uno spazio significativo: si tratta di lavori numericamente limitati, soltanto una decina di titoli, a fronte delle molte centinaia comprese nella bibliografia calamandreiana³⁴.

Guardando più da vicino tali pubblicazioni, però, e considerando, accanto alla produzione scientifica, l'attività complessiva di Calamandrei, appare invece evidente che la giustizia costituzionale rappresenta uno dei motivi dominanti della sua riflessione, anzi, diventa "il pallino" di Calamandrei negli ultimi dodici anni della sua vita, quelli che vanno dalla fine del regime fascista fino alla creazione della Corte costituzionale, al punto che non esiterà a definirla "la chiave di volta della Costituzione"³⁵.

Con la Liberazione, si apre per lui una nuova stagione: a cinquantacinque anni, Calamandrei, fino ad allora eminentemente un "tecnico", un giurista di primo piano, protagonista fin dalla gioventù di una folgorante carriera accademica, noto per la sua distanza dal regime e cionondimeno coinvolto nella redazione del codice di procedura civile proprio dal governo fascista³⁶, "nasce" come

²⁸ Per alcuni richiami ai diversi passaggi delle opere di Calamandrei dai quali si deduce tale definizione, A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, in *Giornata Lincea in ricordo di Piero Calamandrei*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1993, 52.

²⁹ Vedi *infra*, paragrafo 4.

³⁰ Lo schema di articolato riguardava anche il potere giudiziario: è soprattutto su questa parte del progetto di Calamandrei, che sarà in gran parte recepito nel testo della Costituzione, che si è soffermata l'attenzione dei commentatori: v. ad esempio A. BARBERA, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 129 ss.

³¹ Vedi *infra*, paragrafo 3.

³² Definisce il sistema italiano "terzo rispetto ai due grandi modelli di derivazione austriaca e statunitense", P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, in Id. (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995, 4.

³³ M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, 27 ss.

³⁴ A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, cit., 47.

³⁵ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Il Ponte*, 1955, 1985 ss., ora in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., 606.

³⁶ In sintesi, R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 27 ss. Al rapporto col fascismo e agli anni della "sfiduciata solitudine e angosciata inerzia" sono dedicate molte pagine della biografia di A. GALANTE GARRONE, *Calamandrei*, Garzanti, Milano, 1987, specie 93 ss.

intellettuale direttamente impegnato in politica e come scrittore politico³⁷, in prima linea nella battaglia per il rinnovamento del paese³⁸, vero e proprio cantore di quella Resistenza che solo tardivamente aveva scoperto, anche attraverso la partecipazione diretta e coraggiosa del figlio Franco, partigiano combattente³⁹.

Se leggiamo congiuntamente tutti i suoi scritti, giuridici e politici, operazione non semplice considerata l'ampiezza dei temi e la numerosità degli interventi, risalta quel che molti studiosi hanno messo in evidenza, ovvero che, con la caduta del regime fascista, il Calamandrei politico e il Calamandrei giurista non sono più separabili, a tal punto che "il discorso che egli farà come giurista altro non è che la prosecuzione in concetti tecnici del discorso che fa come politico, così come i costrutti giuridici che andrà a presentare sono supporto scientifico delle sue tesi proposte come politico"⁴⁰.

La nuova epoca si traduce, per il giurista Calamandrei, come ha evidenziato Norberto Bobbio, in un ripensamento "di tutti i dogmi tramandati nella scienza giuridica continentale"⁴¹, determinando quella che viene definita come la "svolta sostanzialista", nella quale la legalità, da sempre al centro del suo pensiero e della sua opera, si arricchisce di elementi sostanziali di giustizia politica e sociale⁴². Tale svolta è di solito ricondotta al corso universitario del 1944 dal titolo "Appunti sul concetto di legalità"⁴³: a partire da questo momento, la legalità, per Calamandrei, "non è più un concetto neutro, utilizzabile da qualsiasi legislatore, è la *legalità costituzionale*", come ha scritto Gustavo Zagrebelsky commentando un testo precedente, la conferenza tenuta agli studenti della FUCI nel 1940, soltanto recentemente pubblicata col titolo "Fede nel diritto"⁴⁴.

L'attenzione alla giustizia costituzionale in questa fase non deve sorprendere, in quanto è proprio in essa che si sostanzia la "nuova legalità promessa dalla Costituzione"⁴⁵, nell'ambito della quale egli non esita a riconoscere che "difesa dei diritti di libertà significa sopra tutto *difesa contro il potere*

³⁷ Così N. BOBBIO, *Introduzione*, in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, Firenze, 1966, I (dal significativo titolo "Storia di dodici anni"), XI. Precisa che "mai Calamandrei fu puramente e semplicemente un giurista", M. CAPPELLETTI, *Presentazione*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, II, RomaTre University Press, Roma, 2019, V.

³⁸ Per A. PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit., 330 ss., la "diffusione della religione della legalità costituzionale" è l'attività che connota l'ultima fase della vita di Calamandrei.

³⁹ Su Calamandrei e la Resistenza, v. S. MERLINI, *Piero Calamandrei*, in *Lo Stato*, 2019, 411 ss., specie 446 ss. Di vero e proprio "processo palinogenetico" parla P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, 865 ss. Per comprendere meglio questa decisiva fase occorre immergersi nella vita di Calamandrei. Gli strumenti non mancano: P. CALAMANDREI, *Diario, 1939-1945*, 2 voll., Edizioni di storia e letteratura, Roma, 2015; ID., *Uomini e città della resistenza* (1955), Laterza, Bari, 2006; P. CALAMANDREI, F. CALAMANDREI, *Una famiglia in guerra. Lettere e scritti (1939-1956)*, Laterza, Bari, 2008.

⁴⁰ Come già messo in evidenza da M. S. GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, cit., 45 s., e di recente ribadito da E. BINDI, *Piero Calamandrei e le promesse della Costituente*, in B. Pezzini, S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza*, cit., 26.

⁴¹ N. BOBBIO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, in *Studi senesi*, 1958, 25.

⁴² Sulla legalità come chiave per comprendere il messaggio e la personalità di Calamandrei, P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., 142 ss.

⁴³ P. GROSSI, *Stile fiorentino, Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Giuffrè, Milano, 1986, 161 ss.; P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 334; N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (a cura di) *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, 111 ss. Interessanti considerazioni su questa svolta, fondate su fonti archivistiche inedite, in B. MAZZOLAI, *Piero Calamandrei: dalla fede nel diritto alla fede nella Costituzione*, in F. Cortese (a cura di), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 91 ss.

⁴⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., 3 ss. che parla di un "rovesciamento". Considera una evoluzione, piuttosto che un rovesciamento, la nuova attitudine di Calamandrei, M. CAPPELLETTI, *La "politica del diritto" di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit. 254.

⁴⁵ Con le parole di P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, cit., 564. Al riguardo, E. BINDI, *Interpretazione conforme e legalità costituzionale nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Studi senesi*, 2012, 163 ss.

legislativo” (corsivo nell’originale)⁴⁶. Infatti, è la giustizia costituzionale che è chiamata ad assicurare, come Calamandrei stesso ha più volte sottolineato, la rigidità della costituzione in tempi di normalità costituzionale, laddove essa è messa quotidianamente alla prova, tempi assai più rilevanti, per saggiarne le capacità di resistenza, di quelli rivoluzionari⁴⁷. L’attenzione di Calamandrei per “gli organi imparziali di garanzia, che non derivino immediatamente i loro poteri da una diretta elezione popolare”, e in particolare per la loro componente tecnico-giuridica, attraversa tutta la sua attività di costituente, ma probabilmente trova la migliore espressione nel celebre intervento del 4 marzo 1947 in Assemblea plenaria. Rivolgendosi specialmente ai comunisti, egli sottolineò che alla base di tutte le sue proposte sugli organi di garanzia stava sempre la convinzione che, per scrivere una costituzione democratica, sia necessario uno “spirito di umiltà minoritaria”, nel senso che “sia più opportuno e prudente muovere dal punto di vista della minoranza...di quella che potrà essere domani la minoranza, in modo che le garanzie costituzionali siano studiate per difendere domani i diritti di questa minoranza. Il carattere essenziale della democrazia consiste non solo nel permettere che prevalga e si trasformi in legge la volontà della maggioranza, ma anche nel difendere i diritti delle minoranze, cioè dell’opposizione che si prepara a diventare legalmente maggioranza domani”⁴⁸.

Ha scritto Paolo Grossi, nella sua opera sulla genesi e la storia della Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Firenze, dal titolo “Stile fiorentino”, a proposito di Calamandrei: “Del resto, guardando a ritroso l’intera opera scientifica del nostro, crediamo che non sia temerario individuare il suo contributo più duraturo nella riflessione sul tema della legittimità costituzionale delle leggi, dove il processualista non era disgiungibile dal costituzionalista e dove convergevano felicemente l’esperienza dello scienziato e quella del costituente”⁴⁹.

Tenuto conto di tutto ciò, stupisce che, con l’eccezione di un breve scritto di Alessandro Pizzorusso nel convegno sulla figura di Calamandrei organizzato nel 1993 dall’Accademia dei Lincei⁵⁰, manchino studi che cerchino di ricostruire il contributo di Calamandrei alla complicata, confusa, o come è stato detto recentemente “incerta”⁵¹, genesi della giustizia costituzionale italiana, nel periodo 1946-1956.

Non intendo qui svolgere questo compito, che richiederebbe sia uno studio attento delle fonti storiografiche, sia uno sguardo complessivo sulla figura di Calamandrei: aspetti entrambi che esulano dalle mie competenze.

Vorrei soltanto richiamare due importanti contributi di Calamandrei sull’accesso alla giustizia costituzionale, un tema che è cruciale per definire l’intero modello, considerando che “l’iniziativa è,

⁴⁶ Così P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà*, pubblicato come introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà* (1926), nuova edizione, 1946, ora in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, cit., 208, che però in tale testo non si riferisce mai alla giustizia costituzionale, bensì indica come principale garanzia dei diritti una dichiarazione delle libertà democratiche internazionalmente garantita.

⁴⁷ Così Calamandrei, in AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 14 gennaio 1947, 2025.

⁴⁸ AC, 4 marzo 1947, III, 1743 ss., pubblicato come P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1947, ora in ID., *Opere giuridiche*, X, cit., 479 ss. Questa impostazione contribuisce a spiegare perché nella sua proposta sulla Corte costituzionale Calamandrei incluse il ricorso delle minoranze parlamentari e perché si oppose invece nettamente al ricorso del potere esecutivo: AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 22 gennaio 1947, VII, 2046.

⁴⁹ P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, cit., 146.

⁵⁰ A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, cit. S. FOIS, *Calamandrei e i problemi della costituzione*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi per un grande maestro*, cit., 374, dà conto di una relazione sul valore normativo della Costituzione secondo Calamandrei tenuta da Gustavo Zagrebelsky nella Giornata di studio dedicata a Piero Calamandrei tenuta il 27 marzo 1987, che non risulta sia stata pubblicata. Nello stesso convegno, una comunicazione sulla giustizia costituzionale fu svolta da Annamaria Poggi, nemmeno questa pubblicata. I contributi generali su Calamandrei costituente dedicano di solito poche righe alla giustizia costituzionale, a volte senza nemmeno cogliere appieno la portata delle sue proposte: v. ad es. M. CAMMELLI, *Piero Calamandrei*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 529 ss.,

⁵¹ G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 151.

per così dire, un filtro, che colora di significato complessivo il sistema di controllo di costituzionalità delle legge”⁵².

Le porte strette dell’accesso al giudizio sulle leggi fanno parte della “parchitudine”⁵³ della giustizia costituzionale italiana, insieme all’oggetto circoscritto, alla ridotta tipologia di decisioni e, più in generale, alle competenze che si contano sulle dita di una mano. Nel panorama comparato, il sistema italiano rappresenta ormai un *unicum* proprio a tale riguardo. Infatti, l’unica via di accesso “generale”, attraverso la quale qualsiasi parametro può essere invocato e qualsiasi fonte primaria impugnata, è quella incidentale⁵⁴.

Nel trascorrere dei decenni, la valutazione che comunemente si è data e si dà dell’accesso incidentale, per come ha concretamente funzionato, è positiva e spesso finisce per coincidere con quella, altrettanto positiva, che circonda il ruolo svolto dalla Corte costituzionale italiana.

Le principali critiche hanno riguardato l’esistenza di “strettoie” ovvero di “zone d’ombra”, cioè la difficoltà di rendere giustiziabili fonti primarie che, per ragioni diverse, possono sfuggire al sindacato promosso in via incidentale: le leggi di spesa, le leggi di organizzazione, le leggi-provvedimento, i decreti-legge, le norme penali di favore, le leggi di azione, le leggi autoapplicative nonché le leggi elettorali, sulle quali negli anni più recenti si è specialmente focalizzata l’attenzione.

Anche in tale ambito, come per altri profili della “parchitudine”, in assenza di interventi normativi, la Corte costituzionale ha progressivamente colmato le carenze più evidenti, sfruttando pienamente gli spazi lasciati dalle regole sul processo costituzionale, spesso con soluzioni *ad hoc*, dettate “ai limitati fini” di superare le strettoie del giudizio incidentale. Così è accaduto, fin dai primi anni, per la nozione di giudice e di giudizio, mentre più complessa e oscillante è stata la lettura della rilevanza, rispetto alla quale, dopo una iniziale chiusura, solo nella fase più recente si è arrivati a un allargamento che ha implicato finanche una ridefinizione delle nozioni di incidentalità e di concretezza. Questa tendenza ha toccato l’apice con le [sentt. n. 1/2014](#) e [n. 35/2017](#), che, muovendosi in una logica che parte della dottrina ha ricondotto a uno “stato di eccezione o di necessità”⁵⁵, hanno riconosciuto l’ammissibilità di questioni sollevate in sede di azione di accertamento, quantomeno per evitare una “zona franca” di fronte alla “legge elettorale politica”.

Tali decisioni hanno riaperto il dibattito, mai del tutto sopito, sulle vie di accesso alla Corte costituzionale, come dimostrano le centinaia di note a sentenza che le hanno accompagnate⁵⁶.

In questo quadro, mi pare che possa essere significativo tornare a rileggere alcuni contributi di Piero Calamandrei. In particolare, vorrei richiamarne due, che si collocano a dieci anni di distanza l’uno dall’altro, rispettivamente all’inizio e alla conclusione della genesi della giustizia costituzionale in Italia, situandosi prima e dopo la creazione della Corte costituzionale: lo schema presentato nel 1946 alla Seconda sottocommissione della Commissione dei Settantacinque dell’Assemblea costituente e l’ultimo grande intervento come studioso, l’articolo su “*Corte costituzionale e autorità giudiziaria*”, pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1956⁵⁷.

Il primo contributo è assai noto, costituendo oggetto di almeno un rapido riferimento da parte di tutti coloro che si sono trovati ad occuparsi della genesi della Corte costituzionale. Il secondo ha acquistato una rinnovata visibilità, almeno tra i costituzionalisti, solo di recente, proprio a seguito delle sentenze citate, in quanto apre prospettive per una “manutenzione” (o finanche una

⁵² G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 172.

⁵³ Così T. GROPPI, *La Corte e “la gente”. Uno sguardo “dal basso” all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2019, 408 ss.

⁵⁴ È stato detto che “l’Italia è la patria del giudizio incidentale”: M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, 2013, 115.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n.1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2959 ss.

⁵⁶ G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018, 16, dà conto, riprendendo il dato dal sito della Corte costituzionale, di 150 commenti alla [sent. n. 1/2014](#) e di 70 commenti alla [sent. n. 35/2017](#).

⁵⁷ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, 7 ss., ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, III, cit., 609 ss.

“automanutenzione”)⁵⁸ della giustizia costituzionale, che eviti di mettere in moto faticose, e rischiose, revisioni costituzionali.

Credo infatti che da essi emergano elementi significativi non solo per delineare meglio la complessa figura di Calamandrei (in particolare quella “evoluzione nella continuità” che pare costituirne la caratteristica)⁵⁹ e per aprire una finestra sul suo effettivo contributo alla giustizia costituzionale italiana, ma anche per riflettere sulle prospettive che abbiamo di fronte.

3. *In principio: il controllo in via incidentale nel progetto Calamandrei in Assemblea costituente*

Piero Calamandrei fu uno dei tre componenti della Seconda sottocommissione della Commissione dei Settantacinque (con Giovanni Leone e Gennaro Patricolo) ai quali fu affidato il ruolo di relatori sui temi del “potere giudiziario e la Suprema Corte costituzionale”.

Le loro relazioni costituirono il punto di partenza per la discussione della Seconda sottocommissione, che produsse un articolato poi sottoposto alla Commissione dei Settantacinque, il cui progetto, profondamente rivisto dal Comitato di redazione (del quale non esistono verbali), fu oggetto del dibattito e della votazione in Assemblea⁶⁰. Un dibattito che, come è noto, finì in un nulla di fatto, il 2 dicembre 1947, con l'emendamento Arata, che introdusse il rinvio, nel primo comma dell'art.137, a una successiva legge (poi divenuta, per l'intervento del Comitato di redazione, legge costituzionale)⁶¹.

Fu solo attraverso una decisione dell'ultimo minuto, adottata dall'Assemblea costituente il 31 gennaio 1948 in modo rocambolesco e quasi casuale, che la via incidentale si è ritrovata ad essere l'unica via generale di accesso al giudizio sulle leggi. Si tratta di vicende che a tutt'oggi non risultano pienamente chiarite nemmeno attraverso la consultazione delle fonti archivistiche: pensiamo all'avventuroso viaggio di Mortati, relatore sul progetto di legge costituzionale, da Montecitorio a Palazzo Chigi per incontrare il Presidente del Consiglio De Gasperi, forse attraverso il tunnel che collega i due palazzi, e al mistero sull'autore delle note scritte a mano sul dattiloscritto originale della relazione che accompagna il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 28 gennaio del 1948, che segna la scomparsa del ricorso individuale diretto dalla legge costituzionale n. 1/1948⁶².

⁵⁸ Sull' “automanutenzione” del sistema italiano di giustizia costituzionale, v. M. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2011, specie XXVII ss.

⁵⁹ In questo senso P. BORGNA, *La coerente incoerenza di Piero Calamandrei*, intervento nel convegno su “Piero Calamandrei dagli anni senesi all'entrata in vigore della costituzione”, Siena, 27 novembre 2019.

⁶⁰ L'art. 128 del progetto approvato dalla Commissione dei Settantacinque prevedeva che “Quando, nel corso di un giudizio, la questione d'incostituzionalità di una norma legislativa è rilevata d'ufficio o quando è eccepita dalle parti, ed il giudice non la ritiene manifestamente infondata, la questione è rimessa per la decisione alla Corte costituzionale. La dichiarazione d'incostituzionalità può essere promossa in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente ed organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale. Se la Corte, nell'uno o nell'altro caso, dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali”. Tra le modifiche apportate dal Comitato di redazione al testo approvato dalla Seconda Sottocommissione, risalta specialmente la trasformazione del ricorso diretto di “chiunque” in quello di “diecimila elettori”. Vedi il quadro di raffronto in M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, seconda edizione, Cedam, Padova, 1960, 112 ss.

⁶¹ Su questa modifica, voluta fortemente da Aldo Moro, G. FONTANA, *Le garanzie costituzionali*, cit., 284 s.

⁶² Così P. PASQUINO, *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, specie 312-313, che dà conto della sua ricerca presso l'Archivio storico della Camera dei deputati e E. LAMARQUE, *Direct Constitutional Complaint and Italian Style Do Not Match. Why Is That?*, in V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini (a cura di), *Dialogues on Constitutional Justice. Comparative Reflections on the Italian Style*, Routledge, New York, 2020, 143, che fa riferimento ad ulteriori dettagli riferiti oralmente da Pasquino. In particolare, scompare in tal modo dal disegno di legge costituzionale il ricorso diretto del cittadino leso in un suo diritto da una legge ritenuta incostituzionale, che, già proposto da Mortati in Assemblea, era incluso nel progetto del Comitato di redazione.

La proposta di Calamandrei si caratterizza per la complessità del meccanismo di controllo e la pluralità delle vie di accesso⁶³.

Egli prevede sia un “controllo sulla costituzionalità delle leggi in via incidentale e con efficacia limitata al caso deciso”, che “spetta ai giudici ordinari e in ultima istanza alla prima sezione della Suprema Corte costituzionale”, sia un controllo “in via principale e con efficacia generale e astratta”, che “spetta soltanto alla Suprema Corte costituzionale a sezioni unite” (articolo 27).

Il sindacato incidentale, con effetti *inter partes* delle decisioni di incostituzionalità, è da rendersi o attraverso il sistema diffuso (da parte del “giudice di qualunque grado”, che può risolvere la questione della “incostituzionalità della legge da applicare al caso controverso”, sollevata dalle parti, dal pubblico ministero o d’ufficio, “se la ritiene rilevante per la causa da decidere”), oppure per mezzo del ricorso, previa sospensione del giudizio *a quo*, alla prima sezione della Suprema Corte costituzionale, su iniziativa della parte che ha sollevato la questione, entro un termine fissato dal giudice (art. 28). La scelta tra tali due opzioni (pronuncia sulla costituzionalità della legge oppure sospensione del giudizio per consentire, eventualmente, che sia sottoposta alla Suprema Corte costituzionale) appare rimessa alla discrezionalità del giudice, come egli precisa illustrando la proposta⁶⁴.

La prima sezione della Suprema Corte costituzionale può decidere anche “in via di impugnazione contro le sentenze di primo o secondo grado che abbiano deciso incidentalmente una questione di incostituzionalità”, su iniziativa delle parti o del pubblico ministero. Anche in tale ipotesi gli effetti sono *inter partes*: la prima sezione si “pronuncia con efficacia limitata alla causa decisa, annullando se del caso la sentenza impugnata e rimandando al giudice ordinario la prosecuzione del giudizio” (art. 29). In entrambi i casi la decisione d’incostituzionalità deve essere comunicata agli organi del potere esecutivo e legislativo, “affinché sia considerata l’opportunità di prender l’iniziativa per l’abrogazione e la modificazione legislativa della legge dichiarata incostituzionale” (art.30).

Il sindacato principale, volto a sottoporre alle sezioni unite della Suprema Corte costituzionale le leggi entrate in vigore da non più di tre anni, può essere promosso o da un “procuratore generale commissario della giustizia” (“su richiesta di almeno cinquanta componenti di una delle due Camere legislative, o in seguito a decisione di incostituzionalità pronunciata in via incidentale dalla prima sezione della stessa Corte”), oppure da “ogni elettore, nei limiti e colle cautele che saranno stabilite dalla legge” (art. 31), formulazione che lascia aperta la possibilità sia di un ricorso individuale a seguito della lesione di un diritto sia dell’*actio popularis*⁶⁵. Alquanto problematici si presentano gli effetti della eventuale decisione di incostituzionalità resa in via principale: essa “ha efficacia meramente dichiarativa della incostituzionalità della legge, ma non può abrogarne né sospenderne l’efficacia” (art. 32) ed appare finalizzata soltanto ad aprire un procedimento legislativo alquanto macchinoso per l’abrogazione della legge oppure per la revisione della Costituzione (art. 33): in sostanza, si trattava di dare l’ultima parola all’organo rappresentativo della volontà popolare, attraverso previsioni nelle quali risuonavano all’epoca significative influenze della visione kelseniana della gerarchia delle norme giuridiche e che oggi ci ricordano i c.d. “*weak systems of judicial review*”, caratteristici di alcuni ordinamenti di matrice anglosassone⁶⁶.

Limitatamente alla questione delle vie d’accesso, la specificità dell’apporto di Calamandrei è il riferimento al controllo diffuso, che compare soltanto nella sua proposta e che appare in piena

⁶³ Segretariato generale della Camera dei deputati, *Atti della Commissione per la Costituzione*, s.d., 200 ss., in particolare 204 ss.

⁶⁴ Secondo il resoconto sommario della seduta del 15 gennaio 1947 Calamandrei rileva che, qualora in un giudizio sia sollevata eccezione di incostituzionalità della legge da applicare, “due possono essere le soluzioni: o stabilire che il giudice ha la facoltà di applicare o no applicare la legge, a seconda che la ritenga, o no, costituzionale; ovvero stabilire che il giudice deve sospendere la definizione della questione, rinviando la risoluzione del problema della costituzionalità della legge all’organo competente a decidere. Un sistema intermedio, che è quello da lui proposto, consiste nel lasciare al giudice di stabilire, caso per caso, se preferisca di decidere la questione o ritenga invece opportuno di farla decidere dall’organo competente”: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030.

⁶⁵ M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, 120 e 136.

⁶⁶ Sui quali rinvio a T. GROPPi, *Menopeggio*, Il Mulino, Bologna, 2020, 270 ss.

continuità con l'attenzione per lo spazio interpretativo e per l'indipendenza del giudice che caratterizza le norme sul potere giudiziario, contenute nella prima parte della medesima (artt. 1 - 26)⁶⁷. Che, a suo avviso, la possibilità di disapplicare le leggi rientrasse nella naturale competenza del giudice ad interpretare la norma da applicare al caso concreto emerge dall'affermazione secondo la quale, se si volesse escludere il sindacato diffuso “si dovrebbe aggiungere una disposizione che vietasse ai giudici di esaminare la costituzionalità delle leggi, ciò che non gioverebbe certo ad elevare il prestigio della Magistratura”⁶⁸.

Se il sindacato diffuso può apparire in continuità con la disapplicazione dei regolamenti illegittimi da parte dei giudici, già nota nell'ordinamento statutario, come Calamandrei stesso ad un certo punto accennò a difesa del suo progetto⁶⁹, tuttavia non ci sembra eccessivo metterlo in relazione con l'atteggiamento che egli andava maturando fin dal 1944 riguardo alla “legge ingiusta”, che il giudice avrebbe dovuto disapplicare, e che giunse a maturazione proprio in quegli stessi mesi del 1946 nei quali era impegnato nella Seconda sottocommissione, con il celebre editoriale su *Il Ponte* a commento della sentenza di Norimberga, dal titolo “*Le leggi di Antigone*”⁷⁰.

Intervenendo ad illustrare il progetto in Sottocommissione (la proposta Calamandrei, a differenza di quelle di Leone e Patricolo non è accompagnata da una relazione scritta e siamo costretti ad avvalerci dei resoconti sommari delle sedute, che generano nel lettore un senso di frustrazione, in quanto non consentono di cogliere appieno le sfumature del linguaggio, appiattendolo su un tono esclusivamente tecnicistico, senz'altro estraneo a quell'oratore brillante che sempre fu Calamandrei), egli motiva la preferenza per il “controllo in via incidentale che appartiene a tutti i giudici” (l'espressione “diffuso” non compare nei lavori) attraverso continui e frequenti richiami al sistema statunitense, l'unico modello straniero che cita, che gli appare come un riferimento sicuro per la plurisecolare e consolidata tradizione⁷¹. Né lo spaventa la possibile difformità dei giudicati, che costituisce obiezione ricorrente al sistema diffuso: egli la liquida considerandola “un fenomeno che si è sempre verificato ed è derivante dalla facoltà di interpretazione data al giudice”⁷². Rispetto a questa prospettiva, l'impugnazione generale e astratta, che pure il suo schema prevede, ivi compreso il ricorso individuale diretto spettante “a ogni elettore”, pare costituire, come egli stesso ebbe a dire, un “completamento”⁷³, non sprovvisto di problematicità, al punto che, a seguito delle critiche ricevute, è disposto a rinunciarci in favore di un ricorso in via principale proposto da un organo pubblico⁷⁴.

Nel complesso, Calamandrei si mostra consapevole della delicatezza del controllo di costituzionalità, “specialmente di fronte a una costituzione come quella allo studio, in cui molti articoli sono non vere e proprie norme giuridiche, ma direttive politiche proiettate verso l'avvenire”, come ebbe a dire nei giorni del gennaio del 1947, quando in Sottocommissione si definirono le norme

⁶⁷ Evidenzia questo collegamento specialmente F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, 96.

⁶⁸ AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 14 gennaio 1947, VII, 2028. Questo aspetto dell'approccio di Calamandrei è messo in luce da F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., 228 ss., che valorizza pienamente la specificità della sua proposta: *ivi*, 237 ss.

⁶⁹ A tale disapplicazione Calamandrei si riferisce esplicitamente cercando di difendere la sua proposta dagli attacchi del comunista Laconi: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030.

⁷⁰ P. CALAMANDREI, *Le leggi di Antigone*, in *Il Ponte*, 1946, ora in ID., *Costituzione e leggi di Antigone*, La Nuova Italia, Firenze, 1996, 17 ss., su cui E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., 223 ss.

⁷¹ Calamandrei fa anche un veloce cenno, accanto agli Stati Uniti, all'Argentina: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030. Nel senso che “Calamandrei finì per ispirarsi al modello statunitense”, E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, cit., 21.

⁷² AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030.

⁷³ Così l'intervento in AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 14 gennaio 1947, VII, 2028. Inespugnabilmente S. RODOTÀ, *Piero Calamandrei*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Enciclopedia italiana, Roma, 1973, 16, ora in www.treccani.it, si riferisce alla “sua opposizione a norme che prevedessero la possibilità di un ricorso diretto dei cittadini alla Corte”.

⁷⁴ AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2035, dove sottolinea che potrebbe “essere pericoloso lasciare aperta la via dell'azione a ogni singolo elettore”.

sulla Corte costituzionale. In particolare, non gli sfuggiva la tensione tra carattere giurisdizionale e carattere politico della giustizia costituzionale. Anche quanto alle vie di accesso, la sua proposta (che univa a un sindacato incidentale con effetti *inter partes* un sindacato principale che non conduceva all'annullamento) può essere letta nell'ambito del tentativo di "smorzare questa eccessiva ingerenza politica del giudice, che potrebbe trasformare anche la democrazia italiana in governo dei giudici, come quello degli Stati Uniti d'America"⁷⁵.

Tuttavia, fin dal primo giorno di dibattito nella Seconda sezione della Seconda sottocommissione apparve evidente che lo spazio per il sistema diffuso era inesistente: la discussione si orientò rapidamente verso un sistema di tipo esclusivamente accentrato, sia pure con accesso anche incidentale⁷⁶, secondo quanto previsto dalla proposta di Leone⁷⁷. Restava però da precisare il ruolo del giudice *a quo*: specie nell'intervento di Laconi, assai critico verso il progetto di Calamandrei, si prospettò che al giudice spettasse decidere sull'eccezione qualora intendesse respingerla, mentre se avesse ritenuto di accoglierla avrebbe dovuto rimandarla alla Corte suprema costituzionale⁷⁸. È in questo snodo che interviene Calamandrei, con una precisazione successivamente fatta propria da altri, tra cui Leone: egli afferma che la proposta di un accesso incidentale indiretto può essere accettabile soltanto se si concordi che "tutte le volte in cui davanti al giudice ordinario venga sollevata una eccezione di incostituzionalità, il giudice dovrà sospendere il processo e rinviare la decisione alla Corte suprema, a meno che non gli risulti *prima facie* evidente che l'eccezione è infondata"⁷⁹. Infatti, "non si può lasciare al giudice la possibilità di decidere negativamente e non quella di decidere positivamente": in altri termini, una volta che si sia rifiutata la sua proposta in favore di un controllo diffuso, Calamandrei ritiene che il giudice non possa ostacolare la rimessione della questione a quello che diventa il suo giudice naturale, la Corte costituzionale, essendo *obbligato* a sollevarla, con la sola eccezione dei casi in cui risulti *ictu oculi* manifestamente infondata⁸⁰.

A questo punto, quindi ad uno stadio ancora iniziale dei lavori, il contributo di Calamandrei costituente al tema della giustizia costituzionale si arresta: se è vero che di fronte all'Assemblea plenaria assumono uno spazio maggiore i politici, mentre i giuristi si ritirano nelle seconde file (e ciò vale ancor più per quelli che sono esponenti di piccoli, o piccolissimi partiti, come il Partito d'azione), la "scomparsa" di Calamandrei sulla giustizia costituzionale resta comunque sorprendente,

⁷⁵ Il resoconto sommario della seduta del 14 gennaio 1947, dal quale sono tratti i brani riportati nel testo, riporta che, secondo Calamandrei, egli "aveva ritenuto di poter attenuare questo pericolo [del governo dei giudici] affidando il controllo in via incidentale, in occasione dei singoli giudizi, al magistrato, il quale non dovrebbe fare altro che sospendere o disapplicare la legge ritenuta incostituzionale, senza che questo costituisse un giudizio di carattere generale e astratto sulla validità o incostituzionalità della legge, ed affidando invece questo giudizio alla Corte di garanzia costituzionale": AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 14 gennaio 1947, VII, 2026. Egli sottolineò che la composizione della Corte, che "equilibrava i due elementi, scegliendoli per metà tra i magistrati, per metà fra uomini politici (si veda l'art. 34 della proposta), andava nella stessa direzione. Su tale profilo, v. P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori della Costituzione*, in Id. (a cura), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 7.

⁷⁶ Che una Corte costituzionale avesse da esserci era a quel punto assodato, in quanto già ne aveva trattato la Seconda Sottocommissione nelle sedute del 30 novembre e del 3 dicembre 1946, nell'ambito del rapporto Stato-regioni, ed era già stato delineato a tal fine un sindacato accentrato con accesso principale: AC, VII, 1422 ss. e 1427 ss.

⁷⁷ Costantino Mortati, in uno dei primi articoli sulla nuova istituzione, ebbe a dire che l'introduzione di un sistema analogo a quello americano "non venne neanche in discussione": C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità* (1949), in Id., *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, 682. Come è noto Einaudi riprese la proposta nella Commissione dei Settantacinque, il 1° febbraio 1947, quando ormai ben poco spazio residuava per modifiche di tale portata al progetto: AC, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 1° febbraio 1947, VI, 199 ss.

⁷⁸ AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2034.

⁷⁹ AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2036.

⁸⁰ Questa posizione è espressa anche in scritti successivi: si veda ad esempio P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di «manifesta infondatezza»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, pp. 154 ss., ora in *Opere giuridiche*, III, cit., 668 ss., ove si critica l'ordinanza con la quale la Corte di cassazione aveva considerato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, rifiutandosi di sottoporla alla Corte costituzionale. Calamandrei giunge anche a prefigurare la possibilità, per la Corte costituzionale, di promuovere di fronte a se stessa un conflitto tra poteri dello Stato, in casi estremi nei quali i giudici, e in particolare la Corte di cassazione, si rifiutassero sistematicamente di sollevare le questioni: P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, 44 ss.

considerando che egli mantiene un notevole attivismo su altre tematiche, come la questione dei diritti sociali e delle norme programmatiche, alla quale dedica il suo famoso intervento nella discussione generale⁸¹.

Alcuni autori hanno azzardato spiegazioni, nessuna delle quali peraltro pienamente soddisfacente. Così, c'è chi ha messo in luce il legame tra sistema diffuso e preferenza per una costituzione breve, sprovvista di norme programmatiche e di principio, per cui l'abbandono da parte dei costituenti di quest'ultima opzione determinerebbe anche la smobilitazione di Calamandrei sul tema della giustizia costituzionale⁸². Oppure chi ha sottolineato, muovendosi su una linea analoga, che il disegno di Calamandrei in tema di giustizia costituzionale va letto congiuntamente all'idea per cui la disapplicazione giudiziaria dovesse colpire, più che altro, casi di illegittimità formale delle leggi, il che giustificherebbe il suo progressivo disinteresse per il tema via via che ci si sposta verso una illegittimità sostanziale⁸³.

È pertanto sulla base dello schema presentato nella Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione e dei suoi interventi in tale sede che sono andate maturando le valutazioni sull'apporto di Calamandrei, che sono riconducibili a due principali prospettive.

Da un lato, si mette in luce l'eclittismo che caratterizza la proposta di Calamandrei, nel tentativo, non riuscito, di far convivere due modelli, quello statunitense, centrato sulla supremazia della costituzione, e quello europeo, basato sulla sovranità della legge: è stato detto che “il progetto, lungi dal presentarsi come un insieme organico e ben ordinato di principi, lasciava trasparire in ogni sua parte una tale varietà di ispirazioni che, anziché sistema di giustizia costituzionale, potrebbe piuttosto dirsi una raccolta frammentaria e disarticolata di più sottosistemi tra loro scarsamente compatibili”⁸⁴.

Dall'altro, si evidenzia l'apporto di Calamandrei a un sistema in cui si realizza la commistione del modello kelseniano e di quello statunitense, che trova il suo perno nella nozione di pregiudizialità, nella quale si sintetizza il carattere concreto del giudizio incidentale svolto dalla Corte costituzionale⁸⁵.

Nel continuo movimento del pendolo tra funzione giurisdizionale e funzione politica della giustizia costituzionale, Calamandrei costituente spingerebbe verso la natura giurisdizionale, contribuendo ad informare le funzioni della Corte ai principi della giurisdizione⁸⁶, spesso in contraddizione con lo studioso Calamandrei, che nelle sue pubblicazioni preferiva riferirsi al giudice costituzionale riconducendolo nella sfera del legislatore negativo kelseniano ed evidenziando la politicità del controllo di costituzionalità⁸⁷.

Rispetto a tali valutazioni, soffermarsi sulle posizioni di Calamandrei attraverso il “filtro” dell'accesso alla giustizia costituzionale ci permette di fare un passo in più.

⁸¹ AC, 4 marzo 1947, III, 1743 ss., pubblicato come P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1947, ora in ID., *Opere giuridiche*, X, cit., 479 ss. Sulle posizioni di Calamandrei in Assemblea plenaria, P. BARILE, *La nascita della costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, cit., 15 ss.; E. BINDI, *Calamandrei e lo Stato sociale in Italia: il periodo costituente*, in *Il Ponte*, 2013, fascicoli 11-12, 92 ss.

⁸² Così C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 132. Questo legame è sottolineato da G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 84 ss. e soprattutto 97-98.

⁸³ Così G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., 157.

⁸⁴ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 112. Definisce “ingenerosa” questa conclusione, evidenziando invece la capacità della proposta di Calamandrei di conciliare in unico sistema la tutela degli *iura* e della *lex*, M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, cit., 117 s.

⁸⁵ In questo senso, E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali*, cit., 21. A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, cit., 48 sottolinea che la nozione di pregiudizialità è stata approfondita particolarmente da un allievo di Calamandrei: M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1957. Tuttavia, sarà proprio lo stesso Calamandrei a esprimere perplessità su “questa associazione forzata tra il processo e il sindacato costituzionale” che caratterizza il giudizio incidentale in un sistema accentrato: P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 345. Nello stesso testo, poco più avanti, egli sembra riferirsi alla sua proposta in Assemblea costituente come a un tentativo “per tenere distinti il sindacato incidentale (di tipo americano) dal sindacato principale (di tipo austriaco), e per regolarli in maniera coerente”: *ivi*, 376.

⁸⁶ C. MORTATI, *Presentazione*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, cit., XV.

⁸⁷ M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 187 ss.

Dalla sua proposta e dai suoi interventi nella fase costituente emerge infatti l'opzione per un sistema che permetta, sempre e comunque, alle questioni di essere decise dall'organo cui spetta pronunciarsi sulla incostituzionalità: ogni giudice nel sistema diffuso, che gli appare preferibile, oppure, se la scelta ha da essere per un sistema accentrato con accesso incidentale, la Corte costituzionale, dovendo in tal caso il sindacato del giudice comune limitarsi a una semplice delibazione.

Nessuna contraddizione, né, come invece è stato detto, un "rapido cedimento" che proverebbe che il sindacato diffuso fosse per Calamandrei un'ipotesi di facciata, priva di solide radici, secondo la lettura di Carlo Mezzanotte⁸⁸. Né tantomeno un Calamandrei preoccupato unicamente della coerenza dell'ordinamento e in definitiva incapace, al pari degli altri costituenti, di collegare giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali, come sostenuto da Maurizio Fioravanti⁸⁹.

Anzi. A quanto risulta dal resoconto sommario, la sola fonte di cui disponiamo, egli è l'unico componente della Seconda Sottocommissione a preoccuparsi delle situazioni soggettive e a portare esempi concreti. Così, per sostenere la necessità di affidare alla Corte costituzionale anche il controllo sui regolamenti, "fa l'ipotesi del cittadino al quale venga negata, ingiustamente, l'autorizzazione a pubblicare un giornale e di cui non siano accolti il ricorso al prefetto e al Consiglio di Stato. In questo caso l'atto amministrativo ha violato un diritto garantito dalla Costituzione, onde si può ricorrere alla Corte costituzionale"⁹⁰.

Sottostante alle posizioni di Calamandrei è infatti sempre una medesima *ratio*, riassumibile in uno sguardo "dal basso" sulla giustizia costituzionale, ossia in un favor per una garanzia *effettiva*, che consenta ad un tempo la massima diffusione dei valori costituzionali⁹¹ e la massima tutela delle posizioni soggettive⁹², rispondente, alla visione del processo come "studio dell'uomo" che accompagna tutta la sua opera⁹³ e che probabilmente può essere pienamente compresa soltanto se si tiene conto anche della sua attività di avvocato, abituato sempre "a partire da casi concreti per risolvere problemi concreti"⁹⁴.

Tutela della legalità costituzionale e piena azionabilità dei diritti individuali, lungi dall'essere in contraddizione, sono i poli verso cui convergono le sue proposte, in un orizzonte che, anche a seguito dell'esperienza storica dei totalitarismi, è caratteristico dello Stato costituzionale del Secondo dopoguerra⁹⁵.

Semplicemente, per Calamandrei, tale attitudine si declina diversamente nei diversi sistemi di giustizia costituzionale, che gli appaiono come meri *strumenti*, sprovvisti di valore intrinseco, conformemente alla sua visione pragmatica del diritto, che lo ha portato fin dai primi anni a mettere al centro del suo programma scientifico la necessità di "spiegare qual è la funzione utile del diritto nella società", senza mai ritenere che "le teorie abbiano un valore per sé"⁹⁶: legalità costituzionale e

⁸⁸ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 132. Al contrario, il controllo diffuso è considerato come l'aspetto centrale della proposta di Calamandrei da M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 105.

⁸⁹ Così M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., 100 ss., che legge nella proposta Calamandrei una riprova del suo "positivismo critico", che sarebbe in linea con l'impostazione dei costituenti, che non collegarono mai, a suo avviso, la giustizia costituzionale con la tutela dei diritti fondamentali.

⁹⁰ AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 23 gennaio 1947, VII, 2052.

⁹¹ Con le parole di E. BINDI, *Interpretazione conforme e legalità costituzionale*, cit., 5 dell'estratto. In questo senso può essere letto anche il favore di Calamandrei per il sindacato da parte della Corte costituzionale sugli atti amministrativi in violazione dei diritti fondamentali: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 23 gennaio 1947, VII, 2052.

⁹² L'attenzione di Calamandrei per le parti, che lo porta a configurare l'eccezione del singolo come un suo diritto, è evidenziata da M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 100.

⁹³ Su questa visione del processo in Calamandrei, M. CAPPELLETTI, *Presentazione*, cit., XIII. Sull'attenzione di

⁹⁴ Particolarmente ricca al riguardo è la testimonianza di Alberto Predieri, riportata da G. MORBIDELLI, *Piero Calamandrei e i suoi allievi: di alcuni ricordi e di alcuni insegnamenti di Piero Calamandrei tramandati da Alberto Predieri*, in S. Merlini, (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 13.

⁹⁵ Così M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, cit., 89.

⁹⁶ S. RODOTÀ, *Piero Calamandrei*, cit.

tutela dei diritti lo conducono di volta in volta a privilegiare il controllo diffuso; nel controllo concreto accentrato, a richiedere al giudice di sollevare la questione di costituzionalità in presenza di un semplice dubbio; ad affiancare al controllo concreto quello astratto, anche nella forma del ricorso individuale diretto o dell'*actio popularis*; e persino a sollecitare e invocare la *fictio litis*, come dimostreranno sempre più chiaramente gli interventi degli anni successivi.

4. Dieci anni dopo: la tutela “imperfetta e lacunosa” del cittadino contro l’illegittimità costituzionale

L’attenzione di Calamandrei per una legalità, e una giustizia, costituzionale al servizio dell’uomo emerge ancor più in alcuni contributi degli anni Cinquanta, scritti a scelte ormai compiute, quando cioè l’accesso incidentale costituiva già l’unica possibilità per ricorrere alla Corte a tutela dei diritti, nei quali egli mette in evidenza l’anomalia del sistema italiano di giustizia costituzionale⁹⁷.

Sono gli anni in cui, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, si apre per Calamandrei una nuova sfida: la battaglia per l’attuazione dei nuovi istituti e per la diffusione della nuova legalità costituzionale⁹⁸, contro quello che egli stesso ha definito, con un’espressione fortunata, l’“ostruzionismo di maggioranza”.

Non solo il legislatore è inerte, ma anche i giudici mostrano tutta la loro ostilità al sindacato di costituzionalità, rifiutandosi prima della creazione della Corte di disapplicare le norme incostituzionali sulla base dei poteri loro riconosciuti dalla VII disposizione transitoria e finale e successivamente di sollevare le questioni di legittimità costituzionale⁹⁹, con un atteggiamento che durerà ancora per molto tempo, finché non sarà spazzato via dal ricambio generazionale della magistratura¹⁰⁰.

E’ in tale contesto che risaltano, agli occhi di Calamandrei, tutti i limiti di un sistema di giustizia costituzionale nel quale l’unica possibilità offerta al singolo cittadino, di fronte a una legge che ritiene viziata di illegittimità costituzionale, per sottoporla alla Corte, è quella di “disobbedire”: per ottenere una decisione della Corte costituzionale, l’unica che può trasformare il soggettivo dubitare in certezza, occorre “sfidare” la legge, violandola, in modo da instaurare un giudizio e colà presentare l’eccezione di incostituzionalità¹⁰¹.

Un’anomalia che Calamandrei aveva intuito fin dallo studio del 1950 su *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*¹⁰², approfondendo poi tale aspetto nell’articolo del 1956 dal titolo *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*. Sorprendentemente, con la sola eccezione del volume del 1955 del suo allievo Mauro Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*¹⁰³, che la riprende e la sviluppa, questa intuizione è stata lasciata cadere per decenni dalla dottrina, che al massimo si è soffermata sulla problematica delle leggi autoapplicative, che incidono direttamente sulle posizioni giuridiche dei cittadini senza la necessaria intermediazione di atti applicativi.

⁹⁷ Utilizzo la parola “anomalia” nel senso in cui, proprio in riferimento all’accesso al giudizio di costituzionalità, l’ha impiegata Hannah Arendt, in diversi scritti sulla disobbedienza civile risalenti all’inizio degli anni Settanta, oggi raccolti in H. ARENDT, *Disobbedienza civile*, Milano, 2017, 4.

⁹⁸ E. BINDI, *Interpretazione conforme e legalità costituzionale nel pensiero di Piero Calamandrei*, cit., 14 dell’estratto.

⁹⁹ Sul ruolo della magistratura in questo ostruzionismo si sofferma in P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955, ora in ID., *Opere giuridiche*, III, cit., 546 ss., ove presenta un vero e proprio catalogo delle “inadempienze nel campo dei diritti di libertà” e successivamente, 553 sss., in quello dei diritti politici.

¹⁰⁰ Per una sintesi di queste note vicende, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2012, specie 45 ss.

¹⁰¹ Queste considerazioni già in T. GROPPI, *La Corte e “la gente”. Uno sguardo “dal basso” all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, cit., specie 422 ss.

¹⁰² P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 376 ss.

¹⁰³ M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Giuffrè, Milano, 1955.

In particolare, già nel 1950 Calamandrei¹⁰⁴ ha messo in luce il carattere *imperfetto e lacunoso* di un sistema di giustizia costituzionale nel quale per arrivare a ottenere la dichiarazione di incostituzionalità di una legge “bisogna avere il coraggio di violarla”, bisogna cioè che il singolo “sfidi il rischio della sanzioni individuali che la violazione di quella legge comporta”¹⁰⁵.

Per porre poi, con una forza e chiarezza che sarebbe vano cercare negli autori successivi, la questione: “di fronte a una legge viziata di illegittimità costituzionale, che cosa può fare per arrivare a farla dichiarare inefficace dalla Corte costituzionale, il singolo cittadino?”¹⁰⁶.

La risposta è che occorre un esercizio del “diritto individuale di resistenza”: nella consapevolezza che “il resistere deliberatamente alla legge nell’opinione che essa sia costituzionalmente illegittima esporrà sempre il resistente al pericolo di sentirsi dire dal giudice che la sua opinione è sbagliata, e di dover subire di conseguenza la sanzione della violazione”¹⁰⁷. In sostanza, occorrerà provocare quello che Calamandrei definisce un “giudizio sperimentale” o “giudizio-cavia”, ovvero una *lis ficta* in senso lato, cioè una controversia provocata intenzionalmente e strumentalmente per poter sollevare la questione incidentale.

Qui la “*fictio*” consiste nella creazione “artificiosa” di una “*lis*”, che però, una volta instaurata, perde il suo carattere di finzione per diventare pienamente reale, al punto che il soggetto che se ne fa carico (spesso violando la legge) si assume il rischio delle eventuali conseguenze.

In tal caso, il riferimento alla “finzione” è fuorviante, poiché per arrivare alla Corte costituzionale occorre comportarsi “realmente” in modo contrario alla legge ritenuta illegittima¹⁰⁸. Tale “*lis ficta*”, se vogliamo continuare a chiamarla così, ma sarebbe meglio parlare invece di “caso esemplare”, è pienamente ammissibile, “non essendo in potere di nessuno indagare per quali motivi ultimi essa è venuta a determinarsi”¹⁰⁹. In tal modo, Calamandrei indica una strada che sarà percorsa nei primi anni dell’attività della Corte¹¹⁰, quando le questioni faticavano a trovare spazio presso i giudici comuni¹¹¹

¹⁰⁴ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 376-377, dove si parla della elevata probabilità che si trovi un singolo disposto a violare la legge per far nascere, come espediente, una controversia concreta nella quale sia possibile sollevare il dubbio di costituzionalità. Negli stessi anni, il tema emerge nelle relazioni di Andrioli e di Esposito nel Primo congresso internazionale degli studiosi del processo civile del 1950. In generale, da tali relazioni, come da altri articoli di quegli anni si ricava un senso di frustrazione per la piega presa dal modello italiano con la legge costituzionale n. 1/1948, proprio riguardo all’effettività della tutela: vedi G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 99. Egli segnala, *ivi*, 91, che Calamandrei menzionò la necessità di una “*fictio litis*” per mettere in moto il giudizio costituzionale anche nel dibattito alla Camera dei deputati sulla legge ordinaria sulla Corte costituzionale, peraltro incentrato sulla questione della maggioranza necessaria per la nomina dei giudici: Camera dei deputati, I legislatura, seduta pomeridiana del 28 novembre 1950, 24044 ss. in particolare 24048.

¹⁰⁵ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 14.

¹⁰⁶ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 13.

¹⁰⁷ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 14-15.

¹⁰⁸ Così P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 15.

¹⁰⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 195.

¹¹⁰ Vedi ad es. il caso all’origine della [sent. n. 168/1963](#), sulla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura, ove le parti di un giudizio pendente di fronte al pretore di Bologna avevano ritenuto che la nomina del pretore stesso fosse avvenuta sulla base di una legge viziata, chiedendogli pertanto di sollevare questione di costituzionalità (notare che gli avvocati delle parti erano, tra gli altri, Giuseppe Maranini, Lelio Basso, Leopoldo Piccardi e Alberto Predieri). Oppure il caso, all’origine della [sent. n. 14/1964](#) sulla nazionalizzazione dell’energia elettrica, ove un utente, l’avvocato Flaminio Costa, si era rifiutato di pagare la bolletta dell’E.N.E.L., “la cui legge istitutiva ed i conseguenti provvedimenti legislativi delegati per il trasferimento delle società elettriche al nuovo Ente erano costituzionalmente illegittimi”. Su queste due decisioni, v. G. D’ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1992, 66-67.

¹¹¹ Così anche C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 688, secondo il quale la *fictio litis* avrebbe potuto consentire di sottoporre tempestivamente le nuove leggi alla Corte, così circoscrivendo l’inconveniente della “perenne incertezza sulla validità delle leggi” che potrebbe derivare dalla mancata previsione di un termine per le questioni incidentali. Anni dopo, particolarmente chiaro è Silvano Tosi che, dopo aver suggerito la possibilità, per i gruppi di pressione, di attivarsi “in stretto raccordo coi giudici di merito disposti a tradurre l’impegno civile della lotta contro l’arbitrio in sistematiche ordinanze di trasmissione alla Corte costituzionale”, si chiede “perché mai una tale artigianale e difficile e financo pericolosa risorsa non debba venire sostituita da più razionale strumento”: S.

e che prefigura quella della *strategic litigation*: un approccio che pare fortemente influenzato dall'attività professionale di Calamandrei, dal suo ruolo di avvocato, immerso nella vita del diritto e nella concretezza dei casi¹¹².

Calamandrei segnala in particolare il problema delle leggi autoapplicative, che modificano direttamente uno *status* (si fa proprio l'esempio delle leggi elettorali), per le quali non è facilmente immaginabile un "giudizio-cavia" in quanto per esse il singolo "non può fare altro che subirle, senza avere la possibilità pratica di provocare, per poi impugnarlo, il provvedimento concreto che le attui, o di violarle deliberatamente per provocare a suo carico l'applicazione giurisdizionale della sanzione"¹¹³.

Proprio a tale riguardo, egli aveva ipotizzato l'ammissibilità di un'azione di mero accertamento, con la quale un soggetto minacciato in un suo diritto chiedesse al giudice ordinario di dichiarare che questo diritto è rimasto integro nonostante la nuova legge costituzionalmente illegittima, aprendosi la strada per arrivare a una dichiarazione da parte della Corte costituzionale. Egli fa l'esempio di una legge che, in contrasto con l'art. 29 Cost., limitasse, col ristabilimento dell'autorizzazione maritale, la capacità della moglie, ma riteneva non idoneo il rimedio per leggi attinenti allo *status civitatis* o l'ordinamento degli organi costituzionali, per l'impossibilità di trovare il legittimo contraddittore contro il quale instaurare il "processo-espedito". Al maestro si affianca, negli stessi anni, l'allievo, cioè, Mauro Cappelletti che – in un testo sottotitolato "primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)", dedicato alla ricerca di strumenti innovativi che possano rendere effettivi i diritti di libertà – considera il nostro sistema di giustizia costituzionale "superato, prima ancora di essere realizzato": proprio perché a fronte di una violazione dei diritti derivante da una legge incostituzionale, esso richiede che si ponga in essere un processo che in molti casi assumerà i caratteri di una *fictio litis*, che "sarà per lo più instaurabile solo in seguito all'esercizio del pericoloso (e discusso) diritto di resistenza"¹¹⁴. In sostanza, con uno sguardo dal basso, attento alle esigenze dei soggetti dell'ordinamento e dei loro diritti, i due autori hanno evidenziato, in quegli anni ormai lontani, i limiti che incontra la tutela del cittadino contro la illegittimità costituzionale delle leggi nel sistema adottato in Italia¹¹⁵. Poi la questione è stata quasi dimenticata. Lo stesso Cappelletti ha cambiato idea e, intervenendo diversi decenni dopo, ha ritenuto il controllo incidentale privo di lacune sostanziali, adducendo come argomenti, oltre all'esperienza storica dei primi quattro decenni di giustizia costituzionale, anche il sopravvenire della giurisdizione della CEDU e la collaborazione esistente tra Corte e giudici comuni¹¹⁶. Il prevalere di uno sguardo "dall'alto" (che affronta la questione delle vie di accesso principalmente sul piano del diritto oggettivo, riconducendola frequentemente a quella della relazione della Corte con gli altri poteri dello Stato, ovvero della sua collocazione nella forma di governo, che si riassume nella triade "la Corte, i giudici, il legislatore") ha fatto sì che – salva la questione delle zone d'ombra – l'inutile complicazione o le gravi conseguenze che derivano da un sistema di giustizia costituzionale nel quale occorre procurarsi, costi quel che costi, un atto applicativo, violando la legge, hanno smesso di apparire un'assurda anomalia e sono diventate la normalità¹¹⁷.

TOSI, *L'introduzione al processo costituzionale di legittimità: spunti ricostruttivi*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, 230 ss., specie 233.

¹¹² Come evidenzia N. BOBBIO, *Egli era quello che avrei voluto essere*, in *Il Ponte*, 1956, n. 10, ora in *Cinquant'anni e non bastano. Scritti di Norberto Bobbio sulla rivista "Il Ponte" (1946-1997)*, Il Ponte editore, Firenze, 2005, 110.

¹¹³ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 16.

¹¹⁴ M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, 13.

¹¹⁵ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 18.

¹¹⁶ M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 13 ss. Tra i pochi autori che hanno, da sempre, valorizzato l'azione di accertamento come strumento per promuovere un giudizio nel quale si possa impugnare la legge direttamente ablativa di un diritto, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 61 ripreso più ampiamente in ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, 150 ss.

¹¹⁷ A un tale orientamento ha contribuito ampiamente, oltre alla dottrina come si usa dire "dominante", la lettura che la giurisprudenza costituzionale ha dato della pregiudizialità costituzionale, della quale è cartina di tornasole quella sulla *fictio litis*: per una ricostruzione, G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*,

5. Calamandrei, oggi

Soltanto negli anni più recenti la questione delle strettoie delle vie di accesso è tornata a porsi al centro dell'attenzione della dottrina e della stessa Corte costituzionale, specie di fronte ai timori di un indebolimento del parametro costituzionale, nel mutare del contesto politico e nell'allontanarsi dal momento costituente.

In questo quadro, è apparsa con evidenza l'attualità della prospettiva illustrata da Calamandrei nel 1956.

Ciò vale in primo luogo per l'azione di accertamento, che è stata la via seguita, e considerata dalla Corte ammissibile, per sollevare le questioni di costituzionalità delle leggi elettorali politiche. Tra l'altro sono stati superati i timori di Calamandrei riguardo all'impossibilità di trovare il *legitimus contradictor* contro il quale instaurare il processo-espedito per alcune tipologie di leggi, difficoltà invece superata nel caso delle leggi elettorali in quanto i legittimati passivi sono stati individuati agevolmente nella Presidenza del Consiglio dei Ministri e nel Ministero dell'interno.

L'azione di accertamento, per come utilizzata dai giudici rimettenti in tali occasioni, pare particolarmente idonea a coniugare le esigenze di tutela preventiva con il mantenimento di un sistema accentrato, in cui resti però affidata al giudice comune la mediazione tra *iura* e *lex*¹¹⁸.

Infatti, essa dà sì luogo a un giudizio per certi versi astratto¹¹⁹ – in quanto non si richiede una lesione diretta e attuale ma solamente un potenziale pregiudizio derivante da una oggettiva contestazione del diritto – ma pur sempre incidentale, conservando un profilo di concretezza che lo avvicina in qualche modo a quei ricorsi, definiti “astratto-concreti”, che, sul modello tedesco, possono portare ad attaccare direttamente una legge quando dalla sua applicazione possa derivare un “pregiudizio grave e inevitabile”¹²⁰.

Questa soluzione, al momento circoscritta dalla Corte alla legge elettorale politica, si presta ad essere estesa a tutte quelle situazioni nelle quali la legge sia tale da determinare un potenziale pregiudizio, come una parte della dottrina sta cercando di mettere in luce¹²¹.

Non si può negare che oggi non sia facile per la Corte – dopo aver giustificato in modo abbastanza perentorio le decisioni in materia elettorale sulla base della necessità di evitare zone franche – procedere ulteriormente su questa strada. Essa stessa mostra di muoversi con estrema prudenza¹²²,

cit., 104 ss. Unica, rilevante eccezione è costituita da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli, 1990.

¹¹⁸ Sugli elementi di astrattezza che tale giurisprudenza immette nel giudizio incidentale si sono soffermati specialmente C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali ‘astratte’ in Italia*, Giappichelli, Torino, 2018, 195 e G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., 312.

¹¹⁹ E d'altra parte la Corte non sembra particolarmente affezionata a una lettura rigorosa del carattere concreto, come ci mostra la giurisprudenza in tema di effetti temporali delle sentenze, che appare sempre più svincolata dalle esigenze del caso: basti citare le [sentt. n. 10/2015](#) e [n. 178/2015](#); in questo senso G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., 312. E come ci mostra l'ammissibilità della questione sollevata dalla Cassazione in sede di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ([sent. n. 119/2015](#)). Sull'ordinanza che aveva sollevato la questione, v. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di ‘rendere giustizia costituzionale’*, in *Rivista AIC*, 2015, che invitava la Corte a una rilettura dei limiti all'accesso incidentale in questa congerie storica.

¹²⁰ Così l'art. 90, comma 2, seconda frase, della legge sul Tribunale costituzionale tedesco, come modificata nel 1969: in questo senso, M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, cit., 150.

¹²¹ Sulla necessità, e la possibilità, di superare i limiti posti dalla Corte all'azione di accertamento con le sentenze in materia elettorale, v. C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., 199, e G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 129 ss., che invita la Corte a un “salto di qualità”, allargando tale possibilità oltre le zone franche.

¹²² Vedi l'[ord. n. 63/2018](#), che ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, sollevata nell'ambito di un'azione di accertamento, avente ad oggetto la normativa sul diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero. In essa, accanto al tradizionale argomento delle “zone franche”, si rinviene anche quello (già presente nella [sent. n. 110/2015](#)), secondo il quale “il mero riferimento all'interesse all'«accertamento giudiziale [...] della concreta

ben consapevole che la sua legittimazione è legata alla coerenza delle sue decisioni. Ed è quindi inevitabile interrogarsi sul punto al quale può spingersi il lento lavoro sui precedenti che costituisce l'unico strumento a sua disposizione¹²³.

Ma non è solo questione dell'azione di accertamento. E' la stessa anomalia del giudizio incidentale per come, negli anni, è stato ricostruito attraverso uno sguardo "dall'alto", che sta emergendo e che chiede, una volta svelata, ripulendola dalla patina della normalizzazione, di essere superata¹²⁴, cominciando da una interpretazione delle regole processuali che inizi a riallineare l'accesso alla giustizia costituzionale alle esigenze dello Stato costituzionale e dei suoi soggetti, in modo che, di fronte alla "legge sospetta", si riducano gli spazi in cui la disobbedienza si configuri come l'unica opzione.

In conclusione. E' davvero sorprendente e al contempo confortante rilevare, ancora una volta, anche su questo tema, come il contributo di Calamandrei –radicato in una precisa temperie storica e in una esperienza, di uomo e di giurista, frutto di un travaglio e di una evoluzione che sono andati di pari passo con le più drammatiche e con le più luminose esperienze del Novecento –è parte di una eredità che ancora oggi ci parla e ci sollecita. In un'epoca così diversa, resta identica e viva l'esigenza che permea tutta la sua riflessione sulla giustizia costituzionale: quella di aprire, più che porte, *cammini*, nel senso di procedure, ivi comprese le vie di accesso alla Corte costituzionale, che permettano di "far muovere la Costituzione"¹²⁵, perché non resti un pezzo di carta, ma risponda alle incessanti aspettative di giustizia che provengono dalla concretezza della vita.

volontà della legge», sulla pienezza del diritto di voto del residente all'estero, con riguardo alla (allora) futura consultazione referendaria , senza alcun'altra indicazione, nemmeno sintetica o *per relationem (della situazione soggettiva e/o oggettiva che risulterebbe, nel caso concreto, potenzialmente impeditiva della segretezza del voto)*, «non può essere considerato motivazione sufficiente e non implausibile dell'esistenza dell'interesse ad agire, idonea, in quanto tale, a escludere un riesame ad opera di questa Corte dell'apprezzamento compiuto dal giudice *a quo* ai fini dell'ammissibilità dell'azione» ([sent. n. 110 del 2015](#))"; peraltro, non ci pare priva di rilievo l'aggiunta (corsivo mio) di uno specifico aggancio al caso concreto, che potrebbe essere foriera di ulteriori sviluppi.

¹²³ In dottrina non sono mancate le posizioni estremamente critiche già in riferimento alle sentenze in materia elettorale, proprio perché la Corte avrebbe introdotto con esse il ricorso diretto: v. ad es. R. BIN, *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in [laCostituzione.info](#), 13 gennaio 2017.

¹²⁴ Secondo quanto messo in evidenza da G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 136 ss., che, proprio sulla base di una ricostruzione in chiave storica del giudizio incidentale, giunge a ritenere che l'azione di accertamento rappresenta una modalità di attivazione del giudizio incidentale che non contrasta con la sua *ratio*.

¹²⁵ P. CALAMANDREI, *La Costituzione si è mossa*, in *La Stampa*, 16 giugno 1956, ora in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., 655 ss., scritto per commentare la [sentenza n. 1/1956](#).