

# CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2015

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

**Consulta OnLine - Sezione "Studi"**

**Rivista telematica quadrimestrale - ISSN 1971-9892**

**DIREZIONE**

Pasquale Costanzo

**COMITATO EDITORIALE**

Lara Trucco (Capo Redazione)

Enrico Albanesi, Francesca Bailo, Alessia Fusco, Federico Ponte

**COMITATO SCIENTIFICO**

Gaetano Azzariti

Sergio Bartole

Roberto Bin

Beniamino Caravita di Toritto

Paolo Caretti

Lorenza Carlassare

Augusto Cerri

Pasquale Costanzo

Antonio D'Atena

Giuseppe De Vergottini

Mario Dogliani

Luca Mezzetti

Franco Modugno

Valerio Onida

Alessandro Pace

Cesare Pinelli

Giovanni Pitruzzella

† Alessandro Pizzorusso

Giuseppe Ugo Rescigno

Roberto Romboli

Antonio Ruggeri

Federico Sorrentino

**Testata registrata presso il Tribunale di Chiavari (5/07)**

**Direzione e redazione: Via Balbi, 22 16126 Genova**

**Info e contatti: [Pasquale.Costanzo@unige.it](mailto:Pasquale.Costanzo@unige.it)**

## I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

**UGO ADAMO** – Dottore di ricerca in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa

**ENRICO ALBANESI** – Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Genova

**STEFANO AGOSTA** – Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Messina

**BRUNO BRANCATI** – Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa

**LUCA BUSCEMA** – Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Catania

**MATTIA CAIAZZO** – Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale, Università di Pavia

**GIACOMO CANALE** – Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università “La Sapienza” di Roma

**ROSSANA CARIDÀ** – Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università “Magna Graecia” di Catanzaro

**MASSIMO CAVINO** – Professore associato di Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale

**PASQUALE COSTANZO** – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Genova

**ROBERTO CONTI** – Consigliere della Corte di Cassazione

**FRANCESCO DAL CANTO** – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa

**GIAN PAOLO DOLSO** – Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Trieste

**TANIA GROPPI** – Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Siena

**GIANCARLO GUARINO** – Professore ordinario di diritto internazionale, Università “Federico II” di Napoli

**ANTONELLO LO CALZO** – Dottorando in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa

**ELENA MALFATTI** – Professore ordinario di Diritto pubblico, Università di Pisa

**ALBERTO MARCHESELLI** – Professore associato di Diritto tributario, Università di Genova

**MASSIMILIANO MEZZANOTTE** – Ricercatore di Diritto pubblico, Università di Teramo

**ALESSANDRO MORELLI** – Professore associato di Diritto costituzionale, Università Magna Graecia di Catanzaro

**ANNAMARIA NICO** – Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Bari

**CLAUDIO PANZERA** – Ricercatore di Diritto costituzionale, Università Mediterranea di Reggio Calabria

**PAOLO PASSAGLIA** – Professore associato di Diritto pubblico, Università di Pisa

**ROBERTO PINARDI** – Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Modena/Reggio Emilia

**ORESTE POLLICINO** – Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università Bocconi, Milano

**VALENTINA PUPO** – Asseglista di Diritto costituzionale, Università Magna Graecia di Catanzaro

**ILARIA RIVERA** – Dottoranda di diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale, Università di Pavia

**ROBERTO ROMBOLI** – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa

**STEFANO MARIA RONCO** – Dottorando di Diritto tributario, Università di Milano-Bicocca

**ANTONIO RUGGERI** – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina

**SIMONE SCAGLIARINI** – Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Modena/Reggio Emilia

**HENRI SCHMIT** – Dottore in Giurisprudenza e culture di Diritto pubblico

**ANTONINO SGROI** – Avvocato e culture di Diritto pubblico

**GIUSI SORRENTI** – Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Messina

**GIOVANNA SPANÒ** – Dottoranda in Fundamental rights in the Global Society, presso la School of Advanced Studies Camerino

**ANTONINO SPADARO** – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Mediterranea di Reggio Calabria

**MATTEO TRAPANI** – Dottorando in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa

**LARA TRUCCO** – Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Genova

## INDICE

2015

*Note di presentazione*

### ANNIVERSARI

<b>800° Anniversario della concessione della Magna Carta, Runnymede (Inghilterra)</b>	<b>I</b>
<b>Bicentenario della stipula del Patto federale tra i ventidue Cantoni svizzeri a Zurigo</b>	<b>IV</b>

### *PARTE I*

#### STUDI

<b>TANIA GROPPI</b>	<b>1</b>
<b>La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana</b>	
<b>ALESSANDRO MORELLI</b>	<b>10</b>
<b>I diritti senza legge</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>34</b>
<b>Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?</b>	
<b>LARA TRUCCO</b>	<b>66</b>
<b>Materia elettorale: la Corte costituzionale tiene ancora la regalia, anche se cambia la trama del film (riflessioni a margine della sent. n. 275 del 2014)</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>78</b>
<b>Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili “seguiti” della 238 del 2014?</b>	
<b>ANTONELLO LO CALZO</b>	<b>104</b>
<b>I profili procedimentali della conversione in legge e gli effetti applicativi della decisione nell’ottica della Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 32 del 2014 alla luce della sentenza n. 237 del 2013)</b>	



<b>MATTEO TRAPANI</b>	<b>121</b>
<b>Dicotomie tra scienza e diritto e tra discrezionalità e ragionevolezza alla luce delle maglie strette della dignità umana (a margine della sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale)</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>132</b>
<b>I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali</b>	
<b>VALENTINA PUPO</b>	<b>152</b>
<b>Prime note sul segreto di Stato nella dimensione della democrazia rappresentativa</b>	
<b>ROBERTO CONTI</b>	<b>181</b>
<b>La CEDU assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015</b>	
<b>ALESSANDRO MORELLI</b>	<b>194</b>
<b>Le trasformazioni del principio democratico</b>	
<b>ROBERTO PINARDI</b>	<b>220</b>
<b>La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività</b>	
<b>SIMONE SCAGLIARINI</b>	<b>232</b>
<b>La Corte tra <i>Robin Hood Tax</i> e legislatore "Senzaterra"</b>	
<b>ORESTE POLLICINO</b>	<b>242</b>
<b>Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero sia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione</b>	
<b>PASQUALE COSTANZO</b>	<b>264</b>
<b>La Corte costituzionale come "nodo" della Rete</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>281</b>
<b>Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)</b>	
<b>LARA TRUCCO</b>	<b>285</b>
<b>Il sistema elettorale "<i>Italicum-bis</i>" alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>306</b>
<b>Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)</b>	

<b>STEFANO AGOSTA</b>	<b>316</b>
<b>Il singolare destino del livello di area vasta nell'alternanza di svuotamenti e riempimenti dell'esperienza siciliana</b>	
<b>BRUNO BRANCATI</b>	<b>327</b>
<b>Alcune osservazioni di carattere preliminare sull'influenza dottrinale degli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale</b>	
<b>MASSIMILIANO MEZZANOTTE</b>	<b>336</b>
<b>La reviviscenza e i limiti finalistici del referendum abrogativo</b>	
<b>ANNA MARIA NICO</b>	<b>342</b>
<b>La legge Pinto nuovamente all'esame della Corte costituzionale: l'effettività del diritto alla ragionevole durata del processo nella crisi economica</b>	
<b>ROBERTO ROMBOLI</b>	<b>352</b>
<b>La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.</b>	
<b>GIOVANNA SPANÒ</b>	<b>362</b>
<b>Il Conseil constitutionnel e la dottrina: spunti di riflessione offerti dalle citazioni bibliografiche presenti nei commentaires delle decisioni sui (Nouveaux) Cahiers du Conseil constitutionnel</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>399</b>
<b>Attività di garanzia e attività d'indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali</b>	
<b>ROBERTO CONTI</b>	<b>417</b>
<b>Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni</b>	
	<b>437</b>
<b>GIACOMO CANALE</b>	
<b>Italicum: in viaggio verso Itaca, sognando la California (una prima lettura critica della legge n. 52/2015)</b>	
<b>HENRI SCHMIT</b>	<b>449</b>
<b>Eppur è incostituzionale!</b>	
<b>FRANCESCO DAL CANTO</b>	<b>460</b>
<b>Qualche osservazione sulla proposta di introduzione del ricorso preventivo di costituzionalità avverso le leggi elettorali</b>	

<b>ILARIA RIVERA</b>	<b>466</b>
<b>Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione)</b>	
<b>ALESSANDRO MORELLI</b>	<b>483</b>
<b>Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. Prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)</b>	
<b>CLAUDIO PANZERA</b>	<b>488</b>
<b>Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali</b>	
	<b>504</b>
<b>ANTONINO SPADARO</b>	
<b>Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)</b>	
<b>ANTONINO SGROI</b>	<b>516</b>
<b>La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale</b>	
	<b>525</b>
<b>ENRICO ALBANESI</b>	
<b>La Corte torna sull'attività dei Consigli regionali in prorogatio (sentt. Corte cost. nn. 44, 55, 64 e 81/2015)</b>	
<b>ELENA MALFATTI</b>	<b>533</b>
<b>La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>538</b>
<b>Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)</b>	
<b>PASQUALE COSTANZO</b>	<b>554</b>
<b>Le principe "non bis in idem": concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne?</b>	
<b>GIANCARLO GUARINO</b>	<b>567</b>
<b>Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle a margine della sentenza 49/15</b>	
<b>PAOLO PASSAGLIA</b>	<b>589</b>
<b>Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015</b>	

<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Il diritto regionale, una disciplina “in declino”?</b>	<b>612</b>
<b>ROSSANA CARIDÀ</b> <b>Le autonomie territoriali tra rappresentanza, istanze pluralistiche e deficit di valorizzazione</b>	<b>622</b>
<b>ALBERTO MARCHESELLI – STEFANO MARIA RONCO</b> <b>L’“incostituzionalità differita” della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell’Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di “teratogenesi” giuridica</b>	<b>647</b>
<b>UGO ADAMO</b> <b>L’amparo constitucional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo</b>	<b>666</b>
<b>MATTIA CAIAZZO</b> <b>Il “seguito” dell’abrogazione referendaria sull’adeguata remunerazione del capitale investito</b>	<b>721</b>
<b>GIAN PAOLO DOLSO</b> <b>Principio di eguaglianza e diritto penale, Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale</b>	<b>745</b>
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali</b>	<b>770</b>
<b>LUCA BUSCEMA</b> <b>Giudice naturale e sistema di giustizia ritenuta</b>	<b>792</b>
<b>ROBERTO CONTI</b> <b>Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni</b>	<b>807</b>
<b>GIUSI SORRENTI</b> <b>Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 (in margine a Corte Edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo)</b>	<b>818</b>
<b>MASSIMO CAVINO</b> <b>Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia. (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)</b>	<b>821</b>
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?</b>	<b>835</b>

PASQUALE COSTANZO – LARA TRUCCO

851

**Il principio del “*ne bis in idem*” nello spazio giuridico nazionale ed europeo**

*PARTE II*

LIBRI E RECENSIONI

ANTONELLO LO CALZO

1

**Il complesso rapporto tra legittimazione degli organi rappresentativi e garanzia delle prerogative (Recensione al Volume di Giampiero Buonomo “Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare”)**

LARA TRUCCO

7

**Recensione al Volume di Giampiero Buonomo “Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare”**

*PARTE III*

CRONACHE

CRONACHE DALLA CORTE

1

CRONACHE DALLE ISTITUZIONI

2

### *Note di presentazione*

*Nel licenziare l'annata completa della Sezione "STUDI" della Rivista telematica Consulta OnLine per il 2015, si desidera rimarcare come i temi affrontati dai contributi pubblicati registrino pressoché per intero gli snodi cruciali della giurisprudenza costituzionale del periodo: dalla problematica degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento, che ha toccato punti di inedita criticità, ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu, dei quali rileva la modulazione continua, forse destinata per sempre ad un equilibrio instabile; dalla gestione delle fonti, compressa tra spinte politiche e canoni costituzionali, fino alla sorte dei diritti fondamentali e dell'autonomia territoriale, che sembrano aver trovato, entrambe, nella Corte, il fronte estremo di un confronto incessante con l'affermata carenza delle risorse (tanto per citare solo alcuni profili).*

*Indubbiamente, occorre riconoscere alla Consulta una meritoria capacità di tenere la rotta in questo mare agitato, per di più, si potrebbe dire, con un equipaggio quasi allo stremo delle forze e che, solo nell'ultimo scorcio del 2015, ha visto arrivare i necessari provetti rinforzi.*

*La raccolta in un unico volume di saggi concepiti in fasi temporali diverse ed anche sotto lo stimolo occasionale di eventi di grande fibrillazione istituzionale (anche dei drammi orribili della vicina Francia si ritrovano riecheggiamenti nel volume) non corrisponde solo ad un'esigenza di riordino editoriale, ma contiene un invito alla loro rilettura in modo più distaccato e magari dopo aver annotato lo spessore del complessivo dibattito instauratosi sui diversi temi.*

*Il 2015 ha celebrato anche la ricorrenza dell'ottavo centenario dell'atto almeno simbolicamente fondativo del costituzionalismo occidentale, la Magna Carta Libertatum. Non pare retorico sottolinearne l'importanza per l'identità europea in un momento in cui, alla tentazione al ripiegamento in steccati più asfittici per le libertà e la democrazia, si è indotti da fenomeni di vasta portata e/o di inaudita gravità, quali una supposta crisi delle aspirazioni federali europee, un'immigrazione apparentemente sotto controllo e attacchi terroristici portati sin nel cuore del vecchio continente.*

+ + + + +

*Il 2015 si è concluso con la dipartita di Alessandro Pizzorusso, Scienziato illustre e Maestro del diritto costituzionale italiano e comparato, nonché componente autorevole del Comitato scientifico della Rivista.*

*Al Suo ricordo s'intende dedicare questo fascicolo.*



**CONSULTA ONLINE**

# **ANNIVERSARI**

## *Anniversario*

*15 GIUGNO 1215, concessione della Magna Carta*

*Ricorre oggi un anniversario la cui risonanza può dirsi davvero universale e comunque provvisto di un relevantissimo significato per tutto il costituzionalismo occidentale.*

*Si celebrano, infatti, gli ottocento anni dalla **Magna Carta Libertatum**.*

*Anche se è certo che i nobili inglesi, costringendo, il fatidico 15 giugno 1215, alla sua concessione, Giovanni, il più giovane figlio di Eleonora e di Enrico II Plantageneto, le cui vicissitudini, già all'epoca, ben avrebbero potuto fornire la trama per una tragedia scespiriana, intendessero semplicemente imporre al sovrano il rispetto delle antiche consuetudini e dei loro diritti feudali.*

*Sarà solo successivamente, infatti, che quest'evento sarà riguardato come la prima limitazione, almeno sul suolo inglese, del potere assoluto e addirittura come il debutto dell'idea democratica.*

*Allargando ancora la prospettiva storica con la lente del poi, può, anzi, osservarsi come l'atto di re Giovanni abbia segnato l'inizio del declino del sistema di potere medievale, egemonizzato dall'Impero e dal Papato, spesso in competizione tra loro, e avviato alla stessa idea di ordinamento giuridico così come oggi lo concepiamo, basato, cioè, sul triplice fondamento della rule of law, della separazione dei poteri e della garanzia delle libertà..*

*Non fu nemmeno un caso, dunque, la violenta reazione del papa Innocenzo III, che dichiarò la **Carta** nulla e come non emanata, ravvisandovi un accordo scandaloso e degradante, strappato al re con la violenza e a la minaccia. Ripugnavano al Pontefice, soprattutto, le obbligazioni contratte dal re, suo esclusivo vassallo, con la clausola 61 della **Carta**, tali da lasciare al monarca solo un potere formale (tale clausola istituiva, tra l'altro, un organismo composto da 25 baroni, precursore all'evidenza di una camera parlamentare rappresentativa, dotato del potere di costringere e punire lo stesso re in caso di violazione della **Carta**).*

*Anzi, su questo punto, i due antichi avversari, Innocenzo III e Giovanni, apparvero singolarmente concordi, se è vero che il re si affrettò a denunciare l'accordo non appena i nobili firmatari ebbero lasciato Londra, scatenando così il conflitto conosciuto come la Prima Guerra dei Baroni, che insanguinò l'isola fino al 1217, accompagnando lo stesso monarca alla morte.*

*La **Magna Carta** ha conosciuto, poi, altre numerose traversie, se si pensa che fu oggetto di svariate riedizioni a cominciare dall'extrapolazione dal documento della Carta delle foreste reali il 6 novembre 1217 (la circostanza non appaia strana, pensando che, al tempo, circa un terzo dell'isola britannica, non solo boschiva come il nome farebbe*

*intendere, ma comunque idonea alla caccia, era appannaggio esclusivo del re: di qui, com'è noto, la leggenda di Robin Hood...) fino a quando, il 5 novembre 1297, queste due Carte vennero definitivamente a costituire un corpo normativo unico (Confirmatio Chartarum), insieme all'altro importante documento, conosciuto come De tallagio non concendo, alla cui emanazione si vide, questa volta, costretto Edoardo I.*

*Insomma, da questo momento almeno, la Magna Carta appare stabilmente radicata nella costituzione inglese, tanto da indurre il Parlamento di Edoardo III a stabilire (nel capo 3, 42, dello Statute del 1368, denominato in seguito Observance of due Process of Law) che qualsiasi previsione che avesse contraddetto le sue disposizioni avrebbe dovuto esser considerata come nulla e non avvenuta, conferendo, a ben vedere, alla Carta una "rigidità sostanziale" che non sarebbe più andata smarrita.*

*Ibernata sotto l'assolutismo dei Tudor, la Magna Carta riprenderà successivamente il suo posto nello spazio giuridico inglese sia pubblico (specie nei confronti delle pretese fiscali ed espropriative del re), sia privato (particolarmente nel campo successorio), non restando oscurata neanche da altri rilevanti documenti costituzionali quali saranno la Petition of Right del 7 giugno 1628, l'Habeas Corpus Act del 27 maggio 1679, e, ancora, il Bill of Rights del 13 febbraio 1689, che, anzi, di quel primigenio documento, recheranno impresse in modo evidente le tracce.*

*Inutile sottolineare qui quali siano stati, poi, i robusti influssi della Magna Carta sugli sviluppi del costituzionalismo occidentale a partire dalle Rivoluzioni americana e francese e dal pensiero politico antesignano, contemporaneo e successivo rispetto a tali avvenimenti, tal che i principi posti in quel lontano 15 giugno 1215 (un lunedì come oggi), nella piana di Runnymede, nei pressi di Windsor, per comporre un dissidio tra Giovanni Senza Terra ed i suoi pari (nessuno dei quali certamente in vena di fare una rivoluzione ma desiderosi, anzi, di ripristinare lo status quo) sono arrivati a fissarsi anche nelle più recenti carte internazionali dei diritti.*

\* \* \*

*Ma cosa c'è scritto esattamente nella Magna Carta?*

*Non è facile e probabilmente nemmeno il caso di riferirne nel dettaglio. Qualche essenziale cenno può rivelarsi tuttavia utile a far comprendere, accanto alle cose più datate, le novità per quel tempo e soprattutto le potenzialità future contenute in quel documento.*

*Ora, di molte affermazioni, va rimarcato il carattere particolare, avendo come destinatari ora i chierici, ora i nobili, altra volta le collettività territoriali ed altra volta ancora i mercanti. Di altre, può invece apprezzarsi la portata, diremmo oggi, universale,*

*a dispetto del fatto che gli “uomini liberi” ai quali si rivolsero coincidessero, al tempo, con una parte esigua della popolazione.*

*Così, ad es., tra il primo fascio di proposizioni, rientrano quelle delle clausole 1, volta a consacrare l'indipendenza della Chiesa inglese nei confronti del re, 2-11, tutte più o meno intese a definire regole di successione certe ed idonee ad impedire l'impossessamento dei beni da parte del medesimo sovrano, e 13, che conferma i privilegi tradizionali dei porti, dei villaggi e delle città, tra cui soprattutto Londra. Concernono specificamente i mercanti le proposizioni recate dalla clausola 41, relative alla completa libertà di circolazione di questi soggetti, ancorché stranieri, ed al loro trattamento in caso di guerra con la patria d'origine esplicitamente ispirato al criterio della reciprocità. Nello stesso campo d'interesse, possiamo ancora collocare la clausola 35, relativa alla fissazione di unità di misura, capacità e peso uniche per tutto il regno.*

*È, però, tra il secondo fascio di proposizioni che si rinvencono principi e regole destinati a permeare di sé lo svolgimento costituzionale successivo non solo inglese, ma anche continentale. In tal senso, appaiono memorabili, sempre esemplarmente, le clausole 12, che pone le basi del moderno principio del consenso all'imposizione; 17-19, intese ad agevolare l'amministrazione della giustizia; 20, che codifica il principio della proporzionalità delle pene; 24 e 28-30, formulate contro gli abusi dei funzionari regi; 38, che è ancora solo ad una testimonianza attendibile su di un'imputazione precisa la sottoposizione a processo, in difetto della quale ognuno ha il diritto di mantenere o riottenere la propria libertà; 39, dove sono chiaramente visibili i germi delle garanzie collegate alla riserva di giurisdizione e di legge nei confronti dei provvedimenti limitativi della libertà e della proprietà, nonché dell'istituzione delle giurie popolari; 40, che enuncia un vero e proprio diritto ad una giustizia imparziale.*

*Impossibile in questa sede effettuare un confronto con altri precedenti documenti di cui è ricca la storia costituzionale inglese fin da suoi primordi, onde verificare l'effettivo carattere inedito delle varie proposizioni della **Carta** (si noti che molte clausole riprendono quasi letteralmente quelle recate dalla Carta d'incoronazione di Enrico I Beauclerc, figlio cadetto di Guglielmo il Conquistatore, del 5 agosto 1100), ma del pari ingiustificato sarebbe negarne in qualsiasi modo l'essenziale ruolo simbolico e pedagogico esercitato durante gli ultimi otto secoli nel processo evolutivo verso lo Stato di diritto ed il governo rappresentativo e democratico, oggi da più parti, specie a casa nostra, apparentemente minacciato nella sua sopravvivenza.*

*Anche per questo motivo, dunque, buon compleanno **Magna Carta!***

*(p.c.)*

## *Anniversario*

### **7 AGOSTO 1815, stipula del Patto federale svizzero a ventidue cantoni**

Ricorre oggi, 7 agosto, il bicentenario del *Patto federale svizzero a ventidue cantoni del 1815* (Zurigo, Berna, Lucerna, Uri, Schwyz, Unterwald, Glarus, Zug, Friburgo, Soletta, Basilea, Sciaffusa, Appenzell, San Gallo, Grigioni, Argovia, Turgovia, Ticino, Vaud, Vallese, Neuchâtel e Ginevra).

*La data merita d'essere ricordata per diverse ragioni, tra cui la nascita di una Confederazione (Confédération Suisse) tra Cantoni (ridivenuti sovrani dopo la caduta di Napoleone) basata su di un trattato unico e tendenzialmente esclusivo (artt. 1 e 6).*

*Se decisivi al proposito erano risultati fattori esterni quali il riconoscimento da parte del Congresso di Vienna dell'integrità degli stessi Cantoni e l'assicurazione, data sempre in seno a quel "concerto europeo", della perpetuità dello statuto neutrale del Paese alpino (20 maggio 1815), anche dal punto di vista interno una forte spinta era stata impressa dall'esigenza di un nuovo e stabile equilibrio politico-istituzionale, dopo che la fine del regime instaurato nel 1803 con l'Atto di Mediazione aveva lasciato la Svizzera priva di un qualunque organismo centrale di governo ed una grave frattura era venuta a determinarsi tra un fronte reazionario ed uno moderato, entrambi pronti a darsi battaglia.*

*Questo **Patto federale** si componeva, dunque, di 15 articoli intesi ad assicurare, anche militarmente, la reciproca indipendenza dei Cantoni (co-États), l'intangibilità delle rispettive attribuzioni costituzionali e la riferita neutralità della Confederazione (artt. 1, 2, 3, 4 e 15); e se è indubbio, data anche la natura dell'atto, che la garanzia delle libertà individuali non vi trovasse collocazione, pure il divieto espresso di qualsiasi sudditanza e l'impegno assunto a non escludere alcuno dai diritti politici manifestavano la consapevolezza della necessità di un ammodernamento in tale direzione (art. 7).*

*Dal punto di vista organizzativo, la neonata Confederazione si strutturava su una Dieta federale, composta da deputati dei ventidue Cantoni (una sorta di plenipotenziari), che veniva riunita per deliberare sulle materie ritenute di comune interesse (la politica estera e militare erano state, infatti, attribuite alla Confederazione) nei cd. Cantoni direttori – individuati secondo turni biennali – di Zurigo, Berna e Lucerna. Presso il Cantone direttore in carica era in funzione, quale organo esecutivo e di coordinamento, una Cancelleria confederale composta da un Cancelliere e da un Segretario di Stato nominati dalla Dieta, salva la possibilità, motivata da circostanze straordinarie, di investirlo anche di poteri speciali (artt. 8, 9 e 10).*

*Per il sostegno delle spese militari e di rappresentanza, era istituita una cassa centrale alimentata dai contributi dei Cantoni e dalle entrate doganali percepite dai Cantoni situati lungo la linea di confine esterno (art. 3 e 9).*

*Una forma di giustizia confederale s'imperviava su un complesso sistema di arbitri e superarbitri, tale comunque da dirimere in via definitiva e in maniera vincolante per la parte soccombente (art. 5), gli eventuali dissidi tra Cantoni su questioni non riguardate dal **Patto federale** (come, ad., es., nell'art. 11).*

*Questa sistemazione poteva, dunque, complessivamente intendersi come il ripristino dell'assetto dell'Ancien Régime sia sul piano politico, sia su quello religioso (l'art. 12 enunciava l'obbligo di mantenimento dei conventi) e, comunque, come la definitiva sconfessione di ogni progetto centralista, dopo il tentativo esperito con mediocri risultati in seno alla Repubblica elvetica di derivazione francese, se è vero che, già con il precitato Atto di Mediazione, lo stesso Napoleone, pur senza deflettere dai principi dell'eguaglianza politica e giuridica dei singoli cittadini, si era indotto a ripristinare l'autonomia costituzionale dei diversi Cantoni, convinto che: "La Suisse ne ressemble à aucun autre État, soit par les événements qui s'y sont succédé depuis plusieurs siècles, soit par la situation géographique, soit par les différentes langues, les différentes religions, et cette extrême différence de moeurs qui existe entre ses différentes parties. La nature a fait votre État fédératif, vouloir la vaincre n'est pas d'un homme sage".*

\* \* \*

*Il nuovo ordine introdotto dal **Patto federale** qui ricordato sarà destinato ad accompagnare la Svizzera per tutto il periodo della Restaurazione, non senza essere attentamente vigilato dalle grandi Potenze dell'epoca, specie quelle confinanti (la Francia restituita ai Borbone e l'Austria asburgica), anche da un punto di vista politico ed ideologico (sono note le drammatiche vicende occorse al nostro Giuseppe Mazzini in territorio elvetico nel periodo considerato, specie a seguito dei diktat imposti alla Svizzera da parte del Cancelliere austriaco Metternich).*

*Del resto, non si sarebbero potute dire del tutto sopite le tensioni che, sull'onda dei fermenti e dei moti insurrezionali intestini (il programma filosofico e politico del Contrat social non era stato dato alle stampe nel 1762 da un illustre ginevrino?) e sotto la spinta delle ingerenze, anche militari, provenienti dalla Francia, erano sfociate nella rivoluzione del 1798, conducendo alla proclamazione della Repubblica elvetica il 12 aprile di quello stesso anno.*

*Il **Patto federale svizzero del 1815** si esaurirà con la fine della cd. guerra detta del Sonderbund, quando, nel novembre 1847, una nuova Costituzione decreterà la nascita di*



*uno Stato federale in senso proprio, mentre, sotto il suo vigore, la Svizzera attraverserà fasi molto concitate, tra cui, a partire dal 1830 e sotto l'influenza della Rivoluzione di Luglio in Francia, il periodo della cd. Rigenerazione, allusiva del fatto che determinati Cantoni si impegnarono a "rigenerare" in senso liberale le loro Costituzioni. Di qui anche le spinte al rinnovamento del **Patto** stesso, tanto che il favore o, all'opposto, l'ostilità per una simile soluzione diverrà la cifra identitaria delle coalizioni che andranno formandosi tra i Cantoni (a dispetto della proibizione espressa dall'art. 6 del **Patto federale**) con confronti anche aspri e talvolta da guerra civile (non riuscendovi estranee neanche le dispute tra cattolici e protestanti acuite anche dal già citato obbligo di mantenimento dei conventi).*

*Qualunque sia, pertanto, il giudizio sul documento storico qui ricordato e sulle sue implicazioni (la proposta di una sua commemorazione ufficiale non ha suscitato nemmeno l'entusiasmo del Consiglio federale che ha ritenuto l'evento di secondo rango), non pare possa esserne messo in alcun modo in dubbio il valore fondativo rispetto a determinate peculiarità dell'odierna Svizzera quali la demarcazione stessa del suo ambito territoriale, i rapporti egalitari tra Cantoni indipendentemente dalle diverse etnie linguistiche e tradizioni religiose, nonché l'inflessibile neutralità sul piano internazionale.*

(p.c.)

**CONSULTA ONLINE**

**PARTE PRIMA**

**STUDI**

**Tania Groppi**

**La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana\***

1. *Una sentenza storica*

Capita, di tanto in tanto, che in mezzo alla loro ordinaria attività di guardiani della costituzione, ormai entrata a far parte della routine dello Stato costituzionale di diritto, le Corti costituzionali siano chiamate ad affrontare dei “veri” casi costituzionali. Casi nei quali non vengono in rilievo unicamente le relazioni gerarchiche tra fonti del diritto, ma i valori fondanti dell’ordinamento, quelli che ne connotano, come oggi si suol dire, l’identità costituzionale.

E’ quanto è accaduto alla Corte costituzionale italiana con la [sentenza n. 238/2014](#), ove dignità umana, tutela dei diritti inviolabili, relazioni internazionali ispirate a principi di pace e di giustizia, sovranità nazionale (o quel che ne resta), accadimenti drammatici e cruciali della storia europea e mondiale si intrecciano, dando luogo a una decisione che può essere definita “storica”: sia nel senso che chiunque intenda riflettere sullo stato del diritto costituzionale in Italia, nei primi decenni del XXI secolo, non può evitare di confrontarsi con essa (P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l’immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 28 ottobre 2014), sia, come cercherò di mostrare nella conclusione di questo intervento, nel senso di inserirsi in quel percorso di “storia profetica” che connota il cammino dei diritti umani.

Al di là dei molteplici profili di interesse, già ampiamente analizzati in numerosi commenti di internazionalisti e costituzionalisti, desidero qui riflettere soltanto su un aspetto, ovvero sulle ragioni che possono aver guidato una Corte costituzionale nella scelta di una soluzione che appare “scomoda” sotto vari punti di vista, a partire da quello più eclatante, ovvero dalla immediata violazione del diritto internazionale da parte dello Stato italiano che la sentenza viene a determinare.

---

\* *Relazione svolta il 9 dicembre 2014 al Seminario su “Crimini internazionali, immunità dello Stato straniero e accesso alla giustizia: riflessioni sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale”, organizzato dal Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università di Siena.*

## 2. “Vollti, e vollti sempre, fortissimamente vollti”

La decisione, pur articolata su tre distinti piani (sindacato su: la norma internazionale consuetudinaria; la legge nazionale di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite riguardo agli effetti della [decisione della Corte internazionale di giustizia – CIG – del 3 febbraio 2012, Germania c. Italia](#); la legge nazionale adottata a seguito di tale sentenza della CIG), si sostanzia nell’affermazione che l’immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile per gli atti compiuti nell’esercizio dei poteri sovrani (*iure imperii*), riconosciuta dal diritto internazionale consuetudinario, non può valere ad escludere l’accesso alla giurisdizione di fronte ai giudici italiani, in relazione ad azioni derivanti da crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi dei diritti della persona umana, trattandosi di un principio qualificante il sistema costituzionale italiano, rispetto al quale non sussiste un interesse pubblico preminente che ne giustifichi il sacrificio.

Per giungere ad affermare ciò – e per sottoporre a sindacato di costituzionalità la norma internazionale consuetudinaria – la Corte ha dovuto, nella motivazione, superare innumerevoli ostacoli, di ordine interno e internazionale (A. Ruggeri, *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in questa rivista, Studi, 2014).

Sul piano nazionale, vengono in rilievo innanzitutto alcuni profili essenziali del sindacato di costituzionalità disegnato dalla Costituzione italiana, relativi all’oggetto e al parametro del giudizio.

Riguardo all’oggetto, si tratta di un problema non nuovo, in quanto la lettera dell’art. 134 Cost., che circoscrive il sindacato di legittimità costituzionale alle “leggi e gli atti con forza di legge dello Stato e delle regioni”, è stata ripetutamente disattesa dalla Corte, che ha sempre seguito la via di una interpretazione non testuale. Anche in questo caso si dà una interpretazione di tipo “logico e sistematico” (Cons. dir., par. 2.1), ritenendo esclusi dallo scrutinio della Corte costituzionale soltanto “gli atti che hanno un rango ed una forza inferiori rispetto alla legge”: tutte le leggi, gli atti e le norme (comunque prodotte, verrebbe da dire, anche eventualmente attraverso fonti fatto, come quelle in esame), provviste della stessa efficacia delle leggi formali - ordinarie e costituzionali - venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo, ci dice esplicitamente la Corte, sono assoggettate al controllo accentrato.

Per quanto riguarda il parametro, trattandosi di controllare il rispetto (da parte di fonti che hanno pacificamente rango costituzionale, sulla base dell’art. 10, comma 1, Cost.)

degli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale, la Corte si trova nella necessità di attivare i controlimiti, il che significa compiere due operazioni: identificarli e usarli. Si tratta di operazioni che la sentenza effettua in modo non indolore. L'identificazione della categoria – al di là dello specifico principio in questione, il diritto alla tutela giurisdizionale a difesa dei diritti fondamentali e in particolare della dignità della persona: Cons. dir., par. 3.4 – continua a non risultare del tutto chiara, come emerge dalle molteplici diverse denominazioni (“principi fondamentali e diritti inviolabili della persona”, par. 2.1; “principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato, e quindi ...principi che sovrintendono alla tutela dei diritti fondamentali della persona”, par. 3.1; “principi fondamentali dell'ordinamento interno”, *ivi*; “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona”, par. 3.2; “principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello stato ovvero...principi posti a tutela di un diritto inviolabile della persona”, *ivi*, ecc.) contenute qua e là nella decisione e da un sedimentarsi di precedenti (richiamati nella sentenza) che non hanno ancora trovato una adeguata sistemazione. Circa l'utilizzo dei controlimiti, la sentenza risulta quantomeno sorprendente: la Corte fa ricorso alla tecnica del bilanciamento, andando a compiere una verifica che non si limita alla garanzia della intangibilità dei principi costituzionali, ma pare accontentarsi del fatto che “il loro sacrificio sia ridotto al minimo” (Cons. dir., par. 3.1: P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014). Insomma, la Corte introduce una sorta di “controlimiti temperati”, rispetto ai quali ciò che occorre in ogni caso escludere è il loro “sacrificio totale”, mentre lascia intravedere che potrebbe essere giustificato, nel bilanciamento, il sacrificio (da intendere pertanto come “parziale”) di un principio supremo qualora si fosse in presenza di un “interesse pubblico” (non meglio specificato, ma probabilmente da ritenere anch'esso del rango di principio supremo) che risultasse preminente (Cons. dir., par. 3.4).

Inoltre, la Corte ha dovuto prendere le distanze dalla sua giurisprudenza pregressa, costituita dal precedente sul diritto internazionale consuetudinario, ovvero dalla [sentenza n. 48/1979](#) sulla immunità degli agenti diplomatici, che sembrava limitare il sindacato di costituzionalità alle norme formatesi dopo l'entrata in vigore della costituzione, reinterpretandolo alla luce della [sentenza n. 1/1956](#) (Cons. dir., par. 2.1), al punto da far parlare i primi commenti di *overruling* (P. Passaglia, *cit.*).

Non solo: la ripetuta riaffermazione del carattere accentrato del sistema italiano di giustizia costituzionale (Cons. dir., par. 3.1) e del fatto che spetta “in via esclusiva” alla

Corte il compito di assicurare il rispetto della costituzione (Cons. dir., par. 3.3) si pone in netta controtendenza rispetto alla valorizzazione del ruolo dei giudici comuni nel controllo di costituzionalità avvenuta negli ultimi decenni, che ha portato ripetutamente la dottrina a parlare di una crescente diffusione del sistema italiano di giustizia costituzionale, o perlomeno dello sviluppo di un sindacato accentrato-collaborativo (E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012). E' ben vero che la Corte ha accentrato nelle sue mani, fin dalle [sentenze nn. 348 e 349/2007](#), il controllo sul rispetto dei trattati internazionali, utilizzandoli quali norme interposte e opponendosi nettamente alla disapplicazione, da parte dei giudici comuni, delle norme primarie nazionali con essi contrastanti, ma lo ha fatto appoggiandosi, nella motivazione, sulla differenza tra diritto internazionale pattizio e diritto comunitario, senza enfatizzare il carattere accentrato del sistema italiano di giustizia costituzionale. Al contrario, in questo caso – forse proprio perché ancor più si sarebbe prestato al sindacato diffuso da parte dei giudici comuni, trattandosi di accertare innanzitutto la capacità della norma internazionale di dispiegare effetti nel nostro ordinamento, con conseguente inammissibilità della questione di costituzionalità – essa ha sentito la necessità di richiamare la struttura stessa del sistema italiano di giustizia costituzionale, al fine di giungere a una dichiarazione di non fondatezza della questione che non appare però del tutto coerente con il fatto che la norma internazionale “non entra nell’ordinamento italiano e non può quindi essere applicata” (Cons. dir., par. 3.2).

Ma soprattutto la Corte ha scelto di scontrarsi con un quadro di diritto internazionale consuetudinario fortemente ostile, connotato dalla recente [sentenza Germania c. Italia](#) della suprema giurisdizione internazionale che ha nettamente riaffermato, con una schiacciante maggioranza, 12 a 3, la norma di diritto consuetudinario proprio in relazione ai crimini commessi nella seconda guerra mondiale dalla Germania, dei quali si occupa la decisione italiana. La stessa Corte europea dei diritti dell’uomo, in una sentenza ancora più recente, ha assunto una posizione analoga alla CIG e, in relazione al crimine di tortura, ha riconosciuto l’immunità dello Stato nell’esercizio di poteri sovrani (*Jones and Others v. the United Kingdom* 34356/06 40528/06, 14 gennaio 2014).

Neppure si può dire che, a fronte dell’assenza di un dialogo verticale, con le giurisdizioni internazionali, la Corte italiana abbia potuto beneficiare di un qualche tipo di dialogo orizzontale, o almeno di un avvio di esso, inserendosi in una nascente “coalizione” (nel senso richiamato da E. Benvenisti, *Reclaiming Democracy : The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American*



*Journal of International Law*, 2008, p. 241) tra corti nazionali finalizzata a determinare un mutamento della norma consuetudinaria: la giurisprudenza delle altre corti costituzionali e supreme è nel complesso assai distante da quella italiana, come ha messo in evidenza la sentenza della Corte suprema del Canada, coeva rispetto alla [n. 238/2014](#), *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* (2014 SCC 62), nella quale una corte tradizionalmente attivista come quella canadese ha optato per il rispetto della discrezionalità del legislatore, che ha scelto di dare ingresso nell'ordinamento canadese al principio della immunità anche nel caso di crimini internazionali.

A ciò si aggiunge un quadro politico assai difficile, nel quale la Germania è apparsa ben decisa nel difendere le sue posizioni, non solo di fronte alla CIG ma anche nei negoziati col governo italiano e lo stesso legislatore italiano ha dimostrato una insolita sollecitudine nell'adempimento della sentenza della CIG attraverso la legge ordinaria.

Infine, come è stato messo in rilievo dalla dottrina (A. Ruggeri, cit.), scarse sono le possibilità che le vittime o i loro eredi possano essere risarciti all'esito di questa vicenda, e quindi che la sentenza produca concreti effetti. Il rischio che rimanga priva di effettività è elevato.

### 3. *Una storia di tempi lunghi*

Tutto ciò posto, l'interrogativo che sorge è: perché? Perché una Corte costituzionale sceglie di dare interpretazioni ardite del testo costituzionale, di superare i propri precedenti, di mettersi contro tutti: giurisdizioni internazionali, stati stranieri, legislatore nazionale, attraverso una decisione che ha ben poche probabilità di ripristinare i diritti violati? Chi sono i suoi alleati, o i suoi interlocutori, in quella che appare come una vera e propria corsa solitaria? E' sufficiente l'appoggio della dottrina internazionalistica (italiana e non solo, che si è sempre detta favorevole alla perdita dell'immunità in caso di violazioni di *ius cogens*: ad es. Conforti, A. Cassese, Ronzitti) e dei giudici comuni italiani (non solo della Corte d'appello rimettente, ma soprattutto della Corte di Cassazione, la cui giurisprudenza, il celebre caso *Ferrini*, era stata all'origine della sentenza della CIG) per determinare una base di consenso, per assicurare un seguito, per evitare che la pronuncia si traduca in un ramo secco?

Chi studia la giustizia costituzionale, in Italia e altrove, sa bene che la principale preoccupazione delle Corti costituzionali è proteggere la propria legittimazione (per una panoramica su questo approccio, L. Epstein, T. Jacobi, *The Strategic Analysis of Judicial Decisions*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, pp. 341 ss.), e che la

domanda chiave che serpeggia nella camera di consiglio, come molti ex-giudici hanno raccontato nelle loro testimonianze e memorie, è: “come ne usciamo?” (G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2004). La Corte costituzionale ha spesso mostrato la propensione a cercare di sbarazzarsi dei casi più difficili, che possono minare la sua legittimazione, utilizzando le categorie processuali, o cercando di affidare la decisione ai giudici comuni o alle corti sovranazionali.

Nel caso in esame, è evidente che le scappatoie per evitare di infilarsi in questo ginepraio erano molteplici. Allora, la domanda che non possiamo evitare di porci è “perché”? Occorre precisare che si tratta di un “perché” sistemico e istituzionale, che va oltre le contingenze legate alla composizione dei collegi, al coagularsi delle maggioranze, alle ambizioni dei presidenti o alle personali attitudini dei relatori. Al di là di qualsiasi contingenza, attraverso una sentenza come questa è la giustizia costituzionale italiana che parla e che si posiziona rispetto al contesto “ostile” che ho cercato sinteticamente di descrivere.

Senza dover ricorrere a una sorta di “psicologia” della giustizia costituzionale, è unicamente attraverso l’esame della motivazione che possiamo cercare di trovare una risposta. Peraltro, si tratta di una motivazione complessa, non lineare, a volte inutilmente ripetitiva, a volte sovrabbondante, nel senso che si dipana in mille rivoli non sempre funzionali ad argomentare la soluzione scelta, in un susseguirsi di *obiter dicta* che rendono difficile individuare la *ratio decidendi* e gli argomenti a suo sostegno. Una motivazione nella quale si avvertono tante mani, tante sensibilità. Questa non è una novità nell’ambito della giustizia costituzionale italiana, che frequentemente ricorre a motivazioni discorsive o basate su due o più linee argomentative (definite “multi-legged”: A. Jakab, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts. A European Perspective*, in *German Law Journal*, 2013, p. 1215 ss.): si tratta infatti di una conseguenza del principio di collegialità e in particolare della impossibilità per i giudici di esprimere opinioni dissidenti o concorrenti (come abbiamo cercato di dimostrare in un recente lavoro: T. Groppi, I. Spigno, *Constitutional Reasoning in the Italian Constitutional Court*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2014).

Volendo provare a dipanare la complessa matassa degli argomenti utilizzati (che includono anche un riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia in veste di “giurisprudenza straniera”: mi riferisco al richiamo del caso [Kadi](#) contenuto nel par. 3.4 del Considerato in diritto), mi pare di poter rintracciare l’argomento portante della decisione laddove (proprio nel lungo paragrafo 3.4) si afferma che l’immunità, se ha un

senso logico, si deve collegare, nella sostanza e non solo nella forma, con l'esercizio della funzione sovrana dello Stato straniero. Questa funzione sovrana non può mai esplicitarsi in atti come la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, atti riconosciuti come crimini contro l'umanità. O, meglio, la Corte non dice proprio così, non può dirlo, non spetta a lei accertare l'esistenza della norma internazionale, come essa stessa a più riprese sottolinea, trattandosi "di una norma di diritto internazionale, dunque esterna all'ordinamento giuridico italiano, la cui applicazione da parte dell'amministrazione e/o del giudice, in virtù del rinvio operato nella specie dall'art. 10, primo comma, Cost., deve essere effettuata in base al principio di conformità, e cioè nell'osservanza dell'interpretazione che ne è data nell'ordinamento di origine, che è l'ordinamento internazionale" e in particolare secondo la interpretazione offerta da quel qualificato interprete che è la CIG (Cons. dir., par. 3.1). Dice piuttosto che tali atti, nell'ambito dell'ordinamento interno, non possono giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti delle vittime: come è stato messo in rilievo, la Corte pare affermare che tali atti determinano "a breach in the domestic ius cogens" e pertanto non possono mai essere coperti da immunità (F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 28 ottobre 2014).

La Corte accede a una impostazione secondo la quale i due piani, processuale (immunità) e sostanziale non possono essere ritenuti separati. Impostazione che non ha finora ritenuto di seguire in altre materie, come quella dell'insindacabilità dei parlamentari, ove non ha fatto proprio, fin qui, l'approccio seguito dalla giurisprudenza costituzionale tedesca (secondo la quale le offese personali e gratuite non possono mai ritenersi coperte da insindacabilità).

Soprattutto, risuona forte l'eco di una posizione minoritaria nella dottrina internazionalistica, accolta nella lunga opinione dissidente del giudice Cançado Trindade nella sentenza della CIG. Mosso dal supremo valore della ricerca della giustizia, egli aveva affermato che i crimini compiuti in violazione di norme internazionali di *ius cogens*, come il diritto internazionale umanitario e dei diritti umani, non sarebbero mai da qualificare come "*acta imperii*" ma piuttosto come "*delicta imperii*" e non possono mai ritenersi coperti da immunità (CIG, Germania c. Italia, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 133) : l'immunità dello Stato non è un diritto, ma una prerogativa o un privilegio e non può essere assicurata quando conduce a una ingiustizia manifesta. Offrendo la sua testimonianza personale di ex giudice prima, e presidente della Corte

interamericana dei diritti dell'uomo poi, che lo porta ad avere una sensibilità molto diversa da quella della maggior parte dei componenti della CIG, egli si era opposto in modo fermo al "positivismo giuridico" e al formalismo della CIG, che aveva basato la sua sentenza su quella che egli definisce "la incongrua giurisprudenza dei tribunali nazionali" (ivi, p. 189).

In altre parole, con questa sentenza la Corte costituzionale italiana ha deciso, nonostante il contesto ostile, di chiamarsi fuori da tale "incongrua giurisprudenza" (L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 novembre 2014), per dare un segno di tipo diverso, basato appunto su un valore di giustizia. Non un valore astratto, ma positivizzato nei principi supremi della costituzione italiana, in particolare negli artt. 2 e 24, che peraltro parlano il medesimo linguaggio del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani. Contribuendo in tal modo ad una "auspicabile, e da più parti auspicata, evoluzione dello stesso diritto internazionale" (Cons. dir, par. 3.3, *in fine*), come mostra l'ampio spazio dedicato nella motivazione al ruolo sollecitatorio svolto dalla giurisprudenza delle corti nazionali (e tra esse quelle italiane) nella evoluzione giurisprudenziale delle corti internazionali o sovranazionali (in questo senso il richiamo alla risalente giurisprudenza italiana e belga sulla limitazione della immunità degli Stati per gli atti *iure gestionis*, Cons. dir., par. 3.3 e a quella della Corte costituzionale italiana relativa al differimento degli effetti favorevoli delle sentenze della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale, Cons. dir., par. 3.4).

Non mi pare un caso che la prima attivazione dei controlimiti sia avvenuta non per una astrusa questione di diritto europeo, ma per una grande e tragica vicenda storica, fondante ad un tempo per il nostro ordinamento e per il sistema internazionale di tutela dei diritti umani.

Quante volte diciamo ai nostri studenti che in quello spiraglio, tra la fine della seconda guerra mondiale e l'inizio della guerra fredda, le costituzioni degli Stati nazionali fondate sulla dignità dell'uomo e la Dichiarazione universale dei diritti umani della Nazioni Unite hanno cercato di aprire la strada verso un mondo nuovo (per usare il titolo del libro di Mary Ann Glendon, *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la dichiarazione universale dei diritti umani*, trad. it. Liberilibri, Macerata, 2001)? Che i protagonisti straordinari di quell'epoca eccezionale (da Giuseppe Dossetti a Lelio Basso, da Eleanor Roosevelt a René Cassin) hanno lottato e lavorato proprio per questo?

Come ha scritto Norberto Bobbio, un ideale come quello dei diritti dell'uomo rovescia completamente il senso del tempo, perché si proietta sui tempi lunghi, e solo alcuni “segni premonitori” possono farci presagire l'esito, secondo la kantiana visione profetica della storia (N. Bobbio, *I diritti dell'uomo, oggi*, in Id., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 p. 269).

I tempi lunghi dei diritti dell'uomo sono fatti di piccoli segni, iniziano dai “piccoli luoghi vicino a casa”, potremmo dire citando proprio Eleanor Roosevelt (M. A. Glendon, *Verso un mondo nuovo*, p. 408), piccoli segni che possono essere l'opinione dissidente di un giudice illuminato dalle sofferenze dei casi che ha dovuto giudicare, possono essere sentenze isolate e dalla motivazione non del tutto lineare di corti costituzionali di paesi periferici.

La risposta alla domanda “perché”, in definitiva, è che a volte le corti costituzionali riescono a leggere i segni dei tempi e a farsi esse stesse segno, comprendendo che se vogliono continuare ad essere “*viva vox*” delle loro costituzioni, debbono muoversi guidate da quei valori di giustizia in cui tali costituzioni affondano le radici.

Il che non vuol dire necessariamente che riescano ad offrire effettivo rimedio alla violazione dei diritti. Accanto e oltre la costituzione normativa, esse risultano garanti, in tali casi, di una costituzione che è soprattutto simbolica. E' quella simbolica una dimensione della costituzione la cui importanza tendiamo a dimenticare, guidati dalla pur comprensibile preoccupazione per la difesa della sua normatività.

In queste occasioni è come se le corti costituzionali percepissero che la loro legittimazione si fonda nella storia dei tempi lunghi, nella proclamazione dei valori fondanti dell'ordinamento, più che nella loro concreta tutela, e tutto ciò facesse passare in secondo piano, bollandola come formalistica, qualsiasi ulteriore considerazione.

Quali siano i prezzi da pagare, in termini di coerenza con i precedenti, di forzature interpretative, di lascito per il sistema costituzionale nel suo complesso, per diventare “segno” di un mondo nuovo (ovvero, qui, di un nuovo diritto internazionale consuetudinario che circoscriva l'immunità degli Stati di fronte alle violazioni di *ius cogens*), possiamo valutarlo soltanto sulla base del carattere più o meno persuasivo, più o meno coerente delle motivazioni che esse ci offrono.

In conclusione, l'operazione che la Corte costituzionale italiana ha voluto compiere è abbastanza chiara, le modalità con cui lo ha fatto sono aperte alla valutazione della comunità degli interpreti della Costituzione.

**Alessandro Morelli**

**I diritti senza legge\***

«CREONTE

Molti gli ordinamenti: ma chi ordina?

EMONE

Anche se non fossi tuo figlio, direi: tu.

CREONTE

Dunque, se spetta a me, sia a modo mio.

EMONE

A modo tuo, purché sia il modo giusto»<sup>1</sup>.

*SOMMARIO: 1. Diritti senza legge: un antico dilemma e la prospettiva dello Stato costituzionale. – 2. Il “paradigma separatista” e la complessa trama dei rapporti tra legge e diritti. – 3. I diritti senza legge in senso relativo (la condizione degli stranieri irregolari e i diritti delle persone LGBTI). – 4. I diritti senza legge in senso assoluto (il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», il «diritto al rifiuto delle cure», il diritto fondamentale di accesso a Internet, il diritto all’oblio). – 5. Il dialogo tra Antigoni e l’incomunicabilità con Creonte: la moltiplicazione dei materiali normativi internazionali e sovranazionali, l’insufficienza della legge e la crisi delle istituzioni di rappresentanza politica.*

*1. Diritti senza legge: un antico dilemma e la prospettiva dello Stato costituzionale*

L’evocativo titolo della relazione rinvia ad un campo d’indagine pressoché sconfinato.

Il riconoscimento dell’esistenza di “diritti senza legge” esprime, innanzitutto, l’idea che sia possibile riscontrare determinate situazioni giuridiche soggettive *a prescindere* dalla legge ed eventualmente anche *contro* le determinazioni di quest’ultima. Questione che rimanda all’antico problema dei limiti che possono essere imposti al potere politico e alla sua proiezione sulla sfera delle fonti del diritto; tema che, com’è noto, ha trovato e continua a trovare innumerevoli traduzioni e a suscitare problemi ancora non risolti nella

---

\* Testo riveduto e ampliato della relazione presentata alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina, 21-22 novembre 2014.

<sup>1</sup> B. BRECHT, *Antigone*, in M.G. CIANI (a cura di), SOFOCLE, ANOUILH, BRECHT, *Antigone. Variazioni sul mito*, Marsilio, Venezia 2000, 154.



stessa dimensione della democrazia costituzionale contemporanea, ove pure sembrerebbe essersi definita la più evoluta forma di composizione tra diritto naturale e diritto positivo<sup>2</sup>.

Il contrasto tra legge e diritti riflette una condizione della dimensione umana prodottasi in epoche e contesti storici anche molto distanti e diversi. Si tratta di una contrapposizione che ha trovato forse la sua più celebre e suggestiva rappresentazione nel mito di Antigone,

---

<sup>2</sup> Su tale composizione cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, 11 ss. e 288 ss. In generale, la letteratura sui caratteri dello Stato costituzionale è pressoché sterminata: si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, almeno a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, spec. 39 ss.; P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2005, 7 ss.; G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, 9 ss. e 117 ss.; L. LANFRANCHI (a cura di), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2006. Per un approccio filosofico al tema cfr. G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari 1997, spec. 15 ss. In una prospettiva storiografica, sul ruolo del diritto naturale nella definizione della categoria moderna dei diritti umani cfr. V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari 2014, 5 ss.; con particolare riguardo all'esperienza tedesca, G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999.

Sul costituzionalismo si vedano, poi, oltre al classico di C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. it., il Mulino, Bologna 1990, M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna 1994; A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2000; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2005; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009; N. MATTEUCCI, *Breve storia del costituzionalismo*, Morcelliana, Brescia 2010; C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo. Idee, istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo*, Giappichelli, Torino 2011; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari 2013; G. AZZARITI-S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, ESI, Napoli 2014; S. PRISCO, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Giappichelli, Torino 2014, 3 ss.; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2011. Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011, Jovene, Napoli 2014; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale, Salerno, 22-24 novembre 2012, Jovene, Napoli 2014.

Sul concetto di costituzione cfr., tra gli altri, C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI (1962), 140 ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, FrancoAngeli, Milano 1982; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, il Mulino, Bologna 1999; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna 2004; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano 2006; A. SPADARO, *Costituzione (Dottrine generali)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano 2006, 1630 ss.; P. NICOSIA, *La Costituzione*, in L. VENTURA-P. NICOSIA-A. MORELLI-R. CARIDÀ, *Stato e sovranità. Profili essenziali*, Giappichelli, Torino 2010, 63 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma 2011.

straordinaria espressione del dilemma che ogni organizzazione politica si trova a dover affrontare nel momento in cui il comando del sovrano si ponga in contrasto con principi etici diffusamente avvertiti come superiori al diritto positivo, ponendosi così il problema della sua stessa legittimazione<sup>3</sup>. Un dilemma che si sviluppa nelle posizioni antitetiche dei due protagonisti della tragedia sofoclea, non a caso rappresentati in modo anche molto diverso sia nelle molteplici letture che sono state date all'opera del tragediografo ateniese sia nelle successive rivisitazioni della storia proposte da poeti e drammaturghi di ogni epoca<sup>4</sup>.

In ogni caso, qualunque interpretazione si voglia dare al mito, la triste fine di Creonte e di Antigone pare esprimere un monito ancora attuale, rappresentando la difficoltà e, al tempo stesso, la necessità di perseguire una conciliazione delle non sempre coincidenti esigenze della legge e dei diritti<sup>5</sup>.

In premessa occorre chiarire, tuttavia, a quale concetto di legge e a quale concetto di diritti intendiamo fare riferimento: se alla legge in senso tecnico, ossia a quell'atto normativo che porta il *nomen iuris* di legge, o, in senso lato e atecnico, ad ogni disciplina

---

<sup>3</sup> Come scrive F. OST [*Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, (2004), trad. it., il Mulino, Bologna 2007, 178], è «incontestabile che l'opera approfondisce con grande efficacia l'interrogativo che una società affronta in certe circostanze, a proposito della legittimità del diritto applicabile». In tal senso, l'*Antigone* si pone anche come il «modello ineguagliato, cento volte riprodotto, mai esaurito, della resistenza al potere» (*ivi*, 173). In tema cfr., da ultimo, A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006, 1 ss.; sulla resistenza si rinvia ora a L. VENTURA, *Il diritto di resistenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2014.

<sup>4</sup> Per un quadro delle varie interpretazioni dell'*Antigone* si rinvia al classico di G. STEINER, *Le Antigoni* (1984), trad. it., Garzanti, Milano 2003. Nel complesso, G. ZAGREBELSKY [*Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, III ed., Bur, Milano 2008, 31] individua tre orientamenti ai quali sarebbero riconducibili tutte le interpretazioni politico-giuridiche dell'opera: «(a) Creonte è l'arbitrio, Antigone la resistenza all'arbitrio; il primo rappresenta il male della forza cieca, la seconda il bene della legge morale; (b) Creonte sostiene le buone ragioni del governo della città e Antigone le buone ragioni della pietà familiare; entrambi, per la loro parte, pur nel contrasto mortale, sono nel giusto; (c) Creonte e Antigone, nonostante le loro buone ragioni, sono entrambi nel torto in quanto procedono verso il loro fine e la loro fine, ignorando completamente le ragioni l'uno dell'altra e l'altra dell'uno».

<sup>5</sup> Scrive, in tal senso, ancora G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 51: «*Antigone* ci dice dunque che la vita della città non può essere semplificata. Essa rovina su se stessa se le plurime istanze di vita tradizionale, in questo senso conservatrici (anche le più sante, come i legami del sangue o la pietà verso gli dèi), non si coordinano con le istanze innovatrici. E dice anche però, d'altra parte, che la stessa cosa accade se il governo si perde in una vertigine d'onnipotenza. Perché due sono i pilastri della convivenza tra gli esseri umani: il diritto e la legge. Il diritto senza legge è cieca conservazione; la legge senza diritto è puro potere dispotico. In questo noi scorgiamo il monito duraturo di Antigone. Se non ci rendiamo consapevoli di questo doppio lato della nostra convivenza, l'equilibrio verrà rotto».

prodotta da organi dotati di potestà normativa, e ancora se a tutti i diritti o soltanto a quelli “fondamentali”.

Nella prospettiva di un’analisi di diritto costituzionale risulta più interessante il riferimento alla legge intesa in senso tecnico, per la centralità che storicamente tale fonte ha assunto nella cornice dello Stato di diritto, salvo poi volgere lo sguardo anche ad altre fonti che, in misura pure considerevole, disciplinano o aspirano a disciplinare oggi i diritti. Per quanto riguarda, invece, il secondo termine della dialettica oggetto d’esame, appaiono, almeno a prima vista, degne di particolare attenzione quelle situazioni giuridiche soggettive che pretendono di imporsi alla legge in quanto rispondenti ad istanze ritenute, per qualche ragione, a quest’ultima superiori.

Non si può trascurare, però, che quando si fa riferimento alla categoria dei “diritti fondamentali”, si entra in contatto con quello che è stato definito un «*essentially contested concept*»<sup>6</sup>, non riscontrandosi nella discussione scientifica e nel dibattito pubblico un minimo comune denominatore semantico tra i diversi impieghi del termine. La stessa identificazione dei diritti fondamentali incontra, del resto, serie difficoltà sia dal punto di vista teorico generale che da quello dogmatico.

Nella prospettiva della teoria generale, infatti, ogni tentativo di dare alla categoria una definizione puramente formale (come, ad esempio, quello sviluppato nell’ampia ed articolata ricostruzione di Ferrajoli<sup>7</sup>) sembra non riuscire a superare completamente la forte connotazione assiologica della stessa nozione, che implica sempre scelte discrezionali dell’osservatore di turno, fondamentalmente dettate dalle sue ispirazioni culturali e ideologiche<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> La formula, com’è noto, è di W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1955-1956), 167 ss., pubblicato anche in M. BLACK (ed.), *The Importance of Language*, Cornell University Press, Ithaca-London 1976, 121 ss. Con essa si intende denotare quei concetti per i quali non sarebbe possibile riscontrare, negli usi che ne vengano fatti, un nucleo semantico comune, il che renderebbe impossibile un reale confronto tra i sostenitori dei diversi significati: per la definizione della formula dei “diritti fondamentali” come un *essentially contested concept* cfr. T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Giappichelli, Torino 2012, 180 s.

<sup>7</sup> Dell’Autore si veda, oltre a *Diritti fondamentali*, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, e *I fondamenti dei diritti fondamentali*, tutti in ID., *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, rispettz. 5 ss., 121 ss. e 279 ss., la monumentale opera *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (1. *Teoria del diritto*, 2. *Teoria della democrazia*, 3. *La sintassi del diritto*), Laterza, Roma-Bari 2007-2009.

<sup>8</sup> Cfr., in tal senso, ancora T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, cit., 181.

Nella prospettiva della dogmatica giuridica<sup>9</sup>, d'altro canto, non risulta affatto agevole la ricostruzione della categoria in esame, anche guardando ai cataloghi di diritti presenti nelle Costituzioni democratiche contemporanee e nelle varie Carte internazionali e sovranazionali che sono state redatte dal secondo dopoguerra ad oggi. Limitando pure l'attenzione alla sola legge fondamentale nazionale, infatti, sembrano ricorrere sempre due questioni di fondo: se tutti i diritti indicati in Costituzione siano, per ciò solo, fondamentali o se sia possibile distinguere, ed eventualmente sulla base di quale criterio, tra diritti fondamentali e diritti non fondamentali; se oltre a quelli espressamente riconosciuti dalla Carta possano darsi anche altri diritti fondamentali<sup>10</sup>.

La seconda questione è stata affrontata dalla dottrina soprattutto nel contesto del dibattito sulla natura "aperta" o "chiusa" della categoria dei diritti inviolabili dell'uomo richiamati dall'art. 2 Cost.; tema sul quale non è qui possibile, e forse nemmeno utile, tornare, limitandoci a riconoscere che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza hanno accolto una lettura non restrittiva del dettato costituzionale, ammettendo l'ingresso di situazioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale non espressamente previste dalla Carta, ma pur sempre riconducibili alla trama normativa della legge fondamentale, per il fatto di essere declinazioni della dignità umana<sup>11</sup>.

L'analisi storica, d'altro canto, aiuta, ma suscita ulteriori problemi.

Benché ovviamente non nascano dal nulla, i diritti fondamentali sono prodotti dell'epoca moderna<sup>12</sup>. Nella quale, come ricorda Caretti, si possono riscontrare tre principali modi di intendere origini e natura dei diritti fondamentali e altrettanti – e corrispondenti – modi di concepirne gli strumenti di tutela: l'«approccio *storicistico*», che trova nell'esperienza costituzionale inglese la sua dimensione più congeniale, secondo cui i diritti di libertà sarebbero il «frutto dell'evoluzione storica dei rapporti sociali e politici che caratterizzano la vita dei diversi ordinamenti statuali»<sup>13</sup>; l'«approccio

---

<sup>9</sup> Fatta propria, ad esempio, da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), trad. it., il Mulino, Bologna 2012.

<sup>10</sup> *Ivi*, 80 ss.

<sup>11</sup> La letteratura, in tema, è molto ampia: si vedano almeno A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro It., Bologna-Roma 1975, 80 ss. per la tesi della formula dei «diritti inviolabili» come fattispecie aperta; in senso opposto, soprattutto, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984, 54 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 2003, 20 ss., e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2011, 173 ss.

<sup>12</sup> Così G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali* (1991), trad. it., Giuffrè, Milano 1993, 95.

<sup>13</sup> *I diritti fondamentali*, cit., 3.

*individualistico*», che trova il suo «punto di riferimento paradigmatico» nell'esperienza della Francia rivoluzionaria e per il quale i diritti di libertà preesisterebbero alla formazione dello Stato e sarebbero «sostanzialmente indifferenti agli sviluppi sociali, economici e politici», qualificandosi essenzialmente come «*diritti naturali*» spettanti a ciascun individuo in quanto tale<sup>14</sup>; l'approccio «*statualistico*», alla base dell'esperienza dello Stato liberale ottocentesco dell'Europa continentale, che «pone al centro del riconoscimento dei diritti di libertà lo Stato», grazie al quale, in via esclusiva, i diritti nascerebbero e potrebbero affermarsi come «vere e proprie posizioni soggettive giuridicamente tutelabili» e sarebbe, dunque, solo lo Stato che ne potrebbe determinare «il contenuto, i limiti, i meccanismi di garanzia»<sup>15</sup>. Tre diversi modi di intendere i diritti (come *diritti consuetudinari*, come *diritti naturali* e come *diritti legislativamente definiti*) a cui corrisponderebbero altrettanti metodi di tutela, rispettivamente incentrati sul ruolo del giudice, nel primo caso, e su quello della legge, intesa ora come mezzo di riconoscimento di diritti preesistenti, nel secondo caso, ora come *fonte e limite* dei diritti, nel terzo<sup>16</sup>.

La prospettiva dello Stato costituzionale tende a combinare i tre orientamenti sopra richiamati: se, infatti, fin dalle sue origini, il costituzionalismo americano mostra elementi propri di tutti i suddetti approcci, il costituzionalismo francese abbandona la logica storicistica, ma tende a conciliare l'approccio individualistico con quello statualistico. Ne deriva, in quest'ultimo caso, una concezione della Costituzione come programma politico la cui attuazione spetterebbe ai pubblici poteri e, soprattutto, al legislatore. Un modello che, consolidatosi nei suoi connotati statualistici, avrebbe influenzato, in seguito, le Costituzioni liberali europee della metà del XIX secolo, compreso lo Statuto albertino<sup>17</sup>.

È noto il percorso storico che condusse successivamente dallo «statualismo temperato» a quello totalitario, determinando così il declino del modello; così come altrettanto note sono le tragiche vicende che portarono alla rinascita del costituzionalismo, in una versione profondamente aggiornata, nel secondo dopoguerra.

Quel che importa qui sottolineare è il carattere “misto” dello stesso costituzionalismo contemporaneo, nel quale risultano compresenti elementi tanto del costituzionalismo americano (quali l'idea di Costituzione come «*fonte e garanzia dei diritti di libertà*»),

---

<sup>14</sup> *Ivi*, 5.

<sup>15</sup> *Ivi*, 6.

<sup>16</sup> *Ivi*, 7.

<sup>17</sup> *Ivi*, 10 ss.

l'adozione di una Costituzione rigida e di un controllo di legittimità costituzionale contro gli eventuali abusi del legislatore), quanto di quello francese (l'idea della Costituzione come *programma politico*)<sup>18</sup>. In tale contesto si inseriscono i diritti, che si configurano, come è noto e secondo una distinzione pur ampiamente criticata<sup>19</sup>, sia come libertà negative che come libertà positive.

## 2. Il “paradigma separatista” e la complessa trama dei rapporti tra legge e diritti

Sullo sfondo del complesso quadro che si è sommariamente tratteggiato è possibile collocare la trattazione dei diritti senza legge.

La consapevolezza della molteplicità delle “anime” dei diritti riconosciuti e tutelati nell'ambito della democrazia costituzionale conduce a respingere ogni forma di semplificazione del rapporto tra legge e diritti, a cominciare da quella che potrebbe risultare dall'affermazione di una sorta di “paradigma separatista”. Si allude, in particolare, alla ricostruzione proposta da un'autorevole dottrina, secondo cui nella prospettiva dello Stato costituzionale la dialettica tra *lex* e *iura* sarebbe stata risolta nella «capitale distinzione tra la legge, come regola posta dal legislatore, e i diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge»<sup>20</sup>.

L'affermazione, in sé corretta, offre però soltanto uno spaccato di una realtà ben più complessa, il quale, se estrapolato dall'intero contesto ordinamentale, rischia di ispirare ricostruzioni riduzionistiche delle dinamiche dello Stato costituzionale. In particolare, il pericolo è quello di rappresentare la separazione come *indipendenza* dei diritti dalla legge, nonché di suggerire l'idea per cui *i diritti stessi potrebbero trovare una protezione adeguata e sufficiente nei soli strumenti della giurisdizione, posta in una permanente condizione di militante antagonismo rispetto al potere legislativo*.

Il rischio insito in concezioni più o meno esplicitamente orientate in tal senso non è tanto quello di una degenerazione dello Stato costituzionale in Stato giurisdizionale, attesa la difficile configurabilità di un “governo dei giudici” in senso tecnico, bensì, all'opposto, quello di un abbassamento del livello di tutela degli stessi diritti (ancor più

---

<sup>18</sup> *Ivi*, 15 s.

<sup>19</sup> Sul punto cfr., per tutti, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino 2000, 12 ss.

<sup>20</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 57.



di quelli “nuovi” per i quali si richiede oggi riconoscimento e garanzia), che, in molti casi, se non in tutti, aspirano a trovare protezione proprio nella legge.

Del resto, come ancora di recente ha ricordato Bin<sup>21</sup>, le risposte che possono dare il giudice e il legislatore ad una domanda di riconoscimento di un diritto sono profondamente diverse. Nonostante le pur notevoli differenze che distinguono i vari tipi di organi giurisdizionali, in generale, il giudice è confinato entro i limiti impostigli dal principio della domanda, deve tenere conto degli argomenti di eventuali controinteressati e, per l’operare del divieto del *non liquet*, è sempre tenuto a dare una risposta, anche quando la «norma del caso» non sia rinvenibile nella legislazione vigente, dovendo egli, in queste occasioni, elaborarla partendo dai principi costituzionali e impiegando ogni possibile argomentazione persuasiva utile alla decisione. Di contro, il legislatore può dare al diritto un riconoscimento in via «generale e astratta», producendo una disciplina stabile e non strettamente legata alle condizioni fattuali relativamente alle quali, invece, il giudice può riconoscere e tutelare il diritto medesimo.

In parte diversa è la posizione del Giudice delle leggi, le cui pronunce, tuttavia, anche quando hanno efficacia generale, sono sempre condizionate dal caso da cui originano, che, com’è stato detto, è una sorta di «occhiale» che la Corte costituzionale indossa «per osservare la realtà dell’ordinamento»<sup>22</sup>.

In generale, tuttavia, la differenza tra legislatore e giudice va tenuta presente, senza poter ritenere fungibili le due posizioni, perché entrambi gli operatori istituzionali risultano indispensabili nella dimensione della democrazia costituzionale, dovendosi muovere il primo, almeno di regola, sul piano della normazione generale e astratta e, il secondo, sempre di regola, su quello dell’applicazione del diritto nei casi particolari e concreti.

Tale assunto trova ragioni di conferma in un connotato riscontrabile, come si vedrà meglio di qui a breve, in buona parte, se non in tutti, i “nuovi diritti”, ossia la loro struttura di “diritti a prestazione”. Anche quelle che *sembrano* porsi come (nuove) libertà negative esigono, infatti, per il loro concreto esercizio, prestazioni e interventi attivi da parte dei pubblici poteri (o di altri soggetti che ne facciano le veci). In tal senso depone, del resto,

---

<sup>21</sup> *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in A. PÉREZ MIRAS-E.C. RAFFIOTTA-G.M. TERUEL LOZANO (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, 97.

<sup>22</sup> Così M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Giuffrè, Milano 1990, 292.



la formula della lett. *m*) dell'art. 117, comma 2, Cost., secondo la quale, com'è noto, lo Stato esercita (*rectius: deve* esercitare) la funzione legislativa esclusiva ai fini della determinazione dei «livelli essenziali» delle prestazioni concernenti non soltanto i diritti sociali, ma anche quelli civili.

Muovendo dalla considerazione di questo carattere, il problema centrale non sembra essere tanto quello di trovare eventuali controinteressati al riconoscimento del nuovo diritto e, una volta appurata l'assenza di questi ultimi, consentire senza indugi l'ingresso del diritto la cui protezione si richieda, non ostandovi altro limite apprezzabile<sup>23</sup>. Al contrario, se il riconoscimento di ogni nuovo diritto comporta sempre, in qualche misura, l'erogazione di servizi necessari al suo esercizio, *l'ingresso nell'ordinamento del diritto medesimo non può che derivare da una precisa scelta politica* che la qualificazione del diritto come fondamentale o inviolabile intenderebbe in qualche modo vincolare od orientare. Da questo punto di vista, con un'argomentazione opposta, si potrebbe concludere che visto che – come ormai da tempo riconosciuto in dottrina<sup>24</sup> – *tutti i diritti costano*, controinteressati al riconoscimento di ogni nuovo diritto sarebbero tutti gli altri cittadini, i quali, a causa della necessità di soddisfare i titolari del “nuovo” diritto, rischierebbero di vedere ridurre le risorse utili al soddisfacimento dei propri diritti già riconosciuti. Anche senza considerare che, come ha osservato Luciani<sup>25</sup>, il bilanciamento tra le ragioni della finanza pubblica e i diritti appare scorretto, in quanto condotto tra entità «inequali», non può non riconoscersi, tuttavia, che un simile confronto risulta solo virtuale, contrapponendo le *pretese* di riconoscimento di nuovi diritti al *rischio* di una riduzione delle risorse utili al soddisfacimento delle esigenze sottese ai diritti già riconosciuti.

La dialettica processuale tra interessati e controinteressati non sembra, in realtà, poter essere portata di peso nella dimensione della deliberazione politica, nella quale contano anche argomenti riconducibili ad interessi pubblici non immediatamente traducibili in diritti soggettivi.

Sembra, piuttosto, potersi concludere sul punto che la qualificazione di una pretesa come diritto soggettivo e l'ancoraggio dello stesso all'art. 2 Cost. e ad altre previsioni normative costituzionali, che riconoscano situazioni giuridiche soggettive alle quali il

---

<sup>23</sup> Tesi sostenuta da R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, cit., 94 ss.

<sup>24</sup> Cfr., in tal senso, S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti* (1999), trad. it., il Mulino, Bologna 2000, 51 e 231 ss.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14/2000, 19; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 12 ss.

<sup>25</sup> *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 1995, 569.

diritto stesso può, in qualche modo, essere ricondotto, costituiscono operazioni argomentative utili *ad individuare lacune normative nell'ordinamento che il legislatore avrebbe il dovere di colmare*<sup>26</sup>.

I diritti in relazione ai quali si lamenta l'assenza di una disciplina legislativa si ritrovano al centro di tale percorso argomentativo: nati (o "scoperti") in sede giurisprudenziale, anche grazie al riferimento a fonti internazionali o sovranazionali, essi si connotano come diritti a prestazione, aspirando ad una legislazione attuativa utile a consentirne l'esercizio. Il riconoscimento della peculiare struttura di tali diritti consente di inquadrarne l'analisi non già, o non tanto, nella dimensione liberale della democrazia pluralista, quanto, piuttosto, nella cornice della più ampia discussione sulle prospettive di sviluppo (ma sarebbe meglio dire: di sopravvivenza) dello Stato sociale<sup>27</sup>.

### 3. *I diritti senza legge in senso relativo (la condizione degli stranieri irregolari e i diritti delle persone LGBTI)*

---

<sup>26</sup> Evidente il riferimento alla tesi di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali*, cit., 26 ss., della separazione tra diritti fondamentali e garanzie: nei sistemi nomodinamici di diritto positivo, scrive l'A., «l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica, ossia di un obbligo o di un divieto o di un permesso o di un'aspettativa giuridica, dipende dall'esistenza di una norma positiva che la prevede, la quale a sua volta non è dedotta da quella di altre norme, ma è indotta, quale *fatto empirico*, dall'atto della sua produzione. È ben possibile, conseguentemente, che dato un diritto soggettivo, non esista – pur se dovrebbe esistere – l'obbligo o il divieto corrispondente a causa dell'(indebita) inesistenza della norma che li prevede. Così come è possibile che, dato un permesso, esista – pur se non dovrebbe esistere – il divieto del medesimo comportamento a causa dell'(indebita) esistenza della norma che lo prevede. Sono insomma possibili e in qualche misura inevitabili, in simili sistemi, sia *lacune* che *antinomie*. Ne deriva che in queste condizioni, espresse dal principio giuspositivistico *auctoritas non veritas facit legem*, le tesi della teoria del diritto, come la definizione di diritto soggettivo quale aspettativa giuridica cui corrisponde un obbligo o un divieto, sono – non diversamente dalle definizioni del divieto come non permesso della commissione e dell'obbligo come permesso dell'omissione, e perfino dal principio logico di non contraddizione – tesi di tipo deontico e normativo, non sull'essere ma sul dover essere del diritto di cui si parla» (28).

Scrive, al riguardo, M. JORI (*Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 80) che, «con una mossa di grande pulizia concettuale, Ferrajoli completa al livello di teoria dei concetti giuridici la critica portata dalla dottrina costituzionalistica italiana alla tesi della mera programmaticità delle norme costituzionali. Che viene definitivamente sepolta, si badi, in nome di una lettura normativistica e giuspositivistica del diritto positivo: le norme (solamente) programmatiche sono tali se sono veramente formulate come tali; le norme costituzionali sui diritti prive di garanzie (per esempio non giustiziabili, o prive di leggi attuative delle necessarie agenzie) sono invece norme che introducono (quantomeno) un dovere giuridico di completamento a carico del legislatore, e, quando non vengono applicate, introducono lacune nell'ordinamento».

<sup>27</sup> In tema cfr. ora L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 103 ss.

I diritti senza legge sono, dunque, quelli per i quali l'assenza di una legge costituisce un problema perché essi non possono essere *materialmente, prima ancora che giuridicamente*, esercitati senza di essa.

Provando a definire una classificazione di carattere generale che possa avere qualche utilità per una trattazione dogmatica dei rapporti tra legge e diritti, si possono cominciare a distinguere diritti senza legge *in senso relativo* e diritti senza legge *in senso assoluto*.

I diritti del primo tipo hanno già una specifica fisionomia normativa, definita in Costituzione, in fonti internazionali e sovranazionali e in leggi, ma alcune categorie di soggetti, che pure aspirerebbero al loro godimento, ne sono esclusi. Tali diritti, pertanto, non sono privi di legge in senso assoluto, ma solo relativamente a determinati gruppi di potenziali titolari, che chiedono di essere inclusi tra i beneficiari degli stessi.

I diritti del secondo tipo, invece, sono “nuovi” e, talvolta, non è ancora pacifica la loro stessa esistenza giuridica, poiché essi non trovano un esplicito riconoscimento in Costituzione, anche se, in qualche caso, sono previsti da fonti internazionali o sovranazionali, e mancano di una disciplina legislativa che ne consenta la fruizione.

Il riconoscimento dell'esistenza di diritti senza legge in senso relativo implica un ampliamento dell'ambito applicativo delle norme che li prevedono, giustificato dall'argomento della universalità dei diritti medesimi, intesi come situazioni giuridiche proprie della persona in quanto tale.

Si pensi, ad esempio, ai diritti degli stranieri, il cui riconoscimento la disciplina del d.lgs. n. 286/1998 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), così come risultante dalle modifiche apportate da leggi successive, subordina alla sussistenza di determinate condizioni, richiedendo, tuttavia, che siano assicurati allo straniero irregolare, presente alla frontiera o nel territorio dello Stato, «i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, comma 1).

Riguardo ad alcuni diritti sociali, come ad esempio quello alla salute, è noto che la Corte costituzionale ha più volte ribadito che lo straniero, indipendentemente dalla regolarità della sua posizione, è comunque titolare di un «nucleo irriducibile di tutela»,

funzionale a proteggere un «ambito inviolabile della dignità umana»<sup>28</sup>. E misure volte al potenziamento della tutela dei diritti sociali degli stranieri irregolari sono state adottate anche da qualche legislatore regionale<sup>29</sup>.

Alla categoria dei diritti senza legge in senso relativo potrebbero anche essere ascritti molti di quelli rivendicati dalle persone omosessuali, o più ampiamente delle persone LGBTI, che, in diversi casi, corrispondono a diritti sociali già esistenti<sup>30</sup>.

Alcuni di tali diritti (anche se non tutti)<sup>31</sup>, d'altro canto, possono essere ricondotti, in quanto potenzialmente consequenziali, anche ad una nuova ed autonoma figura di diritto fondamentale riconosciuta dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 138 del 2010](#): il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». L'affermazione dell'esistenza di tale diritto si fa scaturire dalla qualificazione dell'unione omosessuale, intesa come «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso», alla stregua di una delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., idonee «a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»<sup>32</sup>. Nella predetta pronuncia, com'è noto, la stessa Corte ha negato, nel contempo, che la disciplina codicistica che non consente il

---

<sup>28</sup> Corte cost., [sent. n. 252 del 2001](#), punto 2 cons. in dir.; nello stesso senso cfr. sentt. nn. [269 e 299 del 2010](#) e [n. 61 del 2011](#), sulle quali si vedano, tra gli altri, D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte*, in *Le Regioni*, 5/2011, 1037 ss., e, *ivi*, F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, 1086 ss.; ID., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive internazionali*, Giappichelli, Torino 2013, 153 ss.; A. RANDAZZO, [La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?](#), in [Consulta OnLine, 2012](#) (6 giugno 2012).

<sup>29</sup> Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., 54 ss.; in argomento, con particolare riguardo al diritto all'abitazione, cfr. ora A. LOLLO, *Abitazione degli stranieri e diritti*, e, in riferimento al diritto alla salute, A. RANDAZZO, *Salute degli stranieri*, entrambi in A. MORELLI-L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014, rispett. 255 ss. e 306 ss.

<sup>30</sup> Cfr., in tal senso, G. D'AMICO, *LGBTI e diritti*, in A. MORELLI-L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, cit., 191. Nell'ampia letteratura in tema si vedano, tra i contributi più recenti, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, FrancoAngeli, Milano 2013; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2013; A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma 2014.

<sup>31</sup> Rileva, infatti, G. D'AMICO, *op. cit.*, 177, che «il diritto ad un'unione riconosciuta, pur costituendo il fulcro dei diritti delle persone LGBTI, non ne esaurisce però il novero; strettamente collegata ad esso, infatti, vi è una serie di diritti di natura patrimoniale (ad esempio, assegni familiari, diritti di successione ecc.), ma non solo, che presuppongono un rapporto di convivenza *more uxorio*».

<sup>32</sup> Corte cost., [sent. n. 138 del 2010](#), punto 8 cons. in dir.

matrimonio tra persone dello stesso sesso si ponga in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 Cost. e con gli artt. 8, 12 e 14 CEDU, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.

In una pronuncia dello stesso anno<sup>33</sup>, peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'art. 12 CEDU, pur tutelando anche il diritto a contrarre matrimonio delle coppie omosessuali, non imporrebbe un obbligo positivo nei confronti degli Stati membri di adottare una normativa nazionale orientata in questo senso; e ciò anche, e soprattutto, in considerazione del fatto che il matrimonio costituisce un istituto giuridico strettamente legato al retroterra sociale e culturale di ciascuna comunità e, pertanto, la scelta d'introdurre una disciplina che consenta il matrimonio tra persone dello stesso sesso deve necessariamente farsi rientrare nella discrezionalità del legislatore nazionale. I giudici di Strasburgo, tuttavia, hanno riconosciuto che la relazione tra persone dello stesso sesso, in base all'evoluzione della giurisprudenza e della legislazione degli Stati membri, rientra a pieno titolo nel concetto di «vita familiare», oggetto di tutela dell'art. 8 CEDU, gravando, pertanto, sui singoli paesi l'obbligo di tutelare le nuove tipologie di nuclei familiari senza discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale. Posta la sostanziale omogeneità delle unioni omosessuali e di quelle eterosessuali, la Corte di Strasburgo ha precisato, inoltre, che, pur essendo possibile prevedere un regime parzialmente diverso per i due fenomeni, affinché il trattamento differenziato non sfoci nella discriminazione, questo deve essere proporzionato al fine perseguito, sorretto da un interesse nazionale molto forte e atteggiarsi quale unico strumento per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, mancando strumenti alternativi.

Nello stesso senso sembra muoversi una successiva pronuncia della Corte di Cassazione, con la quale i giudici di legittimità, pur negando la possibilità di trascrivere in un registro dello stato civile italiano l'atto di matrimonio contratto all'estero da una coppia omosessuale, hanno preso atto del nuovo quadro giurisprudenziale. In particolare, dopo aver riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale a vivere liberamente una condizione di coppia e di un diritto alla «vita familiare» estensibili anche alle coppie omosessuali, la Cassazione ha ritenuto che l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali non dipenda più dalla loro inesistenza o invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, effetti giuridici nell'ordinamento<sup>34</sup>. Per altro verso – in linea con

---

<sup>33</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, [Schalk e Kopf c. Austria \(ric. n. 30141/04\)](#) del 24 giugno 2010.

<sup>34</sup> Corte di Cassazione, sez. I, [sent. 15 marzo 2012, n. 4184](#), punto 4.3 del *Diritto*.

quanto già precisato dalla stessa Corte costituzionale<sup>35</sup> –, il Giudice di legittimità ha affermato che i conviventi in stabile relazione di fatto, anche dello stesso sesso, «a prescindere dall'intervento del legislatore in materia», proprio perché titolari dei suddetti diritti, «possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»<sup>36</sup>.

4. *I diritti senza legge in senso assoluto (il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», il «diritto al rifiuto delle cure», il diritto fondamentale di accesso a Internet, il diritto all'oblio)*

Le decisioni sopra richiamate offrono un esempio paradigmatico di come da un «dialogo tra Corti» possa emergere un “nuovo” diritto fondamentale<sup>37</sup>. Nel caso in questione tale diritto viene qualificato diversamente dalla Corte costituzionale rispetto a quella di Strasburgo, la prima non potendo definire la situazione in esame come legata alla «vita familiare» poiché il termine “famiglia” trova nell'art. 29 Cost. una sua, pur dibattuta, connotazione quale «società naturale fondata sul matrimonio». Tuttavia, le pronunce della Corte costituzionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Cassazione riconoscono che l'assenza di una disciplina volta ad assicurare i diritti in questione configura una lacuna normativa non colmabile, data la varietà delle soluzioni astrattamente adottabili, se non da parte del legislatore nazionale.

Ancora di recente, lo stesso Giudice delle leggi, nella [sent. n. 170 del 2014](#), ha ribadito, anche se relativamente ad una fattispecie peculiare, l'urgenza di una disciplina in materia di unioni tra persone dello stesso sesso. Con tale pronuncia, in particolare, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del «divorzio imposto» dal cambio di sesso di uno dei

---

<sup>35</sup> Corte cost., [sent. n. 138/2010](#), punto 8 cons. in dir.

<sup>36</sup> Corte di Cassazione, sez. I, [sent. 15 marzo 2012, n. 4184](#), punto 4.2 del *Diritto*.

<sup>37</sup> In tema si vedano le precisazioni di G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna 2010.

coniugi, annullando le norme della legge n. 164 del 1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui non prevedevano che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso produttiva dello scioglimento del matrimonio o della cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio consentisse comunque, qualora entrambi i coniugi lo richiedessero, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tutelasse adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia. La Corte è dunque passata, com'è stato notato<sup>38</sup>, da un rigetto con monito (quello della [138 del 2010](#)) ad un'additiva di principio, sottolineando con decisione l'urgenza di un intervento legislativo in materia.

Quella in discorso è stata ritenuta una lacuna solo apparente (e, dunque, colmabile da parte del giudice) dal Tribunale di Grosseto, che, con un decreto del 9 aprile 2014, ha imposto all'ufficiale dello stato civile di trascrivere il matrimonio contratto all'estero tra due persone dello stesso sesso, reputando che non vi ostasse alcun espresso limite nella disciplina codicistica e che, quindi, tale tipo di matrimonio non fosse contrario all'ordine pubblico. Il provvedimento è stato poi dichiarato nullo dalla Corte d'Appello di Grosseto con sentenza del 19 settembre 2014.

In tale contesto, com'è noto, è scoppiata una sorta di “rivolta dei sindaci”, alcuni dei quali non si sono limitati ad istituire registri delle unioni civili comprendenti anche le unioni tra persone dello stesso sesso, ma hanno adottato provvedimenti in cui prescrivevano agli ufficiali dello stato civile di provvedere alla trascrizione di matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso<sup>39</sup>. Iniziative contro le quali il Ministero dell'Interno, il 7 ottobre 2014, ha emesso una circolare nella quale ha sollecitato i prefetti a vigilare sul rispetto della disciplina vigente e, se necessario, ad invitare i sindaci a ritirare i predetti provvedimenti e a disporre la cancellazione delle trascrizioni effettuate, minacciando, in caso d'inerzia, l'annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati.

Non è qui possibile soffermarsi su tali vicende, che, tuttavia, testimoniano quanto il tema sia sentito in seno alla società civile e, più in generale, mostrano, se ce ne fosse ancora bisogno, una capacità del circuito giurisdizionale di veicolare nuove istanze dettate

---

<sup>38</sup> Da A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (13 giugno 2014).

<sup>39</sup> Sulla vicenda cfr. V. ZAGREBELSKY, *Ci vuole una legge non il ribellismo dei sindaci*, in *La Stampa*, 9 ottobre 2014, 1 e 27.



dall'evoluzione sociale, che certamente non trova eguali nell'attuale panorama istituzionale.

Quel che più interessa sottolineare ai nostri fini è però la connotazione strutturale delle situazioni giuridiche soggettive di cui si richiede il riconoscimento e la garanzia, che, come si è anticipato, è quella dei “diritti a prestazione”.

Il dato emerge anche dall'esame di altri diritti senza legge in senso assoluto, persino di quelli dei quali più frequentemente si predica la natura di “libertà negative” o, per così dire, di espressioni negative di libertà positive. Si pensi, ad esempio, al “diritto di rifiutare le cure” negli stadi terminali dell'esistenza.

Appaiono particolarmente interessanti, al riguardo, alcuni passaggi di una recente decisione del Consiglio di Stato, ultimo atto della nota vicenda Englaro<sup>40</sup>.

I giudici erano qui chiamati ad esprimersi sulla legittimità del provvedimento con il quale la Regione Lombardia aveva respinto la richiesta, formulata dal tutore della ragazza in stato vegetativo permanente, che la Regione mettesse a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente quest'ultima. Provvedimento già dichiarato illegittimo dal T.a.r. Lombardia in quanto lesivo del diritto costituzionale di rifiutare le cure, riconosciuto all'interessata come un diritto di libertà assoluto dalla sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, 16.10.2007, n. 21748<sup>41</sup>. Contro la decisione del giudice amministrativo di primo grado, la stessa Regione aveva proposto ricorso dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, nonostante l'intervenuto decesso della paziente, ha ritenuto ammissibile e procedibile l'appello per la concretezza e l'attualità dell'interesse della Regione a vedere accertata definitivamente la legittimità del proprio operato<sup>42</sup> ed ha rigettato il ricorso, confermando le ragioni già esposte dalla pronuncia della Cassazione del 2007.

Dinanzi all'argomento della Regione secondo cui la prestazione richiesta dal tutore della Englaro non risultava tra i livelli essenziali di assistenza e in nessun'altra previsione normativa, ponendosi piuttosto in contrasto con i doveri di cura gravanti sull'amministrazione sanitaria (e potendo configurare, altresì, ipotesi di responsabilità

---

<sup>40</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460. Sulle implicazioni istituzionali della vicenda Englaro sia consentito rinviare al nostro *Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita, «nichilismo istituzionale» e concezioni della giustizia*, in P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, Napoli 2009, 159 ss.

<sup>41</sup> Cfr. T.a.r. Lombardia, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

<sup>42</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, punti 11.4, 11.5, 11.6, 11.7, 12, 12.1, 13 del *Diritto*.

penale), i giudici supremi di legittimità amministrativa hanno mostrato consapevolezza del fatto che per qualsiasi paziente (capace o incapace che sia) la pratica in esame richiede un intervento delicato. È evidente, infatti, che nessun paziente «è in grado, da solo e senza procurarsi ulteriori e gratuite sofferenze, di estrarre il sondino dal naso, ponendo termine definitivamente all'alimentazione e all'idratazione artificiale, e di predisporre le necessarie cautele atte ad evitare che tale operazione avvenga senza pericoli immediati o atroci dolori»<sup>43</sup>. Da tale punto di vista, conclude il Consiglio di Stato, «l'interruzione del trattamento sanitario non è quindi e soltanto, nell'ambito di un rapporto obbligatorio, preciso adempimento di un obbligo giuridico, quello di interrompere cure non volute in presenza di un espresso rifiuto del paziente, *ma anche preciso adempimento di un più generale dovere solidaristico*, che impone all'Amministrazione sanitaria di far cessare tale trattamento, senza cagionare sofferenza aggiuntiva al paziente, laddove egli non voglia più accettarlo, ma non sia tecnicamente in grado di farlo da sé»<sup>44</sup>. Anche in tale ipotesi, dunque, l'attuazione del diritto alla salute – nella peculiare forma del diritto al rifiuto della cura – richiede l'intermediazione dell'attività dell'amministrazione sanitaria, sulla quale si fa gravare un preciso obbligo di *facere*<sup>45</sup>.

In considerazione di tale aspetto e al fine di dare certezza anche in merito ai profili della responsabilità penale, ancora una volta, i giudici amministrativi sottolineano ripetutamente la necessità e l'urgenza di un intervento legislativo<sup>46</sup>.

La struttura dei diritti senza legge in senso assoluto come situazioni giuridiche “a prestazione” ne rende difficile la garanzia, pur imposta dal loro riconoscimento, soprattutto in quei casi in cui si mostri insufficiente una normazione nazionale: si pensi, ad esempio, ai diritti esercitati attraverso Internet.

Lo stesso diritto fondamentale di accesso alla Rete, del quale si è tornati a parlare di recente in occasione dei lavori della Commissione di studio presieduta dal Presidente della Camera ed incaricata di elaborare una «Dichiarazione dei diritti in Internet»<sup>47</sup>, viene ordinariamente qualificato come un diritto sociale<sup>48</sup>, anche per il collegamento che in

---

<sup>43</sup> Punto 46.7 del *Diritto*.

<sup>44</sup> Punto 46.8 del *Diritto*.

<sup>45</sup> Punto 46.9 e 47 del *Diritto*.

<sup>46</sup> Punti 4, 52 e 62 del *Diritto*.

<sup>47</sup> Sulla quale sia consentito rinviare al nostro *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in corso di pubblicazione in *Federalismi, Focus TMT*.

<sup>48</sup> In tal senso, cfr., per tutti, T.E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in O. POLLICINO-E. BERTOLINI-V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma 2013, 69 ss.

genere viene posto tra il riconoscimento di tale diritto e la necessità di risolvere il problema del *digital divide*, ovvero il distacco tra chi ha l'effettivo accesso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e chi, per assenza di mezzi economici o per *deficit* culturali, ne è escluso. Il diritto in questione, tuttavia, potrebbe essere garantito soltanto attraverso adeguati interventi di *Welfare State*.

Ben più difficile si presenta la questione della garanzia di quei diritti senza legge in senso assoluto la cui protezione non può non adottare quale sua dimensione di riferimento l'intero spazio globale: si pensi al diritto all'oblio in Internet e al recente caso *Google Spain*, in occasione del quale [la Corte di Lussemburgo, con decisione del 13 maggio 2014, relativa alla causa C-131/12 \(Mario Costeja González e AEPD contro Google Spain e Google Inc.\)](#), ha riconosciuto la responsabilità dei gestori dei motori di ricerca su Internet del trattamento da essi effettuato dei dati personali che appaiono su pagine *web* pubblicate da terzi. Si è così previsto l'obbligo per i gestori di rimuovere, su richiesta degli interessati, i *link* alle pagine *web* contenenti notizie relative a terzi, quando ricorrano determinate condizioni, astenendosi dalla rimozione nel caso in cui l'accesso continui ad essere giustificato dal ruolo ricoperto dalla persona interessata nella vita pubblica o comunque dalla ricorrenza di un interesse pubblico preponderante. Al riguardo, si è sostenuto che, in tal modo, si sarebbe finito con il riconoscere a tali soggetti una sorta di «ruolo para-costituzionale», attribuendo loro il compito di effettuare difficili bilanciamenti tra diritto all'informazione, da una parte, e diritto all'oblio, dall'altra; valutazioni più congeniali alle competenze di organi giurisdizionali o di autorità amministrative indipendenti<sup>49</sup>.

*5. Il dialogo tra Antigoni e l'incomunicabilità con Creonte: la moltiplicazione dei materiali normativi internazionali e sovranazionali, l'insufficienza della legge e la crisi delle istituzioni di rappresentanza politica*

---

<sup>49</sup> O. POLLICINO, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole-24 Ore*, 15 maggio 2014, 45; in senso analogo cfr. anche A. MANTELETO, *Il futuro regolamento EU sui dati personali e la valenza «politica» del caso Google: ricordare e dimenticare nella digital economy*, in *Dir. inf. e dell'inf.*, 4-5/2014, 688.

L'analisi consente di sviluppare alcune conclusioni, inevitabilmente provvisorie, che possono offrire qualche spunto utile ad una ricostruzione dogmatica dei diritti senza legge.

La prima osservazione che può essere svolta è che i due percorsi argomentativi illustrati – quello volto all'estensione dell'ambito applicativo di diritti fondamentali e quello del riconoscimento di “nuovi” diritti fondamentali – sono, in molti casi, fungibili: si pensi, ad esempio, alla riconducibilità di diversi diritti delle persone LGBTI al diritto a vivere liberamente una vita di coppia o alla stessa configurabilità del diritto di accesso a Internet come una declinazione del diritto di espressione.

Se gli argomenti risultano fungibili, l'individuazione di un “nuovo diritto” richiede, però, pur sempre un riferimento a fonti costituzionali o para-costituzionali, non essendo sufficienti, per usare un'espressione di Luciani, «fondamenti para-positivi» dei diritti, quali, ad esempio, «documenti che sono costruiti come fonti normative e che aspirano ad esserlo, ma che, per il mancato perfezionamento del procedimento che avrebbe dovuto condurre alla loro entrata in vigore, non fanno parte del mondo del diritto» (così, ad esempio, i trattati per cui non si sia perfezionato il procedimento di ratifica)<sup>50</sup>.

Più in generale, si deve riconoscere che la *posizione* di un diritto fondamentale non necessariamente spetta al legislatore, come, del resto, l'esperienza costituzionale inglese e l'«anima storicistica» dei diritti testimoniano; i nuovi diritti, in generale, emergono da orientamenti giurisprudenziali, ma ovviamente è molto diverso il modo il cui il legislatore e il giudice li riconoscono: il primo, pur subendo i condizionamenti «della storia» e delle «preferenze etiche della comunità politica di riferimento», decide pur sempre sulla base di un «apprezzamento politico – non motivato – che presuppone *fatti*, non fonti alle quali attingere»; il secondo, invece, per quanto ampio possa essere il suo margine di apprezzamento, deve sempre fare riferimento a fonti (atti o fatti) che egli deve presentare, attraverso la motivazione, come oggetto della sua attività interpretativo-applicativa<sup>51</sup>. In tale distinzione risiede probabilmente il nucleo minimo di quel principio di tipizzazione dei ruoli istituzionali che, come qui è stato ricordato<sup>52</sup>, costituisce uno dei contenuti

---

<sup>50</sup> M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1068.

<sup>51</sup> *Ivi*, 1059 s.

<sup>52</sup> Si vedano, in particolare, l'introduzione al presente Convegno di A. RUGGERI, [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#) (pubblicata anche in [Consulta OnLine](#), 24 novembre 2014, spec. 8 ss.), § 3, e la

essenziali del costituzionalismo moderno e contemporaneo e che oggi fatica non poco a trovare applicazione negli attuali contesti istituzionali.

Tra i vari fattori che rendono sempre più difficile la definizione dei ruoli degli attori istituzionali, grande importanza riveste, innanzitutto, la moltiplicazione dei materiali normativi di diritto internazionale e sovranazionale, dai quali i giudici oggi possono attingere per l'individuazione e il riconoscimento di nuovi diritti; fenomeno che, se da un lato arricchisce notevolmente i sistemi di garanzia, dall'altro accentua l'instabilità e l'incertezza del diritto ed aggrava le disparità tra chi ha la possibilità e le risorse per accedere agli strumenti di protezione e chi, invece, privo dei mezzi necessari, ne resta inevitabilmente escluso. Da tale punto di vista, in quel passaggio dal principio della «certezza del diritto» a quello della «certezza dei diritti», che, secondo un'autorevole dottrina, caratterizzerebbe il processo d'integrazione sovranazionale in corso<sup>53</sup>, all'ampliamento delle garanzie delle libertà non parrebbe seguire una proporzionale valorizzazione delle esigenze dell'eguaglianza<sup>54</sup>.

Tra i vari materiali ai quali possono attingere gli organi giurisdizionali, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, un ruolo via via più ridotto sembra essere occupato, d'altro canto, dalla legge nazionale, fonte la cui crisi è stata ormai da tempo denunciata in dottrina<sup>55</sup>. Al riguardo può notarsi che, se in alcuni casi la legge statale e quella

---

relazione di G. MOSCHELLA, *Ruolo del giudice e ruolo del legislatore a salvaguardia dei diritti fondamentali*.

<sup>53</sup> La formula «certezza dei diritti» è di A. RUGGERI, del quale si vedano, in particolare, *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2011, e, *ivi*, 1/2014, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*.

<sup>54</sup> Anche in considerazione del fatto che la tutela multilivello dei diritti viene perseguita attraverso “dialoghi” e scontri tra giudici e Corti e che, dunque, essa presuppone una costante rivedibilità delle conclusioni di volta in volta, provvisoriamente raggiunte (sul punto cfr. ora S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 dicembre 2014, 8 ss.), sembra che, in tale dimensione, sia l'effettività dei diritti, piuttosto che la loro certezza, a costituire il fine ultimo del sistema. La certezza del diritto, tuttavia, è un principio che sta a presidio anche di altri valori (primo fra tutti quello dell'eguaglianza), i quali rischiano di venire sacrificati sull'altare di diritti non a caso definiti da una sensibile dottrina come «insaziabili» (così A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 179 ss.; la felice espressione è stata ripresa da C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XVIII Convegno annuale dell'AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013, 1). Sulla pregnanza etica del principio di certezza del diritto cfr., per tutti, il classico di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968.

<sup>55</sup> In tema cfr., tra gli altri, S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Dir. soc.*, 1983, 723 ss., e, *ivi*, 1989, F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, 411 ss.; G. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rass. parl.*, 1989, 153 ss.; D. NOCILLA, *Crisi*

regionale appaiono insufficienti a disciplinare fenomeni che trovano la propria dimensione di espressione nello spazio globale (si pensi, ad esempio, all'esercizio, già richiamato, dei diritti nella dimensione di Internet), nelle altre ipotesi (che si può ancora ipotizzare costituiscano la maggioranza) occorrerebbe forse riscoprire le potenzialità della normazione locale, che, come una recente ricerca ha dimostrato<sup>56</sup>, ha offerto e può continuare ad offrire importanti misure di protezione e di promozione dei diritti.

La crisi della legge dipende anche – seppur non esclusivamente – dalle difficoltà che incontrano oggi le istituzioni di rappresentanza politica nell'esercitare in modo soddisfacente la funzione di produzione normativa<sup>57</sup>. Le ragioni che determinano l'ormai cronica latitanza del legislatore (soprattutto, ma non solo, in merito a materie «eticamente sensibili»), ripetutamente lamentata da giudici e Corti supreme, sono molteplici e, in buona misura, riconducibili a carenze istituzionali e a distorsioni del sistema politico di cui non è qui possibile discorrere<sup>58</sup>.

Quel che, in conclusione, preme sottolineare è che non sembra corretto, nella ricostruzione del *modello* dei rapporti tra legge e diritti e, dunque, nella definizione dei caratteri propri dell'odierno Stato costituzionale, ignorare tali *patologie* o promuoverle a *connotati* propri di una forma evoluta dell'ordinamento giuridico.

---

*della legge e tecnica legislativa*, in *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1989-1990, 63 ss.; F. SPANTIGATI, *Guardare con speranza la crisi della legislazione*, in *Pol. dir.*, 1995, 655 ss.; V. DI CIOLO, *Crisi della legge e procedimento legislativo*, in *Formazione delle leggi e tecnica normativa*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1995, 23 ss.; G. MIGNONE (a cura di), *La crisi della legislazione: studiosi e politici a confronto*, Cedam, Padova 1997; F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in F. MODUGNO (a cura di), *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Giappichelli, Torino 2000, 325 ss.; F. MODUGNO, *A mo' di introduzione: considerazioni sulla "crisi" della legge*, e F. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, entrambi in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano 2001, rispettivamente 1 ss. e 117 ss.; P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2010.

Più in generale, sull'incidenza della globalizzazione sul sistema delle fonti del diritto cfr. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino 2008.

<sup>56</sup> Si fa riferimento al già citato volume di A. MORELLI-L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, cit.

<sup>57</sup> Sul tema si rinvia ora ai contributi in A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, in corso di pubblicazione per i tipi della casa editrice Giuffrè.

<sup>58</sup> Per un quadro di sintesi cfr. L. VENTURA, *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, I, Cacucci, Bari 2012, 569 ss.



Non si sottovalutano qui i vantaggi di quella che viene ormai comunemente definita la «tutela multilivello dei diritti»<sup>59</sup>; il dialogo tra le Corti, nei casi in cui effettivamente abbia luogo e non si risolva in un'influenza unidirezionale o nel semplice uso retorico di pronunce di Corti straniere, sovranazionali o internazionali in decisioni la cui *ratio* è del tutto autonoma e autosufficiente rispetto alle suddette pronunce<sup>60</sup>, consente l'ingresso, nella dimensione giuridica, di istanze diffusamente avvertite nella società come bisognose e meritevoli di soddisfazione, ma che ancora non hanno trovato pieno riconoscimento nell'ambito del diritto positivo. In breve, l'attivismo giudiziario e l'«apertura» dei circuiti giurisdizionali possono agevolare importanti evoluzioni culturali. Tuttavia, non si può trascurare la distorsione che l'ampliamento, di fatto, delle competenze degli organi giurisdizionali provoca rispetto al modello di Stato costituzionale: in tal senso, l'espressione «Stato giurisdizionale», sovente impiegata, come si è detto, per denotare il fenomeno in questione, appare quasi un ossimoro se si considera che la giurisdizione è una *parte* della *totalità* dell'ordinamento giuridico statale e non può che avere una valenza negativa, rappresentando, forse in modo iperbolico, uno sbilanciamento delle dinamiche istituzionali sul versante degli organi di garanzia<sup>61</sup>. Il che, come si è detto, comporta, per un verso, l'accentuazione delle diseguaglianze tra chi può permettersi l'accesso agli strumenti di tutela dei diritti e chi, invece, non ha i mezzi necessari per farlo e, per altro verso, pone seri problemi inerenti alla *responsabilità* degli stessi organi di garanzia e, quindi, alla complessiva democraticità del sistema istituzionale<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.

<sup>60</sup> Al riguardo, si veda ancora G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 45 ss.

<sup>61</sup> Sul punto, ma in una diversa prospettiva, cfr. ora A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 novembre 2014.

<sup>62</sup> In tema si veda la ricostruzione critica di J. ALLARD-A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto* (2005), trad. it., Liberilibri, Macerata 2006.

Alla luce delle considerazioni sinteticamente esposte nel testo, non sembra potersi condividere la ricostruzione secondo la quale, similmente a quanto già accaduto alla funzione amministrativa e a quella normativa, oggi sarebbe dato riconoscere il passaggio da una «*giurisdizione per atti*» ad una «*giurisdizione per risultati*»: A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale*, cit., 21, il quale precisa, altresì, che «immaginare una *giurisdizione per risultati* sembra urtare contro antiche e però tuttora solide credenze, che legano la tipicità di ciascun atto espressivo della giurisdizione (e, perciò pure, la tipicità degli effetti da essi prodotti) alla indipendenza della giurisdizione stessa e di coloro cui ne è demandato l'esercizio. Eppure, senza nulla togliere alle garanzie costituzionali dei giudici e della funzione di cui sono titolari, oggi ci si avvede che anche la giurisdizione somiglia ad una sorta di *work in progress*. Non di rado, infatti, il motore della produzione giurisdizionale si accende in ambito sovranazionale (magari, dietro impulso dei giudici nazionali ovvero in conseguenza di preve decisioni di questi che, a vario titolo, sollecitano i giudici europei a pronunziarsi, a loro volta, sopra di esse); dopo di che, alla decisione o alle



Chi, poi, voglia sostenere che comunque il *proprium* dello Stato costituzionale sarebbe la sua vocazione al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali e che, dunque, l'ampliamento delle competenze degli organi giurisdizionali – in tesi, i soli, nell'attuale momento storico, in grado di apprestare una *tutela effettiva* ai diritti – corrisponderebbe ad un'evoluzione fisiologica del sistema (il fine, per così dire, giustificando il mezzo), oltre ad offrire una rappresentazione parziale di una realtà ben più complessa, dovrebbe comunque argomentare la bontà di un assetto nel quale la tutela dei diritti abbia luogo, pur sempre, in modo episodico ed occasionale, attraverso le forme e i modi d'intervento

---

decisioni dei giudici europei possono far seguito ulteriori decisioni dei giudici nazionali, tutte componendo una sorta di ideale “catena” che va perfezionandosi e mettendosi a punto variamente, in ragione dei contesti nazionali nei quali prende forma» (*ibid.*; in tema, dello stesso A. si veda già [L'integrazione europea attraverso i diritti e il “valore” della Costituzione](#), in [www.federalismi.it](#), 12/2014).

Limitando anche solo l'attenzione al confronto tra giurisdizione e amministrazione, in riferimento alla quale l'espressione è stata originariamente impiegata [in tema, cfr., per tutti, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli 2001, 813 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2002, 107 ss.; G. CORSO, *Una nuova amministrazione*, in *Nuove autonomie*, 2003, 301 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino 2003; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 ss.; M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno di Palermo, 27-28 ottobre 2003, Giappichelli, Torino 2004; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir proc. amm.*, 2005, 1 ss.], si può notare che la formula «giurisdizione per risultati» rischia di legittimare, promuovendo a componente dei modelli concettuali di Costituzione e di Stato costituzionale, quella che sembra piuttosto doversi configurare come una distorsione patologica dei suddetti modelli. La quale, in verità, non di rado trova espressione nelle concrete dinamiche ordinamentali.

Il termine “risultato” conserva, innanzitutto, i residui di una connotazione economicistica ed efficientistica che rischiano di provocare ulteriori confusioni circa le finalità proprie dell'attività giurisdizionale. E, tuttavia, anche “depurando” l'espressione da tali significati, il vocabolo, se, da un lato, pare evocare quel principio di effettività della tutela che, secondo i paradigmi della democrazia costituzionale, dovrebbe orientare l'azione di ogni organo giurisdizionale, dall'altro viene qui impiegato per connotare un sistema nel quale *il risultato di ogni giudizio* sarebbe sempre discutibile in quanto perfettibile, con la paradossale conseguenza che, da un punto di vista generale, la «giurisdizione per risultati» comporterebbe una *frequente, se non permanente, condizione di denegata (o insufficiente) giustizia*, quantomeno nell'ambito del singolo giudizio considerato (che, poi, è la dimensione che più conta nell'esercizio della funzione giurisdizionale). A ciò deve aggiungersi, peraltro, che la formula qui fatta oggetto di critica sembrerebbe attribuire alle Corti un'attività di progettazione difficilmente compatibile con lo stesso paradigma democratico, mettendo in discussione, altresì, gli attributi connotativi essenziali degli organi di garanzia, ossia la loro autonomia, indipendenza, imparzialità e terzietà (sul punto cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino 1997, 10 ss.). In buona sostanza, il solo “risultato” al quale il giudice dovrebbe tendere è, a rigore, quello di dare, in ciascun giudizio, con gli strumenti normativi disponibili, una risposta adeguata alla domanda di giustizia ritualmente sottopostagli.

di organi che non hanno piena discrezionalità nel decidere sull'*an*, sul *thema decidendum* e sul *quando* pronunciarsi<sup>63</sup>.

In buona sostanza, riprendendo i personaggi della tragedia sofoclea, il dialogo tra le Corti si configura pur sempre come un confronto tra Antigoni, ma il problema resta il rapporto con un Creonte assente, troppo spesso inutilmente invocato. Soltanto un dialogo costruttivo tra Corti e legislatori, nel pur non sempre agevole rispetto delle prerogative di ciascun organo, può consentire il perseguimento di quel felice connubio tra libertà ed eguaglianza che costituisce l'ideale più profondo ed autentico della democrazia costituzionale<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Sul ruolo del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato per la giurisdizione sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, al nostro *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2008, 94 ss.

<sup>64</sup> Sulla conciliabilità dei principi di libertà e di eguaglianza e sul loro ruolo nella dimensione della democrazia costituzionale cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 85 ss.; in una diversa prospettiva si veda, ora, L. VENTURA, *Sovranità*, cit., spec. 122 ss.

**Antonio Ruggeri**

**Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali? \***

SOMMARIO: 1. La crisi dello Stato nazionale, il rilevante apporto offerto dalle Corti (anche non statali) alla tutela dei diritti fondamentali, il mobile riparto delle competenze tra giudici comuni e giudice costituzionale per ciò che concerne la tutela stessa, testimoniato dalla tendenza del secondo ora a ritrarsi ed a dar spazio ai primi ed ora invece a proporsi quale principale organo di garanzia. – 2. Il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale quale spia altamente indicativa della tendenza manifestata dal giudice delle leggi a riaffermare la centralità del proprio ruolo al piano dei rapporti con le Corti europee, l'astrattamente possibile attivazione dell'arma dei "controlimiti" e le tecniche decisorie che si prestano ad essere utilizzate in via "sussidiaria" rispetto a quest'ultima. – 3. Le tecniche "difensive" poste in essere dalla Corte costituzionale al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee, segnatamente della Corte di Strasburgo, e gli oscillanti e non sempre lineari utilizzi da parte di quest'ultima delle tecniche decisorie di cui è dotata, in ispecie della dottrina del "consenso" (notazioni critiche). – 4. L'andamento a fisarmonica della giurisprudenza europea, volta ora a fare espandere ed ora a contrarre l'area entro cui possono affermarsi le tradizioni costituzionali nazionali (esemplificazioni con specifico riguardo all'ambito bioetico). – 5. La tendenza alla *federalizzazione dei diritti* ed alla conformazione della giurisdizione quale una *giurisdizione per risultati*. – 6. L'attitudine della Costituzione a porsi in misura crescente, in struttura e funzione, quale una "*intercostituzione*" e delle Carte a competere l'una con le altre all'insegna del principio della massimizzazione della tutela dei diritti. – 7. La duplice risposta, di merito e di metodo, al quesito che dà il titolo a questa riflessione ed una succinta notazione conclusiva, in relazione al parere sull'adesione emesso dalla Corte di giustizia ed agli effetti conseguenti all'entrata in vigore del prot. 16, annesso alla CEDU.

*1. La crisi dello Stato nazionale, il rilevante apporto offerto dalle Corti (anche non statali) alla tutela dei diritti fondamentali, il mobile riparto delle competenze tra giudici comuni e giudice costituzionale per ciò che concerne la tutela stessa, testimoniato dalla tendenza del secondo ora a ritrarsi ed a dar spazio ai primi ed ora invece a proporsi quale principale organo di garanzia*

Una preliminare avvertenza, che può sembrare (e, forse, effettivamente è) banale ma che conviene ugualmente non perdere di vista. Quella che ora si avvia è infatti un'analisi – diciamo così – *sub condicione*, che tiene conto del contesto in atto presente assumendo che possa seguitare anche nel prossimo futuro ad esibire i connotati di fondo oggi posseduti e vedere, dunque, ulteriormente riprodotte ed anzi ancora più marcate talune

---

\* Intervento al Seminario su *Il futuro dei diritti fondamentali: una visione comparata*, conclusivo del IV Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 30 gennaio 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato.

linee di tendenza in esso affermatesi. Sappiamo però che non di rado le cose prendono una piega assai diversa ed imprevedibile, per effetto di cause plurime e talora convergenti, che portano a mutamenti persino radicali del contesto stesso, anche in tempi assai ravvicinati<sup>1</sup>. Nessuno, dunque, dispone della classica palla di vetro per leggere in un futuro che ci è del tutto oscuro e che, da alcuni segni del presente, temo possa essere gravido di minacce ed insidie crescenti per i diritti fondamentali; quanto meno, non ne dispongo io che, per natura, mi sento portato ad affacciare sempre con somma cautela talune ipotesi di sviluppo delle vicende presenti.

Ferma questa generale avvertenza, credo tuttavia che si diano taluni elementi in grado di orientare l'analisi e farle luce pur sul terreno impervio nel quale essa è costretta a svolgersi.

Così, per accennare subito a questioni che saranno più avanti riprese, la circostanza per cui si è avvolti nella spirale soffocante di una crisi economica senza precedenti non può essere ignorata non solo quando si ragiona delle sorti al presente dei diritti fondamentali (specie di quelli che si trovano maggiormente esposti agli effetti devastanti della crisi stessa) ma anche (e, forse, soprattutto) di ciò che ne sarà nel futuro che è ormai alle porte, ove si convenga che la crisi si preannunzia non passeggera (quanto meno, nel breve o medio periodo) ed anzi è, forse, di sistema, endemica, sì da richiedere la revisione di schemi teorici del passato ormai collaudati, con riguardo alla essenza stessa dei diritti ed alle forme della loro tutela<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Basti solo rammentare l'accelerazione inusuale che ha caratterizzato gli eventi immediatamente precedenti e seguenti l'abbattimento del muro di Berlino e il crollo, ancora fino a poco tempo prima inaspettato, del colosso sovietico e del regime da esso impiantato in patria e preso a modello in tutta l'Europa dell'est ed altrove.

<sup>2</sup> In ordine ai rapporti tra crisi economica e diritti, specie per i riflessi che se ne sono avuti sugli svolgimenti della giurisprudenza europea e costituzionale, cui qui si presta specifica attenzione, la letteratura è ormai imponente: tra i molti altri e di recente, AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013 [ed *ivi*, con specifico riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, 67 ss., e A. GUZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, 379 ss.; di quest'ultimo v., inoltre, *I diritti sociali nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 8 ss., e *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella 'costituzionalizzazione' dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 55 ss.], nonché i contributi al XXVIII convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Spazio costituzionale e crisi economica*, ed *ivi*, part., C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013. Di

E ancora. Non può del pari essere ignorata la minaccia reale e diffusa del terrorismo internazionale che mina le fondamenta stesse del vivere sociale e dei valori costituzionali che stanno a base delle liberaldemocrazie. La qual cosa obbliga nuovamente a ripensare *ab ovo* a talune garanzie, fin qui considerate indisponibili, delle libertà costituzionali, a partire da quelle più direttamente inerenti alla persona umana, libertà con ogni verosimiglianza destinate ad originali (e temo fortemente penalizzanti) loro ridefinizioni concettuali e ad un abbassamento vistoso del livello della loro tutela congruo con le esigenze espresse dalla sicurezza individuale e collettiva, allo scopo di contrastare in modo efficace gli episodi di terrorismo<sup>3</sup>.

Di tutto ciò, nondimeno, non è possibile ora trattare con la dovuta estensione e l'adeguato approfondimento. Vi si è fatto cenno unicamente a conferma del cruciale rilievo che va assegnato al contesto, specie nelle sue più significative tendenze, in sede di ricostruzione dei lineamenti dei diritti fondamentali ed al momento in cui si affacciano previsioni circa i loro possibili, prossimi svolgimenti nell'esperienza costituzionale.

Ora, con riferimento a quest'ultima, pur in seno ad un quadro ad oggi molto fluido ed in alcuni tratti appannato e persino indecifrabile, si danno – a me pare – alcuni punti fermi ai quali ancorare l'indagine al fine di renderne per quanto possibile saldi gli esiti teorico-ricostruttivi.

---

quest'ultima, v. anche la relazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguacu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, dal titolo *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, in *paper*, con ulteriori, ampî richiami di lett. Inoltre, G. FONTANA, [Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 27 novembre 2013, e gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure [Crisi economica e integrazione politica in Europa](#), in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014; S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*, e, dello stesso, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, *paper* destinato al convegno su *Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*, Repubblica Dominicana, 26-29 novembre 2014. Utili indicazioni possono poi aversi da molti degli scritti che sono in [www.federalismi.it](#), 19/2014, e, con specifico riferimento agli stranieri, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013. Da ultimo, v. pure, volendo, i miei [Crisi economica e crisi della Costituzione](#), in [Consulta OnLine, 2012](#) (21 settembre), e, pure [ivi](#), [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana, 2014](#) (6 novembre).

<sup>3</sup> Su ciò, indicazioni possono ora aversi da G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed eurounitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.

Muovo al riguardo da un assunto che mi parrebbe essere indiscutibile e che è dato dalla crisi, con ogni probabilità irreversibile, che attanaglia lo Stato nazionale. La qual cosa, nondimeno, come mi sono sforzato di precisare in altri luoghi<sup>4</sup>, non equivale affatto a crisi dello Stato *tout court* ma solo di un certo tipo di Stato o di un suo modo di essere: quello, cioè, di uno Stato che, chiudendosi insensatamente ed in modo autoreferenziale in se stesso, si reputava (e si reputa) essere perfetto ed onnipotente, idoneo a far fronte ai bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti che in esso si manifestano, assicurandone l'ottimale (alle condizioni oggettive di contesto) tutela. Un'idea di Stato, questa, che poi si specchia in un'idea di Costituzione, quale atto fondativo *ex nihilo* di un nuovo ordine costituzionale, *norma normans* ma non *normata* ed essa pure perfetta ed onnipotente, siccome espressiva di un potere costituente tradizionalmente considerato sacrale, in tesi non soggetto a limite di sorta bensì fonte prima ed esclusiva dei limiti a carico degli atti di potere costituito che, in modo diretto o indiretto, in esso solo rinvengono il fondamento della loro esistenza.

Queste idee non sono – piaccia o no – ormai più riproponibili. Non c'è da opinare sul punto; c'è solo da prendere atto di una realtà che è quella che è e che mostra di radicarsi in misura crescente ed appariscente, irrefutabilmente appunto.

L'integrazione sovranazionale appare ogni giorno che passa sempre più avanzata, come pure viepiù stringenti si fanno i vincoli discendenti dalla Comunità internazionale: da questi e da quella, infatti, la sovranità dello Stato, un tempo considerata uno dei tratti maggiormente espressivi del modo di essere dello Stato stesso, risulta messa alle corde e versare in una condizione di palese sofferenza.

Senza ora indugiare nella descrizione di cose a tutti note, ciò che solo importa, ai fini della ricostruzione alla quale ora si attende, è il bisogno fortemente avvertito dai soggetti portatori di diritti di far appello non più solo alla Costituzione, quale documento nel quale i diritti stessi hanno il loro primo e più genuinamente espressivo riconoscimento e la fonte perciò della loro tutela da parte degli operatori, bensì anche (e talora, anzi, principalmente) ad altre Carte dei diritti (per ciò che qui più da presso importa, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo) e, di conseguenza, a sedi istituzionali diverse da quelle interne al fine di avere protezione nei diritti stessi.

---

<sup>4</sup> Così, di recente, nell'*incipit* del mio [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (24 novembre).



Non è un caso, d'altronde, se gli stessi giudici, tanto internazionali o sovranazionali quanto interni, sempre più di frequente dedicano largo spazio delle loro pronunzie a richiami di indirizzi giurisprudenziali altrove maturati: quasi, appunto, a voler significare che è solo dallo sforzo congiunto da tutti prodotto, sia pure a livelli istituzionali e con forme ed effetti diversi, che può venire la finale ed ottimale salvaguardia dei diritti. Non può invero tacersi che alle volte i riferimenti sono fatti *ad pompam* e che colui che vi fa luogo si fa cura di evidenziare che la tutela stessa potrebbe comunque essere assicurata in modo pieno anche solo restando nell'*hortus conclusus* dell'ordinamento di appartenenza<sup>5</sup>; eppure, anche in circostanze siffatte (ed al di là delle riserve che possono legittimamente nutrirsi nei riguardi di un siffatto modo di ambientare le relazioni interordinamentali) resta il fatto in sé del ricorso alla tecnica o alla strategia del “dialogo”, il cui utilizzo può portare ad esiti di non secondario rilievo, anche al di là delle reali intenzioni coltivate da chi se ne fa artefice.

Una folle crescente, ormai incontenibile, di mutui richiami connota dunque le quotidiane esperienze di giustizia, extrastatuale e non, costituzionale e comune. Un infittirsi del “dialogo” – come pure, con molta approssimazione e una non rimossa ambiguità, lo si è soliti chiamare – che intraprende plurimi percorsi e presenta numerosi incroci in seno alla trama intessuta dai giudici che lo pongono in essere e incessantemente ravvivano e rinnovano: delle Corti europee *inter se* e di queste con le Corti nazionali, come pure di queste ultime tra di loro.

La qual cosa pone subito, in modo imperioso, una questione che si riprenderà meglio più avanti ma che è opportuno tenere sin d'ora a mente; ed è se conviene che le relazioni tra le Corti siano per intero demandate alla loro messa a punto ad equilibri continuamente cangianti in dipendenza degli indirizzi manifestati da questa o quella Corte e da tutte assieme ovvero se non si debba piuttosto pensare a fissare una cornice, con disciplina normativa essenziale<sup>6</sup>, all'interno della quale la giurisprudenza possa quindi liberamente fluire alla ricerca del modo o dei modi giusti coi quali affermarsi.

---

<sup>5</sup> Emblematica di questo stato d'animo la dichiarazione fatta in una risalente ma non per ciò ormai inattuale pronunzia del nostro giudice delle leggi, secondo cui se, per un verso, la Costituzione e le Carte dei diritti richiedono di essere reciprocamente integrate nell'interpretazione, per un altro verso tuttavia – a dire della Corte – la Costituzione sarebbe pur sempre in grado di assicurare comunque una tutela ai diritti non meno intensa di quella che può esser loro offerta dalle altre Carte ([sent. n. 388 del 1999](#)). Un'affermazione, questa, che nella sua categoricità, ai miei occhi appare essere temeraria.

<sup>6</sup> Per l'ipotesi ora ragionata si tratta poi di chiedersi quali debbano essere le fonti della disciplina stessa. Accenno qui, non disponendo dello spazio necessario per un'adeguata



Ora, con riserva – come si diceva – di maggiori approfondimenti più avanti, dico subito qual è l'idea che mi sono al riguardo fatta alla luce dell'esperienza ad oggi maturata; ed è nel senso di rifuggire tanto dal corno di una disciplina normativa minuta e pervasiva, praticamente soffocante, quanto dal corno opposto della sua vistosa, insopportabile carenza. Un pugno di regole di procedura, a mia opinione, conviene infatti che comunque si abbia; voglio essere ancora più esplicito: conviene alle stesse Corti che, per il tramite delle regole stesse, hanno modo di esercitare al meglio, pur nella difficile congiuntura del tempo presente (e, forse, più ancora di quello a venire), l'ufficio al quale sono chiamate<sup>7</sup>. Di qui in avanti, nondimeno, il campo deve restare sgombro per dar modo alle Corti di mettere a punto le loro relazioni in ragione della varietà dei casi e delle più pressanti esigenze che in essi si manifestano; ma, di ciò, appunto più avanti.

Un'ulteriore avvertenza mi corre l'obbligo di fare prima d'intraprendere l'analisi richiestami.

Nelle succinte notazioni che mi accingo a svolgere, circoscriverò lo sguardo alle sole relazioni tra le Corti europee ed il nostro giudice delle leggi, dal momento che è proprio quest'ultimo che si è assunto un ruolo di guida, quasi didascalico, nei riguardi dei giudici comuni, indicando loro come assolvere l'ufficio al quale sono chiamati, con specifico riferimento ai casi di sospette antinomie tra disciplina legislativa e disciplina convenzionale o "eurounitaria". Il ruolo del giudice comune non va comunque

---

trattazione della questione, alla tesi nella quale da tempo mi riconosco, che è di evocare in campo una regolazione fatta tanto da canoni prodotti dalle Corti stesse quanto da altri frutto di eteronormazione.

<sup>7</sup> Un esempio per tutti, che si riprenderà a tempo debito: la bocciatura della bozza di trattato di adesione dell'Unione europea alla CEDU ad opera della Corte di giustizia ha l'effetto immediato, dannoso, di privare la Corte stessa della opportunità di far sentire la propria voce nel corso delle vicende processuali che prendono forma presso la Corte di Strasburgo, innestando dunque una sorta di "pregiudizialità comunitaria" nei procedimenti attivati presso quest'ultima Corte nei quali si faccia questione della osservanza della CEDU da parte del diritto dell'Unione. Molti gli autori che hanno prontamente e variamente annotato (com'era d'altronde da attendersi, perlopiù in senso negativo) il parere sull'adesione: tra gli altri, v. L.S. ROSSI, [\*Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?\*](#), in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 22 dicembre 2014 e, pure *ivi*, S. VEZZANI, [\*"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!"\*: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU](#), 23 dicembre 2014; J.P. JACQUÉ, [\*Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?\*](#), in [www.droit-union-europeenne.be](http://www.droit-union-europeenne.be), 23 dicembre 2014. Infine, I. ANRÒ, [\*Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?\*](#), in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2 febbraio 2015. Diffuso è il convincimento che la Corte abbia posto delle condizioni praticamente impossibili per l'adesione (tra gli altri, A. GUAZZAROTTI, [\*Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?\*](#), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 8 gennaio 2015), in buona sostanza finendo con l'aggirare – a me pare – il disposto del trattato che la prescrive.

sottovalutato, tutt'altro<sup>8</sup>! Un ruolo che si è col tempo fatto sempre più incisivo e vistoso, tant'è che la stessa Corte costituzionale, temendone un'eccessiva affermazione, ha posto in essere – sia pure, talora, in modo alquanto discutibile – talune tecniche “difensive”, così come ha peraltro fatto – si vedrà a momenti – nei riguardi dei giudici europei (e, segnatamente, la Corte EDU), tecniche delle quali prevedo un largo uso nel prossimo futuro.

Mi pare infatti innegabile che la Corte costituzionale avverta forte il bisogno di preservare il dominio a sé riservato sulle questioni di costituzionalità (in larga accezione), temendo di perdere terreno a beneficio dei giudici comuni, per quanto la stessa Corte abbia ritagliato a favore di questi ultimi spazi consistenti entro i quali esercitare, con larga discrezionalità, le funzioni ad essi spettanti.

In realtà, la giurisprudenza costituzionale ritiene di aver raggiunto un compromesso accettabile nel ridefinire la linea di confine tra il campo suo proprio e quello riconosciuto ai giudici comuni; si tratta, tuttavia, di vedere se l'esperienza avvalori l'indicazione, di metodo e di teoria dell'amministrazione della giustizia a un tempo, risultante dalla giurisprudenza suddetta.

Per un verso, infatti, la prima (e più rilevante) scelta è riservata ai giudici comuni, gravando su di essi l'onere di esperire – fin dove possibile – il tentativo d'interpretare il diritto in modo conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto eurounitario)<sup>9</sup>. Da

---

<sup>8</sup> A buon diritto, dunque, la più sensibile dottrina ne ha rimarcato il significato e le possibili valenze (*ex plurimis*, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*<sup>2</sup>, Aracne, Roma 2015; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Angeli, Milano 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi - D. Pulitanò, Giuffrè, Milano 2013; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Angeli, Milano 2013; E. CECCHERINI, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2013, 467 ss.).

<sup>9</sup> Incontenibile ormai la letteratura che ne ha fatto oggetto di studio, a conferma del rilievo assegnato a questa tecnica con cui è ridefinita la linea di confine dei campi rispettivamente propri della giurisdizione comune e di quella costituzionale: tra i molti altri e di recente, G. SORRENTI, *Las interpretaciones conformes a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), ottobre 2013; E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio - E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 241 ss. e, della stessa, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 3/2013, 785 ss.; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale

quest'angolo visuale, la Corte dà di se stessa l'immagine di un organo che somministra giustizia costituzionale unicamente in via sussidiaria, laddove il tentativo in parola dovesse rivelarsi infruttuoso<sup>10</sup>.

Per un altro verso, però, dimostrandosi impraticabile la soluzione della riconciliazione delle fonti in campo per via interpretativa, non rimane altra via – a giudizio della Corte – che quella che porta la questione alla cognizione della Corte stessa (in particolare, resta categoricamente preclusa l'eventuale applicazione diretta di fonte esterna, che non sia ovviamente eurounitaria, al posto di quella interna con essa incompatibile: una eventualità – com'è assai noto – specificamente prospettata con riguardo alla CEDU<sup>11</sup>).

La giurisprudenza costituzionale appare infatti irremovibile nell'escludere che si dia alternativa alcuna a quest'esito; ed è proprio qui, dunque, che la vocazione all'accentramento emerge nel modo più marcato e vistoso. Ancora da ultimo, se n'è avuta una particolarmente espressiva testimonianza sul terreno dei rapporti tra fonti interne e

---

Scientifica, Napoli 2014; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo 15-16 maggio 2014, a cura di A. Bernardi, i cui Atti sono in corso di stampa; A. GUSMAI, [Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato \(inter\)costituzionale di diritto](#), in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014, spec. al § 3; R. COSIO, [L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso](#), in [www.europeanrights.eu](#), 20 giugno 2014; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2014, 86 ss. e 118 ss.; M.A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; L. TRIA, [La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro](#), in [www.cortecostituzionale.it](#), dicembre 2014, § 5.1; R. BIN, [L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei](#), in [www.rivistaaic.it](#), 1/2015. Infine, volendo, anche il mio [L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema](#), in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014.

<sup>10</sup> In realtà, il giudice costituzionale non ha il pieno controllo della tecnica in parola. Perché, se è vero che, una volta adita, riserva a se stessa l'ultima parola circa il corretto utilizzo dello strumento, è pur vero che, laddove il giudice comune non si rivolga alla Corte ritenendo di dover far luogo allo strumento stesso, viene meno la possibilità per la Corte di correggere eventuali suoi usi distorti. Resta, nondimeno, fermo il carattere didascalico delle pronunzie della Corte, pur se d'inammissibilità o di rigetto, dotate – come si sa – di una considerevole *vis* persuasiva, se non pure – secondo l'opinione corrente – prescrittiva. E, per quest'aspetto, la stessa tecnica dell'interpretazione conforme non priva la Consulta dell'opportunità di indirizzare l'attività interpretativa dei giudici comuni (e, perciò, di concorrere alla formazione di un nuovo "diritto vivente" o al radicamento di uno preesistente), riconfermandosi pertanto la centralità di posto del giudice costituzionale nel sistema istituzionale.

<sup>11</sup> Il punto ha – com'è noto – animato un fitto dibattito; nella pratica giudiziale, peraltro, non sono mancate le "ribellioni" all'orientamento della Corte che – per discutibile invero che appaia essere (e, a mia opinione, per taluni casi è) – è comunque quello che è; e di ciò – piaccia o no – dobbiamo prendere atto.

fonti di diritto internazionale non scritto, laddove si è assistito ad una barocca costruzione teorica di fattura giurisprudenziale il cui fine, non celato, è proprio quello di non rimettere ai giudici comuni la soluzione delle antinomie tra le fonti in parola<sup>12</sup>.

La vicenda non può qui essere – come pure meriterebbe – nuovamente, criticamente descritta, nei suoi plurimi profili e risvolti di ordine istituzionale. Appare, nondimeno, assai istruttiva per almeno due ragioni alle quali riservo ora solo un cenno, mentre di una terza mi riservo di dire più avanti.

La prima è che la Corte – qui come altrove<sup>13</sup> – mostra di ritenere reciprocamente bilanciabili le norme sulla normazione e le norme sui diritti, non esitando a dare a queste ultime la precedenza su quelle. Un bilanciamento il cui esito, nella circostanza in esame, può anche condividersi, per quanto il giudice costituzionale mostri di sottovalutare il fatto che le norme sulla normazione sono esse pure al servizio dei diritti e, in genere, di valori fondamentali dell'ordinamento astrattamente non graduabili rispetto alle norme riguardanti i diritti stessi (così, appunto, per ciò che attiene ai valori della pace e della giustizia tra le Nazioni, nei quali è da vedere la ragion stessa del principio *pacta sunt servanda* e, dunque, della esistenza del diritto internazionale).

La seconda osservazione concerne le tecniche decisorie, delle quali qui specificamente si discorre. Pur di conseguire lo scopo per cui ogni questione avente ad oggetto norme internazionali generalmente riconosciute suscettibili di entrare in rotta di collisione con principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale non possa essere comunque sottratta alla cognizione della Corte, quest'ultima non esita a mettere disinvoltamente da parte consolidate acquisizioni del processo costituzionale, quale quella per cui oggetto di giudizio possono unicamente essere, con le leggi, “atti” (aventi forza di legge) e non pure “fatti” o, appunto, norme non scritte, qual è quella di adattamento dell'ordine interno al

---

<sup>12</sup> Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. n. 238 del 2014](#), sul cui capo – come si sa – si è riversata un'autentica pioggia di commenti.

<sup>13</sup> ... ad es., al piano dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, per quanto la giurisprudenza sul punto sia apparsa alquanto oscillante e ad oggi incertamente orientata, avendo ora ammesso ed ora invece negato il bilanciamento di cui è parola nel testo (nel primo senso, v., part. [sent. n. 10 del 2010](#); nel secondo, sentt. nn. [39 del 2013](#) e [99 del 2014](#)), o – per ciò che qui più da presso interessa – a quello dei rapporti tra CEDU e diritto interno (spec. [sent. n. 317 del 2009](#), laddove la Corte ha ritenuto potersi far salve norme interne giudicate lesive dell'art. 117, I c., in quanto “coperte” da altre norme costituzionali bisognose di prioritaria protezione; va tuttavia osservato che la giurisprudenza più recente ([ord. n. 223 del 2014](#)) non discorre più di un “bilanciamento” tra la norma sulla normazione di cui all'art. 117 ed altre norme costituzionali (sulla questione, di recente, C. PADULA, [La Corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.](#), in [www.federalismi.it](#), 23/2014).

diritto internazionale consuetudinario<sup>14</sup>. Allo stesso tempo non spiega – e la cosa è francamente stupefacente – come sia mai possibile che il giudizio su una norma a dire della Corte “inesistente”, quale quella di adattamento a norme internazionali lesive dei principi suddetti, si concluda non già, com’era da attendersi, con una pronuncia d’inammissibilità bensì con una d’infondatezza<sup>15</sup>.

Il vero è che – come si è osservato, annotando “a prima lettura” la decisione *de qua*<sup>16</sup> – la dichiarazione d’inammissibilità avrebbe portato diritto a fare attrarre nell’orbita della competenza dei giudici comuni la competenza alla risoluzione di siffatte questioni; e questo evidentemente non si è voluto (e non si vuole), né per il presente né per il futuro.

La Corte, in tal modo, fa capire che i rapporti con la Corte internazionale di giustizia richiedono comunque di passare attraverso la Consulta, che non possono cioè, in alcun caso o modo, considerarsi rimessi in ordine alla loro ridefinizione in ragione dei casi alla esclusiva spettanza dei giudici comuni. Una indicazione, dunque, netta, tranciante, laddove essa avrebbe invece potuto, con maggior profitto, risultare più sfumata nei toni e più articolata nella sostanza. Una critica, questa, che sento di dover indirizzare non soltanto al piano di esperienza al quale si fa ora riferimento ma anche all’altro, cui si è sopra accennato, dei rapporti con la Corte EDU, qui come lì, infatti, non escludendosi, a mia opinione, che si diano questioni che possano (e debbano) essere di diretta ed esclusiva pertinenza dei giudici comuni<sup>17</sup>. Basti solo pensare appunto a quanto si sarebbe avuto nella circostanza odierna, in cui l’antinomia risulti tale da far considerare una delle norme

---

<sup>14</sup> Ho avuto modo di affacciare questo rilievo nel mio [La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (17 novembre). Riprende con ulteriori argomenti questa critica, ora, anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

<sup>15</sup> Si è invece dichiarato favorevole al mantenimento del sindacato accentrato anche nella circostanza *de qua* e malgrado l’impostazione adottata dalla Corte F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *paper*.

<sup>16</sup> V. nuovamente il mio *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti”*, cit.

<sup>17</sup> Una illustrazione dei casi al ricorrere dei quali si giustifica l’applicazione diretta della Convenzione può, volendo, vedersi nel mio [Dal legislatore al giudice, sovrana nazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 29 novembre 2014, § 4.1. Diversa impostazione dell’annosa questione, di recente, in I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 177 ss., e A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 3025 ss.

in campo viziata da radicale nullità-inesistenza, e non da mera annullabilità: un vizio perciò subito rilevabile dal giudice comune, senza che allo scopo si debba (o, addirittura, si possa<sup>18</sup>) di necessità attivare il sindacato del giudice costituzionale<sup>19</sup>.

*2. Il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale quale spia altamente indicativa della tendenza manifestata dal giudice delle leggi a riaffermare la centralità del proprio ruolo al piano dei rapporti con le Corti europee, l'astrattamente possibile attivazione dell'arma dei "controlimiti" e le tecniche decisorie che si prestano ad essere utilizzate in via "sussidiaria" rispetto a quest'ultima*

Venendo a dire specificamente dei rapporti tra la Corte costituzionale e le Corti europee, una spia altamente attendibile dell'intento della prima volta a recuperare parte del terreno dapprima ceduto ai giudici comuni può vedersi, sul versante delle relazioni con la Corte dell'Unione, nell'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale da parte dello stesso giudice costituzionale (dapprima, come si sa, esclusivamente in sede di giudizi in via d'azione e quindi anche nei giudizi in via incidentale, mentre rimane ancora tutta da esplorare l'evenienza che se ne abbia riscontro in altre sedi ancora, e segnatamente in sede di conflitti)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Può invero discutersi se ogni volta che la Corte dovesse riscontrare la radicale nullità-inesistenza di una norma portata al suo giudizio debba dichiarare l'inammissibilità della questione ovvero se possa trattenerla presso di sé e dichiarare l'incostituzionalità della norma stessa. La prima soluzione è, a mia opinione, la più rigorosa e persuasivamente argomentabile al piano teorico, specie ove si voglia tener fermo il principio, dalle risalenti ascendenze storico-positive, secondo cui ciò che è radicalmente nullo non produce *ab initio* alcun effetto, mentre le norme caducate dalla Corte perdono – come si sa – efficacia, ai sensi dell'art. 136 cost., unicamente a far data dalla decisione che ne abbia accertato l'incostituzionalità. D'altro canto, non si vede come si possa annullare una norma che... *non c'è*. Ciò malgrado, resta fermo il fatto che, secondo "diritto vivente", la Corte ha fin qui manifestato il fermo orientamento ad attrarre a sé ogni questione di legittimità costituzionale (in larga accezione), non rifiutandosi di pronunziarsi laddove l'invalidità risulti di tipo "forte", nel senso appena precisato.

<sup>19</sup> È infatti evidente che, ove una norma di legge contraria a CEDU (o ad altra Carta dei diritti resa efficace in ambito interno) dovesse considerarsi affetta da radicale nullità-inesistenza, al giudice nazionale potrebbe non restare altra via praticabile di quella di fare subito applicazione della Convenzione (o altra Carta), così come peraltro alle volte si fa, dandosi applicazione diretta della Costituzione. Nel caso ora ipotizzato, anzi, come si è fatto altrove notare, in realtà il vuoto legislativo è meno appariscente o, diciamo pure, non c'è, sol che si pensi che la fonte internazionale dispone pur sempre di una base legislativa sulla quale far poggiare gli effetti da essa prodotti nell'ordine interno.

<sup>20</sup> Una recente, approfondita riflessione sul tema può vedersi in R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma



In tal modo, il giudice costituzionale dà mostra di aver finalmente maturato la consapevolezza di dover prendere l’iniziativa dello smistamento delle carte, vale a dire di non lasciare ai soli giudici comuni il privilegio, dapprima accordatogli, di impostare le questioni di “comunitarietà”. È pur vero che ad oggi i casi si contano – come si sa – col contagocce. E domani? Credo che sia facile previsione, alla luce dell’esperienza del tempo presente, quella per cui l’utilizzo dello strumento in discorso da parte del giudice costituzionale dovrebbe restare un fatto molto sporadico, praticamente eccezionale, seppur gravido di implicazioni di ordine istituzionale di non poco momento. È infatti di tutta evidenza che la medesima questione, laddove prospettata da un giudice comune ovvero da quello costituzionale, può apparire agli occhi della Corte dell’Unione profondamente diversa. La “difesa” preventiva – ché di questo molte volte si tratta – delle ragioni riportabili al disposto legislativo interno potenzialmente suscettibile di confliggere con quello eurolunitario è di certo più agguerrita ed efficace laddove posta in essere dal giudice costituzionale rispetto al modo con cui le ragioni stesse possono essere rappresentate dal giudice comune; e ciò – si faccia caso – a prescindere, ovviamente, dalla bontà degli argomenti addotti, dal momento che sul piatto della bilancia il giudice costituzionale può deporre un’*auctoritas* di cui – piaccia o no – è sprovvisto il giudice comune, fosse pure quello della legittimità.

È poi da mettere in conto l’eventualità che, in sede di rinvio pregiudiziale come pure in altre sedi, il giudice costituzionale possa prima o poi far valere la dottrina dei “controlimiti”, il cui uso è stato – come si sa – molte volte minacciato ma ad oggi mai praticato sul fronte dei rapporti col diritto e la giurisprudenza dell’Unione.

D’altro canto, non soltanto questa eventualità si è già verificata, al piano però dei rapporti intrattenuti da tribunali costituzionali diversi dal nostro con la Corte dell’Unione<sup>21</sup>; di più, proprio il nostro giudice delle leggi ha messo in atto la dottrina

---

2014, 431 ss., nonché in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2014; v., inoltre, L. CAPPUCIO, *I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 81 ss.; T. CERRUTI - M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nuove prospettive e vecchie incertezze*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 534 ss., e G. RAITI, *La vexata quaestio di una “nuova giustizia costituzionale europea”. Attraverso la lente del ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte delle Corti costituzionali nazionali*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico*, cit., 237 ss. Infine, D. LAMPARELLA, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea*, ESI, Napoli 2014.

<sup>21</sup> Sulla dura contrapposizione manifestata da altri tribunali costituzionali avverso pronunzie della Corte dell’Unione giudicate inaccettabili e, perciò, inesequibili, v., per tutti, O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell’est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss.



suddetta nella decisione, sopra richiamata, relativa ai rapporti tra norme internazionali consuetudinarie e diritto interno. È vero che non è affatto la stessa cosa che se ne sia fatto uso in quest'ambito materiale di esperienza e che possa farsene sul terreno dei rapporti col diritto dell'Unione. In via di principio, nondimeno, non dovrebbe farsi differenza alcuna tra il caso che la minaccia per i nostri principi fondamentali venga da questa o quella fonte esterna.

A mia opinione, l'eventualità ora discussa dipende dal modo complessivo con cui si impostano tutti i rapporti in discorso; o, meglio, dal modo con cui li imposta il nostro giudice delle leggi.

Se, infatti, ci si irrigidisce e si adotta una prospettiva d'ispirazione formale-astratta, assumendo che le norme di origine esterna debbano in ogni caso prestare ossequio ai principi fondamentali della Carta costituzionale, il rischio sopra paventato, per remoto che invero appaia essere, non può escludersi in partenza.

Se, di contro, i rapporti tra gli ordinamenti (e, perciò, in buona sostanza, le Corti che ne sono istituzionalmente garanti) sono rivisti da una prospettiva d'ispirazione assiologico-sostanziale, nella quale da tempo mi riconosco, le probabilità riportabili al rischio stesso si riducono talmente da portare a considerare quest'ultimo praticamente fugato.

Dalla prospettiva qui nuovamente caldeggiata, infatti, gli ordinamenti appaiono, sì, distinti ma anche in via di progressiva, crescente integrazione: una integrazione che si rende palese specificamente sul terreno e per le esigenze ricostruttive della *teoria dell'interpretazione*, anziché su quello congeniale alla *teoria delle fonti*. Una interpretazione che – come la stessa giurisprudenza costituzionale ha tenuto a precisare, nella già richiamata [sent. n. 388 del 1999](#) – è naturalmente portata ad assumere forma circolare, puntando all'incontro ed alla stessa immedesimazione nei fatti interpretativi della Carta costituzionale e delle Carte internazionali dei diritti<sup>22</sup>: Carte, dunque, tutte idonee a proporsi l'una quale fattore di incessante rigenerazione semantica dell'altra (o delle altre), senza alcun ordine gerarchico preconstituito tra di esse (un ordine, invece, reso palese dalla teoria delle fonti e che vede le Carte dei diritti in genere, e tra di esse la CEDU, detenere una posizione comunque “subcostituzionale”, siccome tenute a prestare ossequio ad ogni norma della Costituzione, nel mentre la Carta dei diritti dell'Unione,

---

<sup>22</sup> Nella pronuncia *de qua* si trova, infatti, l'ispirata affermazione secondo cui le Carte suddette e la Costituzione “*si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione*”.

che pure possiede rango *quodammodo* “paracostituzionale”, è pur sempre obbligata a soggiacere al rispetto dei “controlimiti”).

Ora, la strutturale larghezza degli enunciati delle Carte tutte, di quella nazionale come delle altre aventi origine esterna, è tale da rendere non disagevole l’impresa della loro riconciliazione nei fatti interpretativi. Piuttosto, sono le Corti, che danno voce alle Carte commutandole in “diritto vivente”, a frapporre talora non lievi ostacoli a siffatta opera di reciproca armonizzazione. Possono tuttavia al riguardo soccorrere talune tecniche decisorie forgiate tanto dalle Corti europee quanto dal giudice costituzionale allo scopo di allontanare il rischio del reciproco conflitto (o, quanto meno, di mascherarlo ad arte), tecniche dunque che si prestano a farsi valere in via “sussidiaria” rispetto a quella dei “controlimiti”.

Se n’avuta eloquente testimonianza soprattutto sul versante dei rapporti con la Corte EDU; non è tuttavia da escludere che possa aversene riscontro, magari con adattamenti, altresì sul versante dei rapporti con la Corte dell’Unione.

Tre le tecniche che considero le più efficaci sul fronte dei rapporti con la Corte di Strasburgo: quella per cui la Convenzione, nel suo farsi “diritto vivente”, richiede di essere rispettata unicamente nella sua “sostanza”; l’altra per cui il giudizio ha da esser formulato ogni volta avuto riguardo alle norme (e, perciò, ai beni della vita da esse protetti) nel loro comporsi in “sistema”, non già – come invece, a dire del nostro giudice costituzionale, farebbe la Corte europea – prestando attenzione al solo diritto fondamentale del quale si reclama tutela; infine, l’altra ancora per la quale deve darsi la preferenza alla norma (o, meglio, al *sistema di norme*) in grado d’innalzare il livello della tutela dei diritti e degli interessi in genere costituzionalmente protetti (una tecnica, quest’ultima che – come si vedrà – può, in realtà, considerarsi quale una variante della seconda, in talune sue peculiari espressioni).

Di esse dobbiamo ora, pur se con la necessaria speditezza imposta a questa riflessione, dire.

*3. Le tecniche “difensive” poste in essere dalla Corte costituzionale al fine di smarcarsi dal pressing delle Corti europee, segnatamente della Corte di Strasburgo, e gli oscillanti e non sempre lineari utilizzi da parte di quest’ultima delle tecniche decisorie di cui è dotata, in ispecie della dottrina del “consenso” (notazioni critiche)*

La prima tecnica è quella che lascia maggiormente perplessi. Dire che la giurisprudenza convenzionale debba essere rispettata unicamente nella sua “sostanza” – in disparte la concettuale vaghezza ed ambiguità di siffatto criterio discretivo – equivale infatti a considerare la Convenzione una fonte *sui generis* o, meglio, valevole solo *in via tendenziale o relativa*, ad alcune sue norme dovendosi prestare ossequio e ad altre invece no<sup>23</sup>. Non è perspicuo opporre che la selezione in parola non si applica sul fronte dei rapporti col diritto dell’Unione per la elementare ragione che alle decisioni della Corte dell’Unione stessa è riconosciuta la natura di vere e proprie fonti del diritto, natura che sarebbe invece non predicabile per le pronunzie del giudice di Strasburgo e che, dunque, giustificerebbe (non si sa bene, però, in nome di quale principio) una selezione interna a queste ultime, imponendosene appunto il rispetto unicamente della “sostanza”. Il ragionamento infatti non fila, per la elementare ragione che tutte le decisioni in parola sono da vedere quali la proiezione di un diritto *vigente*, la sua conversione appunto in *vivente*. Per quest’aspetto, non può farsi dunque differenza alcuna di trattamento. La differenza, semmai, potrebbe riscontrarsi, come appunto la vede il nostro giudice delle leggi, al piano dei limiti, assumendo che l’una Carta (quella convenzionale) vada incontro, al momento della sua immissione in ambito interno, a limiti più gravosi di quelli propri di altra Carta (dell’Unione), ovverosia che diverso sarebbe appunto il “posto” detenuto da tali Carte nel sistema delle fonti; in disparte però le riserve, altrove illustrate, che un siffatto teorico argomentare solleva, sarebbe questa comunque cosa diversa rispetto al considerare solo occasionalmente (a seconda cioè che sia, o no, in gioco la “sostanza” suddetta) vincolante l’una Carta.

La seconda tecnica, poi, appare persino scontata nell’esito cui perviene (chi potrebbe mai negare che un documento normativo in genere, e specificamente la Costituzione, richieda di esser considerato sempre nel suo insieme significante, quale “sistema” appunto, e che debba perciò farsi luogo agli opportuni bilanciamenti, in ragione dei casi, tra gli interessi da essa protetti?). Muove, peraltro, da un assunto assai discutibile (e, a mia opinione, contraddetto da non poche vicende processuali), vale a dire che la Corte di Strasburgo si prenderebbe sempre (e solo) cura del singolo diritto la cui tutela le è sollecitata, diversamente dal giudice nazionale, che di necessità ha da guardare all’intero spettro degli interessi costituzionalmente protetti, non di rado dovendo bilanciare quello

---

<sup>23</sup> Una “strategia elusiva”, secondo l’efficace qualificazione datane da un’avveduta dottrina (E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, cit., 765), quella posta in essere dalla Consulta a mezzo della tecnica in discorso.

del ricorrente con quello o quelli di altri soggetti o dell'intera collettività. Anche sotto questo riguardo, tuttavia, non è raro riscontrare decisioni della Corte europea nelle quali ha luogo siffatta ponderazione (ad es., tra interessi individuali e quello della sicurezza o altri interessi di ordine collettivo)<sup>24</sup>. Certo, gli esiti possono non essere coincidenti, dal momento che legittimamente diversi possono essere gli angoli visuali dai quali si guarda ai medesimi interessi in gioco, secondo quanto ha, ad es., mostrato la nota vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, nel corso della quale si è assistito ad uno scontro malcelato tra punti di vista irriducibili. Che ciò possa accadere è, dunque, da mettere in conto; altra cosa è però l'artificiosa contrapposizione tra le Corti per ciò che attiene al rilievo da assegnare al "sistema".

Diciamo le cose come stanno. Il nostro giudice costituzionale ha fatto appello al "sistema" allo scopo di smarcarsi da un *pressing* del giudice europeo ritenuto insopportabile. Laddove infatti si rivelano armi spuntate altre tecniche in uso presso i giudici in genere<sup>25</sup>, quale ad es. il *distinguishing*, ecco che il ricorso al "sistema" offre opportunità preziose di diversificazione dell'indirizzo del giudice nazionale rispetto a quello del giudice europeo.

Si spiega in questa luce anche l'uso della terza tecnica, che induce alla ricerca della massimizzazione della tutela: forse, quella che meglio di ogni altra si presta ad offrire una via di fuga al giudice nazionale inseguito da presso dal giudice europeo<sup>26</sup>.

Ci s'intenda. Il canone della tutela più "intensa" – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – si pone oggi quale l'autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* delle relazioni interordinamentali: una sorta di "metacriterio" – com'è stato, ancora da ultimo, rilevato<sup>27</sup> – in applicazione del quale possono (e devono) operarsi i bilanciamenti su basi di valore

---

<sup>24</sup> Dunque, tutt'al più può rilevarsi una diversa, graduata sensibilità per le esigenze del "sistema" da parte della Corte di Strasburgo rispetto alla Corte nazionale, non già però una mancanza della stessa.

<sup>25</sup> ... ma specialmente presso quelli materialmente costituzionali, tra questi dovendosi ormai annoverare – come si è in altri luoghi osservato –, perlomeno in modo tendenziale, le stesse Corti europee.

<sup>26</sup> Opportunamente, dunque, invita a fermare in modo particolare l'attenzione sulla tecnica decisoria in parola anche E. LAMARQUE, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>27</sup> G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*, che riprende con originali svolgimenti un termine già presente in alcuni miei scritti (tra i quali, ora, *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.). Sul canone in parola v. inoltre, di recente, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., e T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 389 ss.

tra gli interessi costituzionalmente protetti, anche appunto nella loro proiezione o dimensione interordinamentale<sup>28</sup>. Ed è chiaro che nel criterio in parola tutti i protagonisti del “dialogo” intergiurisprudenziale devono riconoscersi, esattamente così come si fa con le regole del gioco ancora prima di dare inizio alla partita ed affinché questa possa correttamente svolgersi e giungere a compimento.

Così, in effetti è, alla luce di quanto stabilisce l’art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo e di quanto è dato desumere dalla nostra Carta costituzionale, vista appunto nel suo fare “sistema” (e, segnatamente, a mia opinione, dagli artt. 2 e 3: la coppia assiologia fondamentale, come la si è altrove chiamata, in funzione servente della quale si dispongono le norme costituzionali restanti, comprese quelle che danno l’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, tutte appunto riportandosi al principio personalista

---

<sup>28</sup> Una severa critica nei riguardi del canone in parola (e di chi, come me, ad esso si rifà in sede di ricostruzione delle relazioni interordinamentali) può ora vedersi in R. BIN, *L’interpretazione conforme*, cit., spec. al § 5, che rileva come la tecnica decisoria in discorso punti ad offrire una rappresentazione “irenica” dei rapporti tra le Corti (e del “dialogo” che tra di esse si svolge), mascherando in realtà i conflitti, anche particolarmente aspri, non di rado tra le stesse insorgenti.

Come mi sono sforzato di mostrare in precedenti lavori, alcuni dei quali richiamati dallo stesso B., e tento qui di precisare ulteriormente, non escludo affatto che ciò possa talora aversi, allo stesso tempo però non nascondendomi altresì l’opposta evenienza, vale a dire che comunicando a vicenda (“dialogando”, appunto) le Corti possano ricercare assieme soluzioni maggiormente appaganti rispetto al passato e – fin dove possibile – convergenti, a beneficio dei diritti. Ogni strumento non è, in sé e per sé, né buono né cattivo: tutto dipende dall’uso che concretamente se ne fa.

Ora, il canone della massimizzazione della tutela – come si viene dicendo – risulta, a mia opinione, stabilito sia dalle Carte di origine esterna, nelle quali è espressamente enunciato, che dalla Carta costituzionale, una volta fatta previamente l’opzione metodico-teorica volta a rintracciare nei valori fondamentali positivizzati (e, segnatamente, in quelli di libertà eguaglianza dignità) il perno attorno al quale ruotano e dal quale stabilmente si tengono le relazioni interordinamentali. Negare l’esistenza del canone in discorso, quale norma fondamentale delle relazioni stesse, dunque non si può, a meno che non si voglia, allo stesso tempo, negare che i valori suddetti stanno a base sia dell’ordine interno nella sua interezza che delle proiezioni che esso ha fuori di sé.

Riprendendo un argomento altrove espresso, B. obietta che “i diritti tendono ad essere ‘a somma zero’, nel senso che l’aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro”. La qual cosa, ancora una volta, può *talora* essere ma, appunto, *non sempre*; e, comunque, ammesso che le cose stiano davvero così, perché escludere in partenza, in modo assiomatico, che si possano conseguire sintesi assiologiche *complessivamente* ancora più appaganti di altre precedentemente raggiunte, magari proprio grazie alla mutua rigenerazione semantica tra le Carte e, perciò, in buona sostanza, al “dialogo” intergiurisprudenziale? Perché dunque negare in modo assiomatico che si possano confrontare le tutele offerte da questa o quella Carta (e, a conti fatti, Corte) in relazione al medesimo caso, ricercando pertanto quella che si mostri idonea a fissare più in alto delle altre la sintesi tra i valori in gioco?

Anche, infatti, a volgere lo sguardo all’esperienza (e, perciò, al modo concreto di atteggiarsi dei rapporti interordinamentali), a me pare che si debba rifuggire dal darne qualificazioni trancianti, a senso unico, ispirate ad un pessimismo senza speranza, che inducano cioè a concludere che v’è solo il conflitto costante, a tutto campo, senza fine. Non di sole guerre sono (per fortuna...) fatte le relazioni tra i protagonisti delle vicende riguardanti i diritti ed i modi della loro salvaguardia in sede giudiziale.

quale punto fermo da cui ogni norma si tiene e cifra identificante e qualificante la Carta repubblicana). Ed allora, in astratto, le stesse Corti europee potrebbero a buon titolo far appello al “metacriterio” suddetto, in esso rinvenendosi il fondamento dell’applicazione delle Carte di cui esse sono garanti in ambito interno. Nei fatti, tuttavia, come si diceva, il richiamo al canone in parola può (e non a caso) più di frequente aversi proprio per iniziativa del giudice nazionale che si senta accerchiato da una giurisprudenza europea evidentemente non gradita.

Come che sia di ciò, un punto merita di essere messo in particolare evidenza; ed è che, evocandosi in campo il canone della miglior tutela, il giudice – checché se ne dica da parte di quanti, ancora in tempi recenti, hanno tentato di darne una spiegazione conciliante con l’impianto d’ispirazione formale-astratta dei rapporti tra CEDU e diritto interno (e, segnatamente, con la qualifica della prima in termini di fonte “subcostituzionale”) di giurisprudenziale fattura<sup>29</sup> – fa luogo ad un’autentica rivoluzione copernicana: abbandona il terreno della ricostruzione su basi formali-astratte dei rapporti tra le fonti (e gli ordinamenti di appartenenza) ed ambienta la ricostruzione stessa ad un piano assiologico-sostanziale. Non è più, dunque, la *teoria delle fonti* il terreno elettivo per far luogo a siffatta ricostruzione – come opinano la giurisprudenza costituzionale ed i suoi benevoli commentatori – bensì, come si accennava poc’anzi e si è ora in grado di comprendere appieno, la *teoria dell’interpretazione*: non le *fonti*, a motivo della loro forma o provenienza, si giocano la partita, ma direttamente ed esclusivamente le loro *norme*, quali che siano appunto gli atti cui debbono la loro produzione. E, poiché le norme hanno senso per il modo con cui “vivono” attraverso la giurisprudenza che se ne fa portatrice e garante, ecco che la competizione tra le norme stesse, in vista del conseguimento dell’obiettivo dell’innalzamento della tutela, interamente si risolve nella competizione tra le Corti che la tutela medesima offrono, dando fondo a tutte le risorse argomentative di cui dispongono.

È da chiedersi perché mai il nostro giudice costituzionale abbia messo in campo le tecniche delle quali si è rapidamente discorso specificamente sul terreno dei suoi rapporti con la Corte di Strasburgo, piuttosto che su quello in cui si confronta con la Corte dell’Unione. Può darsi che ciò si debba al fatto che la Consulta oggi tema di più il *pressing* – come lo si è anche sopra chiamato – della prima Corte; può anche darsi che su quel terreno reputi di avere carte da giocare di cui pensa di non disporre sul versante dei

---

<sup>29</sup> Ancora G. D’AMICO, nello scritto appena cit.

rapporti con la Corte dell'Unione, o, magari, può darsi che le due evenienze ora prospettate non siano reciprocamente alternative ma possano ricorrere assieme.

Sta di fatto che non è solo il giudice costituzionale a tenere – come potrebbe dirsi, mutuando una nota espressione sportiva – una guardia stretta; alle volte, anche il giudice europeo appare essere guardingo, giocando di rimessa ed avendo cura perciò di piazzare solo di tanto in tanto un buon colpo, senza tuttavia scoprirsi.

Si pensi, ad es., al modo (o, meglio ai modi, non sempre per vero uniformi e lineari) con cui la Corte di Strasburgo mette in campo la tecnica del “consenso”, facendone un uso all'insegna del principio dello *stop and go*, ora cioè arretrando e dando largo spazio alle “tradizioni” costituzionali nazionali, in vista della loro perdurante affermazione, ed ora, di contro, circoscrivendo l'area della loro possibile implementazione nell'esperienza e l'ulteriore riproduzione nel tempo<sup>30</sup>.

Possono tornare utili, allo scopo di avere conferma di quest'assunto, alcune esemplificazioni in relazione a taluni campi materiali sui quali insistono diritti dei quali si reclama oggi, in modo particolarmente vigoroso e pressante, tutela.

---

<sup>30</sup> Notazioni di vario segno al riguardo in G. RAIMONDI, [\*La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo\*](#), in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 11 gennaio 2013, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. p. 214 ss. Sulla dottrina del margine di apprezzamento, tra i molti altri e di recente, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 387 ss. Con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.



4. *L'andamento a fisarmonica della giurisprudenza europea, volta ora a fare espandere ed ora a contrarre l'area entro cui possono affermarsi le tradizioni costituzionali nazionali (esemplificazioni con specifico riguardo all'ambito bioetico)*

L'utilizzo a fisarmonica delle tradizioni nazionali da parte della Corte di Strasburgo, abilitate ora ad espandersi ed ora però costrette a contrarsi ed a ripiegare a fronte del bisogno di far valere i diritti riconosciuti dalla Convenzione, è vistoso (e, a mia opinione, destinato a crescere ulteriormente) soprattutto in ambito bioetico, laddove cioè si avanzano frequenti e pressanti istanze volte alla rimozione di antiche e radicate incrostazioni che impediscono o frenano il finale decollo e l'effettiva affermazione dei diritti che ad esso fanno capo; e va detto che, sia pure con qualche remora non rimossa e talune perduranti oscillazioni, in molti casi la giurisprudenza europea si mostra sensibile e sollecita ad accoglierle. Di contro, in ambito economico-sociale – com'era, d'altronde, prevedibile –, i diritti hanno trovato (e trovano) difficoltà rilevanti ad affermarsi, in ragione dei costi rilevanti che il loro appagamento comporta, specie nel presente contesto segnato da una crisi soffocante ed ormai in modo incontenibile dilagante, di cui ovviamente la giurisprudenza europea non può non tener conto. Ciononostante, non fanno difetto pronunzie, anche molto recenti, quale quella della Corte di giustizia relativa al precariato nella scuola o quelle, cui si è poc'anzi fatto cenno, della Corte EDU in tema di leggi d'interpretazione autentica, con le quali si è data voce ad esigenze largamente avvertite e fin qui rimaste inascoltate, pur comportando il loro appagamento costi non indifferenti<sup>31</sup>.

I maggiori passi in avanti, al piano della tutela, si sono nondimeno fatti – come si diceva – soprattutto in campo bioetico, laddove la sensibilità dei giudici nei riguardi dei diritti in tale campo emergenti ha avuto modo di manifestarsi con particolare evidenza<sup>32</sup>, specie al confronto di un passato, anche recente, assai poco gratificante, allo stesso tempo rivelandosi parimenti palesi i ritardi e le complessive carenze della legislazione a fronte di una domanda sociale in modo vistoso sempre più avanzata e pressante. Il punto è che l'operato, pur fattivo ed incisivo, dei giudici va incontro a limiti strutturali, di sistema,

---

<sup>31</sup> Dei “limiti alla permeabilità economico-sociale” della CEDU ha, di recente, discorso N. NAPOLETANO, *Estensione e limiti della dimensione economica e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempi di crisi economico-finanziaria*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2/2014, 389 ss., spec. 417 ss., e lett. *ivi*.

<sup>32</sup> Riferimenti in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

tant'è che – come si vedrà più avanti con esempi – non di rado i giudici stessi (e, segnatamente, quelli materialmente costituzionali, nel senso sopra precisato) non hanno potuto far altro che tracciare il verso lungo il quale dovrebbe avviarsi la futura regolazione legislativa, all'insegna dei principi somministrati dalla giurisprudenza, senza nondimeno fare appieno le veci della regolazione stessa.

In quest'ambito, la giurisprudenza europea sembra volersi muovere con studiata cautela, preoccupata di non esercitare un'eccessiva pressione sugli operatori nazionali, allo stesso tempo tuttavia non trattenendosi dal dare – laddove possibile – indicazioni circa il modo migliore col quale dare appagamento a diritti ad oggi largamente trascurati. La tecnica del “consenso” trova invero qui modo di esprimersi in modo elastico, tale da conciliare le aspettative delle tradizioni costituzionali nazionali alla loro salvaguardia con le aspettative della Convenzione a dare una tutela accresciuta rispetto a quella offerta dalle tradizioni stesse, magari facendovi luogo con la necessaria gradualità. In altri luoghi<sup>33</sup> mi sono già dichiarato dell'idea che si tratta di una tattica o vera e propria strategia processuale accorta e però, allo stesso tempo, incisiva ed alla lunga, con ogni probabilità, vincente. Prendere di petto le questioni sollevate e dare risposte troppo avanzate rispetto ai tempi equivarrebbe – è pressoché certo – a sollevare un'aspra reazione in ambienti nazionali. Con la tattica dei piccoli passi, invece, il terreno viene gradualmente conquistato e le postazioni man mano raggiunte mantenute salde.

Si pensi alle vicende del matrimonio tra persone dello stesso sesso, del riconoscimento del diritto del figlio ad avere notizie circa le proprie origini biologiche, del diritto dei carcerati ad espiare in luoghi adeguati la pena, senza pregiudizio della loro dignità, della fecondazione medicalmente assistita, e via dicendo. Sono tutti casi in cui la giurisprudenza europea ha avuto modo di esprimersi con varia capacità di penetrazione nelle mura della cittadella statale, rimettendosi nondimeno largamente a soluzioni originali, differenziate da Stato a Stato, al fine di apprestare un'adeguata tutela ai diritti. E così se, in merito al matrimonio tra gli omosessuali, la Corte EDU ha mostrato di ritenere compatibili con la Convenzione tanto le legislazioni che lo riconoscono quanto quelle che lo negano, assumendo un atteggiamento a prima impressione pilatesco, per i diritti la cui tutela è stata sollecitata nel corso delle altre vicende sopra evocate la Corte

---

<sup>33</sup> ... e, tra questi, [Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali](#), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 18/2014, spec. al § 7.

stessa non ha mancato di precisare le condizioni al verificarsi delle quali la normativa nazionale può rimettersi in asse e riconciliarsi appieno con la CEDU.

È interessante notare come la giurisprudenza costituzionale si sia quindi, in più occasioni, disposta a ruota delle indicazioni di principio date dal giudice europeo, alle volte, persino riprendendo i medesimi argomenti addotti dalla Corte di Strasburgo (come nel caso del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche – [sent. n. 278 del 2013](#), che si discosta da un precedente e divergente orientamento – o nel caso del diritto dei carcerati ad avere salvaguardata la propria dignità nei luoghi in cui espiano la pena: [sent. n. 279 del 2013](#)), pur differenziandosi talora al piano delle tecniche decisorie. Così, specificamente, nella seconda delle pronunzie ora richiamate che, a differenza di quella immediatamente precedente (un’additiva di principio), è d’inammissibilità, nondimeno accompagnata da un fermo monito e dalla minaccia della sua possibile conversione in una decisione di accoglimento, nel caso che il monito stesso dovesse restare inascoltato.

Altre volte, invece, la Consulta ha marcato la distanza dall’indirizzo del giudice europeo (come a riguardo dei matrimoni tra omosessuali) e, tuttavia, ha pur sempre raccolto l’indicazione di quest’ultimo volta ad assicurare ai diritti sacrificati l’opportuna protezione (nell’esempio da ultimo fatto, già con la [sent. n. 138 del 2010](#) e, soprattutto, con la [sent. n. 170 del 2014](#), la Corte ha infatti indirizzato l’avvertimento al legislatore a fare finalmente luogo alla opportuna regolazione delle coppie composte tra persone dello stesso sesso; un monito “rinforzato”, nell’ultima pronunzia, per effetto dell’aggiunta di un principio nel tessuto legislativo preesistente, al quale il legislatore è stato chiamato a dare seguito apprestando le regole congrue alla sua specificazione-attuazione).

*5. La tendenza alla federalizzazione dei diritti ed alla conformazione della giurisdizione quale una giurisdizione per risultati*

Gli esempi appena fatti (ed altri ancora che potrebbero nel medesimo verso farsi) insegnano molte cose.

Due, in ispecie, i profili meritevoli, a mia opinione, di speciale attenzione, reciprocamente in modo inscindibile intrecciati ed espressivi di linee di tendenza che vanno configurandosi in modo sempre più netto e marcato e che promettono, dunque, di consolidarsi e prolungarsi ulteriormente nel prossimo futuro.

La prima tendenza è quella che ho altrove chiamato alla *federalizzazione dei diritti*, alla ricerca cioè di un equilibrio, per quanto possibile effettivamente mediano e conciliante, al piano della tutela, tra la vocazione alla europeizzazione (ed internazionalizzazione) della tutela stessa con le aspettative, tuttora fortemente avvertite, alla sua tipizzazione in ambienti nazionali che ad oggi presentano “tradizioni” costituzionali ad ogni buon conto diverse. Si tratta, in altri termini, di ricercare, tanto al piano dei rapporti interordinamentali (tra giudici europei e giudici nazionali) quanto a quello dei rapporti in ambito interno (tra Corte costituzionale e giudici comuni), soluzioni idonee ad assecondare sia la spinta alla uniformità che quella alla diversificazione della tutela. Ciò che può aversi alla sola condizione che i giudici materialmente costituzionali dotino le loro pronunzie della necessaria duttilità strutturale, sì da renderle quindi adattabili da parte dei giudici chiamati a darvi seguito, in relazione alle peculiarità dei contesti e dei casi in essi emergenti.

Si spiega in questa luce, per un verso, il frequente ricorso alle *sentenze-pilota* da parte della Corte di Strasburgo<sup>34</sup> e, per un altro verso, la riscoperta delle *additive di principio* da parte del nostro giudice costituzionale, la cui funzione era stata da taluno affrettatamente giudicata ormai esaurita<sup>35</sup>: le une e le altre sollecitando il pronto intervento del legislatore, innanzi tutto, e, laddove possibile, in via “sussidiaria”, quello dei giudici comuni, in vista dell’opportuno prolungamento e il completamento dell’opera di giustizia costituzionale (in senso materiale) posta in essere a mezzo delle pronunzie suddette. È pur vero che talora, malgrado la buona volontà profusa, i giudici non possono che lasciare comunque imperfetta l’opera stessa, dal momento che senza l’intervento regolatore del legislatore essa non può in ogni caso prendere compiuta forma. È quanto, ad es., si è avuto, a mia opinione, in alcune delle vicende sopra richiamate, quale quella

---

<sup>34</sup> Sull’uso specie di recente fattone e le conseguenti implicazioni di ordine istituzionale, indicazioni possono aversi da M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *Germ. Law Journ.*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, [Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012](#), in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 383 ss.

<sup>35</sup> Indicazioni sui modi con cui la Corte fa uso di questi ed altri strumenti di decisione, di recente, in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

che ha portato all'astratto riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche o del diritto degli *ex* coniugi il cui matrimonio sia stato sciolto in conseguenza del mutamento di sesso di uno dei due: diritti tutti condannati a restare solo sulla carta, privi di effettivo ristoro senza la necessaria posizione delle regole per mano del legislatore idonee a darvi appunto appagamento<sup>36</sup>.

La seconda tendenza è quella che si è altrove etichettata tramite la formula della *giurisdizione per risultati*<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Questa conclusione è contraddetta da una sensibile dottrina, a cui opinione il diritto offeso da legge dichiarata costituzionalmente illegittima con additiva di principio potrebbe ricevere ugualmente piena tutela anche in assenza delle regole legislative la cui adozione è sollecitata dalla pronunzia della Corte. Convengo che, in astratto, questo è talvolta vero; dubito tuttavia che lo sia nei casi cui si riferisce questa dottrina, come a riguardo dello scioglimento del matrimonio del transessuale, dalla dottrina stessa considerato differito all'entrata in vigore della disciplina legislativa con cui è data la regolazione della peculiare condizione della coppia *de qua* [così, B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 15 giugno 2014, cui si allinea con precisazioni P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671; la contraria opinione, nel senso qui indicato, è invece con puntuali argomenti sostenuta da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss.; in un non dissimile ordine di idee anche V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 15 settembre 2014. Anche per A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015, senza l'intervento riparatore del legislatore i diritti della coppia non potrebbero esser tutelati, essendosi la Corte limitata ad accertare la violazione della Costituzione. Si sofferma sul sostanziale differimento degli effetti della pronunzia della Corte anche F. SAITTO, *L'incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 2706 ss., spec. 2714. Di contro, ad avviso di C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu), 27 giugno 2014, dalla decisione della Corte conseguirebbe “la legittimazione alla ragionevole estensione in via giudiziaria dei diritti dei conviventi riconosciuti dall'ordinamento alle coppie ‘non più eterosessuali’ che intendano conservare il loro legame, sino al debutto della disciplina legislativa volta a dettare le regole attuative del principio individuato dalla Corte”. Dell'idea che la pronunzia della Corte abbia creato “una sorta di *limbo* giuridico per i ricorrenti, quasi una ‘no law’s land’” si è, poi, dichiarato A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672, favorevole al riconoscimento di una “(ri)costruzione in via giudiziaria di una sorta di nucleo minimo di diritti di una coppia omosessuale”, senza peraltro che resti escluso l'eventuale ricorso alle Corti europee conseguente al mancato “seguito” dato dal legislatore al principio aggiunto dalla Corte al dettato legislativo. Un cenno, infine, merita la opinione di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2685 ss., che suggerisce al transessuale che voglia evitare lo sbocco altrimenti obbligato dello scioglimento del proprio matrimonio di limitarsi a far richiesta di autorizzazione all'intervento chirurgico senza passare alla seconda fase che porta alla rettificazione del sesso. La qual cosa, tuttavia, di tutta evidenza costringerebbe la persona a non vedersi legalmente riconosciuto il mutamento del sesso stesso, con grave pregiudizio della propria dignità].

<sup>37</sup> Tra gli altri scritti in cui se ne fa parola può, volendo, vedersi il mio *Lo Stato costituzionale e le sue “mutazioni genetiche”*, cit., spec. 848 ss.

Le esperienze alle quali si è qui fatto riferimento rendono, a parer mio, eloquente testimonianza di un modo di essere e divenire della giurisdizione alquanto distante da quello di un tempo, in cui i giudici, non “dialogando” o scarsamente “dialogando” tra di loro, ritenevano di poter e dover esercitare l’ufficio loro proprio in sovrana solitudine, offrendo ciascuno con le proprie forze la tutela che era in grado di dare, in ragione delle discipline legislative vigenti e delle condizioni complessive del contesto.

Oggi, però, come sappiamo, non è più così, non *può* più essere così.

Le Corti costituzionali e i giudici nazionali in genere sanno di doversi confrontare coi giudici europei e questi ultimi di doversi confrontare tanto *inter se* quanto coi giudici nazionali.

D’altro canto, le domande di tutela per i diritti e gli interessi in genere costituzionalmente protetti sono talmente pressanti, così come bisognosi di reciproco bilanciamento sono i beni della vita cui esse si riferiscono, da sollecitare naturalmente l’adozione di risposte da parte dei giudici nelle forme sopra succintamente descritte. Vengono così sempre più di frequente a formarsi delle vere e proprie *catene* di atti giurisdizionali funzionalmente connessi e volti alla produzione di effetti apprezzabili in modo adeguato unicamente appunto attraverso la osservazione dell’insieme degli atti stessi, piuttosto che di ciascuno di essi *uti singulus*.

La giurisdizione viene così a presentarsi quale una sorta di *work in progress*: un tratto, questo, che da una prospettiva di ancora più ampio respiro sembra connotare l’esercizio in genere delle pubbliche funzioni. Anche la legislazione, infatti, è sollecitata nel tempo presente, segnato da frequenti, diffusi ed aspri conflitti tra interessi costituzionalmente protetti, a dotarsi di una struttura per quanto possibile duttile, essenzialmente fatta da disposizioni di principio che quindi si rimettono, in ordine alla loro ottimale implementazione nell’esperienza, agli opportuni svolgimenti da parte dei giudici, destinatari di “deleghe” – come le si è soliti chiamare – di bilanciamento in concreto tra gli interessi stessi.

Il rapporto tra legislazione e giurisdizione presenta varietà di movenze, a seconda dei contesti e nel tempo, alla ricerca di forme di equilibrio interno parimenti varie, comunque incertamente definite.

Secondo modello, il *diritto vigente* dovrebbe precedere e determinare il *diritto vivente*. Non di rado, tuttavia, come si è venuti dicendo, si ha proprio l’inverso, il secondo spingendo per la formazione e l’incessante rinnovamento del primo. In ogni caso, la



duttilità strutturale degli atti è *condicio sine qua non* per la riuscita di operazioni di tutela comunque assai ardue ed impegnative.

Questa tendenza alla flessibilizzazione della tutela, alla sua conformazione – come si diceva – quale una sorta di *work in progress* cui concorrono operatori dislocati a livelli diversi e chiamati all’esercizio di funzioni parimenti diverse, mi sembra essere uno dei segni più marcati del tempo presente, che dunque – viene da pensare – troverà ulteriore conferma e consolidamento nel prossimo futuro<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Notazioni critiche a riguardo della formula della “giurisdizione per risultati” svolge ora A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta OnLine*, 2015 (26 gennaio), ult. §, in nt. 62. Non mi sta a cuore difendere la scelta linguistica fatta, che può considerarsi più o meno felice; mi preme però precisare che essa non vuole essere caricata di valenze che non ha voluto e non vuole avere, assumendo una connotazione “economicistica” ovvero dando ad intendere di poter esprimere un significato “progettuale”, qual è quello che è proprio dell’attività di definizione dei fini della direzione politica da parte degli organi a ciò istituzionalmente preposti. Vuol piuttosto rappresentare – questo sì – lo sforzo incessante congiuntamente prodotto dalle Corti e reso palese dal “dialogo” che tra di esse in modo parimenti incessante s’intrattiene, specie laddove dovesse portare i frutti che da esso si attendono, volto a dare l’ottimale appagamento ai diritti (e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti), alle condizioni oggettive di contesto e pur nelle crescenti difficoltà che in esso si presentano, anche per effetto di quelle acclamate, complessive carenze denunciate dal legislatore, sulle quali opportunamente anche M. insiste nella sua approfondita analisi. È proprio grazie al “dialogo” intergiurisprudenziale infatti che non di rado le Corti hanno modo di mettere a punto e, del caso, correggere i propri orientamenti, nell’intento di innalzare fin dove possibile il livello di appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, senza che dunque ciò debba di necessità tradursi, secondo l’appunto critico di M., in una “*denegata (o insufficiente) giustizia*”.

D’altro canto, che i singoli verdetti e gli indirizzi che gli stessi compongono siano “perfettibili” non mi pare che vada visto come un tratto negativo né della giurisdizione né di qualsivoglia altra funzione (a partire, ovviamente, da quella legislativa), non meritando – a me pare – di essere disprezzata l’aspirazione ad un accresciuto appagamento dei bisogni dell’uomo, specie di quelli più diffusamente ed intensamente avvertiti. Che poi siffatto appagamento possa in concreto... *appagare* solo fino ad un certo punto non è certo colpa dei giudici che fanno unicamente ciò che possono fare, nei limiti delle competenze di cui dispongono e del loro ruolo che – come qui pure, e già altrove, mi sono sforzato di mostrare – è (e *deve*) ad ogni buon conto restare diverso da quello degli organi d’indirizzo.

Sta di fatto (e gli esempi addotti, specie in relazione a questioni emergenti in ambito bioetico, ne danno eloquente testimonianza) che è difficile negare, per un verso, l’influenza che l’una Corte esercita sulle altre, testimoniata *per tabulas* dai fitti richiami che vicendevolmente si fanno, e, per un altro verso, la circostanza per cui, grazie al carattere duttile della struttura di molte pronunzie delle Corti materialmente costituzionali, che si limitano a fissare principi bisognosi di ulteriore svolgimento tanto da parte del legislatore che dei giudici, vengono naturalmente a comporsi quelle “catene” di atti giurisdizionali, di cui è parola nel testo. “Catene” che incessantemente si rinnovano negli elementi di cui si compongono, conformandosi ed adeguandosi alla varietà dei casi che ne giustificano l’adozione, e grazie alle quali si rende possibile la impegnativa e non di rado sofferta ricerca di quell’innalzamento del livello di tutela dei diritti, di cui si è venuti dicendo. Negare l’esistenza delle “catene” suddette, di cui – come si è veduto – si hanno crescenti riprove, temo che possa, a conti fatti, equivalere a non mettere a fuoco, come si deve, proprio l’essenza del “dialogo” intergiurisprudenziale ovvero darne una travisata o sottostimata rappresentazione.



6. *L'attitudine della Costituzione a porsi in misura crescente, in struttura e funzione, quale una "intercostituzione" e delle Carte a competere l'una con le altre all'insegna del principio della massimizzazione della tutela dei diritti*

È nel modello sopra sinteticamente rappresentato che si specchia, nel modo maggiormente espressivo e genuino, il modo di essere della Costituzione del tempo presente e – credo di poter dire – dell'immediato futuro: una Costituzione che – come vado dicendo da tempo – ai miei occhi appare sempre di più essere una "intercostituzione"; ed "intercostituzionali", in senso materiale, sono altresì le Carte dei diritti che con la Costituzione condividono la funzione tipica e qualificante di dare il riconoscimento primo dei diritti inviolabili dell'uomo, tutte abbisognando di alimentarsi e sorreggersi a vicenda, rigenerandosi e – come si diceva – integrandosi l'un l'altra nei fatti interpretativi.

In un contesto siffatto, immaginare soluzioni o esiti degli ormai quotidiani confronti tra tutte tali Carte all'insegna della loro ordinazione gerarchica – il che, poi, in buona sostanza, equivarrebbe alla gerarchizzazione delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti – sembra essere uno scenario fuori della realtà. O, meglio, l'aspirazione o, diciamo pure, la tentazione alla propria tirannica affermazione le Carte (*rectius*, le Corti) ce l'hanno pur sempre e, di tanto in tanto, non riescono a mascherarla o a frenarla, secondo quanto si dirà meglio a momenti, in sede di notazioni conclusive. Ma non è su questo terreno che può costruirsi e reggersi il modello qui vagheggiato di una sistemazione "federale" dei diritti. Di contro, l'ordine europeo in via di progressiva maturazione ed affermazione richiede di essere costruito ed incessantemente ricostruito e rinnovato, all'insegna del principio dell'astratta parità delle Carte (e delle Corti).

Il perno attorno al quale possono in modo efficace ruotare i rapporti in parola è quello cui si è sopra accennato trattando della tutela più intensa quale "metacriterio" delle relazioni interordinamentali, l'autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* – come si è detto – che sta a base del "sistema di sistemi" in via di progressiva affermazione.

Se quella della massimizzazione della garanzia dei diritti è la meta, il mezzo per raggiungerla – come pure si è veduto – è dato dal "dialogo", di cui si ha un disperato, vitale e crescente bisogno. Perché è solo comunicando a vicenda che gli operatori possono spiegare le rispettive ragioni e – fin dove possibile – tentare di conseguire soluzioni concilianti e complessivamente appaganti: nella consapevolezza, tuttavia, che la partita

non ha mai fine e che può subito ricominciare da capo con esiti i più varî, astrattamente imprevedibili.

In un sistema a tutela “federale” dei diritti non è possibile stabilire in partenza se “pesa” di più, al fine dell’appagamento dei diritti stessi, il principio somministrato dal livello più alto ovvero la regola o l’ulteriore principio (nel caso del giudice costituzionale) fissati al livello più basso. Quel che, in conclusione, è certo – a me pare – è che gli uni operatori hanno comunque bisogno degli altri, nessuno di essi potendosi sottrarre alle responsabilità, morali prima ancora che giuridiche, di fare la propria parte, e di farla fino in fondo, al servizio dei diritti.

*7. La duplice risposta, di merito e di metodo, al quesito che dà il titolo a questa riflessione ed una succinta notazione conclusiva, in relazione al parere sull’adesione emesso dalla Corte di giustizia ed agli effetti conseguenti all’entrata in vigore del prot. 16, annesso alla CEDU*

Si dispone ora degli elementi necessari al fine di tentare di dare una risposta al quesito che dà il titolo a questa riflessione, ferma la preliminare avvertenza posta all’inizio della stessa circa il carattere fortemente condizionato dell’analisi svolta e dei suoi conseguenti esiti ricostruttivi.

La risposta, in realtà, è duplice, a seconda che prenda forma al piano del merito ovvero a quello del metodo.

All’uno, parrebbe essere confermata la conclusione cui molti pervengono circa il diverso destino cui sono soggetti i diritti di natura economico-sociali e quelli etico-sociale, ovverosia quelli che costano di più e gli altri che costano di meno (o danno l’apparenza di non costare<sup>39</sup>). Si è tuttavia avuto modo di riscontrare che le Corti (e, segnatamente, quelle europee) non restano insensibili nei riguardi delle aspettative di tutela avanzate dai diritti relativi al primo ambito, esercitando quindi una pressione, ora più ed ora meno marcata e visibile, sulle autorità nazionali perché si adoperino al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, al fine di assicurare la tutela stessa.

---

<sup>39</sup> Si pensi, ad es., al caso di cui a [Corte cost. n. 245 del 2011](#), con cui si è riconosciuto il diritto dell’immigrato clandestino ad accedere alle nozze con un cittadino. In quanto tale, il diritto parrebbe non costare nulla; solo che, per effetto del matrimonio, lo straniero irregolare può in tempi brevi acquistare la cittadinanza, con conseguente godimento di diritti in ambito economico-sociale di cui lo stesso straniero regolare non dispone.

Quanto ai diritti che insistono nel secondo ambito, la convergenza tra gli orientamenti dei giudici europei e quelli dei giudici nazionali (e, segnatamente, del giudice delle leggi) appare vistosa in relazione a taluni diritti, mentre per altri le divergenze rimangono di non secondario rilievo, per questo verso dunque riscontrandosi la maggiore attitudine delle “tradizioni” nazionali a resistere ai tentativi tendenti alla loro trasformazione e, in qualche caso, al loro superamento.

Per l’uno e per l’altro ambito (ma soprattutto, appunto, per il primo) – e vengo così a dire rapidamente del secondo piano – è apprezzabile lo sforzo prodotto dalle Corti per “dialogare” tra di loro; il che, ovviamente, non significa né che sempre s’intendano né che, pur intendendosi, condividano premesse e svolgimenti dei loro discorsi.

La tentazione di ciascuna Corte per la propria affermazione (e, perciò, in buona sostanza, l’affermazione della Carta di cui è garante) – come si accennava poc’anzi – è non di rado molto forte, sempre dietro l’angolo, vistosa, e con essa perciò la tendenza a chiudersi sterilmente ed insensatamente in se stessa, a difesa di un “nazionalismo” ingenuo ed infecondo, comunque impossibile, perché travolto dalla storia, oltre che rigettato dalle stesse Carte, per la loro più corretta ed avanzata lettura, al passo col tempo presente (e, più ancora, con quello futuro) e le sue più pressanti esigenze di tutela dei diritti.

Ancora da ultimo, se n’è avuta una riprova particolarmente espressiva (in senso negativo, s’intende) nella pronunzia della Corte di giustizia del dicembre scorso relativa all’adesione dell’Unione europea alla CEDU, cui si è fatto cenno all’inizio di questa riflessione, laddove la Corte – al di là del carattere più o meno pertinente degli argomenti addotti – non riesce, se non maldestramente, a mascherare il reale intento che la anima e che è appunto di tener fermo il principio incondizionato del primato del diritto dell’Unione stessa, riservando a se stessa l’esclusivo ed insindacabile potere di darne la corretta interpretazione ed assicurarne comunque il rispetto, allo stesso tempo fugando il rischio di veder i propri verdetti assoggettati all’eventuale “appello” alla Corte di Strasburgo. Reclamando a viva voce la salvaguardia dell’“autonomia” del diritto dell’Unione, il giudice lussemburghese persegue l’obiettivo (e, comunque, spinge vigorosamente all’esito) della sterile chiusura dell’ordinamento eurounitario in se stesso, allontanando e rendendo reciprocamente impermeabili – è questo ciò che maggiormente importa ai nostri fini la Carta di Nizza-Strasburgo e la CEDU, con conseguenze peraltro imprevedibili e – temo – assai negative altresì al piano dei rapporti con le Costituzioni nazionali.

In questo scenario, è da mettere in conto una reazione ugualmente vigorosa, aspra, della Corte di Strasburgo a fronte delle condizioni – come si diceva – praticamente impossibili risultanti dal parere sull’adesione emesso dalla Corte di giustizia, per quanto sia augurabile che essa non si abbia (o, quanto meno, che risulti contenuta), agevolando così la ripresa di un dialogo tra le Corti europee che possa in un non lontano futuro sollecitare il giudice dell’Unione (se non a tornare sui propri passi) a sfumare i toni perentori utilizzati nel parere sull’adesione. Allo stesso tempo, è da mettere in conto un rafforzamento del canale diretto che collega i giudici nazionali alla Corte di Strasburgo, reso peraltro ancora più saldo dall’entrata in vigore, ormai – si spera – vicina, del protocollo 16<sup>40</sup>: un canale – mi viene da pensare – che verosimilmente sempre più di frequente e con profitto sarà percorso dalla Cassazione, viepiù portata all’esercizio di quel ruolo di “nomofilachia europea” di cui, ancora di recente, ha reso testimonianza di voler essere sensibile interprete, al servizio dei diritti fondamentali e degli altri bisogni che in misura crescente le sono rappresentati<sup>41</sup>. Forse, è proprio il temuto consolidamento

---

<sup>40</sup> Sui prevedibili sviluppi conseguenti all’entrata in vigore del protocollo in parola, tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, v. R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, cit., spec. il § 11; M. BARNABÒ, [La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell’uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell’uomo](#), in [www.federalismi.it](#), Focus Human Rights, 4/2013; P. GRAGL, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model. For ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *Eur. Law Rev.*, 38/2013; G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europea di tutela dei diritti umani?*, in *Com. internaz.*, 4/2013, 773 ss.; K. DZEHTSIAROU - N. O’MEARA, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights : a magic bullet for dialogue and docket-control ?*, in *Legal Studies*, 3/2014, 444. Inoltre, i contributi all’incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, svoltosi presso l’Università di Milano-Bicocca il 10 marzo 2014, i cui Atti sono in corso di stampa (alcuni scritti, peraltro, sono già consultabili: tra questi, O. POLLICINO, [La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 2 aprile 2014; R. CONTI, [La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 (16 maggio), e G. SORRENTI, [Un’altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L’introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 8 luglio 2014); L. SEMINARA, [Le Protocole 16 a la Cedh: la Cour européenne des droits de l’homme va chez le guérisseur](#), in [www.rivistaoidu.net](#), 5/2014, 1030 ss.; N. POSENATO, *Il protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2014, 1421 ss.; I. RIVERA, [L’Europa dei giudici e dei diritti. Questioni di metodo dialogico](#), in [www.federalismi.it](#), 19/2014. Infine, volendo, anche il mio [Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali \(con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla CEDU e all’entrata in vigore del prot. 16\)](#), in [www.rivistaaic.it](#), 1/2014.

<sup>41</sup> La formula della “nomofilachia europea” è, ancora da ultimo, presente nella *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2014*, illustrata dal Primo Presidente della Corte di

dell'asse che unisce i giudici nazionali alla Corte di Strasburgo ad aver concorso all'orientamento nel senso detto dell'opinione del giudice dell'Unione (espresso infatti, seppur corredato da non pertinenti rilievi, il riferimento al protocollo suddetto ed alle possibili – e, a dire della Corte di giustizia, negative – ricadute sul rinvio pregiudiziale).

D'altro canto – adesione sì o no –, alla luce di quanto stabilisce il protocollo in parola, nulla vieta ai giudici nazionali di ultima istanza (tra i quali – non si dimentichi – gli stessi tribunali costituzionali) di rivolgersi contemporaneamente ad entrambe le Corti europee (all'una in sede di rinvio pregiudiziale ed all'altra in sede consultiva)<sup>42</sup>; ed è chiaro che non poco rilievo è da assegnare all'ordine con cui le Corti si pronunzieranno, il verdetto che precede potendo variamente influenzare quello che segue. Facendosi invece luogo all'adesione dell'Unione alla CEDU (sempre che, dopo l'*alt* venuto dal giudice di Lussemburgo, riesca prima o poi ad aversi...), nel relativo accordo potrebbe stabilirsi – come si diceva – la necessaria precedenza della pregiudizialità eurounitaria rispetto alla “pregiudizialità” convenzionale (se così vogliamo chiamare quella di cui al protocollo suddetto). La qual cosa è bensì vero che non avrebbe impedito né un domani verosimilmente impedirà alla pronunzia della Corte EDU di discostarsi da quella della Corte dell'Unione ma è pur vero che avrebbe offerto (o in seguito offrirebbe) a quest'ultima l'opportunità di far pesare il proprio punto di vista.

Per queste (ed altre ragioni<sup>43</sup>), col parere suddetto la Corte dell'Unione ha fatto luogo ad una mossa avventata, un autentico *boomerang*, sol che si pensi che non è isolandosi o fuoruscendo dal circuito in seno al quale prende forma e si svolge il dialogo intergiurisprudenziale che ci si rafforza ma, tutt'all'inverso, ci si indebolisce e, a conti fatti, insterilisce, a beneficio invece degli operatori che, proprio grazie al mutuo ed incessante dialogo, si rilegittimano senza sosta a vicenda.

Non è dunque su queste basi – come si sarà ormai capito – che si può fondare e far crescere un ordine autenticamente “intercostituzionale”, nel senso sopra indicato, il quale presuppone la pari condizione di tutte le Carte (e le Corti), sollecitate a dar vita ad un

---

Cassazione G. SANTACROCE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, Roma 23 gennaio 2015, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>42</sup> ... sempre che, beninteso, si versi su materia rientrante nella sfera di competenze dell'Unione (ma, come si sa, quest'ultima appare essere non poco estesa).

<sup>43</sup> Basti solo pensare alle opportunità parimenti concesse alla Corte di giustizia dall'accordo di adesione sottoposto al suo parere, segnatamente dalla previsione secondo cui la Corte stessa potrebbe essere chiamata quale convenuto aggiunto a partecipare ai giudizi davanti alla Corte EDU, sì da esser messa in grado di far valere il proprio punto di vista, orientando dunque il verdetto del giudice di Strasburgo.

“gioco” che ogni volta si rinnova, aprendosi ad esiti astrattamente indefinibili, in vista del conseguimento della massima tutela possibile, alle condizioni complessive di contesto. Non è, insomma e per concludere, su basi siffatte che può prendere forma un vero “dialogo”, al posto di plurimi e reciprocamente incomprensibili monologhi, il quale presuppone che i parlanti si liberino di ogni sorta di preorientamento teorico-ideologico e si rendano quindi disponibili a giocare la partita alla pari, avendo per unico obiettivo quello dell’innalzamento – fin dove possibile – del livello della tutela. La qual cosa – come si è tentato di mostrare – può aversi solo se ciascuna Corte, non importa se europea o nazionale, prenderà finalmente consapevolezza del fatto che non necessariamente la miglior tutela è quella apprestata dall’ordinamento di appartenenza e che può darsi invece che essa si abbia attingendo ai materiali offerti da altra o altre Carte, tutte assieme alimentandosi reciprocamente nei fatti interpretativi, secondo la illuminata intuizione della pronunzia del 1999 della nostra Corte, dietro rammentata.

Solo così, infatti, le tradizioni nazionali e quelle europee possono darsi mutuo sostegno e tenersi vive, riproducendosi anche a beneficio delle generazioni che verranno e che da esse, dalla loro mutua “cooperazione” e, laddove possibile, integrazione, si attendono, senza alcuna preconcepita esclusione o riduzione di senso, appagamento per diritti che vanno sempre di più crescendo per numero, originalità dei modi di manifestazione, intensità della tutela reclamata.

Confido che nel prossimo futuro, per il solo fatto dell’infittirsi del dialogo tra le Corti, ove dovesse prendere forma nella sua genuina e propria accezione, i diritti potranno averne un guadagno e, sia pure con la necessaria gradualità, ricevere un complessivo appagamento.

Lara Trucco

**Materia elettorale: la Corte costituzionale tiene ancora la regia, anche se cambia la trama del film (riflessioni a margine della [sent. n. 275 del 2014](#))\***

SOMMARIO: **1. Premessa.** – **2. A proposito dell’“eguaglianza del voto”.** – **3. E del premio di maggioranza.** – **4. In cauda venenum?**

1. *Premessa.* – Se la [sent. n. 1 del gennaio 2014](#) della Corte costituzionale è stata una pronuncia straordinariamente innovativa in materia elettorale, come dimostra l’ampio dibattito apertosi in dottrina e nell’ambito delle stesse istituzioni all’indomani della sua pubblicazione<sup>1</sup>, a riportare, come appresso si vedrà, per certi versi, indietro le lancette dell’orologio, pur senza perdere di vista il presente e fors’anche guardando al futuro, ci ha pensato, nel dicembre 2014, [la sent. n. 275](#), passata, invece, alquanto inosservata.

A dare impulso alla [pronuncia in commento](#) è stata l’ordinanza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento<sup>2</sup> (del 14 febbraio 2014), resa nell’ambito di un contenzioso avviato da due elettori candidatisi nelle elezioni di un comune della Regione, i quali, ritenendo di essere stati ingiustamente penalizzati dalle regole elettorali applicate (nelle elezioni svoltesi nella primavera 2013), avevano impugnato l’atto di proclamazione degli eletti al consiglio comunale. Le doglianze si erano, dunque, appuntate sia sull’eccessiva distorsività del risultato originato dal premio di maggioranza previsto dalle norme per l’elezione del sindaco e del consiglio comunale nei comuni più popolosi della provincia di Trento, sia, conseguentemente, sul fatto di essersi visti privati delle *chances* che, invece, in assenza di seggi-premio – ovvero in applicazione della sola formula proporzionale D’Hondt prevista dalla stessa normativa trentina<sup>3</sup> – avrebbero avuto, di essere eletti. In una tale ipotesi, infatti, come rileva dallo schema che si propone, la coalizione di liste a sostegno del candidato eletto sindaco, col 27,03% dei voti, avrebbe

---

\* Commento destinato anche alla *Rassegna Parlamentare* (1/2015).

<sup>1</sup> Per una completa ricognizione della dottrina sulla [sent. n. 1 del 13 gennaio 2014](#) si rinvia, da ultimo, ad A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli, 2014, 23 e ss. (spec. la nota 26); cfr., inoltre, *ex multis*, M D’AMICO, S. CATALANO, *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014; G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014; nonché, in questa [Rivista](#), 2014, alla pagina <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0001s-14.html>.

<sup>2</sup> Più precisamente, la questione di legittimità costituzionale era stata promossa dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, con [ord. n. 98 del 14 febbraio 2014](#), in *G.U.* n. 26, 1a serie spec.

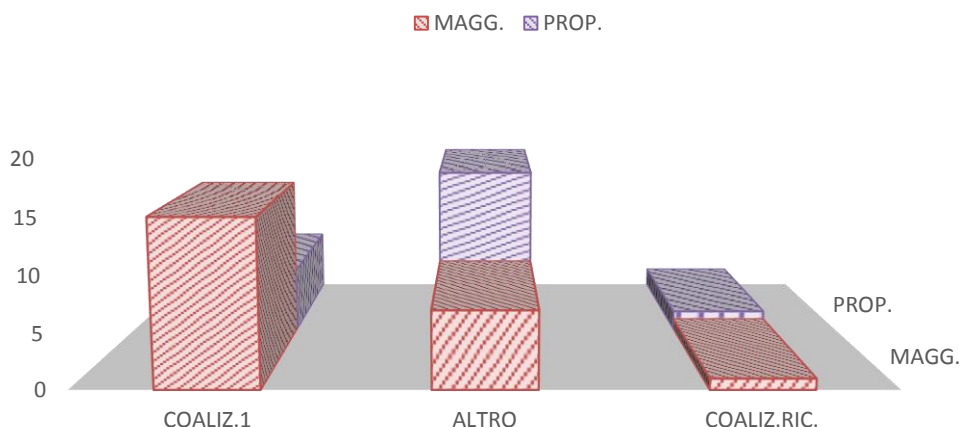
<sup>3</sup> V. l’art. 87, comma 1, lett. g), del T.U. delle leggi regionali sulla composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali del 2005, approvato con D.P.Reg. 1° febbraio 2005 n. 1/L (per maggiori dettagli, si rinvia, *infra*, alla nota 5 e in appendice).



ottenuto sei seggi invece di quattordici (oltre a quello spettante di diritto al sindaco); mentre le restanti liste, col 72,97% dei voti, ne avrebbero avuti ben sedici, al posto di sette, ed in quest'ambito la coalizione di liste dei due ricorrenti, col 18,42% dei voti, avrebbe ottenuto tre seggi in più rispetto all'unico conquistato<sup>4</sup>.

FORMAZIONE POLITICA	VOTI OTTENUTI (n.)	VOTI OTTENUTI (%)	SEGGI OTTENUTI (con sist. magg.)	SEGGI OTTENIBILI (con sist. proporz.)	DIFFERENZA (n. seggi)
<b>Coalizione vincente</b>	2812	27,03%	15	6	+9
<b>Altre liste</b>	7593	72,97%	7	16	-9
<b>TOTALE</b>	10405	100%	22		
<b>Coalizione dei ricorrenti</b>	1917	18,42%	1	4	-3

## DISPROPORZIONALITÀ DELL'ELEZIONE



Sull'onda, peraltro, della menzionata [decisione n. 1 del 2014](#) (all'epoca assai recente), la strategia argomentativa del tribunale amministrativo trentino è stata quella di richiamarne a sostegno dei propri dubbi di legittimità ampi passaggi, particolarmente quello riguardante il «contrasto con il principio di eguaglianza dei cittadini e del voto, nonché con quello di rappresentanza democratica» determinato dal meccanismo premiale previsto dalla normativa elettorale trentina applicata (all'art. 87, comma 1, lettera *h*)),

<sup>4</sup> Per il reperimento dei dati elettorali si è fatto riferimento al sito ufficiale TAA ([http://www.regione.trentino-a-adige.it/elettorale/risultati/trento/reg\\_98\\_voti\\_lista\\_tn\\_x\\_comune.pdf](http://www.regione.trentino-a-adige.it/elettorale/risultati/trento/reg_98_voti_lista_tn_x_comune.pdf))

contenuta nel T.U. delle leggi regionali sulla composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali<sup>5</sup>.

Così, nell'ordinanza si sostiene che il peso dei voti espressi per le liste perdenti sarebbe risultato «*assai inferiore*»<sup>6</sup> rispetto a quello espresso dalla lista o coalizione vincente, al punto da recare pregiudizio al principio di uguaglianza del suffragio e all'art. 48, 2° comma, della Costituzione; mentre la mancata subordinazione, da parte del legislatore, dell'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti, con la conseguenza di trasformare una maggioranza relativa di voti, «*anche modesta*» (come avvenuto nel caso di specie), in una maggioranza assoluta di seggi sarebbe stata pregiudizievole per il valore della rappresentanza democratica consacrata dallo stesso art. 3, congiuntamente agli artt. 1, 2° comma, e 67 della Costituzione, per di più, senza offrire garanzie in ordine alla “governabilità” dell'ente (data la possibilità, anche a livello “locale”, per le maggioranze venutesi in tal modo a creare, di disgregarsi, una volta ottenuti i suddetti seggi-premio)<sup>7</sup>.

**2. A proposito dell'“*eguaglianza del voto*”.** – Prima di procedere all'esame delle considerazioni rese dalla Corte in risposta alle questioni appena riferite, mette conto di osservare come la [sent. n. 1 del 2014](#) sia stata la prima – e per il momento la sola – occasione in cui la Consulta si sia dimostrata disponibile, in modo esplicito e diretto, a dare rilievo al “profilo sostanziale”<sup>8</sup> del principio di eguaglianza del voto individuale messo in evidenza dal TAR rimettente nella propria ordinanza, dato che, specie a partire dai primi anni Sessanta, prendendosi atto di come la Costituzione “nulla disponga al

---

<sup>5</sup> Il già menzionato D.P.Reg. 1° febbraio 2005, n. 1/L, disciplina, tra l'altro, il sistema di elezione del sindaco e del consiglio comunale nei comuni con popolazione superiore a tre mila abitanti della provincia di Trento, stabilendo, per l'appunto, all'art. 87, comma 1, lettera *h*), che, una volta verificato infruttuosamente che, “detratto il seggio assegnato al candidato eletto sindaco, la lista o il gruppo di liste ad esso collegate abbiano conseguito almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio”, alla lista o al gruppo di liste collegate al candidato eletto sindaco debba comunque essere assegnato “oltre al seggio del sindaco, il 60 per cento dei seggi, con eventuale arrotondamento all'unità superiore”, mentre i “restanti seggi sono assegnati alle altre liste o gruppi di liste collegate” in applicazione del metodo proporzionale D'Hondt (cfr., inoltre, da ultimo, in materia, le circolari n. 5/EL/2014-L.r. 9 dicembre 2014 n. 11; n. 3/EL/2013/BZ- L.r. 2 maggio 2013 n. 3 e d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39; e n. 2/EL/2013-L.r. 5 febbraio 2013 n. 1).

<sup>6</sup> Tutti i corsivi, anche quelli che seguono, sono nostri.

<sup>7</sup> Su tale profilo, v. P.A. CAPOTOSTI, *Riforme costituzionali, riforme elettorali e governabilità. La riforma elettorale*, Bagno a Ripoli, 2007, 172 e M. VOLPI, nelle *Considerazioni conclusive* al volume curato dallo stesso M. Volpi e da M. Oliviero, *Sistemi elettorali e democrazie*, Torino, 2007, 414; e, volendo, più di recente, L. TRUCCO, *Premio di maggioranza e premi di maggioranza: l'«incaglio» regionale*, in *Le Regioni*, 2013, 89.

<sup>8</sup> Per l'approfondimento del punto, volendo, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, in *Premessa* e, quindi, 14 e ss., e in *Contributo allo studio del diritto elettorale (I) Fondamenti teorici e profili normativi*. Torino, 2013, *passim*.

riguardo”<sup>9</sup>, la Corte aveva mostrato una netta chiusura nei confronti di un simile approccio, delimitando il suo sindacato alla salvaguardia del “valore formale” del suffragio (e lasciando, così, alla discrezionalità del legislatore, il più ampio margine di intervento nella definizione dei meccanismi elettorali)<sup>10</sup>. Da questo punto di vista, dunque, la scelta del gennaio 2014 di innovare tale giurisprudenza, giungendosi – pur con le cautele derivanti dalle «peculiarità» del caso e comunque non smentendosi la «politicalità della scelta legislativa» concernente la definizione dei sistemi elettorali – a dichiarare l’illegittimità del sistema di elezione nella parte in cui non consentiva «all’elettore di esprimere una preferenza per i candidati, al fine di determinarne l’elezione» (per l’appunto, attraverso la valorizzazione del profilo sostanziale del voto), appare ancor più determinata dalla vera e propria “emergenza democratica” che si era venuta a creare. Come rilevato, del resto, dallo stesso giudice costituzionale, la previsione (da parte della legge n. 270 del 2005) di liste di candidati blindate molto lunghe (cd. “liste lenzuola”), congiuntamente alla «possibilità di candidature multiple», aveva finito per escludere «ogni facoltà dell’elettore di incidere sull’elezione», privandolo, «di ogni margine di scelta dei propri rappresentanti».

Risulta, per vero, difficile rinvenire analoghe criticità con riguardo al sistema di voto previsto per l’elezione dei consigli comunali trentini contestato dal TAR. Un tale sistema, infatti, oltre ad essere più lineare (in quanto svincolato dal congegno delle candidature multiple) prevede addirittura una duplice preferenza di voto, dal momento che ciascun elettore ha modo “di esprimere due voti di preferenza per candidati alla carica di consigliere comunale della lista prescelta, scrivendone il cognome e se necessario il nome ed il cognome nelle apposite righe accanto al contrassegno della lista prescelta” (v. l’art. 70, comma 2, d.P.R. n. 1/L/2005).

Il fatto che, invece, le differenze tra i due sistemi di votazione – e, conseguentemente, le specificità del sistema di voto trentino – non siano emerse (se non per il particolare

---

<sup>9</sup> V., ad es., in tal senso, Corte cost., [sent. 11 luglio 1961, n. 43](#); e, a distanza di tempo, la [sent. 12 settembre 1995, n. 429](#).

<sup>10</sup> In questo quadro, la giurisprudenza costituzionale si è incentrata (pressoché esclusivamente) sulla tutela del «carattere universale» del voto (e, più in generale, del “principio di massima estensione del riconoscimento del suffragio”), in quanto in grado di dare «concreto contenuto alla sovranità popolare (cfr., rispettivamente, Corte cost., [sent. 10 luglio 1968, n. 96](#) e [sent. n. 39 del 12 aprile 1973](#)), censurando – salvo, peraltro, qualche eccezione (v. ad es. Corte cost., [sent. n. 96 del 1968](#), cit.) – forme di “voto plurimo” e di “voto multiplo” diseguali, nella considerazione di come tali tipi di suffragio attribuiscono soltanto a taluni elettori “un voto con un valore anche numerale superiore all’unità”, in violazione del principio di eguaglianza formale (v., *infra*, la nota 11). Per i riflessi che una tale presa di posizione della Corte ha avuto, indirettamente, sul contenzioso elettorale a livello locale v., in partic., E. LEHNER, *Le garanzie dei diritti elettorali*, Roma, 2012, *passim*.

profilo dato dalla mancata previsione del voto disgiunto, su cui si tornerà più avanti) ha tenuto fuori il giudice costituzionale dalla problematica della compatibilità generale del sistema stesso con le norme costituzionali, indirizzandone, piuttosto, il sindacato esclusivamente sull'impatto del meccanismo premiale sul principio di eguaglianza sostanziale del voto.

Ma proprio in quest'ultima prospettiva, è giocoforza osservare come la Corte si sia indotta a riprendere un'attitudine che, dopo la [sent. n. 1 del 2014](#), poteva presumersi emarginata, col non riscontrare nella specie alcuna violazione del «principio di uguaglianza del voto», in quanto «secondo *la costante* giurisprudenza di questa Corte» un tale principio «esige che l'esercizio del diritto di elettorato attivo avvenga in condizioni di parità», ma non si estende anche al «risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettorato»<sup>11</sup>. Anzi, al di là di quanto si avrà modo di osservare nel prosieguo con più generale riguardo al versante della formula elettorale (v., *infra*, al § 4), la Consulta non si è limitata a dare un segnale di ritorno alla “normalità”, dopo la “scossa” [della sent. n. 1 del 2104](#), ma ha ampliato la portata di un tale filone giurisprudenziale, estendendone gli esiti pure al premio di maggioranza, finendo, così, corrispondentemente, per negare a se stessa la possibilità di espletare, in un tale ambito, un qualche sindacato di costituzionalità diverso dal (più generale) «controllo di ragionevolezza»<sup>12</sup>.

**3. E del premio di maggioranza.** – L'anzidetto mancato confronto tra i sistemi di voto nazionale e locale risulta ancor più marcato per il fatto che, al contrario, tutte le ulteriori argomentazioni svolte sulla mancata previsione di soglie minime di voti per l'attivazione del premio si sono basate proprio sulla comparazione tra le varie tipologie premiali previste nel nostro ordinamento nell'ambito di diversi livelli di governo (spec. nazionale e locale). A tale proposito, da ciò è emersa la non condivisione da parte del giudice costituzionale del «presupposto da cui muove[va] il giudice *a quo*», fondato sull'idea che la normativa elettorale regionale fosse «sovrapponibile a quella statale che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima» dalla [sent. n. 1 del 2014](#), «stante la *netta*

---

<sup>11</sup> Cfr., in particolare, Corte cost. [sent. n. 43 del 1961](#), cit.; [sent. n. 6 del 12 febbraio 1963](#); [sent. n. 60 del 10 maggio 1963](#); [sent. n. 168 del 23 dicembre 1963](#); [sent. n. 96 del 1968](#), cit.; [sent. n. 39 del 1973](#), cit.; [sent. n. 203 del 10 luglio 1975](#); [sent. n. 429 del 1995](#), cit.; [sent. n. 107 del 1996](#) cit.; [sent. n. 94 del 7 aprile 2000](#); nonché, più di recente, le sentt., [n. 15](#) e [n. 16](#) del 30 gennaio 2008.

<sup>12</sup> Per vero, l'espletabilità del “controllo di ragionevolezza” è stato confermato pure dalla [sent. n. 1 del 2014](#), anche se, nella [decisione in commento](#), la Corte, forse proprio nella prospettiva di quel “ritorno alla tradizione” di cui si ragiona nel testo, ha preferito richiamare solo la lontana [sent. n. 107 del 1996](#), cit.

*diversità* delle due discipline»<sup>13</sup>. Là dove, la stessa Corte ha riscontrato invece ampie analogie della normativa elettorale trentina col modello della disciplina elettorale dei comuni più popolosi del “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali” (TUEL)<sup>14</sup>, tanto da ritenere che talune «conclusioni» rese dal [Consiglio di Stato](#) nei confronti di quest’ultima normativa potessero «essere replicate con riguardo alla norma regionale censurata». Per la precisione, essa si è ampiamente rifatta al giudizio di “manifesta infondatezza”, espresso dai giudici di Palazzo Spada, della questione di legittimità costituzionale della norma del TUEL<sup>15</sup> che, nell’ambito del sistema di elezione dei consigli dei comuni più popolosi, prescrive il ricorso al meccanismo premiale, col considerare come i premi di maggioranza per le elezioni politiche riguardino «sistemi elettorali fondati su turno unico e dunque caratterizzati da schemi assolutamente non raffrontabili con sistemi elettorali a doppio turno» quale quello contemplato, come si diceva, dal TUEL<sup>16</sup>. Sempre l’idea dell’accomunabilità dello schema elettorale del TUEL col sistema elettorale trentino ha consentito di estendere a quest’ultimo l’idea, già affermata dallo stesso giudice costituzionale nei riguardi delle elezioni di tipo amministrativo (v. [la sent. n. 107 del 1996](#)), della non comparabilità, ai fini dell’attribuzione del premio, delle votazioni al primo e al secondo turno, dato che «Nel dare il proprio voto al sindaco, la manifestazione di volontà dell’elettore è espressamente legata alle liste che lo sostengono e ciò giustifica l’effetto di trascinamento che il voto al sindaco determina sulle liste a lui collegate con l’attribuzione del premio»<sup>17</sup>. Conclusivamente, sulla base delle riferite analogie del «meccanismo premiale previsto dal legislatore regionale» trentino con «quello contemplato dalla già ricordata disposizione statale» si è avuta la «conferma», da parte della Corte che «neppure» per il

---

<sup>13</sup> In quanto, come rileva la Corte, ci si riferisce, in un caso, all’«elezione delle assemblee legislative nazionali, espressive al livello più elevato della sovranità popolare in una forma di governo parlamentare» ed, invece, nell’altro, ad «organi politico-amministrativi dei Comuni, e cioè il sindaco e il consiglio comunale, titolari di una limitata potestà di normazione secondaria e dotati ciascuno di una propria legittimazione elettorale diretta».

<sup>14</sup> In argomento, volendo, cfr. L. TRUCCO, *Questioni controverse concernenti il computo dei suffragi nelle elezioni comunali*, in *Rass. Parl.*, 2013, 349 e ss.

<sup>15</sup> Il riferimento va, segnatamente, all’art. 73, comma 10, secondo periodo, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 del TUEL.

<sup>16</sup> V. [Cons. Stato, sez.V, sent. 2 settembre 2013, n. 4680](#).

<sup>17</sup> Il giudice costituzionale rileva, in particolare, come valga per entrambi i sistemi elettorali il rilievo dell’unicità della «manifestazione di volontà» degli elettori al secondo turno di voto, ricavandone (col richiamare anche a questo proposito la [sent. n. 107 del 1996](#), cit.) la mancanza di ostacoli intrinseci «a valorizzare il collegamento – nuovamente espresso in questo secondo turno mediante l’abbinamento grafico tra il nome del candidato sindaco ed i simboli delle liste a lui collegate – al fine di introdurre un più rigido effetto di trascinamento attribuendo alla lista collegata al sindaco la maggioranza assoluta dei seggi nella percentuale del 60% come premio di maggioranza».

primo avrebbero potuto «ravvisarsi ragioni di assimilazione con le questioni di costituzionalità di cui alla legge n. 270 del 2005».

Se pertanto, con la [sent. n. 275 del 2014](#), la Corte ha ripianato, *de iure condito*, la situazione di incertezza che era venuta emergendo all'indomani della [pronuncia](#) del gennaio 2014 a livello territoriale e locale (a motivo, proprio, della mancata previsione di soglie di voti per l'attivazione dei meccanismi premiali nelle elezioni amministrative)<sup>18</sup>, v'è da interrogarsi sull'idoneità, *de iure condendo*, di questa stessa [decisione](#), ad aprire le porte all'ammissibilità (ancora più in generale e, quindi) anche per le elezioni politiche di previsioni di meccanismi premiali, pure privi di soglie, qualora fossero congegnati nell'ambito di sistemi di elezione “a doppio turno” di voto. Se alcuni elementi contenuti nella [pronuncia](#), come ad es. lo specifico richiamo alle norme per l'elezione degli enti locali ed i riferimenti alle diverse dimensioni dei collegi nelle due ipotesi, sembrerebbero escluderlo, a favore, invece, di una risposta positiva fanno propendere, in particolare, sia il ripetuto “astratto” riferimento alle diverse implicazioni delle normative premiali a seconda del loro inquadramento o meno in sistemi di elezione a doppio turno di voto<sup>19</sup>, sia la presa di posizione (di portata potenzialmente più generale) della Corte – si noti, in antitesi rispetto alla “irrazionalità” ed “incongruità” denunciate dal giudice *a quo* (v. *supra*, al § 1) – circa la “non irragionevolezza” del premio di maggioranza e della «conseguente alterazione della rappresentanza», a motivo della sua funzionalità alle esigenze di governabilità, che nel turno di ballottaggio verrebbero «più fortemente in rilievo».

4. In cauda venenum? – Quanto sin qui osservato può, forse, già bastare a far ritenere [la n. 275](#) una sentenza complessa nella sua apparente linearità, ricca di chiaroscuri e dipanatasi, nella sua potente sintesi, tra cose “dette” e “non dette”, considerate e tralasciate, talora parimenti di rilievo. Ci si potrebbe, dunque, finalmente domandare cosa resti, alla regione Trentino-Alto Adige, con riguardo alle elezioni locali, della propria “specialità” in materia elettorale<sup>20</sup>: versante, questo, ancor più significativo, trattandosi

---

<sup>18</sup> Più nello specifico, per una approfondita disamina dei «principali nodi problematici del rapporto fra la decisione della Corte e le attuali leggi elettorali regionali», cfr. A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, cit. 143 e ss.

<sup>19</sup> Ci si riferisce, in particolare, al d.d.l. n. 1385 recante “disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati” (cd. *Italicum*), approvato, in prima lettura, dalla Camera dei deputati, il 12 marzo 2014 ed il cui [esame al Senato](#) è iniziato il 7 gennaio 2015, che prevede l'innesto di un congegno premiale nell'ambito, proprio, di un sistema a “doppio turno” di voto.

<sup>20</sup> Sul punto, cfr., *amplius*, A. CERRI, *Il diritto elettorale e la sua storia nel Trentino-Alto Adige con riferimento alla tutela delle minoranze*, in *Le Regioni*, 1997, 311 e ss.



della sola Regione (tra quelle a Statuto speciale<sup>21</sup>), che ha sperimentato e conosce a tutt'oggi la "costituzionalizzazione" del principio elettorale proporzionale (l'art. 19 della legge cost. 26 febbraio 1948, n. 5, infatti, stabilisce che l'elezione del consiglio regionale debba effettuarsi "con sistema proporzionale"<sup>22</sup> ed analoghe previsioni erano contenute nell'art. 25 del d.P.R. n. 670 del 1972<sup>23</sup> e nella l.r. 8 agosto 1983, n. 7<sup>24</sup>).

Tanto più che, ancora all'indomani delle novità in materia elettorale introdotte (anche a livello regionale e locale nel corso degli anni Novanta<sup>25</sup> e particolarmente le (conseguenti) modifiche apportate allo Statuto del Trentino-Alto Adige dalla L. cost. n. 2 del 31 gennaio 2001<sup>26</sup>, il principio proporzionale aveva trovato nuove occasioni di conferma e consolidazione<sup>27</sup>. Ed infatti, la Provincia di Trento ha, poi, previsto l'impiego della proporzionale per l'elezione del Consiglio provinciale (v. l'art. 72)<sup>28</sup>; e ad analogo principio si è affidata, in pari tempo, la Provincia autonoma di Bolzano, facendo rinvio, nelle proprie norme<sup>29</sup>, "per quanto compatibili" alle disposizioni elettorali contenute nella menzionata l.r. 8 agosto 1983, n. 7 (art. 1), ed attuando, in tal modo, quanto prescritto dallo Statuto di autonomia (all'art. 47, 3° comma).

---

<sup>21</sup> In argomento, cfr., *amplius*, G. NEGRI, *I sistemi elettorali per l'elezione degli organi delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e la disciplina del diritto di elettorato passivo (incandidabilità - incompatibilità - ineleggibilità)*, in *Informator*, 2008, 9 e ss.

<sup>22</sup> Si osserva, poi, che il principio proporzionalista è ulteriormente valorizzato dall'art. 19 dello Statuto di autonomia, che prevede che i gruppi linguistici italiano, tedesco e ladino siano "rappresentati nei consigli provinciali scolastico e di disciplina per i maestri" e che i rappresentanti degli insegnanti nel consiglio scolastico provinciale siano "designati, mediante elezione, dal personale insegnante e in proporzione al numero degli insegnanti dei rispettivi gruppi linguistici" (commi 12 e 13). Inoltre, l'art. 89 dello stesso Statuto (attuato dal d.P.R. n. 670/1972) estende le disposizioni sulla riserva e la ripartizione proporzionale tra i gruppi linguistici italiano e tedesco "al personale della magistratura giudicante e requirente".

<sup>23</sup> Recante il "Testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige".

<sup>24</sup> Recante il "Testo unico delle leggi regionali per la elezione del Consiglio regionale".

<sup>25</sup> Cfr., al proposito, *amplius*, R. BALDUZZI, P. COSTANZO, *Commento al Capo I della legge n. 81 del 1993 (Art. 128, suppl.)*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1996, 950 e ss.

<sup>26</sup> Ci si limita qui ad osservare che a seguito delle suddette modifiche il compito di definire le modalità di elezione del Consiglio provinciale e del Presidente della Provincia è stato attribuito alle Province Autonome di Trento e di Bolzano.

<sup>27</sup> Pur in un quadro, che, come venne già evidenziato all'epoca, cominciava a sperimentare una certa "omologazione" della normativa "speciale", in materia, rispetto alla disciplina "generale" statale: cfr., in tal senso, E. PUCCI, *La riforma elettorale in Trentino e la regione svuotata*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, 163 e ss.; e, con più ampio riguardo all'«estrema difficoltà di funzionamento del modello regionalista» (pure) nell'«esperienza del Trentino», D. BORGONOVO RE, *L'ordinamento degli enti locali prima e dopo la riforma del Titolo V, con particolare riferimento alla Provincia autonoma di Trento*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 10 del 18 maggio 2011, 3.

<sup>28</sup> V. la l. prov. n. 2 del 5 marzo 2003, recante le "Norme per l'elezione diretta del Consiglio provinciale di Trento e del Presidente della Provincia".

<sup>29</sup> V. la l. prov. n. 4 del 14 marzo 2003, recante le "Disposizioni sull'elezione del Consiglio della Provincia autonoma di Bolzano per l'anno 2003" e, da ultimo, la l. prov. n. 5 dell'8 maggio 2013, contenente le "Disposizioni sull'elezione del Consiglio della Provincia autonoma di Bolzano per l'anno 2013 e sulla composizione e formazione della Giunta provinciale".



Soprattutto, per quanto qui maggiormente rileva, lo stesso Statuto stabilisce che “nell’ordinamento degli enti pubblici locali” devono essere previste norme “atte ad assicurare la rappresentanza proporzionale dei gruppi linguistici nei riguardi della costituzione degli organi degli enti stessi (ex art. 54, ora art. 61 St.). Laddove, ad una tale disposizione, il menzionato Testo unico trentino del 2005 ha dato attuazione, stabilendo (all’art. 14) che, nei comuni della provincia di Bolzano, l’elezione dei consiglieri comunali “è effettuata a scrutinio di lista con rappresentanza proporzionale ottenuta col metodo del quoziente naturale e dei più alti resti” (3° comma) e che, si badi, “nei comuni della provincia di Trento con popolazione superiore ai tre mila abitanti l’elezione dei consiglieri comunali si effettua su base proporzionale” (2° comma).

Il principio proporzionale, nel caso in esame, avrebbe, dunque, probabilmente, meritato di essere (se non valorizzato<sup>30</sup>, per lo meno) mantenuto nella considerazione in cui si trovava sia da parte del TAR Trento sia della stessa Consulta (si noti come il solo, laconico, riferimento che, nell’ordinanza del giudice amministrativo, si fa al risultato «abnorme e sproporzionato» che avrebbe prodotto il meccanismo premiale<sup>31</sup>, nel “Ritenuto in fatto” della [sent. n. 275 del 2014](#), sia stato ignorato, lasciandosi in piedi solo il riferimento all’“abnormità” del risultato dell’elezione). Ciò, a maggior ragione, se si tiene presente che, proprio in base alla peculiare condizione del Trentino-Alto Adige, fino alla [sent. n. 1 del 2014](#), soltanto le questioni di costituzionalità concernenti i sistemi elettorali della medesima Regione avevano assunto qualche rilievo, così da condurre la Corte a censurare taluni meccanismi di correzione in senso “maggioritarizzante” del sistema di elezione, sul presupposto che il metodo “proporzionale” costituisca lo «strumento di migliore garanzia per le minoranze linguistiche», data la sua idoneità a rispondere «alla ritenuta necessità che il sistema elettorale renda possibile [...] la rappresentanza delle minoranze linguistiche nelle istituzioni<sup>32</sup>».

---

<sup>30</sup> Ad es., sostenendosi – sulla falsariga, ancora una volta, delle argomentazioni contenute nella [sent. n. 1 del 2014](#) – che il meccanismo premiale previsto dalla normativa trentina, lungi dal costituire un semplice “correttivo” del sistema, avrebbe prodotto «una eccessiva divaricazione tra la composizione dell’organo della rappresentanza politica [...] e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto», finendo per “rovesciare” «la ratio della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore», consistente nell’«assicurare», secondo una logica proporzionale «la rappresentatività dell’assemblea».

<sup>31</sup> Cfr., al riguardo, *supra*, i §§ 1 e 3.

<sup>32</sup> V. [Corte cost., sent. 21 ottobre 1998, n. 356](#) e i commenti di C. CASONATO, *La Corte Costituzionale alle prese con la “rappresentanza autentica di lista”*, in *Foro it.*, 1999, 1399 e ss.; S. CECCANTI, *Tra tutela delle minoranze e rischi etnicistici*, in *Giur. Cost.*, 1998, 2744 e ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto elettorale della minoranza linguistica ladina*, *ibidem*, 2754 e ss.; E. ROSSI, *Di interesse a ricorrere e (mancato) bilanciamento, di travi e pagliuzze*, in *Le Regioni*, 1999, 281 e ss.; e R. TONIATTI, *Un nuovo intervento della Corte in tema di rappresentanza politica preferenziale delle minoranze linguistiche: il consolidamento della democrazia consociativa etnica nel Trentino-Alto Adige*, *ibidem*, 291 e ss.; dai quali

La Corte, invece, stabilendo, tra l'altro, che non fosse necessario conferire rilievo a quei «due [...] elementi di differenziazione» della disciplina regionale (rispetto a quella “generale” statale) – vale a dire, il voto preferenziale non “disgiungibile” e la “clausola massima” di assegnazione dei seggi premiali – ha rinunciato nella presente occasione a prendere in conto la propensione “proporzionalista” del legislatore trentino, di cui le suddette due componenti possono dirsi, “in controluce”, segnale, nella misura in cui è possibile riconoscervi l'attitudine a temperare le (altrimenti) possibili distorsioni del suffragio prodotte dal premio di maggioranza (e, quindi, a garantire una maggiore “proiettività” del risultato dell'elezione)<sup>33</sup>. Inoltre, nel riprendere la linea

---

rileva, in particolare, la “discontinuità qualitativa” della giurisprudenza costituzionale in materia e l'importanza (pure) ad un tale riguardo, della possibilità, riconosciuta dall'art. 56 dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige, di instaurare, anche in materia elettorale, un'ipotesi del tutto particolare di giudizio di legittimità costituzionale in via principale. Oltre a quella testé menzionata, vi sono state, poi, altre pronunce di interesse, occasionate sempre dal contenzioso con la predetta Regione, come quella in cui è stata sottolineata dalla Consulta l'importanza del perseguimento dell'«obbligo di applicare il principio di proporzionalità» attraverso «“norme” atte a renderlo operante» (v. [Corte cost. 23 maggio 1985, n. 155](#)).

Ancora, a seguito della “svolta elettorale” degli anni Novanta, lo stesso giudice delle leggi pur non riconoscendo la sussistenza di un qualche “obbligo” di garantire un'assegnazione proporzionale di seggi ai vari gruppi linguistici (cfr., sul punto, Corte cost., [sent. 10 giugno 1994, n. 233](#) e [sent. 19 giugno 1995, n. 261](#)), ha, tuttavia, fatto attenzione a censurare (sia pur senza esiti concreti) meccanismi di sbarramento all'assegnazione dei seggi (v. Corte cost., [sent. 14 dicembre 1993, n. 438](#)) reputandoli pregiudizievoli per la proporzionale, data l'importanza, per il «principio stesso dell'unità nazionale», del fatto «che la minoranza possa esprimere la propria rappresentanza politica in condizioni di effettiva parità» (per un confronto tra le menzionate pronunce, v., in senso critico, S. BARTOLE, *Un caso di insoddisfacente “overruling” in tema di tutela delle minoranze in materia elettorale*, in *Giur. Cost.* 1994, 4095 e ss.; cfr., inoltre, al riguardo, P. CARROZZA, *L' inammissibilità per discrezionalità del legislatore. Spunti per un dibattito sui rischi di una “categoria a rischio”*, in *Le Regioni*, 1994, 1703 e ss.; D. MONEGO, *Inammissibilità, novità dei motivi e del parametro in una questione prospettata in via principale*, ivi, 1995, 573 e ss.; e A. PIZZORUSSO, *La minoranza ladino-dolomitica come minoranza linguistica riconosciuta*, in *Giur. Cost.*, 1994, 3005 e ss.).

<sup>33</sup> Una tale attitudine “proporzionalista” emerge, infatti, con evidenza, relativamente alla clausola (contenuta nello stesso art. 87, comma 1, lettera *h*), indubbiato) che pone il limite del 70 per cento alla quota dei seggi assegnabili – in forza del premio di maggioranza – alla lista o al gruppo di liste collegate al candidato eletto sindaco, e che stabilisce, nel contempo, che i restanti seggi debbano essere attribuiti alle altre liste o gruppi di liste collegate, in applicazione (esclusivamente) della formula proporzionale. Ma considerazioni analoghe possono farsi anche per “non disgiungibilità” del voto, se si considera come, coll'implicare che la cifra elettorale del sindaco e quella delle liste a lui collegate coincidano (v. l'art. 87, comma 1, lett. *c*) del Testo unico trentino) una tale caratteristica del voto (presente in trentino) renda superflua la predisposizione di quei meccanismi di “correzione” della formula elettorale che pur essendo finalizzati – in applicazione del meccanismo premiale – a riportare a coerenza il sistema di assegnazione dei seggi, risultano, tuttavia, estremamente artificiosi e manipolativi dell'esito del voto ...garantendo, in fondo, una maggiore “linearità” del sistema di elezione nel suo insieme considerato. In questo senso, è lo stesso giudice costituzionale a sottolineare l'inutilità, in vigenza di un voto non disgiungibile (in applicazione del quale, dunque, anche le liste collegate al sindaco eletto al primo turno devono avere «per definizione» superato il 50 per cento dei voti) della previsione di quelle norme (contenute nel TUEL) che fissano la soglia minima del 40 per cento dei voti affinché la lista o il gruppo di liste collegate al candidato sindaco eletto al primo turno possano ottenere il premio del 60 per cento dei seggi, e di quelle che escludono l'assegnazione del premio di maggioranza nel caso in cui una qualche lista o gruppo di liste non in appoggio al candidato eletto sindaco ottenga, già al primo turno, il 50 per cento dei voti validi.

Per diverso profilo, merita di considerarsi l'idoneità (anche) di questi rilievi della Corte a fornire indicazioni utili, *de iure condendo*, al legislatore elettorale nazionale, il quale, peraltro, al momento, non pare intenzionato a prevedere il “voto disgiunto” nel cd. *Italicum* (v.lo, *supra*, alla nota 19).

giurisprudenziale più tradizionale in materia (v., *supra*, il §2), è parsa, in coda al ragionamento, inviare un messaggio neanche tanto criptico al legislatore, arrivando ad affermare che il principio di eguaglianza del voto non esigerebbe (nemmeno) «che il risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettorato debba necessariamente essere *proporzionale* al numero dei consensi espressi...con conseguenze, pertanto, anche qui (v., *supra*, il §3), in grado di oltrepassare l'ambito esclusivamente "locale". Ciò che se, nell'immediato, vale a dissolvere ogni dubbio (se mai ce ne fosse stato bisogno) sull'inconsistenza della «*vulgata*», diffusasi all'indomani della ridetta [sent. n. 1 del 2014](#), secondo cui «la Corte avrebbe ritenuto il sistema proporzionale l'unico costituzionalmente compatibile»<sup>34</sup>, potrebbe, magari in un futuro abbastanza prossimo, avere un impatto di segno esattamente contrario.

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 87, comma 1, lettera h), del [decreto del Presidente della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 1° febbraio 2005, n. 1/L \(Approvazione del testo unico delle leggi regionali sulla composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali\)](#), promosso dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento nel procedimento vertente tra Giuseppe Facchini ed altra e il Comune di Pergine Valsugana ed altri, con [ordinanza del 14 febbraio 2014 iscritta al n. 98 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 26, prima serie speciale, dell'anno 2014](#).

#### **Articolo 87**

(Art. 34 LR 30 novembre 1994 n. 3; art. 38 LR 22 dicembre 2004 n. 7;  
art. 11 LR 5 febbraio 2013 n. 1)

Comuni con popolazione superiore a 3.000 abitanti della provincia di Trento – Attribuzione dei seggi e proclamazione degli eletti 1. Nei comuni con popolazione superiore a 3.000 abitanti della provincia di Trento, il presidente dell'Ufficio centrale compie le seguenti operazioni:

a) sentiti i membri dell'Ufficio procede, per ogni sezione, al riesame delle schede contenenti voti contestati e non assegnati e, tenendo presenti le annotazioni riportate a verbale e le proteste ed i reclami presentati in proposito, decide, ai fini della proclamazione, sull'assegnazione o meno dei voti relativi. Ultimato il riesame, il presidente fa raccogliere, per ogni sezione, le schede riesaminate, in un plico che verrà allegato al verbale di cui all'articolo 93;

b) determina la cifra individuale di ciascun candidato che è costituita: dai voti validi ottenuti in tutte le sezioni del comune, per il candidato alla carica di sindaco; dalla somma dei voti validi di preferenza, riportati in tutte le sezioni del comune, per i candidati alla carica di consigliere comunale;

c) determina la cifra elettorale di ciascuna lista o gruppo di liste collegate, che è costituita dalla somma dei voti validi riportati al primo turno, in tutte le sezioni del comune, dal candidato alla carica di sindaco collegato;

d) determina la cifra elettorale di ogni lista, che è costituita dalla somma dei voti validi riportati dalla lista stessa in tutte le sezioni del comune;

e) compone, per ogni lista e distintamente per la carica di sindaco e per quella di consigliere comunale, la graduatoria dei candidati, disponendo i nominativi in ordine di cifra individuale decrescente;

f) proclama eletto sindaco il candidato che ha ottenuto almeno il 50 per cento più uno dei voti validi;

<sup>34</sup> Del resto, l'allora Presidente della Corte costituzionale Gaetano Silvestri fu attento a chiarire che una tale *vulgata* fosse «non autorizzata dal testo della sentenza» (v.lo già nella ["Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2013"](#) del 27 febbraio 2014, 6; e, da ultimo, nell'intervista a cura di D. TEGA, *La Corte costituzionale vista da vicino*, in *Quad. cost.*, 2014, 760-1).

g) effettua l'assegnazione dei seggi spettanti a ciascuna lista o gruppo di liste collegate, compiendo le seguenti operazioni: divide per 1; 2; 3; ..., fino a concorrenza del numero dei seggi del consiglio, la cifra elettorale di ogni lista o gruppo di liste collegate, come determinata alla lettera c), e sceglie fra i quozienti così ottenuti i più alti in numero uguale a quello dei seggi da assegnare. A parità di quoziente, nelle cifre intere e decimali, il seggio è attribuito alla lista o gruppo di liste collegate che ha la maggior cifra elettorale ed, a parità di quest'ultima, per sorteggio. Se ad una lista spettano più posti di quanti sono i suoi candidati, i posti eccedenti sono distribuiti fra le altre liste secondo l'ordine dei quozienti;

h) verifica se, detratto il seggio assegnato al candidato eletto sindaco, la lista o il gruppo di liste ad esso collegate abbiano conseguito almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio; qualora non lo abbiano conseguito viene assegnato, oltre al seggio del sindaco, il 60 per cento dei seggi, con eventuale arrotondamento all'unità superiore. Alla lista o al gruppo di liste collegate al candidato eletto sindaco sono comunque assegnati non più del 70 per cento dei seggi, oltre al seggio del sindaco. I restanti seggi sono assegnati alle altre liste o gruppi di liste collegate ai sensi della lettera g);

i) effettua l'assegnazione dei seggi spettanti nell'ambito di ciascun gruppo di liste collegate, dividendo la cifra elettorale di ciascuna di esse, come determinata alla lettera d), che corrisponde ai voti riportati al primo turno, per 1; 2; 3; ... fino a concorrenza del numero dei seggi spettanti al gruppo di liste. Si determinano in tal modo i quozienti più alti e quindi il numero dei seggi spettanti ad ogni lista;

l) proclama eletti consiglieri comunali, in primo luogo, i candidati alla carica di sindaco non risultati eletti collegati a ciascuna lista che abbia ottenuto almeno un seggio. In caso di collegamento di più liste al medesimo candidato alla carica di sindaco risultato non eletto, il seggio spettante a quest'ultimo è detratto dai seggi complessivamente attribuiti al gruppo di liste collegate. Proclama quindi eletti consiglieri comunali, fino a concorrenza dei seggi a cui le liste hanno diritto, quei candidati che nell'ordine della graduatoria di cui alla lettera e) hanno riportato le cifre individuali più alte e, a parità di cifra, quelli che precedono nell'ordine di lista.

2. Qualora nessun candidato sia eletto sindaco, si effettua un secondo turno di votazione ai sensi degli articoli 70, comma 4, e 74. Il presidente dell'Ufficio centrale sospende le operazioni e procede alla individuazione dei due candidati alla carica di sindaco che hanno ottenuto il maggior numero di voti. In caso di parità di voti, è ammesso al secondo turno di votazione il candidato più anziano di età.

3. Al termine dello scrutinio relativo al secondo turno di votazione, l'Ufficio centrale si ricostituisce ed il presidente:

a) procede alle operazioni di cui alla lettera a) del comma 1;

b) determina la cifra individuale dei candidati al secondo turno di votazione costituita dalla somma dei voti validi ottenuti in tutte le sezioni del comune e proclama eletto sindaco il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti validi. In caso di parità di voti, è proclamato sindaco il candidato collegato con la lista o il gruppo di liste per l'elezione del consiglio comunale che ha conseguito la maggiore cifra elettorale complessiva. A parità di cifra elettorale, è proclamato eletto sindaco il candidato più anziano di età;

c) procede all'assegnazione dei seggi alle liste od ai gruppi di liste collegate, considerando anche gli eventuali ulteriori collegamenti, ed alla proclamazione degli eletti alla carica di consigliere comunale, compiendo le operazioni di cui alle lettere g), h), i), l) del comma 1.

4. La proclamazione ha carattere provvisorio fino a quando il nuovo consiglio comunale non ha adottato le decisioni a norma dell'articolo 97 e viene fatta dopo aver interpellato gli elettori presenti circa l'esistenza di eventuali cause di ineleggibilità a carico degli eletti, dando atto di tale circostanza nel verbale delle operazioni.

5. Il presidente provvede quindi alla chiusura del verbale compilato a termini degli articoli 91 e 93, alla confezione dei plichi diretti alla Giunta regionale ed al comune, al loro recapito al sindaco del comune o ad un suo delegato a termini dell'articolo 94 nonché alla riconsegna al sindaco o ad un suo delegato del materiale non utilizzato e dell'arredamento della sala; quindi, dichiara sciolta l'adunanza.

**Antonio Ruggeri**

**Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto  
secondo: quali i possibili “seguiti” della 238 del 2014?\***

SOMMARIO: 1. Norme incostituzionali “inesistenti” e norme meramente annullabili. – 2. Decisioni della Corte costituzionale giudicate “mostruose” e tecniche decisorie che le rendono palesi (esempi tratti dalla giurisprudenza pregressa, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale o sovranazionale). – 3. L’eventuale, auspicato mutamento di giurisprudenza rispetto all’indirizzo avviato dalla 238, con conseguente correzione della tecnica decisoria in quest’ultima utilizzata. – 4. La sorte del giudicato civile poggiante sulla norma di adattamento dichiarata dalla Corte costituzionale “inesistente” e gli ulteriori “seguiti” che, anche al piano legislativo, potrebbero esser dati alla 238.

*1. Norme incostituzionali “inesistenti” e norme meramente annullabili*

Torno qui a riflettere sulla decisione dell’anno scorso relativa ai rapporti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione sotto un limitato ma particolarmente rilevante profilo, quello degli scenari che potrebbero delinearci, specificamente in sede giudiziale, al momento in cui si faccia questione dei “seguiti” per essa astrattamente configurabili<sup>1</sup>. A tal fine, è tuttavia necessario preliminarmente stabilire quale sia il retto significato da dare ad alcuni passaggi argomentativi della decisione stessa, per vero non d’immediata e sicura comprensione. O meglio: il significato di singole affermazioni può anche sembrare chiaro ma è l’insieme dalle stesse composto che si rivela appannato ed incerto, per non dire del tutto oscuro.

---

\* Testo rielaborato di un intervento ad un incontro di studio su *Controlimiti e diritto internazionale generalmente riconosciuto*, svoltosi presso il Dottorato di Scienze Giuridiche (Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, *Curriculum* italo-franco-spagnolo in Giustizia costituzionale), Pisa 29 gennaio 2015; lo scritto è stato altresì predisposto quale contributo al Seminario su *I dilemmi dei rapporti tra diritto internazionale consuetudinario e diritto interno*, Scuola Superiore di Studi Giuridici dell’Università di Bologna, 6 marzo 2014, al quale tuttavia non mi è stato possibile prendere parte per un impedimento dell’ultima ora. Sono particolarmente grato degli interessanti spunti di riflessione offerti dal dibattito seguito alla mia esposizione pisana; resta nondimeno fermo che la responsabilità per le tesi qui enunciate è a me solo addebitabile.

<sup>1</sup> Avverto di circoscrivere qui l’esame ai soli “seguiti” configurabili in ambito interno, mentre lascio ad altri studi (segnatamente, di diritto internazionale) l’analisi di quelli che potrebbero aversi fuori dell’ambito stesso.

Fermo subito l'attenzione su un paio di punti, di cruciale rilievo, della parte motiva, interrogandomi sulle alternative di ordine ricostruttivo che potrebbero in relazione a ciascuno di essi porsi.

Prima questione.

La Corte ci dice che, nella circostanza sottoposta al suo esame, l'antinomia tra la norma interna di adattamento (e, perciò, a conti fatti, la norma internazionale cui essa fa riferimento) e uno o più principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale si risolve nella giuridica inesistenza della prima<sup>2</sup>. Ci si deve subito chiedere: ha inteso fare un'affermazione di carattere generale, *allgemeingültig*, ovvero limitata allo specifico caso che sta a base del giudizio di oggi? Il che vale come dire: ogni volta che una norma internazionale consuetudinaria dovesse apparire offensiva di principi fondamentali della Carta la relativa norma interna di adattamento sarebbe da considerare "inesistente" oppure questo è ciò che è (*sarebbe...*) avvenuto unicamente nella circostanza odierna? E ulteriormente generalizzando: la conclusione è da considerare valevole anche per i casi di antinomia coi principi stessi da parte di norme internazionali pattizie, con la conseguenza che le relative norme interne di esecuzione sarebbero parimenti "inesistenti"?

Comincio col rispondere subito all'ultimo quesito, rilevando che non vedo ragione alcuna per cui la qualifica possa ovvero debba essere diversa a seconda della natura (scritta o non scritta) della norma internazionale. Se è la norma-parametro violata a determinare il tipo di vizio e la corrispondente qualifica (apicale nella scala delle fonti l'una, radicale nel senso appena detto l'altro), la conclusione non può risultare diversa unicamente in ragione del carattere scritto ovvero non scritto della norma responsabile della violazione stessa. Dunque, se d'"inesistenza" s'ha da parlare, s'ha da parlare in entrambi i casi. Si vedrà tuttavia a momenti che il ragionamento fila solo fino ad un certo

---

<sup>2</sup> Per vero, l'affermazione è dalla Corte studiamente (e, a dirla tutta, ambiguamente) sfumata, ammettendosi che possa aversi un qualche sacrificio dei principi stessi, purché tuttavia ridotto "al minimo" (p. 3.1, *cons. in dir.*; v., inoltre, p. 3.4). Espressione con la quale la Corte sembra volersi aprire una via di fuga, cui far eventualmente ricorso in altra occasione, ammettendo il vigore di norma solo "minimamente" offensiva dei principi, tanto da indurre una sensibile dottrina a ragionare nel senso che, nella circostanza odierna, si sarebbe in presenza di "controlimiti temperati" fatti valere a carico delle norme internazionali (T. GROPPÌ, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine*, 2015/1, 9 gennaio 2015, § 2). Sta di fatto però che la qualifica come "inesistente" della norma su cui la Corte è stata chiamata ad esercitare il proprio sindacato costituisce un precedente di tal rilievo da non lasciare molte speranze di salvezza per norme che in futuro dovessero essere riconosciute parimenti incompatibili coi principi. Segnalo poi di sfuggita il carattere lapidario, estremamente sintetico, delle affermazioni contenute nella recentissima [ord. n. 30 del 2015](#), in cui si ribadisce la giuridica inesistenza della norma interna di adattamento.



punto e che le basi stesse sulle quali poggia appaiono, in realtà, essere teoricamente assai gracili.

Fermo infatti il punto per cui nessuna differenza di regime può, al piano dei vizi, giustificarsi unicamente in forza della natura della norma che ne sia affetta, ne viene agevolata la risposta da dare al quesito precedentemente posto. Non in ogni caso di antinomia sembra infatti corretto ragionare d'inesistenza della norma interna di adattamento ma – al più concedere<sup>3</sup> – unicamente nel caso definito con la 238 ed in altri ancora che potrebbero in futuro aversi ma, appunto, non sempre, *per sistema*. Ad avvalorare questa conclusione è sufficiente rammentare un paio di dati, uno di ordine generale ed un altro specificamente riguardante il campo materiale di esperienza su cui si dispongono e svolgono le relazioni tra diritto internazionale e diritto interno.

Il primo.

Come tutti sanno, molti sono i casi di norme di legge giudicate lesive di principi fondamentali e, ciò nonostante, considerate “esistenti”, sì da richiedere di essere caducate dalla Corte con le forme e gli effetti usuali, di cui agli artt. 134 e 136 cost.

Il secondo dato è che – com'è parimenti noto – la stessa Corte ha ormai da tempo preso in considerazione l'eventualità che norme internazionali pattizie (e, segnatamente, concordatarie e comunitarie o – come a me piace dire – “eurounitarie”) si dimostrino incompatibili coi principi fondamentali dell'ordinamento (i c.d. “controlimiti”), prestandosi quindi ad essere sollecitamente rimosse con le medesime forme ed effetti. Non è vero, dunque, che l'essere la norma violata espressiva di un principio fondamentale dell'ordinamento porti di necessità a considerare “inesistente” la norma responsabile della violazione stessa; di contro, secondo l'indirizzo giurisprudenziale fin qui invalso, la regola è che anche in siffatta evenienza la norma “esiste”, seppur invalida.

Per vero, mentre per le norme consuetudinarie la pronunzia in esame prevede il caso della loro “inesistenza” (nella proiezione in ambito interno, per il tramite della norma di adattamento), quanto alle norme internazionali pattizie invece questa eventualità non è stata a tutt'oggi presa espressamente in considerazione, essendosi ragionato piuttosto – come si diceva – della loro possibile privazione di effetti con le forme ordinarie del giudizio sulla norma interna di recepimento.

---

<sup>3</sup> Mi muovo, al momento, nell'ordine di idee in cui la Corte si riconosce; dirò più avanti le ragioni per cui esso non mi persuade.



Delle due allora l'una. O possiamo sentirci autorizzati a ritenere che, alla luce dell'ultima giurisprudenza, anche le norme pattizie contrarie ai principi saranno d'ora innanzi da considerare "inesistenti", con conseguente superamento del precedente indirizzo giurisprudenziale, oppure è da rivedere criticamente l'ipotesi ricostruttiva inizialmente prospettata per la 238, nel senso sopra chiarito per cui non in tutti i casi di antinomia di norme internazionali non scritte coi principi le norme stesse sarebbero da considerare sempre "inesistenti".

Sia chiaro. Personalmente non escludo che la categoria della "incostituzionalità" (nella sua larga ed omnicomprensiva accezione) possa comprendere tanto il caso della "nullità-inesistenza" o – per riprendere una efficace espressione di un'avveduta dottrina<sup>4</sup> – della *invalidità in senso forte* quanto l'altro della mera "annullabilità" o della *invalidità in senso debole*: l'una condizione, ovviamente, essendo rilevabile da qualunque operatore, l'altra – nel caso di fonti di primo grado – restando invece esclusivamente riservata alla cognizione della Corte<sup>5</sup>. Altra questione ancora, su cui a momenti, è se anche la prima specie d'invalidità possa (ma non debba) essere portata al giudizio della Corte stessa ovvero rilevata *ex officio* da quest'ultima.

L'articolazione della invalidità nelle due specie suddette può, a mia opinione, essere predicata, in punto di astratto diritto, per qualunque norma, legislativa e non, di origine interna ovvero internazionale o sovranazionale<sup>6</sup>. Sono solito fare ai miei studenti l'esempio, che ai miei occhi (e voglio sperare a quelli di tutti) appare di lampante evidenza, di una norma di legge, approvata da un Parlamento improvvisamente impazzito, che stabilisca che tutti i neonati coi capelli rossi siano immediatamente soppressi in sala parto. Vogliamo forse immaginarci che si debbano attivare le procedure usuali dei giudizi di costituzionalità, coi tempi loro propri, al fine di vedere spazzata via una norma aberrante siffatta? E, ammesso pure che essa sia portata con estrema sollecitudine alla

---

<sup>4</sup> R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

<sup>5</sup> Diversa impostazione della questione, di recente, in G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 256 ss., sul cui pensiero tornerò a breve.

<sup>6</sup> La questione, con specifico riguardo alle leggi (e, segnatamente, per ciò che attiene ai profili formali-procedimentali, più ancora che a quelli di contenuto), è nondimeno – come si sa – fortemente discussa (riferimenti in G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, del quale v. pure Forma dat esse rei, *ovvero quand'è che può parlarsi di "legge" e di legge "nulla-inesistente"*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1699 ss.; cfr. al suo punto di vista quello ancora non molto tempo addietro, manifestato da A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 6/2010, 5100, e, dello stesso, *Postilla. La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1708 ss., a da D. NOCILLA, *"Inesistenza" della legge di conversione?*, in *Giur. cost.*, 1/2014, 715 ss., spec. 726 ss., nonché, se si vuole, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 98 ss.).

cognizione della Corte, vogliamo forse prefigurarci l'ipotesi che il suo annullamento vada incontro ai limiti ordinari, quanto agli effetti nel tempo, di cui all'art. 136 cost., con la conseguenza che chi si sia nel frattempo reso responsabile delle uccisioni vada esente da colpa<sup>7</sup>?

Dunque, vi sono dei casi in cui non solo si possa ma, di più, si debba qualificare l'antinomia tra una norma di legge e la Costituzione attingendo alle risorse offerte dalla categoria della invalidità in senso forte o – come pure ha proposto una sensibile dottrina – della “anticostituzionalità”, più ancora che della mera “incostituzionalità”<sup>8</sup>.

Aggiungo poi ai miei pazienti studenti che il terreno su cui possono rintracciarsi norme “inesistenti”, nel senso appena detto, è altamente insidioso, esattamente come lo è un campo minato. Perché è chiaro che, una volta ammessa in via di principio l'esistenza della... *inesistenza* (e mi scuso per il bisticcio delle parole), possono darsi non pochi casi in cui, a differenza di quello da me a mo' d'esempio fatto, si possa opinare circa la qualifica da assegnare a questa o quella forma d'antinomia, se appunto ragionare in termini di norma meramente “incostituzionale” ovvero – e di più – “anticostituzionale”. Ed è ovvio che la certezza del diritto (qui, nella sua massima espressione, quale *certezza del diritto costituzionale*) parrebbe soffrirne a tal punto da aver indotto la Corte – e il dato, attinto da un'esperienza ormai profondamente radicata e costante, è altamente istruttivo – ad attrarre a sé la cognizione di tutte le specie d'invalidità, sottraendo dunque agli operatori restanti (e, segnatamente, ai giudici comuni) il potere di darne la qualificazione e, se del caso, di far subito luogo alla disapplicazione di norme inesistenti<sup>9</sup>.

Il riferimento alla certezza del diritto è – come si sa – ricorrente nei discorsi dei giuristi, per quanto non di rado essa sia, a mia opinione, richiamata a sproposito. Non va, ad ogni buon conto, perso di vista il fatto che la certezza, specie nella sua più elevata espressione (quale *certezza di diritto costituzionale*), ha senso – come mi sono sforzato di mostrare

---

<sup>7</sup> È specificamente in congiunture quale quella ora immaginata che torna utile la soluzione in via generale patrocinata da una sensibile dottrina volta a dar vita ad un sistema “duale” di giustizia costituzionale, offrendo l'opportunità ai giudici comuni di accertare l'incostituzionalità delle leggi (e, di conseguenza, di disapplicarle), ferma restando la facoltà di adire la Corte per il loro eventuale annullamento coi consueti effetti *erga omnes* [R. ROMBOLI, [I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), e, dello stesso, ora, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2014, 34 ss.]. Dubito tuttavia che la proposta – la si condivida o no – possa trovare il modo per farsi spazio nel presente contesto politico-istituzionale, tanto più che – come qui si viene dicendo – la stessa Corte nulla fa per nascondere la tendenza a confermarsi quale organo esclusivamente abilitato all'accertamento della invalidità delle leggi.

<sup>8</sup> I termini sono ripresi da A. SPADARO, che ne ha fatto molte volte utilizzo, a partire da *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

<sup>9</sup> Su questo dato indugia ora, part., D. NOCILLA, nello scritto sopra cit.

altrove<sup>10</sup> – se ed in quanto si traduca in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela. La categoria della inesistenza, con l’opportunità da essa offerta per l’immediato suo riconoscimento da parte del *quisque de populo* (e, specialmente, del giudice comune), costituisce dunque una risorsa preziosa al fine di fugare sul nascere il rischio che effetti abnormi, discendenti da norme parimenti abnormi, possa prodursi in modo irreversibile.

D’altro canto, avverso il rischio, da molti paventato, secondo cui assegnare al singolo l’accertamento della “inesistenza” delle norme finirebbe con l’espore la relativa qualificazione ad un soggettivismo esasperato, può farsi appello – a me pare – a *consuetudini culturali di riconoscimento* della inesistenza stessa diffuse nel corpo sociale e tra gli operatori, tali cioè da tradursi in un vero e proprio “diritto vivente” profondamente radicato nel tessuto sociale ed ordinamentale. Davanti a norme comunemente intese e trattate come “inesistenti” viene, dunque, assai arduo seguire stancamente ad opporre l’usuale argomento della sofferenza che ne patirebbe la certezza<sup>11</sup>.

Sta di fatto, però, che la Consulta ha dato costantemente mostra di essere fortemente preoccupata per le sorti della certezza del diritto, per una sua accezione d’ispirazione formale-astratta, tanto da aver rifuggito, con studiata attenzione, dal recepire l’indicazione della più raffinata dottrina, che consigliava di tenere distinte, quanto alla natura e di conseguenza al trattamento, le specie suddette di antinomia, preferendo piuttosto ragionare in modo omnicomprensivo d’“incostituzionalità”. Sempre, tranne però nel caso definito con la 238.

Ora, i più benevoli lettori della sentenza, nel tentativo di darne una qualche giustificazione, possono pur sempre far notare che ciò che è proprio dei giudizi sulla costituzionalità delle leggi non è detto che debba parimenti valere per i giudizi sulle norme di adattamento di norme internazionali consuetudinarie. Nessuno però – che io sappia – ha ad oggi chiarito perché mai il mero fatto della origine della norma (dalla Comunità internazionale ovvero dallo stesso ordine interno) possa giustificare il loro differenziato regime, tanto più che – come si diceva – le stesse norme internazionali

---

<sup>10</sup> ... e, segnatamente, in [Il giudicato all’impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti](#), in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011, nonché in *Legisl. pen.*, 2/2011, 481 ss., ed in altri scritti.

<sup>11</sup> Non si trascuri, peraltro, che molte sono le esperienze in cui il singolo è chiamato ad assumersi fino in fondo le proprie responsabilità dando la qualificazione della “esistenza” delle norme (ad es., se si dia, o no, abrogazione tacita, sì da non potersi considerare ormai più “esistenti” norme che invece tali erano in precedenza).

pattizie non valgono a sottrarre la norma interna che vi dà esecuzione al destino a tutte le norme comune dell'annullamento, conseguente al previo accertamento della loro contrarietà a Costituzione.

D'altro canto, la categoria della "inesistenza" avrebbe dovuto portare – come si è fatto notare in sede di primo commento alla 238<sup>12</sup> – ad una dichiarazione d'inammissibilità, non già d'infondatezza, della questione<sup>13</sup>: una dichiarazione poggiante proprio sul previo accertamento del vizio d'invalidità in senso forte di cui la norma, a giudizio della Corte, sarebbe affetta, norma comunque non annullabile per la elementare ragione che... *non c'è*.

Così stando le cose, potrebbero in buona sostanza, dunque aversi due specie di dichiarazioni d'illegittimità costituzionale: l'una di accertamento della invalidità in senso forte (o "inesistenza") e l'altra di accertamento della invalidità in senso debole della norma posta ad oggetto della questione; la prima veicolata da una pronuncia processuale d'inammissibilità, la seconda da una di accoglimento. Improprio sarebbe infatti l'uso di quest'ultima specie di pronuncia in relazione ai casi rientranti nella prima specie d'invalidità, dal momento che l'art. 136 cost. contempla il solo effetto di annullamento, in tesi non valevole per la specie stessa<sup>14</sup>. Di modo che, laddove la Corte dovesse essere

---

<sup>12</sup> Mi richiamo qui alla mia nota dal titolo *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in [Consulta OnLine, 2014](#), 17 novembre 2014, ed *ivi* menzione altresì degli autori che si sono espressi nel medesimo ordine di idee, ai quali è ora da aggiungere M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*. Cfr., inoltre, sul punto, ora, C. PINELLI, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles*, in [www.gil-qdi.org](#), 19 gennaio 2014, spec. al § 6.

<sup>13</sup> Lo ha fatto notare la stessa Corte in precedenti pronunzie: ad es., nella [sent. n. 152 del 1982](#), laddove è la perentoria affermazione secondo cui "è contraddittorio che i giudici *a quibus* assumano la radicale inesistenza della legge in questione ed al tempo stesso si rivolgano alla Corte, perché essa ne dichiari l'illegittimità costituzionale e ne faccia pertanto cessare l'efficacia – in base al primo comma dell'art. 136 Cost. – 'dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione': se veramente la nuova disciplina [del lavoro a domicilio] fosse contenuta in una parvenza di legge, insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere, la premessa di una decisione della Corte verrebbe infatti a mancare" (fanno richiamo alla decisione *de qua*, oltre ad A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. et loc. ult. cit.*, anche G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, nello scritto sopra cit., 258, a cui opinione sarebbe nondimeno opportuno considerare "esistente" ogni legge portata al giudizio della Corte, e per il mero fatto che lo sia appunto stata, con la conseguenza che, in tal caso, la Corte stessa dovrebbe passare al merito e, acclarata la contrarietà dell'atto impugnato a Costituzione, caducarlo con gli effetti tipici, di cui all'art. 136 cost. Ciò che, nondimeno, come si è venuti dicendo, comporta il sacrificio di beni della vita indisponibili, quale la dignità, offesi da norme i cui effetti non possono ormai più essere sradicati).

<sup>14</sup> È vero che una raffinata dottrina aveva – come si sa – a suo tempo affacciato l'idea di leggere diversamente il disposto dell'art. 136, assegnando alle pronunzie di accoglimento il significato di atti di mero accertamento di una preesistente nullità-inesistenza; un esito teorico ricostruttivo, questo, ritenuto obbligato allo scopo di preservare al meglio la rigidità della Costituzione (v., nuovamente, sul punto le argomentate notazioni di A. SPADARO, nello scritto sopra cit., e, ora, in prospettiva comparatistica, la corposa trattazione che è in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson,

sollecitata dall'autorità remittente a dichiarare l'"inesistenza" della norma contraria a Costituzione ovvero in tal senso dovesse *motu proprio* determinarsi, non potrebbe – come si diceva – che far luogo ad una pronunzia d'inammissibilità della questione.

Qui si apre un bivio al piano della ricostruzione teorica degli effetti discendenti da una pronunzia siffatta.

Per la prima ipotesi, si può ad essa pure riconoscere generale valenza, ritenendosi pertanto obbligati tutti, operatori e cittadini, a conformarsi al giudicato costituzionale, assumendo pertanto che esso possa prodursi altresì a "copertura" di decisioni processuali<sup>15</sup>. In tal caso, rimarrebbe comunque una differenza di non poco momento rispetto alle decisioni di accoglimento, parimenti abilitate – come si sa – a dar vita ad effetti generali, dal momento che, diversamente da queste ultime, le dichiarazioni di nullità avrebbero carattere integralmente retroattivo.

Per la seconda ipotesi, di contro, la pronunzia d'inammissibilità per "inesistenza" della norma portata al giudizio della Corte non precluderebbe la ripresentazione della medesima questione, non valendo – a motivo della veste formale di cui è dotata e della natura giuridica che le è propria – a spazzare via dall'ordinamento, così come invece sono in grado di fare le decisioni di accoglimento, la norma giudicata<sup>16</sup>. Insomma, essa esprimerebbe esclusivamente una *vis persuasiva*, non autenticamente *prescrittiva*, nei riguardi degli operatori restanti<sup>17</sup>. Una conclusione francamente amara, per non dire

---

Madrid 2013, spec. 1300 ss.), per quanto l'opposta opinione, quindi da noi affermatasi, favorevole alla relativizzazione per l'aspetto temporale degli effetti caducatori, potesse addurre dalla sua argomenti di non minor peso, con specifico riguardo al bisogno di salvaguardare la certezza del diritto e le pacifiche relazioni tra i consociati, altrimenti gravemente esposte qualora si fosse ammesso che norme di legge potessero perdere efficacia *ex tunc*, anche a rilevante distanza di tempo rispetto alla loro entrata in vigore.

In disparte però la circostanza per cui la tesi favorevole a riconoscere in capo alla dichiarazione d'incostituzionalità il significato dell'accertamento di una insanabile nullità-inesistenza non è riuscita a farsi largo e ad affermarsi né in seno alla nostra dottrina quasi unanime né – per ciò che più importa – nella giurisprudenza, la ricostruzione da essa caldeggiata era dagli stessi studiosi che se ne sono fatti portatori considerata valevole per qualunque caso d'invalidità costituzionale, senza che dunque fosse lecito fare distinzione alcuna tra l'una e l'altra specie di decisione di accoglimento.

<sup>15</sup> La tesi può vedersi rappresentata in F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2002, 137 ss., dove nondimeno si distingue tra il giudicato formatosi unicamente in rapporto al giudizio *a quo* rispetto a quello provvisto di generale valenza.

<sup>16</sup> Ha, ancora non molto tempo addietro, fatto notare una dottrina particolarmente attenta alle questioni di giustizia costituzionale ed alle loro più salienti vicende, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, 230, che, laddove "le ragioni dell'inammissibilità non sono rimediabili ... allora la pronunzia che la dichiara può, per certi profili, equivalere ad una pronunzia di rigetto", alla quale – rammento – per dottrina e giurisprudenza ormai costanti, pur se a mia opinione non persuasivamente, si suole riconoscere efficacia unicamente *inter partes*.

<sup>17</sup> Anche in altri casi di acclarata inammissibilità della questione, d'altronde, resta esclusa l'efficacia generale della pronunzia che la dichiara: una rassegna dei "tipi" di pronunzie processuali (e, segnatamente, d'inammissibilità) e dei relativi effetti può, se si vuole, vedersi in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, cit., 145 ss.

sconcertante: proprio le norme che vistosamente e frontalmente contrastano con la Costituzione rischiano infatti, per l'ipotesi ora ragionata, di essere considerate vigenti o, quanto meno, di seguitare ad essere applicate in quelle sedi giudiziarie in cui il verdetto della Corte resti inascoltato, nel mentre le norme non "anti" ma semplicemente "in-costituzionali" verrebbero private di efficacia, in applicazione di quanto prescrive l'art. 136 cost.<sup>18</sup>. Forse, è *anche* nella consapevolezza di quest'esito, giudicato inaccettabile e bisognoso pertanto di essere in ogni modo fugato, che la Corte costituzionale ha fatto luogo – come si diceva – alla riunificazione di ogni specie d'invalidità costituzionale, attraendo a sé la cognizione di ogni caso di contrasto tra norme costituzionali e norme a queste subordinate<sup>19</sup>.

Diverso è, ovviamente, il caso che si ha ogni qual volta la Corte accerti l'"inesistenza" di norme portate al suo giudizio ma in quanto non più *vigenti* perché abrogate o già annullate, non pure – come nel caso definito dalla 238 – in relazione a norme che vigono nell'ordinamento di appartenenza, in quanto la loro esistenza sia stata accertata dal giudice cui essa, per esplicito riconoscimento fatto dalla Consulta, esclusivamente compete<sup>20</sup>. Non vige (in quanto non "esiste"), invece, ad opinione della Corte, la norma interna di adattamento, confermandosi, anche per quest'aspetto, l'ispirazione teorica essenzialmente dualista che sta a base della ricostruzione dei rapporti tra diritto

---

<sup>18</sup> Come però si è fatto più volte notare (ancora da ultimo, da R. LETELIER WARTENBERG, *Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?*, in AA.VV., *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, a cura di D. Butturini e M. Nicolini, ESI, Napoli 2014, 105 ss. e 107, per il riferimento testuale immediatamente seguente), "se ritengo che la legge contrasti con la Costituzione, allora la norma va eliminata". Il rischio, allora, a portare agli ultimi e conseguenti svolgimenti le premesse teoriche fissate nel testo, è che, se si lamenta un *eccessivo* contrasto con la Costituzione, un'"anticostituzionalità" appunto, la Corte poi rigetti per inammissibilità la questione, con gli esiti incerti, sopra prefigurati, discendenti da una dichiarazione siffatta.

<sup>19</sup> Dico *anche* perché poi la ragione vera (o, comunque, quella determinante) è di ordine istituzionale, non avendo, *perlomeno per questo verso*, la Corte inteso lasciar spazio ad accertamenti d'incostituzionalità (per "inesistenza") fatti dai giudici comuni (si danno, invece, altri elementi di "diffusione" del nostro sistema di giustizia costituzionale, uno dei più significativi dei quali è – come si sa – la tecnica dell'interpretazione conforme, ma di essi non giova ora dire). La pronuncia che ha dato l'occasione per queste notazioni offre un'ulteriore, particolarmente rilevante, testimonianza della preoccupazione costantemente avvertita dalla Corte di invasioni di campo da parte dei giudici comuni, portati talora ad appropriarsi del compito, che la Corte stessa ritiene essere esclusivamente suo proprio, di accertare l'incostituzionalità delle leggi e, in genere, delle norme di primo grado. Una preoccupazione che la Corte non ha taciuto di nutrire molte volte ed in relazione a plurime esperienze (ad es., per ciò che attiene alla eventuale applicazione diretta della CEDU in vece di leggi con essa incompatibili, risolutamente scartata).

<sup>20</sup> Altro è, dunque, chi ha titolo a concorrere alla formazione della norma (lo Stato, coi suoi organi) ed altro ancora chi ha titolo a darne il riconoscimento (un organo estraneo allo Stato, la Corte internazionale di giustizia). E, tuttavia, come sempre avviene in relazione alle norme consuetudinarie (anche di diritto interno), chi le produce per ciò stesso le... *riconosce*. Diverso è, ad ogni buon conto, l'organo giurisdizionale cui compete garantirne l'osservanza.



internazionale e diritto interno fatta propria dal giudice costituzionale<sup>21</sup>, persino – come si viene dicendo – laddove si tratti di norme alle quali si applica (o *dovrebbe* applicarsi) il meccanismo dell’adattamento automatico<sup>22</sup>.

*2. Decisioni della Corte costituzionale giudicate “mostruose” e tecniche decisorie che le rendono palesi (esempi tratti dalla giurisprudenza pregressa, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale o sovranazionale)*

L’aporia di costruzione che risulta dallo iato tra la premessa (la qualifica come “inesistente” della norma oggetto del giudizio) e la conseguenza nell’utilizzo della tecnica decisoria (la dichiarazione d’infondatezza della questione) non è la sola tra quelle rilevabili in seno alla [sent. n. 238](#) al piano degli strumenti processuali. Ancora prima della pronuncia sul caso, vistosa (e francamente inaccettabile) è la dilatazione dell’oggetto del giudizio, che – come si è fatto altrove notare<sup>23</sup> – misteriosamente si sposta da una norma risultante da un “atto”, ad una norma non scritta, quella interna di adattamento.

Il punto è stato toccato in precedenti riflessioni e non indugio ora ad intrattenermi nuovamente su di esso. Parto tuttavia dalla constatazione appena fatta per interrogarmi sui suoi possibili sviluppi nella pratica di là da venire, specie – come si diceva – in quella giudiziale, circoscrivendo lo studio al solo campo di esperienza qui di specifico interesse e non ragionando dunque a riguardo di eventuali proiezioni delle conclusioni raggiunte nella [238](#) in altri campi<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Di “a high peak of a new form of robust dualism” discorre, con riferimento alla decisione in commento, R. KOLB, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in [www.qil-qdi.org](http://www.qil-qdi.org), 16 dicembre 2014, § 2 (e ancora: “... not a separation but a divorce of municipal and international law”: § 6).

<sup>22</sup> La distinzione tra ciò che esiste nell’un ordinamento (internazionale) e ciò che (non) esiste nell’altro ordinamento (interno) va comunque tenuta ferma, per la elementare ragione che alle relazioni tra gli ordinamenti stessi (e le loro norme) non può che riguardarsi dalla prospettiva (e per le esigenze ricostruttive) dell’uno ovvero dell’altro, con conseguente, possibile diversità delle qualificazioni.

<sup>23</sup> Mi permetto di fare ancora un richiamo al mio *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti”*, cit.; *adde*, ora, anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, cit.

<sup>24</sup> Dubito molto, in ogni caso, che la Corte possa spianare la via all’ammissione del sindacato su norme non scritte diverse da quelle cui fa riferimento l’art. 10, I c., quali ad es. le norme di diritto interno avente natura consuetudinaria. Ad oggi, come si sa, il loro richiamo è valso unicamente in sede di messa a fuoco del parametro costituzionale. Non saprei invero dire quale possa essere il pensiero della Corte nel caso che una norma siffatta dovesse apparire contraria alla Carta costituzionale (specie nei suoi principi fondamentali). Un’ipotesi, quella ora formulata, che giudico alquanto remota, dal momento che, diversamente dalle consuetudini internazionali, quelle aventi origine interna debbono la loro formazione ai massimi organi dello Stato, con l’acquiescenza della comunità che, non facendo ad esse resistenza, implicitamente ne riconosce la validità. Si tratta dunque di vicende governate e pressoché per intero segnate



Le alternative che, in astratto, al piano teorico si pongono sono, a mio avviso, radicali e stringenti, riducendosi ai tre corni seguenti: 1) di considerare quello effettuato con la [238](#) un giudizio del tutto “nuovo” (di “quinto tipo”, com’è stato chiamato da una sensibile dottrina<sup>25</sup>) e, per ciò stesso, come mi è venuto di dire in altra occasione, “mostruoso” (e, di conseguenza, “inesistente”); 2) di considerarlo, invece, non “nuovo”, ma ugualmente “mostruoso”, a motivo delle contraddizioni logiche rese palesi dalla parte motiva della decisione, e perciò ancora una volta “inesistente”; 3) di prendere atto del verdetto emesso dalla Corte, senza sovrapporre alcun personale giudizio al giudizio emesso dalla Corte stessa, verificando quindi quali ne possano essere gli eventuali “seguiti”.

La prima ipotesi mi sembra, per vero, sprovvista di solide basi teoriche. Il giudizio della Corte è stato incardinato con le forme usuali della rimessione per via incidentale e si è quindi svolto nelle forme parimenti proprie di quest’ultima. Non si è dunque in presenza di una competenza nuova, che la Corte si sarebbe data da sé (ciò che, di tutta evidenza, sarebbe stato aberrante, “mostruoso” appunto); si è piuttosto trattato di un uso assai peculiare (e, a dirla tutta, inaccettabile) della competenza a giudicare delle leggi e degli atti a queste equiparati. Ma questa è appunto cosa diversa rispetto alla invenzione di una nuova competenza. La dottrina che ha affacciato questa ipotesi, da me già altrove criticata, mi fa ora notare di non aversi voluto riferire ad una nuova “competenza” bensì

---

dal principio di effettività. L’“inesistenza” della norma, dunque, sarebbe di mero fatto, non già il frutto di una qualificazione giuridicamente sanzinatoria, quale quella che si è avuta nella [238](#). Accenno poi qui di sfuggita al fatto che negare la materiale esistenza della consuetudine in una congiuntura siffatta non equivale a negare in via generale l’esistenza delle norme consuetudinarie, così come invece argomentato da una sensibile dottrina (R. BIN, in più scritti, a partire da *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 38 ss., fino a *I fatti, le norme e la responsabilità dell’interprete*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Zagrebelsky*), con tesi tuttavia a mia opinione discutibile tanto al piano teorico- astratto quanto con specifico riferimento al nostro ordinamento (v., infatti, volendo, il mio *Costituzione e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012). Il misconoscimento della consuetudine come oggetto (non, dunque, come parametro) può, nei fatti, rinvenire giustificazione nella circostanza per cui essa – come si viene dicendo – gode del formidabile sostegno assicurato dall’adesione datavi da cittadini ed operatori. E invero non può realisticamente ignorarsi il diverso contesto che si ha laddove si faccia questione dell’ingresso in ambito interno di una norma altrove formatasi rispetto al caso di norma invece la cui gestazione risulti profondamente radicata nel tessuto politico-istituzionale del nostro ordinamento, una norma alla cui venuta alla luce un fattivo concorso sia dunque, verosimilmente, venuto dalla stessa Corte; e, così stando le cose, viene difficile immaginare che quest’ultima voglia smentire se stessa dopo un precedente avallo dato al fatto consuetudinario. Ad ogni buon conto, nella pur improbabile ipotesi che il giudice delle leggi dovesse trovarsi davanti ad una consuetudine riconosciuta come contraria a Costituzione, suppongo che la metterebbe puramente e semplicemente da parte, giudicandola cioè “irrelevante” al fine della risoluzione della controversia, astenendosi pertanto dall’“annullarla”, esattamente così come – si vedrà a breve – si ha per altre specie di norme, pure astrattamente suscettibili di essere portate alla cognizione della Corte stessa.

Di tutto ciò, tuttavia, in altro luogo.

<sup>25</sup> L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 10 novembre 2014.

ad un nuovo “giudizio” della Corte<sup>26</sup>; poi però questo stesso studioso ancora una volta elenca i quattro “giudizi” propri della Corte stessa (quelli sulle leggi, sui conflitti, sull’ammissibilità delle domande referendarie, sulle accuse), che altro non sono che le “competenze” suddette. Insomma, possiamo anche cambiare il nome – se così più piace – ma la cosa resta sempre la stessa.

La seconda ipotesi sembra invece essere maggiormente argomentabile al piano teorico. Non c’è tuttavia da farsi alcuna meraviglia dell’esito, invero sconcertante, sulla sua base raggiunto. Non pochi sono, infatti, come si sa, i casi di verdetti francamente inspiegabili o, diciamo pure, “mostruosi” e che, come tali, da se medesimi si portano, a mia opinione, fuori dello scudo protettivo eretto dall’art. 137, ult. c., cost.<sup>27</sup>, ove si convenga che esso presuppone la esistenza delle decisioni alle quali offre “copertura”, pur se le decisioni stesse appaiano astrattamente censurabili, non già la loro inesistenza quale conseguenza della mostruosità del verdetto<sup>28</sup>.

Se n’è avuta più di una testimonianza proprio con riguardo alle relazioni tra diritto interno e diritto (in senso lato) esterno (e, segnatamente, internazionale, per un verso, e, per un altro verso, sovranazionale); e – si faccia caso – è la stessa giurisprudenza non poche volte a darla in modo esplicito, per il modo con cui fa utilizzo degli strumenti processuali, rendendo così manifeste le aporie delle costruzioni alle quali pone mano. Un particolare rilievo è infatti, a mia opinione, da assegnare proprio alle tecniche decisorie, più (e prima ancora) che agli indirizzi di merito a cui sostegno esse sono adottate, in sede di verifica della linearità degli svolgimenti argomentativi presenti nelle decisioni della Corte, da cui appunto può appunto dipendere la giuridica “esistenza” di queste ultime<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Ancora L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 15 dicembre 2014.

<sup>27</sup> Per quest’ordine di idee, si tratta poi di stabilire come fare in concreto valere la mancata “copertura” del disposto costituzionale ora richiamato; si vedrà a momenti che può, al riguardo, soccorrere il diritto di resistenza, nelle peculiari forme di cui si riveste nel campo della giustizia costituzionale.

<sup>28</sup> Che poi la esistenza stessa possa essere, ed effettivamente sia, in taluni casi di difficile e comunque opinabile riscontro è cosa diversa, secondo quanto si è già tentato di mostrare ragionando appunto della esistenza della parte motiva delle decisioni della Corte, resa palese da condizioni minime di interna coerenza e sufficienza [maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 1 ss., spec. 24 ss.].

<sup>29</sup> In altri luoghi mi sono sforzato di mostrare che il rischio paventato già molti secoli addietro da Giovenale e racchiuso nell’inquietante interrogativo a riguardo di chi possa controllare i controllori può essere contenuto, se non interamente fugato, unicamente laddove si disponga di meccanismi o di indici sufficientemente sicuri, in grado di verificare la linearità degli svolgimenti argomentativi, di cui è parola nel testo. Allo scopo può appunto soccorrere la fedeltà della Corte rispetto a se stessa, un banco di prova particolarmente attendibile della quale si ha proprio sul terreno degli strumenti processuali, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

Faccio solo tre esempi a riprova di questo assunto (ma molti altri ancora potrebbero essere adottati).

Il primo ha riguardo al mutamento d'indirizzo segnato dalla [sent. n. 170 del 1984](#) in ordine alle tecniche decisorie con cui vanno risolte le antinomie tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario. In precedenza, come si sa, si ammetteva che le norme sovranazionali potessero, se sopravvenienti rispetto a quelle interne, determinare l'abrogazione (o, come che sia, la modifica) di queste ultime; la decisione sopra richiamata, invece, lo ha categoricamente escluso. Dapprima, le leggi "anticomunitarie" e successive rispetto alle norme sovranazionali erano sanzionate con la tecnica dell'annullamento da parte del loro giudice naturale, la Corte, per violazione indiretta dell'art. 11 cost.; poi, sempre con la decisione in parola, la Corte stessa ha ammesso di avere sbagliato e si è determinata per la "non applicazione" delle norme interne (sempre che, ovviamente, quelle sovranazionali da esse violate risultino materialmente suscettibili di essere subito applicate in vece delle prime)<sup>30</sup>.

Si faccia caso. Qui, non si è avuto un semplice mutamento, anche radicale, d'indirizzo giurisprudenziale giustificato da situazioni di fatto e/o di diritto sopravvenienti e appunto diverse da quelle anteriori<sup>31</sup>. Si è invece trattato, puramente e semplicemente, di una

---

<sup>30</sup> Seguivo a considerare inspiegabile il fatto che – fermo il bisogno di fare, ancora al presente, appello all'art. 11 a giustificazione, in ambito interno, del primato del diritto dell'Unione –, differenziate rimangono poi le tecniche con le quali il primato stesso si fa valere a seconda che le norme eurounitarie siano, o no, dotate dell'attitudine ad essere portate ad immediata applicazione, facendosi pertanto utilizzo ora dello schema della invalidità (per violazione di fonte interposta) ed ora invece di quello della "non applicazione" (che implica la validità della norma messa da canto), malgrado appunto la comune "copertura" in ogni caso offerta dall'art. 11 al diritto sovranazionale.

La situazione che viene allora a determinarsi, ogni qual volta una norma di legge non abbia prestato rispetto ad una norma dell'Unione autoapplicativa, parrebbe essere singolare, tale da dar vita ad un problema logicamente insolubile. Perché, per un verso, avendosi indiretta violazione dell'art. 11, dovrebbero comunque attivarsi le procedure volte alla caducazione dell'una norma da parte del suo giudice naturale, la Corte costituzionale, facendosi pertanto utilizzo dello schema usuale della fonte interposta. Solo che in tal modo verrebbe contraddetto il trattato che impone l'applicazione immediata delle norme dell'Unione che appunto presentino l'attitudine ad essere subito fatte valere. D'altro canto, facendosi luogo alla immediata applicazione di tali norme, si metterebbe da canto la "logica" della invalidità, che sarebbe imposta da quello stesso art. 11 che in ambito interno costituisce l'esclusivo e necessario fondamento del primato del diritto dell'Unione.

Insomma, il differenziato regime, articolato nelle due forme della invalidità e della non invalidità bensì della "non applicazione", per l'uno o per l'altro aspetto, lascia comunque insoddisfatti. Mi chiedo allora se non si possa evocare in campo, a mo' di *deus ex machina* in grado di dipanare una matassa in modo inestricabile aggrovigliata, una *metanorma consuetudinaria* giustificativa dello stesso, ancorché non ne sia chiara, dal punto di vista costituzionale, la *ratio*. Come che stiano al riguardo le cose, non è ad ogni buon conto di ciò che siamo oggi nuovamente a discorrere.

<sup>31</sup> Il mutamento, infatti, richiede di conformarsi a ragionevolezza, di essere *quodammodo* prevedibile, appunto alla luce del diverso contesto positivo e fattuale in cui il giudizio di costituzionalità s'inscrive e svolge; restando, di contro, immutata la "situazione normativa" che lo connota e giustifica, il mutamento stesso si rivelerebbe il frutto di un atto di pura autorità, con grave pregiudizio, a un tempo, del carattere giurisdizionale della funzione esercitata (gli atti che ne danno esercizio bisognando sempre di essere

opzione teorica innovativa ed espressiva di un indirizzo metodico irriducibile rispetto a quello a base della precedente ricostruzione dei rapporti interordinamentali, un'opzione frutto – come si diceva – della ammissione di un “errore” anteriore cui era ormai tempo di porre rimedio. Un'ammissione dunque (e a dirla tutta) del carattere “mostruoso” del precedente indirizzo e dei verdetti ad esso conseguenti che, col senno di poi, avrebbero meritato di essere puramente e semplicemente messi da canto ma che, fintantoché non v'è stato il *placet* in tal senso dato dallo stesso giudice costituzionale, non si concepiva che potessero essere messi da chicchessia in discussione. Come dire, insomma, che – può piacere così come non piacere – la “copertura” dell'art. 137, ult. c., vale tanto per le decisioni “esistenti” quanto per quelle “inesistenti”, laddove – come si è tentato di mostrare – così non è (o, meglio, non *dovrebbe* essere)<sup>32</sup>.

Il secondo esempio è, per vero, più incerto ma credo di poter dire ugualmente fattibile; e concerne la condizione della legge di esecuzione della CEDU, specificamente nel caso, a giudizio della Corte astrattamente configurabile per quanto concretamente remoto, che una norma della Convenzione appaia essere incompatibile con norma costituzionale<sup>33</sup>.

---

congruamente motivati e, perciò, giustificati) e della certezza del diritto. Di conseguenza, potrebbe risultarne sollecitata l'attivazione di meccanismi difensivi da parte degli operatori restanti o degli stessi cittadini, volti a porre un argine alle derive autoritarie del massimo garante della legalità costituzionale, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

<sup>32</sup> V'è tuttavia un modo, astrattamente configurabile, per argomentare che l'art. 137 possa valere a “copertura” degli stessi verdetti “inesistenti” della Corte, ragionando nuovamente nel senso che si sarebbe ormai formata per via consuetudinaria una metanorma di riconoscimento della non impugnabilità di *qualsiasi* pronunzia della Corte stessa, al cui avvento e radicamento nell'esperienza avrebbero dato il loro fattivo concorso gli operatori restanti e la stessa pubblica opinione, mostratisi acquiescenti nei riguardi delle pronunzie medesime. Si dovrebbe insomma immaginare l'esistenza di norme consuetudinarie non meramente integrative bensì derogatorie della Costituzione, giusta la lettura in premessa data del disposto di cui all'art. 137 che restringe la “copertura” in parola alle sole decisioni “esistenti”. A prescindere però dalle riserve cui va incontro la categoria delle consuetudini *contra Constitutionem* (e, per taluno, la stessa esistenza delle consuetudini costituzionali *tout court...*), è francamente assai arduo accedere all'ordine di idee secondo cui sarebbe consentito dare un avallo costituzionale a ciò che non... *esiste*.

<sup>33</sup> Ci dice la Corte: ... con *qualunque* norma costituzionale e non soltanto coi principi fondamentali della Carta, per quanto a me pare che, a motivo dei suoi contenuti e della trama a maglie larghe o larghissime dei suoi enunciati, in tutto e per tutto assimilabili a quelli propri delle Carte costituzionali, le norme della Convenzione siano *naturalmente* portate a confrontarsi esclusivamente con principi fondamentali della Costituzione o, comunque, con norme di diritto interno da questi “coperte”. Per quest'aspetto, dunque, le differenze, usualmente intraviste al piano dei limiti, tra la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo (questa, diversamente da quella, essendo tenuta alla sola osservanza delle norme costituzionali espressive di principi) risultano in concreto azzerate, secondo quanto è peraltro avvalorato dall'esperienza che non conosce casi di diverso trattamento all'una ed all'altra Carta riservato. L'assimilazione, poi, può spingersi anche ad altri profili: si pensi, ad es., all'eventualità, espressamente presa in considerazione dalla giurisprudenza, che la CEDU e la Carta dell'Unione (o altra Carta ancora) contengano norme sostanzialmente riprodottrici di norme non scritte della Comunità internazionale; nel qual caso, il regime verrebbe a dipendere non già dalla *fonte* (dalla sua provenienza o dalla sua forma) bensì dalle sue *norme*, dall'essere appunto materialmente consuetudinarie, ancorché razionalizzate da questa o quella Carta. Una evenienza, dunque, che porta ad una dissociazione di regime in seno allo stesso documento normativo, alcune sue norme risultando provviste di forza “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*) ed andando pertanto incontro ai medesimi limiti ai quali soggiacciono le norme contenute in leggi costituzionali, mentre

Ebbene, fino alla [sent. n. 311 del 2009](#) la Corte non ha mai taciuto che, verificandosi l'antinomia ora presa in considerazione, la norma convenzionale possa essere sanzionata nella forma usuale dell'annullamento della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”. A partire dalla decisione ora richiamata, invece la Corte si è prudentemente limitata a rilevare l'inidoneità della norma convenzionale contraria a Costituzione ad integrare il parametro costituzionale. Una soluzione teorica, questa, da me già in altri luoghi caldeggiata<sup>34</sup>, in cui si è rilevato che la norma convenzionale incostituzionale sarebbe da considerare “irrelevante” per la soluzione del caso, sì da poter appunto essere meramente “disapplicata” (o, diciamo meglio, “non applicata”), non ostando perciò alla perdurante applicazione di norme di legge con essa incompatibile<sup>35</sup>.

Se si vuole, può intravedersi un'analogia tra la soluzione in parola e quella adottata con la [238](#), in un caso e nell'altro non producendosi la norma interna di recepimento della norma di origine esterna. Come si diceva, però, al piano dei rapporti tra diritto interno e CEDU (e, a me pare, Carte dei diritti in genere), la Corte non ha ancora esplicitato con chiarezza il suo pensiero sul punto.

Un'ulteriore assonanza può poi vedersi tra la fattispecie di cui alla [238](#) e quella che si ha ogni qual volta la CEDU entri in rapporto col diritto interno. In entrambi i casi, infatti, la Corte ha ammesso che le norme costituzionali sulla normazione, quali quelle di cui

---

altre sono provviste di forza “subcostituzionale”, quale – a dire della Consulta – sarebbe propria della CEDU. Alle une norme, dunque, sempre a stare all'ordine di idee patrocinato dalla giurisprudenza, potrebbe anche per il profilo ora considerato darsi in astratto la qualificazione della giuridica “inesistenza” in ambito interno, della quale si è ragionato poc'anzi.

<sup>34</sup> ... a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.

<sup>35</sup> Si tratterebbe, insomma, di far qui uso, a ruoli invertiti, dello schema teorico fatto valere al piano dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno. Invece di “non applicare” la norma interna contraria al diritto stesso, nel caso ora discusso nel testo si dovrebbe “non applicare” la norma convenzionale incompatibile con la Costituzione: con la non secondaria differenza, però, che l'una antinomia può e deve esser rilevata direttamente dal giudice comune, mentre l'altra richiederebbe l'obbligatorio suo accertamento da parte del giudice costituzionale, a meno che non si ammetta (specie a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16 allegato alla CEDU) che, una volta consultata la Corte di Strasburgo, possa lo stesso giudice comune (ma solo quello di ultima istanza) determinarsi in ordine alla sussistenza o meno dell'antinomia in parola.

Come che stiano al riguardo le cose e pur laddove dovesse essere tenuta ferma la competenza del giudice delle leggi in materia, a me pare che quest'ultimo potrebbe non tardare molto a dare esplicita accoglienza alla ricostruzione affacciata nel mio scritto da ultimo cit. e qui nuovamente proposta, tanto più dopo la decisione odierna sulla condizione delle norme internazionali consuetudinarie lesive di principi fondamentali: non “esistendo” la norma interna di adattamento, la norma internazionale di riferimento diventa dunque “irrelevante” per la soluzione del caso [l'accostamento tra la soluzione da me patrocinata al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario o convenzionale con quella di cui alla [sent. 238](#) può ora vedersi anche in A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 3027 in nt. 9].

all'art. 10, I c., e 117, I c., cost., possano (e debbano) soggiacere a bilanciamento con altre norme costituzionali, e segnatamente con quelle espressive di diritti fondamentali, avuto specifico riguardo – ha fatto notare la giurisprudenza sulla CEDU<sup>36</sup> – al caso che le norme interne si dimostrino in grado di innalzare il livello della tutela dei diritti stesse rispetto a quello raggiungibile per effetto dell'applicazione di norme convenzionali incompatibili con norme legislative. Si sarebbe tuttavia in presenza di un bilanciamento... *sbilanciato*, risolvendosi esso ad esclusivo beneficio delle norme costituzionali sostantive, col conseguente accantonamento di quelle sulla normazione. Da ultimo, tuttavia, la Corte parrebbe aver preso le distanze da siffatto orizzonte teorico, non ragionando più di un possibile contrasto tra le une e le altre norme costituzionali<sup>37</sup>. A mio avviso, giusta la ricostruzione qui datane e ripresa da studi precedenti, si tratta di una opportuna correzione di rotta, sol che si pensi che – ferma la premessa del previo accertamento della miglior tutela apprestata dal diritto interno rispetto alla Convenzione – nessuna violazione in tesi si dà nei riguardi dell'art. 117, I c., tale da porre l'operatore nella sofferta alternativa di dare la precedenza alla norma sulla normazione in parola ovvero ad altra norma costituzionale, di natura sostantiva, nei cui riguardi quella legislativa contraria a Convenzione si dimostri essere servente. Nessuna violazione, per la elementare ragione che – come si è fatto altrove notare – è la stessa Convenzione (art. 53) a volersi fare da parte davanti a norme interne idonee ad innalzare il livello della garanzia dei diritti.

Non importa, ora, ovviamente approfondire il punto, interrogandosi sullo scenario che potrebbe venirsi a determinare nel caso che il giudizio espresso dalla Corte circa la norma, interna ovvero esterna, idonea ad offrire la più intensa tutela risulti quindi contraddetto da un (anteriore o posteriore) giudizio della Corte europea. Né giova qui stabilire se, nell'ordine interno, siffatti accertamenti competano alla sola Corte costituzionale ovvero se possano (o, addirittura, debbano), *perlomeno in alcuni casi*, venire anche dai giudici comuni e persino solo da questi<sup>38</sup>. Importa solo mettere in evidenza che – come si diceva – le tecniche decisorie possono col tempo cambiare, senza che peraltro si diano

---

<sup>36</sup> V., part., [sent. n. 317 del 2009](#) e successive.

<sup>37</sup> [Ord. n. 223 del 2014](#).

<sup>38</sup> Non è affatto detto, infatti, che due norme poste a confronto, allo scopo di accertare quale di esse porti più in alto il livello della tutela dei diritti, siano reciprocamente incompatibili, sì da giustificarsi che della questione sia investita la Consulta, il ricorso ai cui giudizi presuppone appunto la sospetta esistenza di un'antinomia (da una prospettiva e con svolgimenti argomentativi diversi da quelli di qui, la controversa questione relativa all'applicazione diretta della CEDU è nuovamente riconsiderata da A. GUAZZAROTTI, nello scritto sopra cit., 3025 ss.).



sopravvenienti elementi, di fatto o normativi, che ne diano la giustificazione o, al rovescio, che diano giustificazione delle tecniche vecchie ed abbandonate.

L'ultimo esempio riguarda proprio l'ambito di esperienza in cui si situa la pronuncia che ha dato lo spunto per questa riflessione. La Corte non confessa nella [238](#) di voler prendere le distanze dall'impostazione data ai rapporti tra norme internazionali non scritte e norme costituzionali con la [sent. n. 48 del 1979](#), specificamente per ciò che concerne il differenziato regime secondo quest'ultima decisione valevole rispettivamente con riguardo al caso che la norma consuetudinaria incompatibile con la Costituzione preceda ovvero segua l'entrata in vigore di quest'ultima: nell'un caso prevalendo, in virtù del principio di specialità, sopra ogni norma costituzionale (e persino sugli stessi principi fondamentali<sup>39</sup>); nell'altro, invece, soggiacendo – come si è veduto – all'osservanza dei principi di base dell'ordinamento<sup>40</sup>. Un regime, invece, ci dice l'odierna decisione che non può mutare, quale che sia l'ordine temporale delle norme in reciproco contrasto, i principi stessi ponendosi comunque a limite invalicabile dalle norme di origine esterna.

Non intendo, ancora una volta, per deliberato proposito, interrogarmi su quale sia la soluzione giusta. Non posso tuttavia trattenermi dal manifestare le mie perplessità nei riguardi della spiegazione ancora di recente data da un'autorevole dottrina a sostegno dell'applicazione in ogni caso delle stesse norme consuetudinarie anteriori, assumendosi che l'art. 10, I c., darebbe per provata una volta per tutte la loro compatibilità con la Carta stessa, sì da non potersi il giudice comune neppure porre la domanda circa la loro validità o "esistenza"<sup>41</sup>. Si trascura tuttavia di considerare che – tranne casi macroscopici di reciproca e frontale contrapposizione, quale quello sopra richiamato a riprova della eventuale presenza di norme "anticostituzionali" – le antinomie non possono né ammettersi né escludersi in base alla data di nascita delle norme in campo, rendendosi pertanto palesi in astratto, *in vitro*, risultando piuttosto apprezzabili unicamente *in vivo*, alla luce cioè del caso, per il modo con cui esso porta alla ricognizione di senso dei

---

<sup>39</sup> Il possibile superamento di questi ultimi – checché se ne dica – nella [238](#) è *per tabulas* attestato dal fatto che, in sede di rimessione della questione decisa nel '79, è stata denunciata la violazione di principi fondamentali, nel merito della quale la Corte tuttavia non si è addentrata chiudendo subito la partita con l'appello al canone della specialità.

<sup>40</sup> L'*overruling* è stato prontamente segnalato dalla più attenta dottrina [P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli stati esteri dalla giurisdizione civile*, in [www.diritticomparati.it](#), 28 ottobre 2014, e, ora, T. GROPPÌ, *La Corte costituzionale e la storia profetica*, cit.].

<sup>41</sup> G. GUARINO, [Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?](#), in [Consulta OnLine](#), [2014](#), 4 dicembre 2014, § 4.



materiali normativi in campo, alla loro mutua combinazione e complessiva messa a punto<sup>42</sup>.

Piuttosto, la soluzione favorevole a dar spazio a norme consuetudinarie seppur precedenti ed incompatibili rispetto a norme costituzionali, ferma nondimeno l'osservanza dei principi fondamentali<sup>43</sup>, potrebbe ancora meglio essere argomentata, così come – si sa – si è fatto da un'accreditata dottrina, facendo appello al carattere “speciale” delle prime. Eppure, a questa stessa dottrina si è, con altrettanto buoni argomenti, opposto che la prevalenza delle norme costituzionali, ancorché inespressive di principi, nei riguardi di anteriori norme di diritto internazionale non scritto potrebbe giustificarsi nel rilievo che il principio dell'adattamento automatico in via generale stabilito per ogni norma internazionale consuetudinaria potrebbe essere derogato da altra norma costituzionale che appunto osti all'ingresso in ambito interno di norme con essa

---

<sup>42</sup> Fa utilizzo di quest'argomento, da tempo in via generale avanzato e ora diffusamente circolante con riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, con specifico riferimento al caso di cui alla [238](#): P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 17 novembre 2014.

<sup>43</sup> Si è però veduto, richiamando la [sent. n. 48 del 1979](#), che secondo l'avviso al tempo manifestato dalla Corte il canone della specialità potrebbe far da scudo a norme internazionali pur contrarie ai principi di base dell'ordinamento, nel mentre secondo la [sent. n. 238 del 2014](#) l'intangibilità dei principi stessi dovrebbe esser comunque fatta salva.

A mio modo di vedere, entrambi i corni estremi dell'alternativa suddetta, nella loro radicale contrapposizione, non sono da accogliere, la soluzione giusta passando attraverso il costante e necessario bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti (e, perciò, le norme che se ne fanno cura), potendo di conseguenza portare ad esiti ora in un senso ed ora nell'altro. Per ragioni che si sono altrove rappresentate, è infatti altresì da prendere in considerazione il caso di norma (non importa se di origine esterna o interna) che, seppur incompatibile rispetto a questo o quel principio fondamentale, ugualmente abbia modo di affermarsi, laddove si dimostri servente nei riguardi di altri principi fondamentali prevalenti in sede di bilanciamento e, perciò, a conti fatti, risulti in grado di far valere al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, la Costituzione come “sistema”. Può però aversi anche l'inverso; e norme internazionali confliggenti con norme interne che pure, in sé e per sé, non costituiscono principi possono trovarsi costrette a recedere davanti a queste ultime ove risulti provato che è solo così che la Costituzione può affermarsi al meglio di sé, in ragione del contesto in cui s'inscrive ed opera. Si tratta, dunque, di fare, una volta di più, applicazione del canone della tutela più “intensa” dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, visti appunto nel loro comporsi in “sistema”, facendo luogo ad un bilanciamento anche di tipo diacronico, vale a dire soppesando la “situazione normativa” quale si ha mantenendo in vita la norma *sub iudice* con quella che invece si avrebbe per effetto della sua caducazione ed interrogandosi circa quale di esse comporti il costo maggiormente tollerabile per la Costituzione ed i suoi valori.

Tutto ciò posto, preferisco ora non discostarmi dall'ordine di idee in cui si dispone la comune dottrina e fatto proprio dalla giurisprudenza, quale risulta appunto rappresentato, ancora da ultimo, nella decisione che ha offerto lo spunto per questa riflessione.

incompatibili, se anteriormente venute alla luce<sup>44</sup>. Si avrebbe, in breve, una *rottura della Costituzione*, la norma costituzionale “speciale” prevalendo su quella generale<sup>45</sup>.

Come che stiano le cose, sta di fatto che, riguardando ad esse dal punto di vista della Corte, è palese lo slittamento di piano e, di conseguenza, il mutamento d’indirizzo riscontrabile nel passaggio dalla [sent. n. 48 del 1979](#) alla [sent. n. 238 del 2014](#), quest’ultima palesemente abbandonando il precedente modo di ricostruire le relazioni tra gli ordinamenti (e le norme che vi danno espressione), grazie all’utilizzo di una tecnica decisoria innovativa rispetto a quella posta a base della precedente decisione, una tecnica dunque che – piaccia o no – a conti fatti smentisce e delegittima la vecchia.

Torna così a riproporsi il quesito dietro già formulato: che fare, dunque, laddove si reputi di essere in presenza di usi indebiti delle tecniche decisorie?

*3. L’eventuale, auspicato mutamento di giurisprudenza rispetto all’indirizzo avviato dalla 238, con conseguente correzione della tecnica decisoria in quest’ultima utilizzata*

Ora, è bensì vero che – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi ed ho precisato anche nel mio precedente commento alla [238](#) –, davanti agli errori (specie se macroscopici, “mostruosi” appunto) dei massimi organi del sistema (e, più ancora, dell’organo che tutti può controllare senza essere controllato da alcuno, la Corte), non v’è altra via che quella dell’esercizio del diritto di resistenza, il quale peraltro – come subito

---

<sup>44</sup> Se invece le norme non scritte della Comunità internazionale dovessero venire a formazione posteriormente rispetto all’entrata in vigore delle norme costituzionali, potrebbero prevalere su queste ultime, a motivo della forza “paracostituzionale” di cui sono provviste. L’avvicendamento nel tempo delle norme in parola sarebbe, dunque, governato dal canone della *lex posterior*. Ci si è tuttavia chiesti se ciò che vale al piano dei rapporti tra norme consuetudinarie e norme della Costituzione possa in tutto e per tutto valere altresì a quello dei rapporti con norme di legge costituzionale, segnatamente se queste ultime possano derogare a norme internazionali ormai immesse in ambito interno. La deroga infatti – si è fatto notare – ridonderebbe in deroga al principio di “copertura”, di cui all’art. 10, I c. La qual cosa, mentre – come si vedrà – sarebbe consentita a *norma della Costituzione*, quale manifestazione genuina ed irripetibile del potere costituente, non lo sarebbe a *norma di legge costituzionale*, quale espressione di potere costituito, stante il carattere “fondamentale” del principio stesso. Ad una siffatta ambientazione della spinosa questione sembra però che si possa opporre proprio l’argomento utilizzato nella [238](#), vale a dire che le norme sulla normazione possono soggiacere a bilanciamento con norme sostantive, se del caso dunque recedendo davanti a queste ultime, laddove ciò sia richiesto al fine di assicurare l’ottimale affermazione della Costituzione come “sistema” (sul punto, v. infatti gli ulteriori svolgimenti di cui *infra*).

<sup>45</sup> In realtà, non tanto qui si ha riscontro del canone della specialità, usualmente fatto valere nei rapporti tra norme che si succedano nel tempo, quanto di quello sistematico, puntandosi alla riconciliazione di enunciati apparentemente incompatibili appartenenti al medesimo documento normativo e ricomposti ad unità significativa, appunto grazie alla sottrazione dalla cerchia dei comportamenti astrattamente riconducibili alla norma generale di quelli specificamente riportabili alla norma speciale.

si dirà – ha anche manifestazioni indolori o *soft*. È pur vero tuttavia che l'azionabilità del diritto stesso appare essere alquanto problematica e disagiata.

Non di rado (ed alcuni degli esempi dianzi fatti ne danno conferma), invero, i mutamenti di giurisprudenza della Consulta si devono a ripetute sollecitazioni delle autorità remittenti ovvero ad indicazioni risultanti dalle memorie di coloro che si costituiscono in giudizio. Alle volte, come si sa, si assiste ad un vero e proprio *pressing* dei giudici comuni che, non riconoscendosi nell'indirizzo della Corte, premono con vigore, infaticabilmente, per la sua correzione: vale per il merito e vale anche per le tecniche decisorie.

Non è perciò da scartare l'idea che la stessa questione già decisa con la [238](#) possa tornare davanti alla Corte: la dichiarazione d'"infondatezza", in vece della inammissibilità, spiana la via a quest'esito. Anche così – se ci si pensa – si fa in modo morbido "resistenza" ad un verdetto della Corte sgradito, giudicato erroneo. L'operazione poi – come si sa – alle volte riesce. Non pochi sono infatti i casi in cui la Corte muta registro, persino convertendo un'antecedente pronuncia d'inammissibilità in una di merito, addirittura di accoglimento. Lo stesso giudice costituzionale, in qualche modo, in relazione a talune questioni o circostanze, mostra di voler incoraggiare quest'esito<sup>46</sup>.

Possiamo, dunque, dividerci circa la qualificazione di siffatte pressioni da parte dei giudici comuni nei riguardi della Consulta, se cioè darne – come un momento fa si diceva – l'opportuna rappresentazione ricorrendo allo schema teorico del diritto di resistenza ovvero se facendo appello ad altre categorie teoriche. Il risultato pratico, nondimeno, non muta, trattandosi pur sempre di esperienze che prefigurano innovazioni anche radicali d'indirizzo della giurisprudenza costituzionale.

Nella circostanza che ha portato all'emanazione della [238](#), l'innovazione al piano delle tecniche decisorie sarebbe, a mia opinione, sommamente opportuna, se non altro al fine di rimuovere quelle aporie logiche di costruzione cui si è sopra fatto richiamo. Mi metto nei panni della Corte e, puntando a tener fermo il sindacato accentrato (in buona sostanza sulle norme internazionali, seppur formalmente) sulla norma interna di adattamento – intento, questo, a chiare lettere enunciato nella decisione in esame –, consiglieri di dichiarare che la norma stessa *ordinariamente* si produce, tranne casi macroscopici di

---

<sup>46</sup> Penso, ad es., all'annosa questione del sovraffollamento delle carceri, giudicata inammissibile dalla [sent. n. 279 del 2013](#), che nondimeno si chiude con un vigoroso monito che prelude al possibile, futuro accoglimento della questione, laddove la condizione non dignitosa in cui versano i detenuti non dovesse risultare – come ci si attende – una buona volta protetta.

invalidità o d'“inesistenza”, per “anticostituzionalità”, della norma internazionale di riferimento. Tra l'altro, con un'affermazione siffatta, la Corte, per un verso, si allineerebbe alla propria giurisprudenza relativamente ai casi in genere di violazione dei principi fondamentali e, per un altro verso, non romperebbe bruscamente rispetto all'indirizzo delineato nella [238](#), facendo peraltro luogo ad un'indicazione connotata da interna duttilità di struttura concettuale (o, diciamo pure, da ambiguità), lasciandosi così le mani libere per soluzioni differenziate (anche al piano tecnico) dei casi che dovessero essere portati alla sua cognizione.

Tornando dunque a pronunziarsi sull'annosa questione dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile, la Corte potrebbe far dipendere l'“esistenza” ovvero la non “esistenza” e la validità ovvero l'invalidità della norma interna di adattamento dalla situazione di fatto su cui s'innesta il diritto di cui reclama tutela chi fa appello al giudice nazionale<sup>47</sup>.

Nel merito della soluzione fatta propria con la [238](#), non esito a dichiararmi convinto che il verdetto della Corte sia giusto, profondamente giusto, muovendo dall'assunto che la dignità della persona sia un bene non bilanciabile<sup>48</sup>, ponendosi piuttosto – come già rilevavo nel mio precedente commento, riprendendo una felice immagine di un'autorevole dottrina – quale la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita bisognosi di reciproca ponderazione<sup>49</sup>. Gracile ed incompiuta resta tuttavia

---

<sup>47</sup> D'altro canto, è di frequente riscontro nelle esperienze di giustizia costituzionale l'assunzione a parametro del “fatto”, che va perciò a riempire il “contenitore” costituzionale che fa ad esso rinvio, significativamente influenzando e talora, a conti fatti, determinando l'esito del giudizio (indicazioni al riguardo, se si vuole, nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in [Consulta OnLine](#), 2014, 6 novembre 2014).

<sup>48</sup> Così, ora, anche G.M. FLICK, [Elogio della dignità \(se non ora, quando?\)](#), in [www.rivistaaic.it](#), 4/2014. Ha, di contro, ancora una volta riproposto la sua tesi favorevole a che la stessa dignità possa soggiacere a bilanciamento M. LUCIANI, [I controlimiti e l'eterogenesi dei fini](#), cit., spec. al § 4, il quale adduce a sostegno della sua posizione la circostanza per cui si danno condizioni di vita in cui la dignità sarebbe *per tabulas* sacrificata, quale quella dei detenuti. A me pare, tuttavia, che, seppur debba invero convenirsi che allo stato (e perlomeno in molti casi) la detenzione comporta una vistosa e reiterata violazione della dignità, in via di principio (e secondo modello costituzionale) essa può (e deve) aver luogo in modi tali da conciliarsi con l'integrale rispetto della dignità stessa. D'altronde, la stessa Corte costituzionale (nella [sent. n. 279 del 2013](#), sopra richiamata), al pari peraltro della Corte EDU, ha ripetutamente avvertito circa il bisogno di assicurare ai detenuti condizioni di vita comunque rispettose della loro dignità. Una cosa è dunque l'esperienza, un'altra cosa ciò che prescrivono la Costituzione e le altre Carte. Sarebbe, infatti, ben strano e – a dirla tutta – intrinsecamente contraddittorio che si sia prevista la privazione della libertà personale, alla quale – come si sa – si è costretti a far luogo a salvaguardia di beni costituzionalmente protetti dalle norme penali – nella consapevolezza che essa comunque comporti il sacrificio della dignità.

<sup>49</sup> L'immagine della “bilancia” è – come si sa – di G. SILVESTRI, [Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona](#), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 14 marzo 2008; dello stesso, v., ora, le precisazioni che sono in [La dignità umana dentro le mura del carcere](#), in [Dir. pubbl.](#), 1/2014, 3 ss.

l'argomentazione addotta dal giudice costituzionale con la [238](#), specificamente laddove sembra ignorare che le stesse norme sulla normazione (e, segnatamente, quelle che danno l'apertura dell'ordine interno all'ordine internazionale e sovranazionale) possono, per la loro parte, concorrere al pari di altre norme costituzionali alla salvaguardia di valori sostantivi (e, tra questi, dunque, la dignità)<sup>50</sup>.

In realtà, il valore pacifista e quello personalista sono complementari, si danno mutuo ed indefettibile sostegno. Non può esservi piena tutela dei diritti fondamentali della persona se non nella (ed a mezzo della) pace e giustizia tra le Nazioni, che danno senso e sostegno al diritto internazionale e giustificazione alle sue espressioni in ambito interno, così come i valori evocati nell'art. 11 restano privi di significato senza l'effettivo appagamento dato ai diritti. Piuttosto, si tratta – come sempre – di far luogo ad un bilanciamento interno tra norme costituzionali, tutte ed in pari misura portatrici di valori fondamentali, un bilanciamento che non può che farsi in ragione del caso, delle esigenze complessive da esso espresse, del contesto in cui si situa ed ha luogo il bilanciamento medesimo.

Sarebbe, dunque, palesemente incongruo sovraccaricare di valenze ed effetti una decisione che – la si condivida o no – resta del tutto peculiare, fa storia a sé e non si presta – come si è venuti dicendo – ad indebite generalizzazioni, in relazione a “situazioni normative” diverse da quella specificamente giudicata. La Corte non s'è sognata neppure di dichiarare incostituzionale l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile *per ogni caso*; l'ha fatto unicamente per quello portato alla sua cognizione, considerando impossibile la produzione della norma di adattamento nella “situazione normativa” cui la questione di costituzionalità specificamente si riferiva, negli elementi fattuali e normativi che ne davano (e ne danno) la cifra identificante complessiva<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Dalla prospettiva ora adottata, è legittimo il disappunto della dottrina internazionalistica che, in larga schiera, ha deplorato il mancato bilanciamento tra le norme costituzionali sui diritti e quelle che danno l'apertura al diritto internazionale (per tutti, A. TANZI, [Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 26 novembre 2014, spec. al § 1; diversamente, L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso*, cit.); con l'ulteriore precisazione, che mi permetto di affacciare nel testo, secondo cui le norme sulla normazione in genere possono *quodammodo* convertirsi esse pure in norme sostantive o, se si preferisce, esprimere valenze altresì al piano in cui si svolgono le vicende dei diritti, rendendosi dunque a pieno titolo confrontabili con le norme specificamente riguardanti questi ultimi.

<sup>51</sup> È tuttavia chiaro – così perlomeno a me sembra – che, ove si accolga in partenza l'idea della refrattarietà della dignità a soggiacere a bilanciamento alcuno, ogni qual volta essa dovesse venire in gioco in casi diversi la Corte dovrebbe tener fermo il punto di diritto enunciato nella [238](#), salvo a contraddirsi in modo insanabile, vale a dire fa dar vita ancora una volta a verdetti “mostruosi”. Non essendo invece in ballo la dignità, la partita resterebbe aperta ad ogni possibile esito.

4. *La sorte del giudicato civile poggiate sulla norma di adattamento dichiarata dalla Corte costituzionale “inesistente” e gli ulteriori “seguiti” che, anche al piano legislativo, potrebbero esser dati alla 238*

Opposto all’esito della “resistenza” fatta valere dai giudici comuni e dagli operatori in genere nei riguardi del verdetto emesso con la [238](#) è quello in cui si faccia questione del modo o dei modi con cui dare seguito al verdetto stesso.

Forse, la Corte non ha valutato appieno le conseguenze che potrebbero aversi a spingere fino ai loro ultimi e lineari svolgimenti le indicazioni date con la decisione odierna o, forse ed all’inverso, proprio tali conseguenze sono state volute... Chi potrà mai dirlo?

Ora, giusta la premessa secondo cui la norma interna di adattamento è, nella circostanza odierna, da considerare “inesistente”, a me pare che le pronunzie dei giudici comuni che ne hanno fatto applicazione, ancorché passate in giudicato, siano suscettibili di essere rimesse in discussione; il che vale come dire che il giudicato stesso possa, a sua volta, considerarsi affetto dal vizio radicale di giuridica “inesistenza”<sup>52</sup>. Il giudicato formatosi in applicazione di una norma la cui invalidità (in senso debole) sia stata acclarata e che sia stata pertanto annullata può restare non toccato dalla decisione che abbia accertato l’invalidità stessa, secondo i canoni usualmente vevoli in fatto di rapporti tra giudicato costituzionale e giudicato ordinario. Dubito tuttavia che il giudicato<sup>53</sup> che si faccia scudo di una norma “inesistente” possa reclamare la propria intangibilità, proprio perché lo scudo stesso in realtà non c’era, non *poteva* esserci<sup>54</sup>. C’è dunque da attendersi – a me pare – la riapertura di processi già definiti.

Anche per l’aspetto ora considerato, la tesi favorevole a qualificare come “esistente” seppur invalida la norma di adattamento può disporre di un buon argomento a suo sostegno, sempre che – beninteso – si abbia a cuore di evitare la produzione di un effetto devastante, qual è quello che consegue alla dichiarazione d’invalidità per inesistenza della

---

<sup>52</sup> Diversamente, F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *paper*, § 2.

<sup>53</sup> Così, quello di cui a [Cass., Sez. Un., n. 1136 del 21 gennaio 2014](#), specificamente riguardante il diritto, negato, al risarcimento del danno delle vittime dei crimini nazisti.

<sup>54</sup> Potrebbe, dunque, qui trattarsi di uno di quei casi di pronunzia dal contenuto “impossibile” cui fa riferimento un’autorevole dottrina (A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*<sup>6</sup>, Jovene, Napoli 2014, 214) a riguardo delle sentenze civili inesistenti (in argomento, v., part., C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Giappichelli, Torino 1997, e F. AULETTA, *Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili*, Cedam, Padova 1999, spec. 123 ss.).



norma irrispettosa della Costituzione. Se, di contro, si vuol salvaguardare appieno la dignità delle vittime dei crimini nazisti, puntando all'obiettivo del rifacimento dei processi che hanno dato loro torto, allora è giocoforza tener ferma la qualifica della "inesistenza" della norma di adattamento.

So bene che la conclusione appena raggiunta sarà subito rigettata da quanti rimangono ancorati ad una lettura d'ispirazione formale-astratta dei canoni che governano il processo civile (e, segnatamente, dell'art. 395 c.p.c.), assumendo l'irrilevanza di qualsivoglia errore di diritto, la sua incapacità di travolgere il giudicato. La mia sarà pure una voce fuori del coro o, diciamo pure stonata, ma sento di dover qui incoraggiare una lettura costituzionalmente orientata dei canoni stessi, che saldamente ne ancori i significati ai valori fondamentali dell'ordinamento, primo su tutti appunto quello della dignità.

Se poi dovesse ritenersi che una lettura assiologicamente ispirata non sia comunque possibile, debordandone l'esito dai limiti invalicabili del testo, e che perciò il rifacimento dei processi non sia, allo stato attuale del diritto vigente, consentito, ebbene sarebbe allora da mettere in conto l'eventualità che la Corte, perdurando l'inerzia del legislatore, sia nuovamente adita allo scopo di colmare la lacuna legislativa in parola, analogamente a ciò che s'è fatto con la [sent. n. 113 del 2011](#) nel campo penale<sup>55</sup>. Qui come lì, infatti, la soluzione più adeguata a me sembra essere quella di un'additiva di principio che faccia quindi rimando per i suoi congrui svolgimenti alla futura regolazione legislativa e, nel frattempo, dia modo ai giudici di estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso. È vero che la soluzione ora prospettata è dubbio che possa dare ristoro ai soggetti penalizzati da pronunzie passate in giudicato, per quanto una volta sopravvenuta la dichiarazione d'incostituzionalità, nel senso qui ipotizzato, dell'art. 395 c.p.c. sia da prendere in considerazione l'eventualità che la pronunzia del giudice costituzionale rimetta in termini coloro che ne sono beneficiati, abilitati pertanto a chiedere la revocazione del precedente verdetto poggiante su norma inesistente. In ogni caso, la soluzione qui patrocinata gioverebbe a risolvere per l'avvenire, una volta per tutte, la questione in relazione a fatti rimasti ad oggi privi di esplicito riferimento legislativo<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Nel caso nostro, poi, a maggior titolo sembra giustificarsi l'intervento riparatore del legislatore, sol che si pensi che, mentre con riguardo al caso che ha indotto la Corte a far luogo alla pronunzia del 2011, sopra richiamata, il processo si è celebrato pur contravvenendo alle regole per esso stabilito, nel caso nostro invece è inesistente proprio la regola posta a base del verdetto.

<sup>56</sup> Non occorre qui evidenziare il vantaggio che si avrebbe per effetto dell'addizione al codice di rito, dal momento che essa varrebbe per ogni caso d'inesistenza di norma applicata in giudizio, offrendo dunque quelle garanzie di certezza che non possono comunque aversi in sua mancanza.

La [238](#) non dà alcuna indicazione al riguardo, nel mentre avrebbe potuto far luogo ad un'operazione di giustizia costituzionale maggiormente raffinata e costruttiva, nel senso appunto di caducare la norma di adattamento (perciò “esistente”), aggiungendovi un principio idoneo a porre le basi per un congruo rifacimento del quadro normativo in atto vigente. Con il che si sarebbe, tra l'altro, fugato il rischio di discordanti “seguiti”, astrattamente possibili”, dati al verdetto del giudice costituzionale in difetto dell'annullamento “ricostruttivo” della norma del codice di rito, qui prefigurato<sup>57</sup>.

Anche per ciò che attiene alle sorti delle pronunzie già passate in giudicato, la [238](#) offre indicazioni – a me pare – insanabilmente contraddittorie; ed è proprio su ciò che – come si avvertiva – può far leva la tesi del carattere “mostruoso” della pronunzia della Corte: in un senso, infatti, spinge la dichiarazione d’“inesistenza”, che – come si è veduto – mina ed espone a revisione le pronunzie passate in giudicato; nel verso opposto, invece, spinge la dichiarazione d’infondatezza della questione.

Al di là di ciò che potrebbe aversi in relazione alle pronunzie dei giudici comuni ormai (*apparentemente...*) definite, quanto ai processi *in itinere* (e, ovviamente, a quelli non ancora avviati) è da mettere in conto l'immediato utilizzo a beneficio delle vittime dei crimini nazisti del punto di diritto fatto valere con la pronunzia qui nuovamente annotata (a meno che, come si diceva, non si diano casi di riproposizione, per iniziativa del giudice, della questione già decisa con la [238](#)). Come si faceva però notare in sede di primo commento alla decisione, non v'è da fare molto affidamento circa la possibilità di ottenere ristoro economico per i diritti fatti valere in giudizio<sup>58</sup>. La qual cosa conferma che, malgrado le strutturali differenze esistenti tra tipi di decisione da cui si attendono effetti parimenti diversi e persino opposti, alle volte la situazione “conseguenziale” ai verdetti della Corte praticamente non muta, sia stata accolta ovvero rigettata la questione portata alla cognizione della Corte stessa. È una conclusione – dicevo nel mio precedente commento e debbo ora nuovamente confermare – davvero sconcertante e sconcertante: una vera e propria beffa quella per cui un diritto si trovi ad essere *ricosciuto* ma non pure *garantito, effettivamente garantito*. Uno scenario, questo, che non dovrebbe mai vedersi, concretarsi; se invece se ne ha riscontro è, evidentemente, perché sono difettosi

---

<sup>57</sup> Si sofferma sul punto, con opportuni rilievi, E. LAMARQUE, *Alcune domande sulla sentenza costituzionale relativa ai diritti delle vittime dei crimini di guerra e sui suoi effetti nell'ordinamento interno*, in corso di stampa in *Quest. giust.*, nonché in versione inglese in *Italian Journal of Public Law*, § 4.

<sup>58</sup> Il punto è diffusamente rilevato in dottrina: così, per tutti, A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014*, cit., § 4 ss.; cfr., sul punto, ora, P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out*, in [www.gil-qdi.org](http://www.gil-qdi.org), 16 febbraio 2015, 44 ss.

i meccanismi di garanzia. Quali possano essere gli strumenti più adeguati per aggiustarli non è cosa di cui ci si debba qui fare carico: rientra nelle responsabilità del legislatore, nelle sue libere (o, come si preferisce dire, “discrezionali”) scelte, trovare il modo per dare una persuasiva risposta a chi, dolente, avanza la speranzosa domanda di protezione nei propri diritti (tanto più se a subire offesa è stata la dignità). Si può immaginare un intervento “sussidiario” del nostro Stato, che attinga ad un fondo allo scopo espressamente creato, per risarcire i ricorrenti i cui diritti lesi siano stati riconosciuti; un intervento che, da un certo punto di vista, può anche apparire ingiustificato ma che, da un altro angolo visuale, può invece trovare fondamento nella mancata protezione dallo Stato stesso a suo tempo assicurata ai suoi cittadini, divenuti preda dei criminali nazisti. Si può pensare ad altro ancora. Non è di qui, ad ogni buon conto, proseguire ulteriormente lo studio al piano *de iure condendo*, una volta fatta in partenza la scelta di fermare l’analisi alle sole vicende processuali ed ai loro possibili svolgimenti.

D’altro canto, il compito del giudice si arresta al momento in cui questi consegna i propri verdetti; e qui, oltre la soglia del riconoscimento dei diritti offesi il giudice non può, per suo insuperabile limite, portarsi.

La [238](#) incoraggia a proseguire la battaglia a difesa dei diritti costituzionali calpestati durante la seconda grande guerra; e questo è, in fondo, un merito che va riconosciuto alla Corte che, pur difettando nella tecnica decisoria adottata e negli argomenti che la sostengono, ha coraggiosamente voluto schierarsi dalla parte di persone che molto hanno sofferto in un passato non ancora remoto, che non va comunque dimenticato da coloro che hanno avuto la fortuna di non viverlo.

**Antonello lo Calzo\***

**I profili procedimentali della conversione in legge e gli effetti applicativi  
della decisione nell'ottica della Corte costituzionale**

**(osservazioni alla sentenza n. 32 del 2014 alla luce della sentenza n. 237 del  
2013)**

1. Con la [sentenza del 25 febbraio 2014, n. 32](#)<sup>1</sup>, la Corte costituzionale ribadisce con maggiore fedeltà quanto già affermato nella “storica” [pronuncia 16 febbraio 2012, n. 22](#). In questo modo sembra fugare i dubbi che erano sorti dopo la [sentenza 24 luglio 2013, n. 237](#) e offre una lettura più chiara del vincolo funzionale che coinvolge decreto legge e legge di conversione. La decisione si segnala, inoltre, anche per due ulteriori aspetti: da una parte, essa chiarisce gli effetti della decisione su disposizioni, sostanzialmente abrogative, adottate in carenza del necessario potere e, dall'altra, approfondisce meglio le implicazioni connesse alla correttezza procedimentale nell'esercizio del potere di normazione da parte di Parlamento e Governo (profilo che, invece, era stato affrontato solo di sfuggita nella precedente [sentenza n. 237 del 2013](#), senza andare a fondo con riferimento alle implicazioni legate al rapporto esistente tra conversione in legge, maxi emendamenti governativi e questione di fiducia).

2. La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione con ordinanza dell'11 giugno 2013<sup>2</sup> ha ad oggetto gli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter*, comma 2, lett. a), e

---

\* Dottorando in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali – Università di Pisa.

<sup>1</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), in *Giur. cost.*, 2014, p. 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*. Per un primo commento alla sentenza v. G. PICCIRILLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 396 ss. Un particolare approfondimento è dedicato alla sentenza in commento dal *Focus fonti*, n. 1/2014, di *Federalismi.it*, dell'11 luglio 2014, con i contributi di F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*; P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della “omogeneità normativa”*; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*; A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*; A. FRANCO, *La evidente disomogeneità tra decreto legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*; G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ovvero dell'irresistibile necessità e dell'inevitabile difficoltà di riscrivere l'art. 77 Cost.*; D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte costituzionale*; GIU. SERGES, *Per un superamento delle “decisioni rinneganti” in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*; E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega inserite in sede di conversione?*

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. III, ord. 11 giugno 2013, n. 227/2013 R.O., in G.U. 30 ottobre 2013, n. 44. Su analoghe censure sollevate da App. Roma, sez. III pen., ord. 28 gennaio 2013, n. 77/2013 R.O., in G.U. 24 aprile 2013, n. 17; e G.U.P. Trib. Torino, ord. 22 luglio 2013, n. 234/2013 R.O., in G.U. 6 novembre 2013, n. 45, la Corte costituzionale si è pronunciata successivamente alla sentenza in commento

comma 3, lett. a), n. 6, del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272, così come introdotti in sede di conversione dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, che modificano sia la disciplina stabilita dall'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di stupefacenti, attraverso l'introduzione dell'equiparazione ai fini sanzionatori tra "droghe leggere" e "droghe pesanti", che gli artt. 13 e 14 del medesimo d.P.R. attraverso l'unificazione delle tabelle degli stupefacenti con conseguente innalzamento delle pene per i reati relativi alle droghe leggere.

Il punto cruciale che va preliminarmente osservato è il legame esistente tra le disposizioni impugnate e l'originario decreto legge n. 272 del 2005.

Tale provvedimento si componeva di soli cinque articoli<sup>3</sup>, dei quali il solo art. 4 poteva fornire un vago appiglio alle norme introdotte in sede di conversione. Esso si proponeva, infatti, nell'ottica del recupero di tossicodipendenti detenuti, di consentire la prosecuzione di un programma di recupero già avviato anche per i recidivi. Rispetto a questi era intervenuta una recente modifica, con la legge 5 dicembre 2005, n. 251, che riduceva da quattro a tre anni la pena massima che consentiva l'accesso ad un programma terapeutico di recupero, inoltre, la stessa legge aveva modificato l'art. 656, comma 9, c.p.p. escludendo la possibilità di sospensione dell'esecuzione della pena per i tossicodipendenti recidivi anche se inseriti in programmi di recupero. Dopo meno di un mese il Governo aveva avvertito la necessità di fare un passo indietro abrogando la limitazione a tre anni per l'affidamento in prova ad un programma di recupero e ripristinando la precedente disciplina sulla sospensione dell'esecuzione<sup>4</sup>.

---

dichiarando, come prevedibile, la manifesta inammissibilità della questione per sopravvenuta carenza dell'oggetto del giudizio di legittimità ([Corte cost., ord. 28 marzo 2014, n. 63](#)); sempre nei termini della manifesta inammissibilità la Corte si è pronunciata sulle questioni sollevate da App. Lecce, ord. 7 ottobre 2013, n. 281/2013 R.O., in G.U. 8 gennaio 2014, n. 2; Trib. Vibo Valentia, ord. 5 luglio 2013, n. 1/2014 R.O., in G.U. 29 gennaio 2014, n. 5; G.U.P. Trib. Milano, ord. 28 novembre 2013, n. 6/2014 R.O., in G.U. 5 febbraio 2014, n. 7 ([Corte cost., ord. 28 maggio 2014, n. 148](#)) e App. Lecce, ord. 4 novembre 2013, n. 24/2014 R.O., in G.U. 5 marzo 2014, n. 11; G.U.P. Trib. Torino, ord. 20 dicembre 2013, n. 26/2014 R.O., in G.U. 12 marzo 2014, n. 12 ([Corte cost., ord. 25 giugno 2014, n. 186](#)). Al momento è pendente l'ulteriore questione sollevata dal G.I.P. Trib. Castrovillari, ord. 12 dicembre 2013, n. 117/2014 R.O., in G.U. 9 luglio 2014, n. 29. Per ulteriori indicazioni sugli aspetti sostanziali v. M. RUOTOLO, [Le \(molteplici\) ragioni d'incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi](#), in [www.costituzionalismo.it](#), 3/2013, 21 gennaio 2014; nonché A. FRANCO, *Evidente disomogeneità*, cit., p. 14 ss. Anche per le questioni sollevate con tali ultime ordinanze si prospetta la declaratoria di manifesta inammissibilità per sopravvenuta carenza dell'oggetto.

<sup>3</sup> Un art. 1 relativo all'assunzione di personale di Polizia; una art. 2 contenente misure per assicurare il corretto funzionamento dell'Amministrazione civile dell'interno; l'art. 3 che prevedeva appositi finanziamenti per le Olimpiadi invernali di Torino; l'art. 4 sui programmi di recupero dei detenuti tossicodipendenti, e l'art. 5 sul voto degli italiani residenti all'estero. In tal caso, come la Corte stessa ha modo di osservare, ci si trova di fronte ad un classico esempio di decreto legge non omogeneo.

<sup>4</sup> Nello specifico la legge 5 dicembre 2005, n. 251, aveva introdotto un art. 94 *bis* al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, che limitava l'accesso all'affidamento in prova per un programma di recupero, per tossicodipendenti detenuti e recidivi, ad una pena di tre anni, sostituendo il precedente limite di quattro anni; inoltre, l'art. 9 della stessa legge modificava nel modo sopra detto l'art. 656, comma 9, c.p.p. Il successivo decreto 31 dicembre 2005, n. 272, da una parte abrogava il citato art. 94 *bis* ripristinando il vecchio limite di quattro anni e dall'altra modificava nuovamente l'art. 656 c.p.p. riportandolo alla sua formulazione originaria.

Da un rapido parallelo tra la disciplina dettata dal decreto legge n. 272 del 2005 e quella introdotta in sede di conversione si possono constatare differenti finalità e oggetti delle disposizioni in questione e, sulla base di questo raffronto, anche la Corte riconosce l'evidente estraneità della disciplina impugnata riguardante fattispecie non omogenee per finalità e materia. Tre sarebbero i concreti profili sulla base dei quali la Corte accerta in modo lineare l'estraneità delle disposizioni aggiunte da cui deriva la loro incostituzionalità.

In primo luogo, è l'esame della natura e della *ratio* delle norme a fornire un primo consistente indizio alla Corte: mentre nel caso delle disposizioni del decreto la finalità era quella di consentire la prosecuzione di programmi di recupero per i tossicodipendenti, nel caso delle disposizioni aggiunte si faceva un'espressa scelta di "politica criminale" sanzionando diversamente alcune ipotesi delittuose. È evidente, quindi, che mentre l'oggetto della prima serie di norme riguardava il singolo detenuto-tossicodipendente, quello delle norme aggiunte si concentrava sulle possibili fattispecie di reato legate agli stupefacenti. Non è difficile nemmeno individuare la diversa ricaduta nel sistema delle disposizioni che verteranno, nel primo caso, nell'ambito processuale dell'esecuzione, e, nel secondo, su quello sostanziale dell'incriminazione<sup>5</sup>.

Il secondo aspetto la Corte lo fonda sulla semplice lettura del titolo dei due provvedimenti normativi, il quale risulta integrato nel caso della legge di conversione per comprendere anche l'ambito delle disposizioni aggiunte con essa. Ciò, secondo la Corte, consentirebbe un'ulteriore dimostrazione della consapevolezza del legislatore che il proprio intervento si spingeva oltre il limite delle materie fissate dal decreto e cristallizzate nel titolo dello stesso. Integrare il titolo significa, in questo caso, ampliare l'ambito oggettivo di intervento del legislatore in violazione del nesso funzionale che sempre lega la conversione al decreto legge<sup>6</sup>.

Ultimo fattore considerato dalla Corte è il parere del Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati sul disegno di legge A. C. 6297 di conversione in legge del decreto legge n. 272 del 2005. Esso osserva che, a seguito del passaggio in Senato, l'eterogeneità risulta notevolmente accentuata dall'inserimento di un ampio numero di disposizioni aventi come finalità proprio il contrasto alla diffusione degli stupefacenti<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., par. 4.2. Cons. diritto.

<sup>6</sup> Al titolo originario del decreto erano aggiunte le seguenti parole «e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309». [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., par. 4.3. Cons. diritto. Su tali due punti si v., già prima della pronuncia, M. RUOTOLO, *Le (molteplici) ragioni d'incostituzionalità*, cit.

<sup>7</sup> Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, cit., *ibidem*. Che il blando sistema di controlli sugli emendamenti esistente al Senato fosse stato alla base degli abusi della conversione in legge dei decreti era ben noto alla dottrina (cfr. N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti legge (e delle leggi di conversione) un requisito sfuggente, ma assolutamente cruciale*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge?, Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011, p. 85 s.) In quest'ottica si inseriscono diverse proposte di riforma regolamentare al Senato, tra le quali si segnala la *Doc. II, n. 19*, comunicata alla presidenza il 25 settembre 2013, d'iniziativa dei senatori Buemi e Longo: di particolare rilievo è la prospettata



Tutti questi fattori consentono alla Corte di acclarare la disomogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione e di dichiararne l'illegittimità in perfetta adesione al suo precedente orientamento espresso nella [sentenza n. 22 del 2012](#), alla quale, per propria espressa indicazione, essa si richiama.

3. Prescindendo, ai fini del presente lavoro, dall'esame dei contenuti della [sentenza n. 22 del 2012](#), già ampiamente analizzata nel dibattito dottrinario<sup>8</sup>, in questa sede si vuole soltanto osservare come con la [sentenza n. 32 del 2014](#) la Corte costituzionale abbia messo da parte le ambiguità emergenti dalla propria precedente [decisione n. 237 del 2013](#) e ribadito, salvo "piccole" variazioni, in modo fedele e lineare quanto già aveva affermato due anni orsono.

Nel 2012 la Corte aveva dedicato particolare attenzione all'aspetto preliminare attinente alla omogeneità del decreto legge in sé<sup>9</sup>, il quale avrebbe potuto contenere una pluralità di disposizioni tra loro eterogenee purché finalizzate allo scopo di far fronte a situazioni straordinarie di necessità e urgenza. Tale considerazione veniva rafforzata attraverso l'ulteriore richiamo al limite imposto dall'art. 15 della legge 23 agosto 1988, n. 400<sup>10</sup>.

Nel 2014 la Consulta, invece, non si preoccupa di approfondire l'aspetto concernente l'omogeneità del decreto legge che, anzi, viene data per assodata<sup>11</sup>, limitandosi a rilevare che

---

introduzione di un Comitato per la legislazione anche presso la "Camera alta" (art. 19-*bis*), visto il meritorio ruolo svolto presso l'altro ramo del Parlamento, e l'irrigidimento della disciplina in tema di emendamenti prevedendo la possibilità per il Presidente del Senato di dichiarare inammissibili gli emendamenti al disegno di legge di conversione proposti dalla Commissione all'Assemblea «quando la loro approvazione altererebbe i requisiti, definiti dalla legislazione vigente, di contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo del decreto legge» (art. 100).

<sup>8</sup> [Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22](#), in *Giur. cost.*, 2012, p. 248 ss. Senza alcuna pretesa di esaustività si vedano a commento della decisione le note di A. SPERTI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale "chiude il cerchio"*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 395 ss.; C. DOMENICALI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale sanziona "l'abuso dei mezzi di conversione"*, *ivi*, p. 398 ss.; R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 283 ss.; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxiemendamenti*, *ivi*, p. 292 ss.; E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la «ridondanza»*, *ivi*, p. 298 ss.; R. DICKMANN, [La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?](#), in [www.federalismi.it](#), 5/2012, 7 marzo 2012; S. M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto legge e della legge di conversione?*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2492 s.; A. CELOTTO, *L'abuso delle forme di conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto legge)*, *ivi*, p. 2493 s.; G. SERGES, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, *ivi*, p. 2494 ss.; D. CHINNI, *Le "convergenze parallele" di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto legge*, *ivi*, p. 2499 ss.

<sup>9</sup> Sull'omogeneità nella decretazione d'urgenza v. di recente P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto*, *cit.*, p. 7 ss.

<sup>10</sup> [Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22](#), *cit.*, par. 3.3. Cons. diritto. Si veda, inoltre, R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge*, *cit.*, p. 288. Sul carattere omogeneo del decreto legge come unità funzionale già A. CELOTTO e E. DI BENEDETTO, *Commento all'art. 77 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, artt. 55-100, Torino, 2006, p. 1519; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti*, Torino, 1992, p. 294.

<sup>11</sup> Diversamente, P. TORRETTA, [La saga dei decreti "Salva Roma" fra obbligo di omogeneità e divieto di reiterazione](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 4 aprile 2014, p. 10, ritiene che proprio nella sentenza che

anche per esso può porsi il problema della garanzia dell'omogeneità il cui controllo spetta sempre alla Corte costituzionale<sup>12</sup>. Il carattere disomogeneo del decreto legge non è, però, considerato come vizio puntuale e necessario, e non deve essere confuso con l'ipotesi del decreto a contenuto plurimo. Questo, come si è detto in relazione alla sentenza del 2012, sarà composto da una pluralità di disposizioni non perfettamente omogenee ma, comunque, coerenti dal punto di vista oggettivo e funzionale.

Da ciò la Corte riconosce che, anche in ipotesi di decreti a contenuto plurimo, le disposizioni introdotte in sede di conversione dovranno essere strettamente collegate ad almeno «uno dei contenuti già disciplinati dal decreto legge ovvero alla *ratio* dominante del provvedimento originario considerato nel suo complesso»<sup>13</sup>.

Se la previsione di decreti legge a contenuto plurimo non esclude la necessaria esistenza del vincolo funzionale che li lega alla legge di conversione, occorre osservare come sicuramente più complesso appaia il controllo a cui la Corte è chiamata, non essendo *ictu oculi* determinabile un “solo” oggetto o un “solo” fine, posto che alla pluralità di oggetti e fini potranno agganciarsi una serie sicuramente maggiore di emendamenti. Il Parlamento avrà, quindi, maggiori possibilità di intervento e la Corte potrà, come si è detto, effettuare il proprio controllo attraverso il raffronto concreto tra i due atti normativi<sup>14</sup>.

Se sull'aspetto dell'omogeneità del decreto la Corte sembra procedere in modo spedito, il punto in cui riprende puntualmente l'orientamento espresso nella [sentenza n. 22 del 2012](#) riguarda l'omogeneità che deve legare la legge di conversione al decreto legge, la quale, ad opinione della Corte, non discenderebbe soltanto da regole di buona tecnica normativa, ma sarebbe imposta dall'art. 77 Cost. per cui andrebbe riscontrato «un nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario»<sup>15</sup>.

---

si commenta la Corte abbia affermato, con maggiore forza, la difficile conciliabilità dei decreti *omnibus* con il requisito costituzionale di omogeneità, in ragione delle loro «fisionomia di atti che assemblano più oggetti senza alcuna affinità sostanziale e privi di una matrice teleologica comune». Tale difficoltà sarebbe confermata dal richiamo alla possibilità di collegare le disposizioni aggiunte «alla *ratio* dominante del provvedimento», oltre che ad uno dei contenuti, indice, appunto, dell'impossibilità di ridurre ad unitarietà e coerenza complessiva l'atto normativo. L'Autrice ritiene, altresì, che con tale *obiter* la Corte “avvisi” il Governo per il futuro, paventando il proprio sindacato anche sui decreti dalla «struttura marcatamente eterogenea».

<sup>12</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., par. 4.1. Cons. diritto.

<sup>13</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., *ibidem*.

<sup>14</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., *ibidem*.

<sup>15</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., *ibidem*. Sul legame funzionale tra decreto legge e legge di conversione cfr. A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993, p. 354 s.

La Corte aderisce, per proprie testuali parole, a quell'orientamento che attribuisce a quella di conversione «connotazione di legge a competenza tipica»<sup>16</sup>, che, come previsto anche dai regolamenti parlamentari, limita gli emendamenti a quelli coerenti con l'oggetto e la finalità del decreto; diversamente la legge di conversione sarebbe affetta da un vizio di procedura<sup>17</sup>.

La Corte è consapevole del ruolo del Parlamento, titolare naturale della funzione legislativa, e non intende comprimerne le prerogative, per cui, come già si è osservato in dottrina<sup>18</sup>, resta sempre la possibilità di introdurre modifiche o aggiunte al decreto in sede di conversione, a condizione, però, che non si venga ad interrompere il legame funzionale tra i due atti. Ciò avverrebbe nell'ipotesi in cui si volesse proporre un disegno di legge diretto ad immettere nell'ordinamento una disciplina del tutto sganciata da quella del decreto (che la Corte ha ritenuto essersi verificata nel caso di specie). In tali ipotesi, al fine di non incorrere nel vizio di procedura sopra citato, l'unica strada perseguibile sarebbe quella di riservare la materia oggetto degli emendamenti non omogenei ad un autonomo disegno di legge, da approvare secondo la disciplina ordinariamente dettata dagli artt. 70 ss. Cost.<sup>19</sup>. In questi termini, convertire e legiferare sarebbero espressione di due distinte funzioni<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> A. CELOTTO, *L'abuso delle forme di conversione*, cit., p. 2494; nonché, più di recente, ID., *Uso e abuso*, cit., p. 5; G. SERGES, *La "tipizzazione"*, cit., p. 2494. Sul punto si v. già G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti legge*, in *Pol. dir.*, 1996, p. 431.

<sup>17</sup> Cfr. P. TORRETTA, *La saga dei decreti "Salva Roma"*, cit., p. 8 s.

<sup>18</sup> Tradizionalmente E. SPAGNA MUSSO, *Emendamento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1968, p. 831; nonché, A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011, p. 4; A. MELANI, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo del Parlamento in sede di conversione*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE e P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici, Atti del convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa" Università degli studi Milano-Bicocca 10-11 giugno 2011*, Torino, 2011, p. 366 s.; e S. M. CICONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, cit., p. 2492. Più di recente, V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto legge*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012, p. 4. Tale tesi che vuole la legge di conversione non come una mera approvazione appare più aderente al dato reale rispetto alle altre, pur sostenute in dottrina, per cui: o la legge di conversione, in quanto legge ordinaria, incontrerebbe solo i limiti di quest'ultima e non anche quelli del decreto (Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 106; L. PALADIN, *Commento agli artt. 76-82 della Costituzione. La formazione delle leggi*, II, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1979, p. 76; ID., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 260; G. ZAGREBELSKY, *Manuale*, cit., p. 182 ss.); oppure, "unica" ed esclusiva funzione della legge di conversione sarebbe quella di convertire ed essa sarebbe fonte atipica in quanto connessa al decreto legge nell'ambito di un procedimento unitario (Cfr. C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 849 ss; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 194; F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. soc.*, 1974, p. 507; ID., *Il decreto legge non convertito*, in *Pol. dir.*, 1995, p. 438 s.; A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1999, p. 141 ss.; A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto legge*, Milano, 2000, p. 89 ss.). Di recente, nel senso di una sostanziale inemendabilità del decreto, in quanto «ogni emendamento ne costituisce alterazione del contenuto», D. NOCILLA, *"Inesistenza" della legge di conversione?*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 726. Per una ricostruzione complessiva dei diversi orientamenti v. C. BERTOLINO, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione di decreti legge*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 25 settembre 2012, p. 6.

<sup>19</sup> R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità"*, cit., p. 6. Sul punto, già prima della sentenza del 2012, A. MELANI, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo*, cit., p. 366; A.

Sulla scorta di queste osservazioni, la via seguita dalla Corte per giungere alla dichiarazione d'incostituzionalità appare piuttosto chiara, nel senso che ancora una volta assume particolare rilievo non tanto la verifica della sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza delle disposizioni aggiunte<sup>21</sup> quanto piuttosto il riscontro della necessaria connessione funzionale che deve legare queste ultime a quelle del decreto.

La Corte, nella sentenza in esame, non ha la necessità di addentrarsi in un'articolata motivazione che possa consentirle di sottrarre a censura le disposizioni aggiunte come, invece, aveva fatto nella precedente [sentenza n. 237 del 2013](#)<sup>22</sup>. Infatti non si fa menzione della categoria delle disposizioni "autonome" che, nella sentenza del 2013, aveva consentito di far superare il vaglio di legittimità costituzionale a disposizioni di delega inserite in sede di conversione<sup>23</sup>. Mentre in quest'ultimo caso la Corte forniva una lettura della legge di conversione a contenuto plurimo sul presupposto del «diverso connotarsi della legge, quale ordinaria fonte di conversione del decreto legge, da un lato, e, dall'altro, quale autonomo fondamento di disposizioni assunte dal Parlamento, distinte da quelle dell'originario decreto legge»<sup>24</sup>, nel 2014 la Corte riprende una concezione "monista" della legge di conversione quale espressione del potere attribuito al Parlamento di convertire o meno in legge un decreto legge secondo le procedure particolari dell'art. 77 Cost.

La [sentenza n. 32 del 2014](#) offre un primo chiarimento: la decisione n. 237 del 2013 non è un ripensamento radicale delle posizioni del 2012, ma introduce la categoria delle disposizioni "autonome" per un'unica e specifica tipologia di disposizioni, quelle di delega; al di là di queste sembra continuare a valere ciò che si afferma con decisione sul carattere funzionale della conversione in legge. Si tratta, però, di un chiarimento che non offre piena soddisfazione<sup>25</sup>. Già

---

SPERTI, *Il decreto legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la "seconda svolta"*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE e P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo*, cit., p. 28; Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge e le disposizioni "eccentriche" introdotte in sede di conversione*, in *Rass. parl.*, 2011, p. 114.

<sup>20</sup> G. F. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. X, Roma, 1988, p. 13.

<sup>21</sup> A. CELOTTO, *Uso e abuso*, cit., p. 5.

<sup>22</sup> [Corte cost., 24 luglio 2013, n. 237](#). Si veda la nota di A. RUGGERI, *La impossibile "omogeneità" di decreti legge e leggi di conversione, per effetto della immissione in queste ultime di norme di delega (a prima lettura di Corte cost. n. 237 del 2013)*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 3 dicembre 2013.

<sup>23</sup> G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in AA. VV., *La delega legislativa, Atti del seminario di Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, p. 121; R. ZACCARIA e E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, in [Consulta Online](#), 2008, 28 ottobre 2008; N. LUPO, *Una delega legislativa può essere inserita nella conversione di un decreto legge?*, in *Iter legis*, 2003, p. 43 ss.; ID., *A proposito di norme di delega inserite in disegni di legge di conversione*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 14 aprile 2004, p. 2; ID., *L'omogeneità dei decreti legge (e delle leggi di conversione)*, cit., p. 85 s.

<sup>24</sup> [Corte cost., 24 luglio 2013, n. 237](#), cit., par. 9.1. Cons. diritto. Considerazioni opportunamente critiche sul punto in A. RUGGERI, *La impossibile "omogeneità"*, cit., p. 5; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, in corso di pubblicazione, p. 220.

<sup>25</sup> Tra l'altro, dietro lo schermo della manifesta infondatezza che la Corte pronuncia nel caso in cui ritiene di non dover mutare orientamento rispetto a quanto già deciso su una questione analoga, le affermazioni fatte con la [sentenza n. 237 del 2013](#) sono state ribadite da ordinanze coeve alla sentenza commentata. Cfr. [Corte cost., ord. 30 gennaio 2014, n. 15](#), e [ord. 27 marzo 2014, n. 59](#). Su tale aspetto v.

prima dell'ultima pronuncia era legittimo chiedersi cosa potesse fondare una diversa valutazione in ordine all'inserimento di deleghe in sede di conversione che, come era stato osservato in dottrina<sup>26</sup>, comportano un'alterazione della asserita omogeneità di fondo nei rapporti decreto legge-legge di conversione. Dalla lettura della sentenza del 2014 emergono ulteriori elementi di dubbio, soprattutto ove essa affronta i profili procedurali della conversione e le aporie delle prassi del maxiemendamento e della questione di fiducia<sup>27</sup>. Si tratta di statuizioni pienamente condivisibili sulle quali la Corte aveva "glissato" nel 2013, ma che, forse, appaiono maggiormente calzanti all'ipotesi della delega (che per sua natura incontra "limiti" procedurali) rispetto a quella delle norme penali (per le quali la necessità di un certo tipo di discussione è imposta da considerazioni contingenti che attengono al loro rilievo "politico")<sup>28</sup>.

4. Per gli aspetti che si sono osservati la Corte non si discosta molto da quanto affermato nel 2012. C'è un punto, di particolare interesse, in cui essa sembra, però, sostenere qualcosa in più rispetto alla configurazione di un vizio procedurale della legge di conversione che si ripercuote in concreto, sugli effetti della pronuncia<sup>29</sup>.

Come la Corte ha chiaramente affermato, la conversione in legge del decreto non può essere assimilata in tutto e per tutto all'ordinario esercizio della funzione legislativa. Essa presuppone, innanzitutto, un decreto da convertire che prestabilisce i contenuti ai quali il legislatore dovrà attenersi<sup>30</sup>; inoltre, è caratterizzata da un procedimento del tutto peculiare in quanto la votazione ha luogo su un articolo unico che recepisce il decreto (salvo gli emendamenti omogenei apportati) e deve concludersi nel termine costituzionalmente stabilito di sessanta giorni<sup>31</sup>. Nel caso in cui il Parlamento volesse servirsi di questa particolare procedura per fini diversi dalla conversione in legge (ad esempio approvando disposizioni che nessun legame hanno con la materia e le finalità del decreto) non solo il provvedimento sarebbe costituzionalmente

---

anche E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega*, cit., p. 10. Si noti che, pur nel carattere meramente empirico delle implicazioni che se ne possono ricavare, per la medesima materia delle disposizioni aggiunte in sede di conversione le cause sono state affidate a giudici relatori-redattori diversi.

<sup>26</sup> In particolare G. SERGES, *La "tipizzazione"*, cit., p. 2498. Già in passato osservazioni critiche su tale prassi di A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003, p. 406; e R. DI CESARE, *Omogeneità del decreto legge e introduzione di deleghe legislative*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 867 ss.

<sup>27</sup> Il punto sarà oggetto di apposita trattazione al par. 5.

<sup>28</sup> Alle medesime conclusioni perviene G. FILIPPETTA, *La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, cit., p. 9 s.

<sup>29</sup> Come, tra l'altro già osservato nel Dossier Senato, *Decretazione d'urgenza e conversione: la recente giurisprudenza costituzionale*, n. 111, marzo 2014, a cura di L. BORSI.

<sup>30</sup> Al riguardo A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. GALGANO, II ed., Bologna-Roma, 2011, p. 515, osserva che il contenuto della legge di conversione è già, «in certa misura, predeterminato, identificandosi nel complesso di disposizioni contenute nel decreto legge».

<sup>31</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., par. 5 Cons. diritto.



illegittimo perché adottato in carenza dei presupposti richiesti, ma le Camere avrebbero, altresì, agito «in una situazione di carenza di potere»<sup>32</sup>.

Nel commentare la [sentenza n. 22 del 2012](#) in dottrina<sup>33</sup> si era parlato di “eccesso formale di potere del legislatore” ovvero di “irragionevolezza formale”.

Tale eccesso andrebbe inteso come un uso improprio del procedimento legislativo. Infatti, la legge incontra limitazioni procedurali alla propria capacità normativa che sono dettate espressamente in Costituzione. Il rispetto di dette limitazioni rendono l'atto idoneo ad innovare l'ordinamento giuridico; quando l'atto non tiene conto di tali limiti, ad esempio intervenendo su atti espressione di poteri diversi da quello legislativo, esso sarebbe viziato «sotto il profilo del modo d'uso» del procedimento legislativo<sup>34</sup>.

Tale tipologia di vizio della legge di conversione sembrava emergere dalla [sentenza n. 22 del 2012](#) ove essa osservava che il procedimento di conversione è un procedimento legislativo peculiare che si differenzia rispetto a quello ordinario perché caratterizzato da tempi abbreviati (dovuti all'urgenza) per convertire in legge il decreto. Esso, come si è detto, trae origine proprio dal disegno di legge di conversione ed è funzionalmente connesso al decreto da convertire<sup>35</sup>; ciò ne impone l'utilizzo esclusivamente per quelle situazioni connesse all'urgenza per cui, al di fuori di tali ipotesi, l'unica via praticabile sarebbe quella del procedimento legislativo ordinario. Qualora si dovesse accedere al procedimento abbreviato di conversione nelle ipotesi in cui non sussistono i presupposti dettati dall'art. 77 Cost. si determinerebbe una violazione delle disposizioni dei Regolamenti parlamentari che disciplinano la conversione e garantiscono la connessione della stessa all'oggetto e ai fini del decreto, nonché delle disposizioni costituzionali immediatamente disciplinanti il suddetto procedimento.

Non si tratterebbe, quindi, di un mero *error in procedendo* (non essendo riscontrabile un vero e proprio vizio del procedimento) ma, piuttosto, di una irragionevolezza formale (o eccesso di potere formale) per aver il legislatore «usato un procedimento abbreviato in luogo di quello normale, sviando il primo dalla sua causa oggettiva, tipica, formale, [ossia] la conversione in legge»<sup>36</sup>. Pertanto, il vizio di eccesso di potere dell'atto andrebbe individuato nel fatto che il legislatore ha, in ipotesi, fatto uso di un suo potere effettivo (quello di legiferare) ma in modo improprio, ossia quando non ne sussistevano tutti i presupposti dettati in Costituzione (che per la conversione sono più stringenti rispetto al procedimento ordinario).

---

<sup>32</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., *ibidem*.

<sup>33</sup> In particolare R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità”*, cit., p. 6 ss.; ma anche M. FRANCIAGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra stato e regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012*, in *Rivista AIC*, 2/2012, 12 giugno 2012, p. 5.

<sup>34</sup> R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità”*, cit., p. 8.

<sup>35</sup> [Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22](#), cit., par. 4.2. Cons. diritto.

<sup>36</sup> R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità”*, cit., p. 11.



La [sentenza n. 32 del 2014](#) parla espressamente di “carenza di potere” ponendo la questione del rapporto esistente tra le due categorie dell’”eccesso formale di potere” e della “carenza di potere”.

Si potrebbe indagare sulle sfumature delle due scelte terminologiche. Esse potrebbero partire da prospettive diverse: mentre l’eccesso formale sarebbe riferibile in via diretta all’atto adottato in difetto dei presupposti formali stabiliti dalla Costituzione, la carenza di potere sarebbe riferibile non solo all’atto, ma direttamente al profilo soggettivo dell’organo chiamato ad effettuare la conversione il quale, in difetto dei presupposti, sarebbe del tutto privo del potere di conversione in legge. Oppure, tra le due categorie dell’”eccesso” e della “carenza” potrebbe porsi un rapporto di *genus* e *species*, nel senso che la categoria dell’eccesso formale sarebbe più ampia e riferibile, salvo specificità del caso, a tutte le ipotesi di atto legislativo adottato in carenza dei presupposti<sup>37</sup>, mentre la “carenza” sarebbe un’ipotesi specifica di “eccesso” che andrebbe riscontrata nel caso della conversione in legge ove la carenza dei presupposti implica anche la carenza soggettiva del relativo potere di convertire. Come dire che, mentre nel caso di atto legislativo che invade l’ambito riservato ad altro potere, il legislatore non è spogliato del suo potere pur in presenza di un atto viziato da “eccesso”, nel caso della “carenza” il legislatore è privo del necessario potere di convertire se non ne sussistono i presupposti.

Quale che sia il diverso senso delle accezioni terminologiche usate la Corte, nella sua ultima pronuncia, sembra intendere la “carenza” allo stesso modo dell’eccesso formale. Questo perché esiste un potere particolare, quello di conversione, che non è assimilabile alla potestà legislativa ordinaria e, a prescindere dall’esistenza di ulteriori requisiti formali, presuppone l’esistenza di un atto (il decreto) che orienta “contenutisticamente” la legge di conversione, per sua natura «funzionalizzata e specializzata». Qualora le Camere non rispettino «la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere»<sup>38</sup>.

Come si è già spiegato, anche in tal caso, è l’uso improprio del procedimento di conversione a determinare il vizio della legge adottata in carenza di potere, cioè, le Camere agirebbero in un ambito a loro precluso<sup>39</sup>, ovvero, quello di convertire ciò che non esiste per il fatto di non essere contemplato dal decreto; non si tratterebbe, quindi, di conversione, ma di pura e semplice innovazione legislativa che richiede altre procedure per essere validamente esplicata.

---

<sup>37</sup> Nel caso in cui, «pur avendone la competenza materiale, [il legislatore] incida direttamente su atti che siano espressione di poteri titolari di attribuzioni non legislative o che siano, diversamente dalla legge, direttamente giustiziabili dai singoli destinatari». Cfr. R. DICKMANN, *La Corte sanziona la “evidente estraneità”*, cit., p. 8.

<sup>38</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., par. 5 Cons. diritto.

<sup>39</sup> A. CELOTTO, *Uso e abuso*, cit., p. 4; D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione*, cit., p. 16.

La conseguenza immediata dell'agire in carenza di potere è l'inidoneità dell'atto di conversione illegittimo ad innovare l'ordinamento giuridico e, pertanto, «anche ad abrogare la precedente normativa»<sup>40</sup>. Nessun effetto potrebbe derivare dalla normativa adottata in difetto del presupposto per la conversione, nemmeno per la modifica o la sostituzione di altre disposizioni già vigenti nell'ordinamento; pertanto, la disciplina in materia di stupefacenti precedente alla riforma del 2006 torna ad applicarsi in mancanza di un valido effetto abrogativo<sup>41</sup>. Per esemplificare il senso delle proprie affermazioni la Corte richiama due precedenti decisioni: la [sentenza 17 dicembre 2010, n. 361](#)<sup>42</sup>, e la [sentenza 11 aprile 2011, n. 123](#)<sup>43</sup>.

Tale rinvio, però, più che fornire elementi di chiarezza complica notevolmente il profilo dell'effetto concreto della decisione della Corte.

Senza volersi dilungare in merito alle vicende che hanno condotto alla [sentenza n. 361 del 2010](#)<sup>44</sup> occorre, però, osservare che in quella circostanza la Corte aveva affermato che «una mera parvenza di legge, priva dei necessari requisiti previsti dalla Costituzione per poter essere ritenuta atto legislativo [è] insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere»<sup>45</sup>. Riprendendo tale precedente (assieme a quello analogo della [sentenza n. 123 del 2011](#)) e ribadendo l'inidoneità della conversione siffatta ad innovare l'ordinamento giuridico, la Corte sembra intendere la propria pronuncia alla stregua non di una dichiarazione di incostituzionalità ma di nullità-inesistenza della legge. La differenza non è di poco conto perché, nel primo caso, non è scontato che dall'eliminazione della legge incostituzionale possa derivare la reviviscenza della legge previgente<sup>46</sup>; nel secondo, invece, si assume che la fonte nulla-inesistente, perché carente dei requisiti costituzionali che la identificano, non ha mai

---

<sup>40</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., *ibidem*.

<sup>41</sup> Cfr. V. MANES e L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](#), 2014, p. 8 ss.; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione*, cit., p. 10.

<sup>42</sup> [Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361](#), in *Giur. cost.*, 2010, p. 5084 ss., con note di G. D'ALESSANDRO, *Una «mera parvenza» di legge regionale al giudizio della Corte costituzionale*; A. CELOTTO, *Postilla in tema di abrogazione «eliminativa»*; A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*.

<sup>43</sup> [Corte cost., 11 aprile 2011, n. 123](#), in *Giur. cost.*, 2011, p. 1686 ss., con note di G. D'ALESSANDRO, *Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di «legge» e di legge «nulla-inesistente»*; A. PACE, *Postilla. La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*.

<sup>44</sup> Si tratta della curiosa vicenda di una "legge" della Regione Calabria approvata, non mediante deliberazione del Consiglio, ma tramite decreto del Presidente della Regione in qualità di commissario *ad acta*. Tale decreto andava ad attuare l'intesa fra Stato, Regioni ed enti locali per il rilancio dell'economia attraverso l'attività edilizia. Tuttavia, tale intesa andava attuata per via legislativa dalle Regioni, mentre si pretendeva di qualificare il suddetto decreto appunto come legge regionale. Il Governo aveva sollevato conflitto intersoggettivo contro gli atti di promulgazione e pubblicazione del "decreto-legge" regionale e la Corte lo aveva dichiarato inammissibile proprio sulla scorta di assenza di lesività essendo l'atto inidoneo ad innovare l'ordinamento giuridico.

<sup>45</sup> [Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 361](#), cit., par. 5 Cons. diritto.

<sup>46</sup> A. M. SANDULLI, *Legge*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 651. Su tale aspetto v. anche G. PARODI, *Commento all'art. 136 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 2660.

prodotto alcun effetto nell'ordinamento e come tale sarebbe verosimile che la pronuncia della Corte possa determinare il ritorno in vita delle norme precedentemente abrogate<sup>47</sup>.

Va osservato, comunque, che in questo caso la Corte non usa il termine “reviviscenza” ma “torna ad applicarsi”<sup>48</sup>, perché, sempre nella stessa ottica, non potrebbe logicamente parlarsi di reviviscenza per un atto mai formalmente abrogato da un altro privo dei necessari requisiti per farlo. Si tratterebbe di norme, quindi, che persistono nel loro vigore ma sono state momentaneamente non applicate in presenza di un atto privo di efficacia<sup>49</sup>.

A prescindere da questa considerazione, più di un dubbio emerge dai passaggi che la Corte dedica al profilo dell'inidoneità della fonte a produrre effetti e della “reviviscenza”. Innanzitutto, la Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della legge e degli atti con forza di legge, non dovrebbe curarsi del profilo attinente alle concrete ricadute applicative della decisione che spettano, invece, al giudice comune che, nel risolvere il caso concreto, potrà ritenere di non applicare la vecchia norma, salvo la garanzia per gli effetti *in malam partem* della decisione<sup>50</sup>. Invece, in modo apodittico e come poche volte aveva fatto in passato<sup>51</sup>, essa dichiara l'illegittimità delle norme sottoposte al suo scrutinio e impone il ripristino della vecchia normativa. Ma, aspetto ulteriormente problematico è che la Corte svolge il proprio controllo soltanto sugli atti identificabili come leggi o atti con forza di legge, ossia atti che siano dotati dei requisiti essenziali stabiliti dalla Costituzione per la loro efficacia giuridica, dichiarandone, nel caso, l'illegittimità. Accertare se un atto è “legge” o “non legge” spetterebbe al giudice comune che è chiamato ad applicarlo<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> Per tale tesi v. V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di legge limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 563 ss.; E. GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 213. Tale tesi non è però unanime ponendosi all'estremo dell'altra tesi che nega, in ogni caso, la possibilità di una reviviscenza, e di quella (intermedia) che distingue a seconda del tipo di norma dichiarata incostituzionale. Per una completa ricostruzione degli orientamenti dottrinali al riguardo cfr. A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XVII, Roma, 1998, p. 4 s.

<sup>48</sup> A. FRANCO, *Evidente disomogeneità*, cit., p. 21 ss. Sul punto v. anche C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale*, cit., p. 510.

<sup>49</sup> Al riguardo cfr. F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova, 1972, p. 669; P. A. CAPOTOSTI, *Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazione di illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 1974 p. 1404 ss. Più di recente configura l'abrogazione non come cessazione di efficacia ma come limitazione diacronica dell'efficacia di altra fonte A. CELOTTO, *Postilla*, cit., p. 5099.

<sup>50</sup> G. P. DOLSO, [La Corte costituzionale ripristina la competenza del magistrato di sorveglianza in materia di conversione della pena pecuniaria in detentiva: note su testi unici e reviviscenza di norme abrogate da disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale](#), in [www.diritto.it](#), settembre 2013.

<sup>51</sup> In particolare si veda [Corte cost., 23 aprile 1974, n. 107](#), in *Giur. cost.*, 1974, p. 761 ss., con la nota di A. FRANCO, *Considerazioni sulla dichiarazione d'incostituzionalità di norme espressamente abrogatrici*, *ivi*, p. 3436 ss.; e [Corte cost., 23 aprile 1986, n. 108](#), in *Giur. cost.*, 1986, p. 582 ss., con nota di M. RAVERAIRA, *Necessità e urgenza dei decreti legge e legge di conversione*.

<sup>52</sup> G. D'ALESSANDRO, *Una «mera parvenza»*, cit., p. 5097. La dottrina non è unanime nel sostenere questa tesi; favorevoli all'accertamento dell'inesistenza da parte del giudice comune sono: O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 1954, p. 153; M. ROSSANO, *L'applicazione*

La Corte in questo caso sembra offrire una lettura diversa del vizio rispetto a casi passati<sup>53</sup>, perché pare affermare che non ci si trovi di fronte ad una legge, ma al suo esatto negativo, una “non legge”, dove il suo riscontro va oltre il vizio di legittimità investendo l'accertamento dell'inesistenza dell'atto-oggetto<sup>54</sup>.

Se la Corte giudica l'atto privo della necessaria forza per innovare l'ordinamento giuridico ne riconosce la sostanziale inesistenza ai fini della produzione di qualsivoglia effetto; ma il giudizio della Corte, dovendo riguardare un atto comunque esistente, avrebbe dovuto dar luogo ad una pronuncia di inammissibilità per carenza dell'oggetto<sup>55</sup>.

La valutazione delle circostanze concrete non consente di affermare l'inesistenza dell'oggetto del giudizio nel caso in commento, posto che sarebbe del tutto insostenibile, ma a seguire la logica della Corte costituzionale, il ragionamento rischia di impattare contro il dato reale<sup>56</sup>. Infatti, per aversi inesistenza dell'atto questo dovrebbe essere privo di uno degli

---

*della legge e degli atti aventi efficacia di legge e la competenza del giudice ordinario o speciale*, in *Giust. civ.*, 1956, p. CLXXXIX; G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, vol. I, *Il sindacato incidentale*, Napoli, 1962, p. 71; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, vol. II, Milano, p. 297; P. SAITTA, *Considerazioni a proposito di una legge (presumibilmente) approvata in testi tra loro parzialmente divergenti*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 43; in modo ancora più radicale, E. REDENTI, *Illegittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957, p. 19; C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, Padova, 1950, p. 273. Di avviso contrario, nel senso che l'accertamento dell'inesistenza della legge spetterebbe sempre alla Corte costituzionale: A. TESAURO, *La Corte costituzionale*, in *Rass. dir. pubb.*, I, 1950, p. 226; P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), in *ID.*, *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968, p.404 ss.; G. AZZARITI, *Il sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *ID.*, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 162; G. G. STENDARDI, *La Corte costituzionale*, Milano, 1955, p. 66 s.; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, p. 5. In ogni caso, è stato sostenuto (D. NOCILLA, “*Inesistenza*” della legge, cit., p. 730 s.) che non sarebbe possibile distinguere due ipotesi distinte di invalidità dell'atto legislativo che, a seconda della gravità, sarebbero rilevabili dal giudice comune oppure dalla Corte costituzionale; ogni vizio dell'atto andrebbe accertato sollevando questione di legittimità costituzionale, salvo l'ipotesi di un atto che non rivesta neppure la «mera apparenza di una legge», in questo caso sarebbe il giudice comune (e non la Corte costituzionale, pena l'inammissibilità per carenza dell'oggetto) a rilevare l'esistenza-inesistenza dell'atto. Per una ricostruzione più dettagliata dei possibili orientamenti e ulteriori indicazioni bibliografiche cfr. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 98 s.

<sup>53</sup> In particolare, diverso era stato il giudizio per i decreti privi dei presupposti di necessità e urgenza. Cfr. A. PACE, *Postilla. La legge incostituzionale*, cit., p. 5103.

<sup>54</sup> G. D'ALESSANDRO, *Forma dat esse rei*, cit., p. 1708; D. NOCILLA, “*Inesistenza*” della legge, cit., p. 728.

<sup>55</sup> D. NOCILLA, “*Inesistenza*” della legge, cit., p. 736, propende per tale conclusione in quanto l'accertamento sull'esistenza dell'atto andrebbe in ogni caso effettuata dal giudice comune (il quale non opererebbe comunque una disapplicazione di un atto inesistente che, in quanto tale, non potrebbe essere né applicato né disapplicato); se il giudice solleva la questione ritenendo l'atto esistente, l'accertamento di segno opposto da parte della Corte (di inesistenza) contrasterebbe con la necessità che il proprio giudizio abbia un oggetto legislativo determinato.

<sup>56</sup> Tale aspetto richiederebbe sicuramente una trattazione più ampia ed approfondita, viste le complesse implicazioni teorico-dogmatiche che ne derivano, che sarebbe difficile conciliare con l'economia del presente lavoro, ciò non toglie la doverosa esposizione dei dubbi emergenti dalle brevi battute dedicate dalla Corte a questi argomenti. Non a caso la problematica è stata oggetto di complessi dibattiti, sia negli anni passati che in quelli più vicini al momento in cui si scrive, dei quali è opportuno fare menzione rinviando, oltre alle opere già citate, tra i tanti, alle osservazioni di: P. A. CAPOTOSTI, *Problemi relativi alla definizione dei rapporti tra testi unici di leggi e disposizioni normative preesistenti*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1476 ss.; M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano,

elementi formali indispensabili ad affermarne materialmente l'esistenza<sup>57</sup>; nell'ipotesi in esame, invece, non sembra che si possa contestare il fatto che, ad ogni modo, la conversione in legge così posta in essere – per quanto contrastante con la norma dell'art. 77 Cost. ed affetta da illegittimità costituzionale – sia pur sempre atto di esercizio della funzione legislativa esistente nella sua materialità<sup>58</sup>.

5. Resta da approfondire un ultimo profilo della decisione, ad un tempo apprezzabile e problematico: quello attinente ai rilievi concernenti il rispetto delle regole del procedimento parlamentare di fronte alla prassi della conversione in legge con maxiemendamenti governativi sui quali è posta la questione di fiducia<sup>59</sup>.

È apprezzabile che la Corte assuma una netta presa di posizione rispetto a due fenomeni deteriori della prassi legislativa, il maxiemendamento e la questione di fiducia sullo stesso, ma sorgono dubbi ove si pongono a raffronto queste affermazioni con quelle evasive della [sentenza n. 237 del 2013](#).

Procedendo con ordine, la Corte afferma che le modifiche apportate in sede di conversione al sistema sanzionatorio in materia di stupefacenti sono di tale incisività per il rilievo politico, giuridico e scientifico che assumono, che «avrebbero richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.»<sup>60</sup>. Tuttavia, esse sono state inserite attraverso un maxiemendamento governativo<sup>61</sup> interamente sostitutivo del disegno di legge di conversione presentato direttamente in Assemblea e sul quale è stata posta la questione di fiducia sia alla Camera che al Senato. In questo modo sarebbe stato impedito sia ogni intervento diretto ad emendare il testo del disegno di legge di conversione, che il normale svolgimento dell'esame in Commissione referente richiesto dall'art. 72 Cost.

---

1963m p. 904 ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 874 ss.; A. M. SANDULLI, *Natura funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1959, p. 22 ss.; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. I, Roma, 1988; S. PUGLIATTI, *Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 141 ss.

<sup>57</sup> Al riguardo A. M. SANDULLI, *Considerazioni in tema di sindacato della Corte costituzionale sul profilo formale delle leggi (1969)*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, p. 605.

<sup>58</sup> D. NOCILLA, *"Inesistenza" della legge*, cit., p. 732 s.

<sup>59</sup> Evidenzia il particolare merito della pronuncia in commento nel censurare la prassi distorta del maxiemendamento del Governo abbinato alla questione di fiducia in sede di conversione, R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 2 maggio 2014, p. 16 s., tuttavia, riconosce, allo stesso tempo, che tali affermazioni difficilmente troveranno concreto riscontro se non ci sarà un complessivo mutamento nel sistema dei rapporti istituzionali tra Governo, Presidente della Repubblica e Parlamento nello svolgimento della funzione legislativa.

<sup>60</sup> [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., par. 4.4. Cons. diritto.

<sup>61</sup> Introducendo quanto già contenuto in un autonomo disegno di legge (A.S. 2953) e bloccato in Senato in attesa di approvazione. Tale aspetto è indice verosimile di un abuso dei mezzi di conversione per introdurre in tempi rapidi una disciplina priva di necessità e urgenza, e non omogenea al decreto, ma difficile da approvare per le vie ordinarie. [Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32](#), cit., *ibidem*.



Il monito della Corte si apprezza soprattutto alla luce delle perplessità e delle osservazioni critiche manifestate in dottrina circa la conformità a Costituzione di tale prassi<sup>62</sup>. In particolare, ciò si evidenzia nella misura in cui la presentazione in Aula di una disciplina del tutto innovativa mediante maxiemendamenti vanifica il principio del previo affidamento alle Commissioni competenti in sede referente proprio del procedimento ordinario, secondo il quale «ogni disegno di legge presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera»<sup>63</sup>. Inoltre, sarebbe preclusa la possibilità di una “reale” approvazione «articolo per articolo»<sup>64</sup> sulla base di una considerazione meramente formalistica secondo cui l’articolo in questo caso è soltanto uno. Così appare sostanzialmente condivisibile l’osservazione per cui «l’abbinamento della questione di fiducia ad emendamenti-controprogetti comporta di per sé alcune conseguenze la cui legittimità costituzionale è quantomeno dubbia»<sup>65</sup>.

Il punto controverso che, invece, si pone è il seguente: è difficile accertare le ragioni per cui la Corte giunge a tali conclusioni, in questa pronuncia, mutando completamente la propria posizione rispetto alla [sentenza n. 237 del 2013](#), che, tra l’altro, non richiama nemmeno.

La sentenza del 2013 riguardava il diverso caso di una disposizione di delega inserita in sede di conversione. Nel commentare la decisione<sup>66</sup> era stata segnalata la dubbia compatibilità della prassi del combinato maxiemendamento governativo e questione di fiducia con le disposizioni costituzionali che regolano il c.d. procedimento ordinario di delega legislativa. La Corte, in questo caso<sup>67</sup>, si era limitata a richiamare la [sentenza 26 luglio 1995, n. 391](#)<sup>68</sup>, ove già aveva avuto modo di osservare che «ponendo la fiducia, la procedura seguita, nel rispetto delle previsioni regolamentari, comporti che la discussione e la votazione si vengano a concentrare – ai sensi dell’art. 116, comma 2, del Regolamento della Camera – sull’articolo unico del disegno di conversione, soddisfacendo il tal modo il disposto della norma costituzionale».

---

<sup>62</sup> In particolare, M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, p. 4; G. U. RESCIGNO, *L’atto normativo*, Bologna, 1998, p. 139 s. Più di recente v. M. MANETTI, *La via maestra*, cit., p. 297. Non ritiene particolarmente lesiva la prassi dei maxiemendamenti D. CODUTI, *Il Governo*, in F. ANGELINI e M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, p. 284.

<sup>63</sup> E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 817.

<sup>64</sup> N. LUPO, *Emendamenti, maxiemendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in N. LUPO e E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, p. 41 ss.

<sup>65</sup> A. PISANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento, limiti di coerenza e questione di fiducia*, in *Dir. soc.*, 1988, p. 246 ss.

<sup>66</sup> Sia consentito rinviare al mio [La Corte torna sulla materia dei decreti legge dopo la “svolta della sentenza n. 22/2012: alcune considerazioni sulla sentenza n. 237/2013](#), in [Consulta Online](#), 2014.

<sup>67</sup> [Corte cost., 24 luglio 2013, n. 237](#), cit., par. 9.5. Cons. diritto.

<sup>68</sup> [Corte. Cost., 26 luglio 1995, n. 391](#), in *Giur. cost.*, 1995, p. 3824 ss. Sul richiamo a tale pronuncia si veda diffusamente P. TORRETTA, *Conversione di decreto legge e delega legislativa con annessa questione di fiducia: precisazione sull’ammissibilità di procedure parlamentari “due in uno” con interessanti spunti sull’autonomia regolamentare delle Camere*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 20 dicembre 2013, p. 8.



Appare certamente apprezzabile la scelta della Corte di abbandonare la propria posizione di chiusura con un monito importante al legislatore, ma non si riesce a comprendere la ragione di tale mutamento, soprattutto confrontando le vicende che hanno caratterizzato la decisione del 2013 e quella in esame.

Da un punto di vista puramente fattuale, è condivisibile ritenere che una riforma sanzionatoria di tale portata dovesse avvenire attraverso i più meditati meccanismi del procedimento ordinario, con il necessario esame delle Commissioni, ma si tratta di un giudizio svincolato da sanzione espressa. Diverso è il caso di una disposizione di delega inserita in sede di conversione: lì è la stessa Costituzione, all'art. 72, comma 4, a prescrivere comprensivamente non solo la riserva di assemblea, ma anche l'obbligo di procedimento ordinario per i disegni di legge di delega legislativa<sup>69</sup>; eppure la Corte ha deciso diversamente omettendo del tutto di considerare che la delega era stata inserita attraverso un maxi emendamento governativo presentato direttamente in assemblea e sul quale era stata posta una questione di fiducia preclusiva sia della necessaria approvazione "articolo per articolo" che dell'esame in Commissione referente.

Alla luce di ciò il monito finisce per perdere gran parte della sua forza, oltre che per l'estrema flessibilità con cui la Corte, a seconda del caso, può approfondire o sorvolare su determinati aspetti del caso sottoposto al proprio giudizio, anche perché essa si riferisce ad una questione già altrimenti accolta sotto diversi profili, mentre nei casi in cui una scelta analoga possa porsi di per sé a fondamento dell'incostituzionalità resta tutto da verificare il proseguimento sulla via intrapresa<sup>70</sup>.

La lettura della [sentenza n. 32 del 2014](#) consente di proporre osservazioni generali sulla sua portata. La decisione ha avuto sicuramente il grande merito di ribadire le tesi già espresse nella [sentenza n. 22 del 2012](#) senza fraintendimenti sul senso del proprio orientamento in tema di conversione in legge ed omogeneità rispetto al decreto legge. Nella sua portata sostanziale non v'è spazio per indecisioni ed è chiara la linea a cui dovrà attenersi per il futuro il legislatore.

Essa offre anche interessanti spunti di riflessione su questioni appena accennate e non determinanti ai fini della dichiarazione d'incostituzionalità, ma che, forse, avrebbero richiesto una più approfondita esposizione in motivazione. I problemi che si porrebbero sono distinti: per ciò che concerne la questione concernente l'effetto (o meglio, il non effetto) della legge dichiarata incostituzionale, forse pressata dall'esigenza di garantire la certezza del diritto, la Corte si pronuncia anche sul diritto residuo applicabile a seguito della sua decisione invadendo un campo che, invece, dovrebbe essere riservato al giudice ordinario; inoltre, la negazione di idoneità ad innovare l'ordinamento per le disposizioni dichiarate incostituzionali potrebbe

---

<sup>69</sup> Al riguardo, già prima della sentenza del 2013, G. SERGES, *La "tipizzazione"*, cit., p. 2497 ss.

<sup>70</sup> Resta più di un dubbio alla luce di casi analoghi a quello deciso con la [sentenza n. 237 del 2013](#) che sono stati tutti immediatamente bocciati con pronunce di manifesta infondatezza. Cfr. *retro*, nota 23.

lasciare spazio a fraintendimenti sul ruolo della Corte e sugli effetti delle proprie sentenze (che sono di incostituzionalità e non di accertamento della inesistenza); vista l'estrema complessità della questione probabilmente meglio sarebbe stato sorvolare sul punto e lasciare che fossero i giudici nei casi concreti ad essi sottoposti a risolvere il problema del diritto applicabile (il che verosimilmente avrebbe condotto allo stesso risultato pratico che si voleva ottenere). Per quanto concerne, invece, il profilo che attiene ai rilievi procedurali della conversione in legge e alle problematiche connesse al maxiemendamento con questione di fiducia, il timore è che quella della Corte possa essere una mera "affermazione di principio" in un giudizio dove essa assume un peso specifico piuttosto basso; ciò sembra trovare riscontro nel diverso orientamento tenuto in casi in cui una posizione analoga sul punto poteva risultare decisiva; nulla esclude la possibilità che in futuro il Giudice delle leggi possa mutare nuovamente orientamento<sup>71</sup>.

Come già avvenuto con la [sentenza n. 1 del 2014](#)<sup>72</sup>, pur a fronte di pronunce pienamente condivisibili e auspicabili sotto il profilo del merito delle questioni decise, la Corte si espone ad osservazioni più o meno critiche per gli aspetti "accessori". Presa dall'intento di meglio specificare il significato e gli effetti delle proprie decisioni, anche e soprattutto per ragioni di certezza delle situazioni giuridiche, apre ad aspetti di notevole complessità, alcuni dei quali attendono una compiuta soluzione.

---

<sup>71</sup> D. CHINNI, *La limitata emendabilità della legge di conversione*, cit., p. 18; E. FRONTONI, *Sono ancora legittime disposizioni di delega*, cit., p. 13.

<sup>72</sup> In questo caso ciò che ha destato più di una perplessità, oltre al profilo relativo all'accesso al giudizio innanzi alla corte e alla dubbia rilevanza della questione, è l'aspetto degli effetti della decisione della Corte sulle convalide delle elezioni ancora pendenti.

**Matteo Trapani**

**Dicotomie tra scienza e diritto e tra discrezionalità e ragionevolezza alla luce delle maglie strette della dignità umana (a margine della [sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale](#))**

SOMMARIO: 1. La [sentenza 162 del 2014](#) e le minori chances – 2. La dignità includente: scienza e diritto – 3. La dignità escludente: discrezionalità e ragionevolezza – 4. Note finali: la salute contesa.

1. La [sentenza 162 del 2014](#) e le minori chances. – Con la [sentenza 162 del 2014](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 4, comma 3; 19, comma 1 e 3, e 12 comma 1 della legge 40 del 2004 nella parte in cui si stabiliva il divieto alle coppie affette da patologie irreversibili di sterilità di poter accedere alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologa.

La procreazione medicalmente assistita ha conosciuto nel tempo una copiosa giurisprudenza che, senza dubbio, la ha resa una delle questioni più interessanti giuridicamente da approfondire.

L'Italia si è dotata di una disciplina in materia di procreazione artificiale solo nel 2004 (con la legge n. 40), quando già altri ordinamenti ne possedevano una da anni<sup>1</sup>, e da subito fu fortemente contestata.

La Corte costituzionale, con la [sentenza n. 162 del 2014](#), ha affrontato alcuni temi che erano rimasti estranei alla [sentenza n. 151 del 2009](#)<sup>2</sup>, sempre sulla procreazione medicalmente assistita<sup>3</sup>. La Corte costituzionale, quindi, con la [pronuncia del 2009](#), adotta una decisione di accoglimento parziale attirandosi alcune critiche nella parte in cui è sì vero che dichiara illegittimo il limite fisso di embrioni utilizzabili in un unico e contemporaneo impianto, ma, nello stesso tempo, lascia in piedi il limite del numero degli embrioni impiantabili quantificabile, di volta in volta, con “lo stretto necessario”. Questa pronuncia della Corte è molto interessante per tre motivi sinteticamente identificabili nella preminenza del diritto alla salute<sup>4</sup>, nella centralità dell'evoluzione tecnico

---

<sup>1</sup> Solo per citare le più importanti possiamo affermare che la Spagna aveva regolamentato la procreazione medicalmente assistita nel 1988, la Francia nel 1994 e la Germania nel 1990.

<sup>2</sup> Tale impostazione è stata rilevata da G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014* ([http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/uploads/2013/05/0028\\_nota\\_162\\_2014\\_damico.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/uploads/2013/05/0028_nota_162_2014_damico.pdf)).

<sup>3</sup> Per una panoramica sulle premesse e sui temi che hanno portato la Corte alla [sentenza 162 del 2014](#), si può fare riferimento a A. COSSIRI – G. DI COSIMO (a cura di) *La fecondazione vietata* in [www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it) e G. CASABURI *Procreazione medicalmente assistita: quel che resta della legge n. 40 del 2004* in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it), 2013, I, 2498.

<sup>4</sup> Il giudice è maggiormente propenso ad affidarsi alla scienza nell'applicazione del diritto nei casi in cui l'etica (o, quantomeno, l'etica che storicamente pare essere quella maggiormente condivisa) si allontana dalla società. Quando

scientifico e della responsabilità del medico e nella necessità della analisi pre-impianto, che ritorna ad avere un propria utilità<sup>5</sup>. Le maglie troppo strette non tutelano il diritto alla “vita buona”<sup>6</sup>, né del nascituro, né dei genitori.

A chiosa di un contributo in dottrina, in occasione del commento della [sentenza del 2009](#), veniva affermato che “*dato tecnico e dato comparatistico potrebbero essere utili e fungere da ausilio nella definizione della prossima questione legislativa ora indirizzata dal forte riferimento giurisprudenziale adottato*”, che, potremmo aggiungere, riprendendo una formula adottata dall'autore, non mirava in modo ragionevole a tutelare le “*minoranze*” ossia coloro che hanno “*minori chances*”<sup>7</sup>. Sætta previsa vien più lenta.

La [sentenza n. 162 del 2014](#) è molto complessa ed articolata sul piano del merito. Sono ravvisabili infatti molti spunti argomentativi frutto della *ubris* interpretativa che la Consulta manifesta ogni qual volta i temi risultano eticamente e socialmente complessi.

La questione perviene alla Corte costituzionale tramite tre diverse ordinanze sollevate rispettivamente dal Tribunale ordinario di Milano, dal Tribunale ordinario di Catania ed, infine, dal Tribunale ordinario di Firenze.

I casi pendenti davanti al giudice *a quo* attengono tutti e tre a situazioni fattuali molto simili ove, in estrema sintesi, uno dei due componenti della coppia è affetto da sterilità medicalmente documentata (azoospermia per i ricorrenti ai Tribunali di Milano e Firenze e di sterilità da menopausa precoce nel caso dei ricorrenti al Tribunale di Catania), la coppia versa nella condizione prevista dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, in virtù dei quali il ricorso alla PMA è consentito «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause

---

regole morali di convivenza tendono a creare uno iato, se avvicinate all’evolvere del vivere sociale, quindi alla società, in quel preciso istante, il diritto ha il dovere morale di intervenire, cercando fonti esogene che lo legittimino ancor di più nel suo esser nottola di Minerva.

Nel [2009](#) la Corte afferma il principio portante, secondo cui il legislatore gode di una discrezionalità orientata e vincolata: vincolata dai principi costituzionali (tutela della salute, tutela dei diritti personali, tutela delle libertà personali, principio di uguaglianza e ragionevolezza) e orientata dalla “scelta migliore possibile”, che può essere presa da chi è tenuto ad applicare la legge alla luce dei principi sopra detti (il medico, in questo caso; altre figure, in altri casi). Il legislatore deve guidare la propria azione nel massimo rispetto dell’evoluzione scientifica della civiltà, seppur si constati che, talvolta, nemmeno la scienza possa suggerire soluzioni più certe ed obiettive e possa, invece, assumere solo il ruolo di tecnica strumentale alla discrezionalità del legislatore. In proposito, G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita* ([www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2009/0002\\_nota\\_151\\_2009\\_di\\_genio.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0002_nota_151_2009_di_genio.pdf)).

<sup>5</sup> Per un’attenta trattazione dei tre profili, si rimanda integralmente a L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#) in questa [Rivista, 2009](#) (15.VII.09), e a S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale* ([http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2009/0017\\_nota\\_151\\_2009\\_agosta.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0017_nota_151_2009_agosta.pdf)).

<sup>6</sup> Il concetto di “vita buona” viene ripercorso da CARNEVALE A. - HENRY B. *Vita buona, vita vulnerabile*, in STRADELLA E. ( a cura di ) *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire*, Edizioni Plus, Pisa 2011, 42 e ss.

<sup>7</sup> G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, cit.

di sterilità o infertilità» e sia «accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico», rispettano pienamente i requisiti stabiliti dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 ossia quelli di essere viventi, coniugi, maggiorenni ed in età parzialmente fertile e, il perseverare di tale situazione, non solo ha comportato *stress* e danno alla salute ma ha altresì condotto alcuni dei ricorrenti a cercare tutela del proprio diritto presso centri medici stranieri.

Vengono così sollevate questioni di costituzionalità da parte del Tribunale di Milano, del Tribunale di Firenze e del Tribunale di Catania in riferimento agli artt. 3 (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza). Il Tribunale di Milano ha espresso dubbi di costituzionalità anche in riferimento agli artt. 29 e 117.1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Corte ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, 12, comma 1, della legge 40 del 2004 in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione.

La Corte affronta il problema del diritto alla salute<sup>8</sup>, dell'autodeterminazione, della segretezza della genitorialità, della famiglia e dell'adozione. Ripercorre le circolari ministeriali e la convenzione di Oviedo; cerca di dare una forma al concetto di dignità umana e inizio vita.

In questo intreccio di tematiche i due principali fili conduttori che legano la trattazione sono il rapporto tra scienza e diritto, da una parte, e tra discrezionalità legislativa e ragionevolezza, dall'altra: il legislatore deve guidare la propria azione nel massimo rispetto dell'evoluzione scientifica della civiltà, seppur si constati che, talvolta, nemmeno la scienza possa suggerire soluzioni più certe ed obiettive e possa, invece, assumere solo il ruolo di tecnica strumentale alla discrezionalità del legislatore.

Due filoni che, quasi a voler riprendere la dialettica hegeliana, trovano la loro sintesi nella dignità, dopo aver creato una forte tensione tra i due momenti principali della triade.

La scienza ed il diritto possono dialogare, secondo la Corte, solo se hanno come fine ultimo la dignità della persona umana.

Tutta l'argomentazione della Corte si basa sul diritto alla salute della donna e sul diritto alla genitorialità per dimostrare che questi ultimi sono diritti strumentali alla tutela e alla integrazione della dignità umana che non può trovare limite nella scelta discrezionale del legislatore.

---

<sup>8</sup> Sul concetto di diritto alla salute e libertà di disposizione del proprio corpo, v. AA.VV., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (atti del convegno), in [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU185\\_principi.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf), 45 e ss., F. MINNI-A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana* in rivista AIC n. 3/3013 e L. ISOLANI *La libertà di disporre del proprio corpo ed i suoi limiti: brevi note in tema di procreazione e scelte di fine vita* in S. PANIZZA - R. ROMBOLI (a cura di) *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova 2009, 144 ss.

La dignità umana quindi ha carattere includente, ossia tiene insieme, quando si confrontano scienza e diritto ma, nello stesso tempo, ha anche una funzione escludente quando si bilanciano discrezionalità del legislatore e ragionevolezza.

La dignità<sup>9</sup> ha quindi una doppia funzione, una tesi ed una antitesi, la cui sintesi non può che essere il frutto di una legislazione che tenga di conto sia le innovazioni scientifiche e che la tecnica potendo escludere la discrezionalità là dove arriva la ragionevolezza.

2. *La dignità includente: scienza e diritto.* – La tutela dell'embrione ha trovato nel tempo, e con il progredire della ricerca scientifica, nuova linfa sia in dottrina che nelle scelte di diritto positivo<sup>10</sup>.

La stessa scienza è contraddittoria nell'indicare il momento preciso dell'inizio-vita (sempre che non vi sia un *continuum*) e questa contraddittorietà viene ereditata dallo stesso diritto che, se da una parte stabilisce che l'inizio della vita umana coincide con la nascita<sup>11</sup>, dall'altra, in tema di aborto e diritti delle lavoratrici, anticipa il momento della tutela ben prima della nascita.

Non aiuta il giurista nemmeno la comparazione con altri ordinamenti o con il diritto eurounitario, poiché *“starebbero tendenzialmente a confermare che la decisione di legiferare o meno sopra tale scivolosa materia ...omissis... è dunque una scelta che, a tutt'oggi, solo il singolo ordinamento statale può compiere...”*<sup>12</sup> conclude poi lo stesso autore *“perché possa essere sul serio convenzionale- frutto di un patto convenzionalmente raggiunto e culturalmente accettato da tutti i (recte, dalla major pars dei) consociati- siffatta decisione dovrebbe il più possibile rifuggire da qualsivoglia colorazione ideologica”*.

Scienza e diritto, quando si occupano di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute umana, prendono il nome di biodiritto<sup>13</sup>.

Il biodiritto, con l'avanzare delle scoperte scientifico-tecnologiche, ha ripreso con forza la propria centralità e, di conseguenza, la propria importanza nel disciplinare temi etici.

Tuttavia, il biodiritto presenta due aspetti problematici, che, connessi, rendono la sua interpretazione ed attuazione difficoltosa e, a tratti, rapsodica. Infatti, se da una parte il biodiritto è

---

<sup>9</sup> Per una panoramica sul concetto di dignità si veda P. PASSAGLIA – M. BELLOCCI ( a cura di ), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale* ([http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_196\\_La\\_dignita.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_196_La_dignita.pdf)), V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze applicative* ([http://www.dirittifondamentali.it/unicas\\_df/attachments/article/112/dignit%C3%A0%20umana\\_baldini.pdf](http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/attachments/article/112/dignit%C3%A0%20umana_baldini.pdf)), e F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino 2011.

<sup>10</sup> Si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione – Tomo I: Le scelte esistenziali di inizio vita*, Giuffrè, Milano 2012, 49 e ss. in particolare sia per quanto riguarda il dibattito sulle incertezze della medicina e le certezze convenzionali del diritto sia per quanto riguarda il concetto di scelte esistenziali e Costituzione.

<sup>11</sup> Cod. civ. art. 1.

<sup>12</sup> S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione – Tomo I: le scelte esistenziali di inizio vita*, cit., 68.

<sup>13</sup> *“Scienza e diritto, quando si occupano di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute umana, prendono il nome di biodiritto”* così C. CASONATO in *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 7 e ss.



fisiologicamente in ritardo (stretto nella morsa tra progresso scientifico e discussione etico-politica), dall'altra, proprio in ragione della difficile individuazione del terreno ricoperto dal concetto di dignità umana e dalle concezioni differenti che i vari Paesi hanno di “vita umana” e “persona”, si presenta sotto forma di due modelli, quello astensionista e quello interventista, che rende difficoltosa anche la sola individuazione delle fonti.

Nel nostro ordinamento il modello adottato è quello interventista a tendenza impositiva (come negli U.S.A. e nel Regno Unito), secondo cui l'individuo è titolare di un diritto costituzionalmente garantito al rifiuto di ogni terapia (individuo considerato come agente morale tendenzialmente libero e responsabile), a meno che questa non sia resa obbligatoria da un atto legislativo che rispetti la persona umana<sup>14</sup>.

Così il concetto di dignità, che la stessa Corte pone alla base di molte sue argomentazioni, necessita, per la sua effettiva applicazione, del dialogo costante e profondo tra le tecniche scientifiche e le tecniche giuridiche, tra il *quid* ed il *quomodo*: si interpreta la dignità al di fuori dalle eterogenee teorie che ne delineano la natura e la si utilizza come il fulcro per la stadera, ovvero come un punto fisso con il quale è possibile misurare la rilevanza dei principi in discussione.

La persona e i diritti umani conoscono continue trasformazioni al progredire della conoscenza scientifica e della coscienza civile ed il rapporto tra persona e scienza non è univoco ma biunivoco, potendo superare quella concezione, ormai minoritaria, che vedrebbe la scienza al servizio della persona e dei suoi diritti e non, al contrario, i diritti e la persona dipendenti dalla scienza e dalla tecnica. In dottrina si è sostenuto che il primato della scienza porta addirittura a “*porre in radicale contestazione tutti i valori fondamentali su cui poggia la Costituzione*”<sup>15</sup>. Quello tuttavia che rimane uguale, e sul quale il progredire scientifico non può incidere in modo significativo, sono le esigenze di tutela dell'ordinamento e i principi e valori che si possono leggere nella costituzione e nella sua effettiva attuazione nella vita sociale.

In verità, la stessa Corte, seppur basi le proprie argomentazioni sulle evidenze scientifiche in suo possesso, anche utilizzando molti studi di settore, liquida il rapporto intercorrente tra scienza e diritto in poche righe, per poi concentrarsi sulla ragionevolezza e sul “*vuoto normativo*”.

Così la Corte, quando delinea il diritto alla salute, afferma che “*le scelte del legislatore non possono nascere solo da valutazioni politiche ma devono adeguarsi alla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite derogando questa valutazione al medico che deve rispettare solo il consenso del paziente*” e, ribadisce come nell'intenzione di fugare ogni dubbio, che “*non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute ... spiegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul*

---

<sup>14</sup> C. CASONATO, *op. cit.*, 121 e ss.

<sup>15</sup> A. MORRONE, [Ubi scientia ibi iura](#), in questa [Rivista](#), 2014 (13.06.14).

*diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango”<sup>16</sup>.*

La Corte inizia la propria trattazione di diritto affermando che *“Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano”*.

Così la Corte riesce a tenere insieme scienza e diritto mediante la ricerca di bilanciamento tenendo come parametro la dignità (vista come insieme di diritti), che solo l'operato del medico, il consenso del paziente e la cornice costituzionale possono rendere effettiva e completa.

3. *La dignità escludente: discrezionalità e ragionevolezza.* – La dignità che include, che quindi è il parametro di bilanciamento tra l'operato della scienza e le norme del diritto, ha però anche, di conseguenza, una funzione escludente, che, nella fattispecie, non può essere derubricata a semplice conseguenza fattuale ma rappresenta, a pieno titolo, una peculiarità eguale e contraria della dignità prima trattata.

La dignità includente è, infatti, tale solo se riportata entro le possibilità della scelta legislativa e i limiti della ragionevolezza.

La Corte, dopo aver fissato il concetto di dignità e chiarito il suo rapporto con scienza e diritto, applica il criterio della ragionevolezza prendendo proprio a parametro la dignità come limite oltre il quale la discrezionalità del legislatore non può addentrarsi

La stessa Corte, dopo aver sostenuto che, seppur sia fondata una legittimazione del legislatore ad operare (*“primariamente alla valutazione del legislatore”*) in tema di procreazione medicalmente assistita (*“coinvolge plurime esigenze costituzionali”*), tuttavia questa legittimazione è affievolita da un forte controllo sociale e, come ve ne fosse bisogno di ribadirlo, della stessa Corte il cui compito è quello di verificare la realizzazione di un ragionevole bilanciamento.

Lo stesso concetto di dignità (come insieme di diritti costituzionalmente garantiti) è letto alla stregua dei molti “studi” e “documenti” che la Corte e le parti, perpetrando una sorta di prassi sviluppatasi negli ultimi anni, secondo cui le decisioni della Consulta tengono di conto ogni contributo scientifico in materia, richiamano più volte nelle proprie argomentazioni<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Sulla responsabilità medica dopo le recenti modifiche è possibile leggere P. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi* in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2013.

<sup>17</sup> Un'interessante osservazione sul metodo che riprende anche A. FIERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei*

Così la Corte, da subito, ripercorrendo le linee guida ministeriali emanate negli anni, afferma che il divieto di fecondazione eterologa non solo non è la conseguenza di obblighi derivanti da atti internazionali, giustificandone quindi una sua (eventuale) eliminazione<sup>18</sup>, ma è addirittura privo di fondamenti costituzionali.

L'argomentazione passa, così, ad intrecciare il diritto alla autodeterminazione (derivante dallo stesso principio personalista) ed il diritto alla salute (correlato allo stesso principio di eguaglianza), che non solo pongono le basi della questione ma specificano, altresì, il concetto di famiglia.

Infatti, afferma la Corte, non è possibile limitare la libertà di autodeterminazione, nella quale trova il proprio riconoscimento anche quella di avere figli, se non per tutelare interessi di eguale rango, a seguito quindi di un bilanciamento. Così sia le coppie sterili che quelle fertili hanno il diritto ad avere figli, costruire una famiglia, vedere riconosciuti i propri diritti che, seppur influenzati da argomentazioni di tipo etico, non possono mai cedere se non davanti a valori costituzionali superiori.

La Corte afferma, altresì, che la *“Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli [omissis] nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico”*. Questa affermazione lascia intuire come si possano aprire ancora molti spazi su temi che, seppur trattati spesso con argomentazioni etiche, potrebbero portare in un futuro la stessa Corte ad affermare che il diritto all'autodeterminazione non può affievolirsi, se non davanti ad altri interessi di pari rango, come potrebbe avvenire nel caso di matrimonio di coppie omosessuali.

Uscendo da questa breve, ma necessaria, divagazione, la Corte applica lo stesso ragionamento anche riguardo al diritto alla salute sia psichica che fisica: *“gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti, sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali”*.

Così cade ogni tesi difensiva di chi antepone l'etica alla norma. La dignità dell'uomo è anteposta a qualsiasi altra volontà del legislatore e ove vi è dignità la discrezionalità del legislatore<sup>19</sup> cede il passo alla ragionevolezza. La dignità stessa ha questo ruolo escludente.

---

*giudizi di legittimità costituzionale*, Giappichelli, Torino 2012, 63 e ss. Solo a titolo esemplificativo è utile richiamare quanto scritto nella sentenza [162 del 2014](#), 14 (Relazione della XII Commissione permanente alla Camera dei deputati sui centri che nel 1997 praticavano la fecondazione eterologa), 15 (Nozione di “salute” fornita dall' Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1946), 16 (richiama gli studi e le evidenze scientifiche).

<sup>18</sup> La Corte richiama così la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, che vieta solamente la procreazione medicalmente assistita ai soli fini eugenetici.

<sup>19</sup> Sul tema è molto interessante il contributo di S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2014/0025\\_nota\\_162\\_2014\\_penasa.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0025_nota_162_2014_penasa.pdf).

Lo conferma la stessa Corte, quando afferma che la questione del diritto all'identità genetica si era già posta in relazione all'adozione, ed era stata risolta da una legislazione attenta a disciplinarne gli aspetti principali a seguito della rottura *“del dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti”*<sup>20</sup>.

In effetti la discrezionalità, in questo caso, esternata nella sua assolutezza, ha creato una forte disegualianza proprio per coloro i quali, con minori *chances*, dovrebbero essere garantiti da questa normativa<sup>21</sup>. Le coppie che accedono alla tecnica della fecondazione eterologa sono, infatti, quelle affette da una più grave patologia e che, *de facto*, sono obbligate a rivolgersi a centri stranieri con una evidente limitazione delle opportunità (dato dai costi economici) e della stessa eguaglianza. Non viene, quindi, garantito il vincolo del minor sacrificio possibile, poiché vengono sacrificati diritti e valori costituzionali, affidandosi ad una normativa rigida e assoluta, che non tiene di conto il bilanciamento dei valori che, ha dimostrato la Corte, *“esula dalla costante esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia ed equità”*.

Così, nel pieno diritto del legislatore di limitare la fecondazione ai soli casi in cui siano presenti sia i requisiti oggettivi (grave malattia che non permette la fecondazione) e soggettivi (coppia maggiorenne di sesso differente sposata o convivente, in età fertile ed entrambi viventi), la discrezionalità deve lasciare il passo alla ragionevolezza, dalla quale essa stessa è limitata sia nel momento costitutivo che nel successivo momento applicativo, per effetto della tutela della dignità della persona.

4. *Note finali: la salute contesa.* – Già nelle more del deposito della motivazione della sentenza, avvenuto ben oltre i due mesi, si era acceso un intenso dibattito sulla effettiva immediata applicabilità della normativa di risulta e sulla necessità di un intervento da parte del legislatore.

Negli ultimi giorni di luglio, la polemica si è riaperta a seguito di una delibera di Giunta con la quale la Regione Toscana ha emanato, anticipando sul tema sia il Ministero competente che la conferenza Stato-Regioni, le linee guida per rendere operativa da subito la tecnica di fecondazione eterologa nei centri pubblici e privati. Di conseguenza, da subito, è intervenuto il Governo, tramite la Ministra Lorenzin, il quale ha da subito dichiarato la volontà di approvare una norma primaria (da subito decreto legge e, successivamente, legge ordinaria), al fine di riempire un vuoto normativo che non permetterebbe alle Regioni di adempiere ai propri obblighi.

---

<sup>20</sup> La Corte richiama anche la [sentenza 278 del 2013](#) con la quale veniva rimossa la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che avesse dichiarato alla nascita di non voler essere nominata.

<sup>21</sup> Interessante lo stesso richiamo della Corte al dichiarato scopo della legge 40 *“di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”*.

Lo stesso Presidente della Corte costituzionale ribadiva in una intervista che, a seguito della sentenza in commento, non risultasse un vuoto normativo e che i centri di fecondazione assistita potevano già praticare l'eterologa<sup>22</sup>.

La dottrina si è approfonditamente espressa su tale questione e, ai fini della nostra trattazione, preme segnalare come, mentre la Corte ha cercato di invitare il legislatore a tenere ben distinte le argomentazioni etiche da quelle giuridiche, il Governo si era in un primo momento espresso per una nuova discussione in seno proprio all'organo parlamentare. Ovviamente, il legislatore è sovrano ed ha pieno diritto di modificare la legge 40/2004 (che, per inciso, non è stata certamente dichiarata incostituzionale *in toto*), ma se, da una parte, deve rispettare i principi dettati dalla Corte, dall'altra, non può permettersi di perpetrare ancora il danno alla salute che, ad oggi, risulta dalla sentenza della Corte chiaramente sancito. Sarebbe, infatti, esiziale pensare ad un “*confronto sulle questioni etiche*”, come alcuni esponenti politici hanno affermato. *In primis*, perché la componente etica sul tema è già stata ampiamente trattata; inoltre, se è vero che il Parlamento può decidere di adottare una differente normativa, è pur vero che questa non potrà essere contraria a quanto affermato dalla Corte.

Dalla lettura della sentenza è chiaro come non esista alcun vuoto normativo. Tutto ciò è ben ravvisabile dal fatto che la principale tesi difensiva dell'avvocatura di Stato era stata proprio quella di un possibile vuoto e di una specie di zona d'ombra in tale materia “*costituzionalmente necessaria*”<sup>23</sup>.

La Corte afferma subito che il sindacato non può essere limitato dalla carenza legislativa<sup>24</sup> e, successivamente, chiarisce che “*la ritenuta fondatezza delle censure non determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto ...omissis... Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta*

---

<sup>22</sup> Così “I centri di fecondazione assistita autorizzati possono praticare già ora l'eterologa, purché rispettino tutti quei paletti che la legge 40 ha fissato per la procreazione medicalmente assistita in generale e tutti i meccanismi di controllo pubblico previsti e magari talvolta insufficienti ...omissis... d'altra parte, la Corte si è limitata ad affermare l'incompatibilità del divieto di eterologa con la Costituzione e che il vuoto normativo non c'era, se non su un punto di un certo rilievo, il numero delle donazioni, da colmare eventualmente con un aggiornamento delle linee guida o con norma primaria”, in [www.ilmessaggero.it](http://www.ilmessaggero.it) del 10 agosto 2014 “Fecondazione, Tesoro: non c'è alcun vuoto normativo, l'eterologa si può già fare”.

<sup>23</sup> Il tema era tuttavia già stato affrontato dalla Corte costituzionale con la [sentenza 45 del 2005](#) nella quale si statuiva, affermando l'ammissibilità del referendum abrogativo della legge 40 del 2004, che “*va escluso che le disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria. La proposta riguarda, infatti, aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria*”. Per un ulteriore approfondimento sul tema, si veda A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in [www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/old\\_pdf/345.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/old_pdf/345.pdf)

<sup>24</sup> Si veda la [sent. n. 1 del 2014](#).

*ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo ...omissis... Siffatta considerazione permette, poi, di ritenere che le norme di divieto e sanzione non censurate [...] sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte”<sup>25</sup>.*

Chiarissimo questo passaggio: la l. 40/2004 è pienamente applicabile nella parte non censurata ed i relativi divieti e limiti, propri della fecondazione omologa (che, per inciso, era stata presa come termine di paragone nel test di proporzionalità), sono perfettamente applicabili in forza degli ordinari canoni ermeneutici.

Non a caso viene richiamata successivamente la [sentenza n. 278 del 2013](#), ove la Corte invitava, questa volta sì, il legislatore ad “*introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale...*”.

Così, secondo la Corte, le Regioni hanno il dovere, anche per la competenza loro spettante, di mettere subito in pratica una normativa (che è in vigore e non può certamente essere disattesa), mentre rimane di competenza statale, auspicabile per disciplinare alcuni aspetti organizzativi, la possibilità di aggiornare le linee guida o di adottare differente normativa, senza che, però, quest'ultima o la sua *vacatio* incida sul diritto di esercizio di tale tecnica e sui diritti dell'individuo connessi.

Tuttavia è necessario interrogarsi se la materia della fecondazione eterologa ricada in tutto o solo in parte nelle competenze regionali o concorrenti. Se è infatti vero che la salute risulta essere di competenza concorrente è altresì vero che, secondo l'art. 117 Cost., lo “*stato civile*”, “*l'ordine pubblico*” e “*la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali*” risultano essere di competenza esclusiva statale. Proprio nella fecondazione eterologa risulta necessaria una normativa in tema di *privacy*, di genitorialità e di livelli essenziali di prestazioni che, quindi, ricadrebbero in competenze dello Stato.

Nei mesi che sono intercorsi dal deposito delle motivazioni ad oggi la Conferenza delle Regioni ha approvato all'unanimità le linee guida (indirizzi operativi regionali) indicando i requisiti per l'accesso e le analisi prodromiche a tale tecnica, la gratuità delle donazioni, la modalità di scelta dei centri operativi specializzati e la forbice entro la quale fissare il costo per i pazienti<sup>26</sup>.

La volontà di voler uniformare gli standard e i requisiti delle varie regioni è stato senza dubbio necessario per cercare di arginare una possibile regionalizzazione poiché solo alcuni cittadini avrebbero potuto godere delle prestazioni nelle regioni di appartenenza con standard alti e costi contenuti mentre altri sarebbero stati costretti a sostenere costi maggiori o praticare un turismo sanitario non più internazionale ma nazionale.

---

<sup>25</sup> [Sent. n. 162 del 2014](#).

<sup>26</sup> Le *Linee guida* sono consultabili all'indirizzo [www.regioni.it/home\\_art.php?id=986](http://www.regioni.it/home_art.php?id=986).



Permangono tuttavia varie problematiche legate da una parte alla tardiva approvazione da parte delle varie giunte regionali delle linee guida uscite dalla Conferenza e, dall'altra, dalla stessa non omogeneità dei servizi offerti dalle stesse Regioni anche a seguito delle linee guida.

Risulta altresì necessario porsi il problema dell'esigenza di includere tale tecnica nei LEA (livelli essenziali di assistenza) dato che è auspicabile garantire in modo omogeneo tale diritto in tutto il territorio, fissare livelli minimi per la tutela dei diritti in questione e garantire un riconoscimento nazionale della tutela della salute di chi ha necessità di accedere a tale tecnica dato che, ogni diritto sociale, ha un costo (o un investimento) che deve essere sostenuto.

La stessa istituzione del registro dei donatori, disciplinato al comma 298 della legge di stabilità 2015, risulta essere un primo ma importante passo verso un superamento di alcune problematiche legate alla tracciabilità dei donatori, al controllo del numero di donazioni, al monitoraggio dello stato di salute, alla stessa regionalizzazione dei diritti.

In verità, ad oggi, molte altre sono le questioni aperte che rischiano di ostacolare l'effettività della tutela dei diritti sanciti dalla Corte nella sentenza in esame. *In primis* è necessario incentivare la donazione di gameti partendo dal concetto di gratuità della donazione, predisporre banche dati che garantiscano la *privacy* e la segretezza, contrastare ancor più fortemente ogni fenomeno illecito legato alla commercializzazione e alla scelta eugenetica che potrebbe ledere altrettanti diritti fondamentali, diminuire ancor di più il *gap* di assistenza sanitaria ancora presente tra le regioni.

Bisogna altresì rilevare, come giustamente è stato affermato in dottrina<sup>27</sup>, che *“d'altra parte, la Corte, nella pronuncia in esame, non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del generale divieto di ricorrere a tecniche di tipo eterologo, limitandosi ad eliminare dalla originaria previsione il caso delle coppie assolutamente infertili sterili, e, di conseguenza, escludendo per quest'ultima ipotesi la sanzionabilità delle relative condotte (ex art. 12, co. 1). La scelta – questa sì – politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta fuori dal sindacato di costituzionalità. Non pare, quindi, che possa rimproverarsi al Giudice delle leggi la colpa dell'Ulisse dantesco, condannato per aver osato seguire, al di là dei limiti dettati dall'etica, la sua sete di conoscenza”*. Mi permetterei solo di aggiungere che se, tuttavia, fosse il legislatore a decidere di perseguire la *ubris* propria di Ulisse, rischierebbe di trovarsi come davanti al canto delle sirene: qualcuno sordo dalla cera e qualcun altro legato dalle corde.

---

<sup>27</sup> G. D'Amico, *op. cit.*

**Antonio Ruggeri**

**I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali\***

SOMMARIO: 1. La diversa condizione riservata dalla Carta costituzionale a cittadini e stranieri e il suo parziale superamento, specie per effetto della invenzione del *tertium genus* costituito dai cittadini “comunitari”. – 2. Il canone della tutela più “intensa” quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali e la sua generalizzata estensione (anche, dunque, al piano dei rapporti tra Carte internazionali dei diritti e Costituzione), con la conseguenza che le norme pattizie, di cui all’art. 10, II c., cost. possono, in applicazione del canone suddetto, derogare alle norme costituzionali relative alla distinzione tra cittadini e non cittadini, così come all’inverso le norme interne possono discostarsi da quelle internazionali in vista dell’ottimale affermazione del canone stesso. – 3. Le obiezioni mosse in dottrina avverso il canone della tutela più “intensa” e il tentativo qui avanzato di confutarle, con opzione per la tesi favorevole alla tendenziale estensione ai non cittadini dei medesimi diritti e doveri costituzionali propri dei cittadini. – 4. *Segue*: il peculiare regime valevole per i diritti politici, gli argomenti usualmente addotti a sostegno della esclusione dei non cittadini dal loro godimento e la loro critica, l’impossibile riconoscimento a tali soggetti dei diritti in parola per via interpretativa, con la conseguenza di dover far luogo a tal fine alle opportune modifiche costituzionali riguardanti la cittadinanza facendone poggiare le basi costitutive sulla stabile residenza nel territorio della Repubblica. – 5. Dal modello all’esperienza: schegge di legislazione e giurisprudenza che denotano il, maggiore o minore, scostamento della seconda dal primo. – 6. Una divagazione (apparentemente) *extra moenia*: i doveri costituzionali dei non cittadini. – 7. Una succinta notazione conclusiva, con riguardo alla mutazione genetica in corso tanto nella condizione dei cittadini quanto in quella dei non cittadini.

*1. La diversa condizione riservata dalla Carta costituzionale a cittadini e stranieri e il suo parziale superamento, specie per effetto della invenzione del tertium genus costituito dai cittadini “comunitari”*

Trattare della condizione del “non cittadino” – termine usualmente preferito a quello di “straniero”, a motivo della sua idoneità a comprendere in tutta la loro estensione i vari tipi di soggetti cui fa riferimento<sup>1</sup> – equivale a dire, allo stesso tempo e di necessità, anche di quella del cittadino, tornando così a riflettere su una nozione divenuta col tempo sempre più incerta e fatta oggetto di profondo ripensamento, persino nei suoi lineamenti essenziali. D’altronde, da una prospettiva di ancora più largo raggio, ad essere oggi ridiscussa è – come si sa – l’idea stessa di Stato, coi suoi tratti identificanti (e, tra questi, principalmente la sovranità), e, andando ancora più a fondo, l’idea di Costituzione, da una risalente e tuttavia ancora al presente fortemente radicata tradizione teorica legata a filo doppio, indissolubilmente, a quella di Stato, con cui intratterrebbe una relazione biunivoca, questo non essendo pensabile senza quella e viceversa. Un’idea solo in tempi relativamente recenti sottoposta a critica riconsiderazione, specie da parte di quanti si sono dichiarati favorevoli alla sua estensione altresì a talune organizzazioni sovranazionali, quale l’Unione europea<sup>2</sup>.

Ma a tutto ciò si può ora riservare solo un cenno, dovendosi qui appuntare l’attenzione esclusivamente sulla condizione dei non cittadini, sforzandosi di metterne a fuoco i tratti maggiormente espressivi e qualificanti, tanto secondo modello costituzionale quanto secondo esperienza, quale risultante alla luce dei più marcati indirizzi delineati per mano della giurisprudenza e della legislazione man mano adottata in relazione a tali soggetti<sup>3</sup>.

---

\* Relazione al convegno su *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Reggio Calabria 26-27 marzo 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato. Avverto che, a motivo dell’ampiezza del campo materiale attraversato dall’indagine che ora si avvia, mi sono trovato costretto, per un verso, a tralasciare lo studio di questioni relative al versante dei rapporti internazionali (quali asilo, estradizione, protezione internazionale, ecc.) e, per un altro, a forti selezioni nei riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>1</sup> Rilievo corrente: per tutti, E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, XV (1999), 159. Sul punto, precisazioni, ora, in L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni: una premessa*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura della stessa R., Giuffrè, Milano 2014, 7 ss., spec. 12 ss.

<sup>2</sup> Riferimenti a riguardo di questa vessata questione possono, se si vuole, aversi dal mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*<sup>4</sup>, Giappichelli, Torino 2014, cap. I.

<sup>3</sup> In realtà, un esame più adeguato richiederebbe di prendere in considerazione anche le pratiche amministrative effettivamente invalse, per il tramite delle quali si fa ed incessantemente rinnova, in modo compiuto, il “diritto vivente”.

Si diceva essere col tempo divenuta sempre più appannata e confusa l'immagine sia del *cittadino* che del *non cittadino*. È una delle tante conferme di cui si dispone della strutturale apertura del modello costituzionale, della sua attitudine cioè a farsi incessantemente riplasmare ed a caricarsi di nuovi significati alla luce del mutare del contesto in cui esso s'inscrive ed invero.

Questa premessa, che può sembrare persino ovvia e scontata, non potendosi dubitare della vocazione del modello a disporsi alla sua rigenerazione semantica pur se entro limiti ad oggi teoricamente discussi, non merita di essere persa di vista al momento in cui ci si accinge ad una nuova rivisitazione del quadro costituzionale; e mostra come nessuna acquisizione teorica, per risalente ed accreditata che sia, possa reputarsi non soggetta a critica revisione. Il rinnovamento di sensi della Carta – è ormai provato – resta ad ogni buon conto soggetto a limiti<sup>4</sup>, se si conviene a riguardo dell'attitudine degli enunciati costituzionali a circoscrivere l'area materiale entro cui possono in modo corretto essere enucleati i loro possibili significati, senza far luogo ad inammissibili manipolazioni e veri e propri ribaltamenti concettuali. Oltre una certa soglia, pur se approssimativamente fissata, non è dunque consentito spingersi; e chi volesse invece portarsi oltre di essa dovrebbe, con onestà d'intelletto, patrocinare l'innovazione costituzionale con le forme sue proprie stabilite nell'art. 138, peraltro sempre che essa non faccia a pugni con principi strutturali della Carta, usualmente posti ad argine delle revisioni costituzionali. Rischio, questo, qui particolarmente incombente, sol che appunto si pensi che ad essere in gioco sono concetti elementari del diritto costituzionale, quali quelli di popolo e di sovranità.

Un dato di partenza mi parrebbe indiscutibile; ed è quello della diversa condizione, dalla Carta presupposta e al tempo stesso avallata, in cui versano cittadini e “stranieri” (per il linguaggio del tempo), secondo quanto avvalorano non soltanto i numerosi richiami ai primi sparsi qua e là per l'intero tessuto costituzionale ma anche, e specificamente, le formule di cui agli artt. 10, II c., e 22 cost. Immaginare, dunque, secondo alcune posizioni teoriche radicali, di appiattare in tutto e per tutto il trattamento giuridico riservato a tali soggetti non è, secondo diritto costituzionale vigente, in alcun modo possibile, se non col costo insopportabile di frodare non tanto i singoli precetti quanto la Carta nel suo insieme. Allo stesso tempo, è tuttavia da riconoscere che, per effetto di talune vigorose tendenze affermatesi nell'esperienza, si è registrata una vistosa convergenza tra le due condizioni soggettive, in passato tenute lontane, al punto che esse non soltanto oggi si toccano ma – di più – si integrano, pur se solo in parte.

Volendo ricorrere ad una immagine, potremmo dire che cittadini e non cittadini compongono due anelli reciprocamente intrecciati, dandosi un'area esclusivamente propria di ciascuno di essi ed una intermedia comune. Esattamente come negli anelli veri, poi, il legame che li unisce è mobile, potendosi elasticamente spostare in modo tale da far espandere ovvero restringere l'area comune. Ed è proprio ciò che avviene nell'esperienza, dal momento che le leggi che si sono man mano accavallate e vanno senza sosta sfornandosi, alle volte – a dirla tutta – con assai poco consistente costrutto, disciplinando questo o quell'aspetto della condizione dei non cittadini, sembrano volersi fare portatrici d'indirizzi politici non lineari e reciprocamente coerenti, siccome volti ora a far tornare gli stranieri nel ghetto in cui erano un tempo ed ora invece a dotarli dei medesimi diritti di cui dispongono i cittadini<sup>5</sup>. Dal suo canto, anche la giurisprudenza – come si vedrà più avanti con esempi – si mostra non poco oscillante e variamente orientata, ora assecondando le più salienti espressioni

---

Questa ulteriore estensione dell'analisi ora avviata è tuttavia in questa sede preclusa, a motivo del ristretto spazio disponibile per il suo svolgimento, così come, per la medesima ragione, quanto alla giurisprudenza, ci si troverà costretti a fermare l'attenzione unicamente su quella costituzionale, senza poter far riferimenti a quella comune, il cui studio pure sarebbe di estremo interesse.

<sup>4</sup> E ciò, anche a prescindere dal rilievo che si reputi di dover assegnare all'*original intent* dei redattori della Carta, su cui – come si sa – la giurisprudenza ha, negli anni a noi più vicini, molto insistito (specie in [Corte cost. n. 138 del 2010](#)).

<sup>5</sup> Di “un corpo normativo labirintico e frammentato” discorre, in relazione al tema specifico della sua analisi ma con considerazioni a mia opinione suscettibili di estensione anche oltre di esso, A. PUGIOTTO, “Purché se ne vadano”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli 2010, 385, con richiamo, in nt. 179, di una opinione di G. Bascherini.

della legislazione ed ora invece sanzionandole e variamente correggendole secondo occasionali convenienze.

Il moto – come si diceva – è continuo, al punto che si rivela essere un’impresa disperata (e, a mia opinione, comunque controproducente) tentare di fermarlo in un’immagine fotografica con la quale insensatamente si punta a convertire in statico ciò che invece è soggetto a continuo movimento. Merita nondimeno sin d’ora di essere messo in evidenza il dato cui si è appena fatto cenno, vale a dire della varietà di linee d’indirizzo persino per uno stesso campo materiale di esperienza, quale ad es. quello di centrale rilievo della gestione degli immigrati irregolari. Una questione – come si sa – di drammatica attualità, d’immani dimensioni, fronteggiata a tutt’oggi con misure palesemente inadeguate, espressive di molta, affannosa improvvisazione, confusione d’idee, incertezza di orientamenti.

Ora, ferma la distinzione suddetta tra cittadini e non cittadini, è pur vero che il dato testuale, qui come altrove, è considerato da sé solo insufficiente, comunque non risolutivo; e basti solo pensare, per averne riprova, alle interpretazioni prospettate dell’art. 3 che, pur nella varietà d’indirizzo teorico, convergono nell’esito ricostruttivo di ritenere possibile (ed anzi doveroso) riservare un identico trattamento a tutti tali soggetti, perlomeno in relazione ad alcuni dei fattori di eventuale discriminazione indicati dall’enunciato costituzionale<sup>6</sup>. È poi anche vero che il dettato della Carta, pur laddove considerato insuscettibile di adattamento interpretativo, è stato in buona sostanza rifatto a seguito dell’erompere del fenomeno “comunitario” (o – piace a me dire, in relazione all’oggi – “eurounitario”), che ha complicato il quadro in origine estremamente semplificato ed articolato nei due soli tipi del cittadino e dello straniero con la invenzione del *tertium genus* costituito dal cittadino “comunitario”<sup>7</sup>. Il quale poi – si faccia caso – è al suo interno non poco articolato e, per dir così, “graduato”, sol che si pensi che il patrimonio di diritti e doveri costitutivo dello *status* di cittadino dell’Unione risulta variamente esteso a motivo del carattere differenziato della integrazione sovranazionale e della circostanza per cui tempi e modi dell’adesione all’Unione stessa variano sulla base dei trattati che la riguardano<sup>8</sup>.

Così, nel momento stesso in cui la condizione di cittadini e non cittadini converge, secondo quanto si tenterà di mostrare tra non molto, la cittadinanza nella sua dimensione sovranazionale si articola ed esprime in forme plurime, anche significativamente diversificate. Tutto ciò ha preso corpo a mezzo di discipline normative cui è stato (ed è) dato ingresso in ambito nazionale malgrado le stesse fossero – ad esser franchi – assai problematicamente conciliabili coi principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, perlomeno secondo una loro rigorosa lettura che parrebbe portare all’esito della contrapposizione “secca” tra cittadini “nazionali” e stranieri.

---

<sup>6</sup> Riferimenti in G. MOSCHELLA, *La parabola dei diritti umani nella legislazione italiana sull’immigrazione*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, a cura di S. Gambino - G. D’Ignazio, Giuffrè, Milano 2010, 481 ss.; P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 25 ss., spec. 57 ss., e, ora, L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni una premessa*, cit., spec. 37 ss., e A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, in [Consulta OnLine](#), 2014, 4 novembre 2014, § 3.

Come si tenterà di mostrare, il fondamento dell’eguaglianza è da vedere nel riconoscimento dei diritti inviolabili di ogni essere umano, l’art. 2 dunque dando sostegno all’art. 3; è provato però pure l’inverso. E il vero è che i due valori fondamentali si fanno costante e necessario rimando a vicenda, componendo la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento (sulle mutue implicazioni che tra di essi s’intrattengono, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009).

<sup>7</sup> Il punto è diffusamente rilevato da tempo: per tutti, E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in AA.VV., *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi - F. Biondi Dal Monte - M. Vrenna, Il Mulino, Bologna 2013, 61 ss. Sui tratti identificativi della cittadinanza europea, per un quadro di sintesi, v. P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*<sup>4</sup>, cit., spec. 447 ss. Utili indicazioni, di recente, in A. BARAGGIA, *Dimensione sostanziale della cittadinanza europea e diritti fondamentali: una storia appena cominciata*, in [www.federalismi.it](#), 24/2014.

<sup>8</sup> Sul carattere differenziato della integrazione sovranazionale, v., da ultimo, M. CONDINANZI, *L’Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in [www.federalismi.it](#), 5/2015, 11 marzo 2015.

Si fermi, infatti, solo per un momento l'attenzione sul punto.

Dottrina e giurisprudenza corrente seguitano, a mia opinione sempre più stancamente, a ripetere che il diritto dell'Unione va incontro all'osservanza indefettibile dei "controlimiti". Sta di fatto però che l'invenzione della cittadinanza dell'Unione, col regime suo proprio tanto secondo diritto sovranazionale quanto alla luce delle norme interne che vi hanno dato svolgimento, ha alterato la quiete di un modello risultante da principi fondamentali della Carta. Lo stesso art. 10, II c., che – come si sa – specificamente si indirizza agli stranieri, non vale per i cittadini "comunitari", se non per il fatto che essi pure hanno la base del loro peculiare regime nei trattati, un regime che nondimeno risulta quindi appieno descritto da norme e pronunzie giurisprudenziali che hanno un complessivo regime giuridico in più punti – piaccia o no – dirompente rispetto alla separazione "secca" operata nella Carta tra cittadini e stranieri.

Per quest'aspetto, dovremmo dunque dire che l'invenzione in parola si è tradotta in una *rottura della Costituzione*, per prassi (o, dovremmo ormai dire, consuetudine) consolidata giustificata nell'art. 11, una rottura che però – qui è il punto – ha riguardato gli stessi principi fondamentali che danno la configurazione della cittadinanza, a partire proprio da quello che appunta nel solo "popolo" (tradizionalmente inteso) ogni potere sovrano.

Il vero è che il cittadino dell'Unione è nel nostro ordinamento, a un tempo, anche un cittadino, in relazione a taluni diritti e doveri, e un non cittadino per altri. Come si vedrà a momenti, questa doppia veste, sia pure in ordine a diritti e doveri diversi, ha anche lo straniero, in forza di una certa rilettura degli artt. 2 e 3, nel loro fare sistema con l'art. 10, II., che si tenterà di argomentare a breve. Non si trascuri poi il riferimento che, pure per taluni profili della condizione giuridica del non cittadino, va fatto allo stesso art. 10, I c., tanto per la parte in cui si è in presenza di norme internazionali non scritte riguardanti tutti gli stranieri e, ancora più largamente, tutti gli esseri umani, quanto con riferimento a norme internazionali pattizie razionalizzatrici di norme generalmente riconosciute. E, invero, entrambi i commi dell'art. ora cit., specie se riconsiderati alla luce degli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale, sono particolarmente istruttivi per ciò che concerne il trattamento che, secondo modello, va riservato ai non cittadini.

Di ciò dobbiamo dunque passare subito a dire, sia pure con la speditezza imposta a questo studio.

*2. Il canone della tutela più "intensa" quale Grundnorm delle relazioni interordinamentali e la sua generalizzata estensione (anche, dunque, al piano dei rapporti tra Carte internazionali dei diritti e Costituzione), con la conseguenza che le norme pattizie, di cui all'art. 10, II c., cost. possono, in applicazione del canone suddetto, derogare alle norme costituzionali relative alla distinzione tra cittadini e non cittadini, così come all'inverso le norme interne possono discostarsi da quelle internazionali in vista dell'ottimale affermazione del canone stesso*

Trattando della condizione delle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale, la Consulta ha avuto modo da ultimo, in una sua molto discussa pronunzia<sup>9</sup>, di avvertire che nessun ingresso può esser concesso alle norme stesse laddove dovessero frontalmente contrastare con principi fondamentali dell'ordine costituzionale (e, in particolare, recare offesa alla dignità della persona umana). In una congiuntura siffatta, ad avviso del giudice costituzionale, la norma di adattamento, di cui all'art. 10, I c., non si produce, con la conseguenza che la consuetudine internazionale è da considerare radicalmente "inesistente" in ambito nazionale.

Non importa ora, ovviamente, tornare a discutere se siffatta qualifica sia, o no, da considerare appropriata. Prendendo per buono il punto di vista della Corte, ci si può tuttavia chiedere se esso possa ovvero debba trasporci alle stesse norme internazionali pattizie, qualificando pertanto come giuridicamente "inesistente" (e non semplicemente invalida) la norma dell'atto interno che vi dà esecuzione, laddove le prime dovessero frontalmente confliggere con principi di struttura

---

<sup>9</sup> Ovvio il riferimento alla [sent. n. 238 del 2014](#), ora ripresa dalla [ord. n. 30 del 2015](#).



dell'ordine costituzionale. Un esito ricostruttivo, questo, che a fil di logica mi parrebbe non disagevolmente raggiungibile<sup>10</sup>, per quanto la stessa giurisprudenza – come si sa – abbia ripetutamente dichiarato che norme esterne non rispettose dei “controlimiti” possano essere impedito di produrre effetti sanzionando le leggi di esecuzione per la via usuale del loro annullamento “*nella parte in cui...*”.

Forse, a stare all'impostazione teorica maggiormente rigorosa e persuasiva, si dovrebbero tenere distinte le violazioni della Carta costituzionale, “graduandole” a seconda del *vulnus* recato ai principi e, dunque, riportandone alcune al “tipo” della *invalidità in senso forte*, quale causa d'inesistenza, ed altre al “tipo” della *invalidità in senso debole*, quale causa di annullamento<sup>11</sup>, per quanto non sembra invero essere questo l'ordine concettuale nel quale si dispone la giurisprudenza costituzionale, rivista anche retrospettivamente e nel suo insieme.

Al di là dei profili di tecnica processuale, resta il fatto – e questo solo qui importa – che la giurisprudenza ha, nel caso deciso dalla 238 del 2014, riguardato ai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale da una prospettiva assiologicamente orientata, facendosi cura di valutare l'impatto prodotto dalle norme di origine esterna sui valori fondamentali dell'ordinamento. È una linea di metodo delle relazioni interordinamentali che è già stata altre volte tracciata e che – come si tenterà ora di mostrare – appare gravida di implicazioni per ciò che attiene alla condizione giuridica dei non cittadini.

E, invero, non sembra corretta la conclusione cui pervengono quanti (e, come si sa, sono molti) restano legati ad una lettura “letteralistica” del II c. dell'art. 10, assumendo che le norme interne che fanno riferimento agli stranieri debbano sempre e comunque prestare ossequio alle norme internazionali, abilitate pertanto a porsi a parametro “interposto” di eventuali giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto quelle norme. Ci insegna infatti la giurisprudenza (spec. in [sent. n. 317 del 2009](#)), con specifico riguardo alla condizione della CEDU in ambito interno ma con inquadramento suscettibile di generale valenza, che lo schema verticale che vede, nell'ordine, al primo posto la Costituzione, al secondo la norma internazionale ed all'ultimo la norma legislativa, obbligata a prestare osservanza alla seconda a pena di trasgredire la prima, può essere rifatto con la inversione di posto degli ultimi due termini normativi che lo compongono, laddove si acclari che la norma interna innalza il livello di tutela dei diritti fondamentali e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, visti nel loro fare “sistema”<sup>12</sup>. Nel qual caso, la precedenza va appunto accordata non già alla norma internazionale bensì a quella interna, con la conseguenza che la prima appare inidonea a porsi a parametro interposto in eventuali giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto la seconda.

Insomma, il canone della tutela più “intensa”, quale autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, porta a qualificare la soggezione delle norme di diritto interno a quelle internazionali riguardanti i non cittadini come soggetta a condizione<sup>13</sup>. Ogni norma giuridica, se ci si pensa, è in

<sup>10</sup> ... secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio [Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?](#), in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss.

<sup>11</sup> Riprendo qui nuovamente i termini prospettati da R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Giappichelli Torino 1992, 207 ss., per qualificare le varie specie d'invalidità; coincidente, in buona sostanza, è la bipartizione proposta da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., laddove distingue *anticostituzionalità* e *incostituzionalità*. In argomento, di recente, G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

<sup>12</sup> Particolarmente insistito nell'ultima giurisprudenza il riferimento non al solo diritto di volta in volta in campo bensì all'intero “sistema” degli interessi costituzionalmente protetti. Non va nondimeno taciuto che del “sistema”, al quale è ovviamente doveroso fare appello, si fa talora un uso strumentale, ad es. allo scopo di discostarsi dal *pressing* di una giurisprudenza europea alle volte incalzante.

<sup>13</sup> Ho già fatto applicazione del canone della tutela più “intensa”, con specifico riguardo alla condizione degli stranieri ed ai loro rapporti coi cittadini, nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011, part. al § 4 ss.; do, ora, ulteriori svolgimenti a taluni passaggi argomentativi nello scritto qui richiamato rimasti inesplicitati.



realtà prescrittiva *sub condicione*<sup>14</sup>: alla condizione, appunto, di poter servire al meglio, in ragione del contesto in cui s'inscrive ed opera, la Costituzione come "sistema", dandole modo di affermarsi, secondo l'aureo insegnamento di una non dimenticata dottrina<sup>15</sup>, *magis ut valeat*. Il che è come dire che i riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti dalle norme internazionali costituiscono un *minimum* sopra il quale il diritto interno può in ogni caso portarsi, una soglia che può essere spostata a piacimento in avanti, mai però arretrata<sup>16</sup>.

Ora, questa indicazione, che è di metodo ancora prima che di teoria, vale a mia opinione a tutto campo, sempre: anche, dunque, laddove si pongano a raffronto le garanzie assicurate ai diritti, rispettivamente, dalla Costituzione e dalle Carte internazionali. Il che equivale a riconoscere che la Costituzione si dichiara "cedevole" a fronte di più avanzate tutele provenienti *ab extra*; e però lo fa – si badi – proprio al fine di potersi realizzare al meglio di sé, segnatamente nella coppia assiologica fondamentale di cui agli artt. 2 e 3, nel loro fare "sistema" coi principi che danno l'apertura dell'ordine interno al diritto di origine esterna (internazionale e sovranazionale), nonché coi principi fondamentali restanti. Riconoscendo la propria finitezza o, diciamo pure, imperfezione, la Carta si arricchisce e perfeziona, attingendo *ab extra* quelle risorse di cui non dispone<sup>17</sup>. Saldandosi agli enunciati in cui è il riconoscimento dei valori transepocali e tendenzialmente universali di libertà ed eguaglianza, il principio di cui all'art. 10, II c., può dunque inserirsi a mo' di cuneo nel corpo costituzionale, determinando l'allargamento degli spazi di godimento dei diritti a beneficio degli stranieri, *anche in deroga alla stessa Costituzione*, laddove si dimostri che ciò possa appunto tradursi in un ancora migliore servizio assicurato ai valori suddetti; ed allo scopo può soccorrere – come si accennava poc'anzi – lo stesso I c. dell'art. 10, ove si convenga che il principio di non discriminazione tra cittadini e stranieri assurge a contenuto di una norma di diritto internazionale non scritto<sup>18</sup>. Può darsi tuttavia anche l'inverso, la disciplina internazionale trovandosi – come si è venuti dicendo – costretta a recedere davanti a norme interne (costituzionali e non) che quel servizio siano in grado di apprestare in misura ancora più adeguata.

Il punto è però che, una volta trasposto lo schema teorico sopra succintamente delineato dal disegno all'esperienza, quale emblematicamente si rispecchia nel "diritto vivente", si ha modo di toccare con mano come la giurisprudenza sia fortemente riluttante a darvi lineare ed efficace seguito, piuttosto riproponendo stancamente l'idea secondo cui la legge fondamentale della Repubblica nulla ha mai da invidiare alle altre Carte, dimostrandosi sempre all'altezza di dare una risposta persua-

---

<sup>14</sup> Faccio qui richiamo di un esito teorico-ricostruttivo che mi sono sforzato di argomentare in più scritti (e, tra questi, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17/2013, spec. al § 3).

<sup>15</sup> Ovvio qui il richiamo al magistero di V. Crisafulli.

<sup>16</sup> Sul punto, anche E. CANNIZZARO - A. CALIGIURI, *sub art. 10*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, 251.

Come si vede, si ha, nell'ambito di esperienza qui interessante, in buona sostanza, qualcosa di analogo a ciò che si ha in altri ambiti, quale ad es. quello delle relazioni tra le leggi di Stato e Regioni, avuto specifico riguardo al caso che le prime diano la definizione dei "livelli essenziali" delle prestazioni offerte ai diritti, a norma dell'art. 117, II c., lett. m), livelli innalzabili dalle fonti regionali, senza che ne risultino violati gli atti statali "interposti" e, perciò, di riflesso, la norma costituzionale che vi dà "copertura" (in argomento, tra i molti altri, C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, a cura di G. Campanelli - M. Carducci - N. Grasso - V. Tondi della Mura, Giappichelli, Torino 2010, 57 ss., e D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012).

<sup>17</sup> La qual cosa poi – segnale *per incidens* – avvalora l'idea, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui anche le disposizioni sostantive, e non solo quelle organizzative, e persino quelle espressive di principi fondamentali sono passibili d'innovazione, segnatamente nelle forme allo scopo stabilite nell'art. 138. Sarebbe, d'altronde, ben strano che l'innovazione possa aversi per effetto di norme aventi origine esterna e non pure a mezzo delle procedure "ordinarie" di revisione costituzionale o che possa aversi dietro riconoscimento dei giudici e non pure per mano del legislatore.

<sup>18</sup> Al riguardo, è frequentemente richiamata (ad es., da S. MABELLINI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello*, in *Dir. soc.*, 2/2013, 311 ss.): cfr. [Corte cost. n. 306 del 2008](#), dove nondimeno il divieto di discriminazione è circoscritto ai soli stranieri regolarmente residenti nel territorio della Repubblica.

siva e pienamente appagante alle domande di giustizia che in modo viepiù pressante sono avanzate da quanti lamentano lesioni nei loro diritti costituzionali.

In realtà, la giurisprudenza, ieri come oggi, è internamente lacerata, oscillante, per un verso ammettendo essere la Carta costituzionale soggetta ad incessante rigenerazione semantica al confronto con altre Carte internazionali provviste di efficacia interna, per un altro però rilevando che la tutela data ai diritti dalla Costituzione non è, in ogni caso, meno intensa di quella delle Carte stesse<sup>19</sup>. Sta di fatto che ad oggi non si dà un solo caso – che io sappia – in cui la Consulta abbia riconosciuto essere più avanzata la tutela apprestata ai diritti dalle Carte di origine esterna, ritenendo di poter comunque far rientrare tra le maglie larghe (o larghissime) della struttura degli enunciati costituzionali i riconoscimenti fatti ai diritti al di fuori delle mura domestiche.

Come che si vedano al riguardo le cose, resta il fatto che, per effetto di tali riconoscimenti, la Costituzione è stata (ed è) sottoposta in sede interpretativa a sollecitazioni formidabili che ne hanno profondamente trasformato il volto, per come disegnato dal Costituente alla luce delle acquisizioni teoriche al tempo maturate.

Così stando le cose, la questione cruciale alla quale ci si deve sforzare di dare risposta è quale possa essere la ricaduta dell'impostazione di ordine generale ora adottata e poggiante sul canone fondamentale della tutela più "intensa" sulla distinzione tra cittadini e non cittadini. In breve: il canone in parola induce a tener ferma la distinzione stessa o, all'opposto, al suo superamento? E, se sì per il primo ovvero il secondo corno dell'alternativa, in ogni caso ovvero limitatamente ad alcuni ambiti materiali ed in relazione a certi diritti?

Su ciò occorre ora brevemente intrattenersi.

*3. Le obiezioni mosse in dottrina avverso il canone della tutela più "intensa" e il tentativo qui avanzato di confutarle, con opzione per la tesi favorevole alla tendenziale estensione ai non cittadini dei medesimi diritti e doveri costituzionali propri dei cittadini*

Va preliminarmente avvertito che avverso il canone della tutela più "intensa" è stato avanzato un rilievo critico *tranchant*, assumendosi da una autorevole dottrina<sup>20</sup> che la stessa comparazione delle tutele offerte dalle varie Carte sarebbe impossibile, dal momento che i diritti sono tutti a somma zero, l'innalzamento del livello di alcuni comportando, per logica ed ineluttabile necessità, l'abbassamento di quello di altri. Per la medesima ragione, la estensione di alcuni diritti ad una cerchia più ampia di soggetti, dapprima esclusi dal loro godimento, avrebbe riflessi negativi in merito alla effettiva tutela di altri diritti. Venendo a ciò che qui più da presso importa, allargare la cerchia dei soggetti beneficiari di diritti sociali, ammessi a vantaggio altresì dei non cittadini (o di alcune categorie di non cittadini) si tradurrebbe in un costo, forse insopportabile, per i cittadini (o alcune categorie di non cittadini). Insomma, l'alternativa sarebbe: *o noi o gli altri*.

L'obiezione è seria e, tuttavia, a me pare, non risolutiva.

Dichiaro subito di convenire sul rilievo per cui la comparazione è non poche volte inficiata dal fatto che le prospettive adottate dai giudici nazionali non sono (non dico coincidenti ma talora) convergenti con quelle dei giudici europei, così come non lo sono quelle di questi ultimi *inter se*. Questo dato, al quale è in via generale da prestare la massima importanza, non è tuttavia di specifico interesse ai fini dell'analisi ora svolta. È chiaro, infatti, che occorre pur riguardare alle Carte da una prospettiva data, sia essa interna ovvero esterna; qui, però, ai nostri fini importa solo "pesare" le tu-

---

<sup>19</sup> Emblematico e particolarmente istruttivo, al riguardo, quanto dichiarato in una risalente decisione della Consulta, la [n. 388 del 1999](#), laddove sta scritto che la Costituzione e le Carte internazionali dei diritti "si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione", precisandosi però poco innanzi che "i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione".

<sup>20</sup> V., ora, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2015, § 5, e già in altri scritti.

tele dal punto di vista dell'ordine interno, segnatamente da quello della Carta costituzionale, tentando quindi di stabilire se quella offerta da quest'ultima risulti, in una data circostanza, ancora più avanzata ed efficace dell'altra o delle altre che potrebbero aversi alla luce di altre Carte.

Ciò che più conta è che il ragionamento fatto dalla dottrina sopra richiamata, lungi dal porsi come espressivo di quell'idea di Costituzione come "sistema", di cui pure la tesi dei diritti a somma zero si fa paladina (ma da una prospettiva e con svolgimenti argomentativi molto distanti da quelli da me consigliati), finisce col contraddire proprio quella idea, rivelando così di poggiare su basi metodiche non sufficientemente solide e pervenendo, di conseguenza, ad esiti teorico-ricostruttivi non persuasivi.

E, invero, non va perso di vista un dato di centrale rilievo proprio per chi, correttamente, vuol farsi carico non già delle sorti del singolo diritto bensì dell'intero sistema di diritti e, ancora più largamente, degli interessi meritevoli di tutela. Del sistema suddetto, infatti, è parte integrante quel valore della *solidarietà*, che fa tutt'uno con quello della dignità della persona umana, nei cui riguardi si pone in funzione servente, senza il quale il principio personalista – l'autentico cuore pulsante del corpo costituzionale – resterebbe un'idea astratta, retoricamente enunciata ma incapace di affermarsi e farsi, come si deve, valere<sup>21</sup>. Un valore, quello di solidarietà – dovrebbe esser superfluo qui rammentare, se non fosse perché di esso stranamente troppo spesso si sottovaluta la formidabile *vis* prescrittiva e pervasiva l'intero ordinamento –, che naturalmente spinge verso la condivisione delle esperienze di vita, nei benefici così come negli oneri di qualsivoglia fattura e consistenza, tra quanti stabilmente operano nel territorio della Repubblica<sup>22</sup>.

Si raggiunge così, attraverso un inusuale itinerario argomentativo, una meta alla quale molti – come si sa – pervengono, vale a dire che dal modello costituzionale verrebbe una direttiva metodica, d'azione, nel senso dell'allargamento anche ai non cittadini di diritti un tempo considerati propri dei soli cittadini<sup>23</sup>: un modello, perciò, come si è soliti dire, *inclusivo*, che fonda e giustifica l'indicazione da esso offerta nel legame che unisce persona a persona e tutte al territorio in cui esse

<sup>21</sup> In altro luogo (nel mio *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 15 aprile 2014, § 3) mi sono sforzato di argomentare la tesi secondo cui solidarietà e fedeltà alla Repubblica sono, a conti fatti, la dignità *in action* (altri ragguagli più avanti).

<sup>22</sup> Non si tralascino, peraltro, le proiezioni del principio suddetto verso l'esterno, assecondando la vocazione espansiva e diffusiva della solidarietà, naturalmente portata ad estendersi a quanti versano in condizioni di particolare bisogno qui sono quindi chiamati a far fronte uomini ed istituzioni pubbliche e private in grado di provvedere al riguardo [sul dovere di solidarietà nella dimensione sovranazionale hanno, con varietà di argomenti, posto l'accento molti autori: per tutti, A. SPADARO, del quale v., dunque, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005; *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2008, 71 ss., e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2011; v., inoltre, A. LOLLO, *Il paradigma inclusivo della cittadinanza europea e la solidarietà transnazionale*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 391 ss.].

<sup>23</sup> Con specifico riguardo ai diritti fondamentali, gli argomenti che sostengono la loro estensione anche ai non cittadini possono, se si vuole, vedere rappresentati nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit. Per una valutazione d'assieme della condizione costituzionale dei non cittadini mi limito qui solo a segnalare, in aggiunta agli scritti già richiamati, gli studi monografici di G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo - condizione giuridica - estradizione*, Cedam, Padova 1992; P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Maggioli, Rimini 1993; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino 1996; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova 1997; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Giuffrè, Milano 1997; F. TORIELLO, *La condizione dello straniero. Profili di diritto comparato e comunitario*, Cedam, Padova 1997; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova 1998; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova 2001; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Jovene, Napoli 2012; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano 2012. Infine, L. RONCHETTI, *La "cittadinanza costituzionale" degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 25 ss., e A. SAITTA, *Il concetto di "noi" e di "altri" nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, cit.

vivono ed operano, maturando esperienze comuni e condividendo aspettative non differenziabili in ragione di meri dati soggettivi. Un legame, peraltro, che ha diversi “gradi” d’intensità, dal momento che alcuni diritti sono da riconoscere a chiunque si trovi, anche solo occasionalmente, sul territorio della Repubblica, mentre altri presuppongono una permanenza stabile sullo stesso, tale da comportare una larga e radicata comunanza di vita associativa<sup>24</sup>.

4. Segue: *il peculiare regime valevole per i diritti politici, gli argomenti usualmente addotti a sostegno della esclusione dei non cittadini dal loro godimento e la loro critica, l’impossibile riconoscimento a tali soggetti dei diritti in parola per via interpretativa, con la conseguenza di dover far luogo a tal fine alle opportune modifiche costituzionali riguardanti la cittadinanza facendone poggiare le basi costitutive sulla stabile residenza nel territorio della Repubblica*

Un discorso a sé è comunemente fatto in relazione ai diritti politici, i soli – a giudizio di molti – per natura refrattari alla loro estensione al di fuori della cerchia ristretta dei cittadini<sup>25</sup>.

Le giustificazioni addotte a sostegno di siffatta esclusione sono – come si sa – molte<sup>26</sup>, per quanto non tutte appaiano irresistibili e fino in fondo coerenti con le premesse dalle quali muovono.

Così, si trascura talora la circostanza per cui alle stesse radici della rappresentanza politica di stampo liberale v’è lo stretto legame che stringe la rappresentanza stessa alla partecipazione, da parte di coloro cui è riconosciuta, alle esigenze dell’erario, all’insegna del noto motto *no taxation without representation*<sup>27</sup>. Oppure si sottovaluta l’altra circostanza per cui il rapporto che si costituisce

<sup>24</sup> Come si vedrà meglio a breve, poi, uno stesso diritto (ad es., quello alla salute) è riconosciuto con diversa estensione ai diversi tipi di non cittadino, a seconda che siano regolari o irregolari (agli uni in ogni sua parte, agli altri unicamente nel suo “nucleo duro”).

<sup>25</sup> Tratto ora, per speditezza, specificamente dell’annosa questione del riconoscimento del diritto di voto ai non cittadini, tralasciando altri aspetti pur meritevoli della massima considerazione, quale ad es. quello relativo alla iscrizione ai partiti politici (in merito alla quale, di recente, M. PLUTINO, *Stranieri e diritto di associazione in partiti*, in AA.VV., *Multiculturalismo*, a cura di V. Baldini, Cedam, Padova 2012, 293 ss.).

<sup>26</sup> Possono vedersi, unitamente però a quelle di segno opposto, tra gli altri, in M. LUCIANI, *Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali*, in AA.VV., *Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati*, Atti del Convegno della Commissione per le politiche di integrazione degli immigrati, Roma 21 giugno 1999, in [www.cestim.it](http://www.cestim.it), 32, e, dello stesso, *La partecipazione politica e i migranti*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 77 ss.; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, cit., 200 ss.; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2001; A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 1/2002, 63 ss.; G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri*, in *Dir. immigraz. citt.*, 3/2003, 35 ss.; E. BETTINELLI, *Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e Costituzione inclusiva*, in *Quad. n. 15 dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminario 2004, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2005, 44 ss.; G. BASCHERINI, *L’immigrazione e i diritti*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, I, a cura di P. Ridola - R. Nania, Giappichelli, Torino 2006, 464 e, dello stesso, *Immigrazione e diritti fondamentali. L’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli 2007, 392 ss.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli 2006 e, della stessa, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 427 ss.; C. LUCIONI, *Cittadinanza e diritti politici. Studio storico-comparistico sui confini della comunità politica*, Aracne, Roma 2008, spec. 312 ss.; D. SARDO, *Il dibattito sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri residenti*, in *Dossier Immigrazione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazioni della partecipazione politica. Una riflessione sul riconoscimento del diritto di voto ai non cittadini stabilmente residenti*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, VI, Giuffrè, Milano 2010, 3025 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei “non cittadini”. Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 133 ss.; T.F. GIUPPONI, *Stranieri e diritti politici*, in *Scritti in memoria di F. Fenucci*, I, a cura di A. Barbera - A. Loiodice - M. Scudiero - P. Stanzone, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010, 217 ss.; A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, cit., § 1; M. CARTA, *La partecipazione alla vita pubblica dello straniero nella prospettiva del diritto internazionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5/2014.

<sup>27</sup> Invitano a fermare l’attenzione sul punto anche G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 121 s., e D. SARDO, *Il dibattito sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri residenti*, cit., § 5. Sul concorso offerto dagli stranieri all’erario, v., ora, A. MAGLIARO, *Cittadinanza, territorialità e residen-*



tra elettori ed eletti in seno alle assemblee locali presenta esso pure, *in nuce*, carattere “politico”, si da non giustificarsi, per quest’aspetto, il riconoscimento del diritto di voto ad alcune categorie di non cittadini per le c.d. elezioni “amministrative” e non pure per quelle “politiche”.

A quest’ultimo riguardo, è stato, ancora di recente, fatto notare da una sensibile dottrina<sup>28</sup> che ai soli cittadini può esser dato di partecipare all’approvazione delle leggi, quali atti espressivi di volontà generale e per antonomasia volti alla cura del pubblico interesse. Atti siffatti sono, tuttavia, anche quelli normativi posti in essere in ambito locale, pur se la loro efficacia resta ovviamente circoscritta al solo ambito spaziale di riferimento; tanto più laddove (con riguardo alle Regioni ed alle due Province autonome) essi pure sin rivestano delle forme proprie delle leggi e di queste ultime abbiano le garanzie in sede di giudizio davanti alla Corte costituzionale.

Il vero è che la differenza di *status*, al piano “politico” (nella sua più ristretta accezione), sembra qui farsi poggiare sulla risalente (ma, a mia opinione, non più proponibile, perlomeno nei termini ormai inesorabilmente invecchiati di un tempo) distinzione e vera e propria contrapposizione tra sovranità ed autonomia: nelle sedi in cui prende forma ed emblematicamente si esprime la prima non possono trovare alloggio i non cittadini, ai quali può essere invece concesso, dietro scelta discrezionale del legislatore<sup>29</sup>, di prender posto nelle sole sedi in cui si esercita la seconda. Una distinzione, però, che – come si è tentato di mostrare altrove – non può ormai più, se mai ha potuto, trovare giustificazione in un contesto in cui tutti i poteri sono comunque, e sia pure a diverso titolo, “derivati” dal solo potere originario, autenticamente sovrano, la Costituzione (e, ulteriormente specificando, la tavola dei valori fondanti la Repubblica<sup>30</sup>).

La sola, penetrante obiezione che, a tutta prima, parrebbe irresistibile è quella che ha riguardo alla formazione delle leggi costituzionali, a mezzo delle quali il vero sovrano può diventare bersaglio ed essere trasformato (non comunque, si faccia caso, nella sua essenza), per effetto delle innovazioni apportate alla Carta a mezzo delle procedure di cui all’art. 138.

L’obiezione tuttavia regge solo fino ad un certo punto: vuoi per la elementare ragione che le stesse innovazioni in parola non possono comunque portarsi oltre una certa soglia, pur se invero incertamente determinata, con la conseguenza che non possono risentirne diritti e doveri discendenti in capo a cittadini e non cittadini da principi fondamentali, e vuoi pure per il fatto che le innovazioni costituzionali, in un ordinamento, quale il nostro, non chiuso in se stesso bensì aperto verso l’alto, e segnatamente il diritto internazionale e sovranazionale, possono aversi anche per effetto di norme eurounitarie o di norme di diritto internazionale (quanto meno, secondo comune opinione, di quelle di diritto non scritto, ma anche – come si è venuti dicendo –, per la tesi qui patrocinata, di quelle di diritto scritto idonee a servire ancora meglio la Costituzione come “sistema”). E, se così stanno le cose, non si capisce come possano essere esclusi quanto meno i cittadini di altri Stati dell’Unione stabilmente residenti dalle elezioni riguardanti le assemblee parlamentari, una volta che sia ormai provato che le modifiche alla Carta non vengono esclusivamente dalle leggi dotate di forma costituzionale.

Ma poi il vero è che una contraddizione grave, non rimossa, si annida nella ricostruzione data dell’art. 1 della legge fondamentale della Repubblica da parte di quanti restano legati alla nozione

---

za nel diritto tributario, in AA.VV., *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, a cura di F. Cortese - G. Cantucci - A. Simonati, Editoriale Scientifica, Napoli 2014 (consultabile anche *on line*), 201 ss.

<sup>28</sup> M. LUCIANI, *Intervento*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 423; in argomento, ora, A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza*, in corso di stampa in *Quad. cost.*

<sup>29</sup> La distinzione tra diritti “legislativi” e diritti “costituzionali” è rilevata da una sensibile dottrina (part. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 225), con argomenti che tuttavia non persuadono, per le ragioni che mi sono sforzato di rappresentare nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., § 3. Aggiungo ora ulteriori notazioni a sostegno della tesi nella quale mi riconosco.

<sup>30</sup> Sulla “sovranità dei valori”, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Lo stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005.

tradizionale di “popolo”<sup>31</sup>, quale titolare di poteri sovrani (e, perciò, in via esclusiva detentore dei diritti politici), sol che si convenga – come devesi – essere strutturalmente non democratico un ordinamento che, paradossalmente, escluda dalla partecipazione alle massime decisioni politiche, adottate in forma di legge, proprio coloro che ne dovrebbero essere quindi assoggettati<sup>32</sup> e – ciò che forse maggiormente importa – col loro lavoro e il complessivo, quotidiano impegno sociale assicurano la continuità e l’identità stessa dell’ordinamento nel tempo.

Si impone dunque una scelta di campo, non già una di compromesso, diciamo pure di basso profilo, qual è quella da molti patrocinata e che vuole il riconoscimento del voto agli stranieri circoscritto ai soli Consigli degli enti locali<sup>33</sup>, facendo piuttosto luogo al riconoscimento stesso a tutto campo ovvero escludendolo parimenti per ogni sede istituzionale, centrale o periferica che sia.

Di qui, l’urgenza di far luogo ad un profondo ripensamento critico della nozione di cittadinanza<sup>34</sup>, ponendo di conseguenza mano alla revisione dei modi di accesso alla stessa e legandola non più al vincolo di sangue<sup>35</sup>, così com’è per l’opzione che sta a base del nostro sistema, ma facendola poggiare su quel rapporto stabile col territorio che dà sostegno ed alimento alla comunanza delle esperienze di vita associativa, di cui si è venuti dicendo<sup>36</sup>. Che poi, portato ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, il ragionamento possa portare a privare i cittadini che non abbiano mai risieduto o che non più risiedano da un certo numero di anni dell’elettorato attivo e passivo è, ovviamente, da mettere in conto. Si tratta, nondimeno, di una conseguenza – a me pare – linearmente discendente dalle premesse sopra poste, che ad ogni buon conto non esclude il sempre possibile riacquisto di ciò che si è dapprima perduto, ricorrendone le condizioni.

---

<sup>31</sup> Su di che, indicazioni in R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1984, 166 ss., e D. NOCILLA, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 341 ss.

<sup>32</sup> ... a partire proprio dalle decisioni concernenti le regole sull’esclusione e l’inclusione (così, di recente, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013, 264, con richiamo ad un pensiero di S. Benhabib; v., inoltre, già, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 20, e B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei “non cittadini”*, cit., 133 ss.).

<sup>33</sup> Riferimenti in A. LOLLO, *Note minime sulla partecipazione alla vita democratica del non cittadino (La giurisprudenza costituzionale sui diritti politici degli stranieri)*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), Osservatorio, novembre 2013, e F. BAIOLO, *Autonomie e elettorato*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli - L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014, 15 ss., spec. 20 ss.

<sup>34</sup> In argomento, dense notazioni in C. SALAZAR, *“Tutto scorre”: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell’insegnamento di Eraclito*, in *Pol. dir.*, 3/2001, 374 ss. Sulle radici storico-teoriche della cittadinanza, v., spec., E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova 1997, del quale v. pure, ora, *Si fa presto a dire “ius soli”. Considerazioni sparse sull’acquisto della cittadinanza nel diritto comparato*, in *Dir. immigraz. citt.*, 2/2013, 13 ss. e, nella stessa Rivista, C. PINELLI, *I “nuovi italiani” e lo spazio della politica costituzionale*, 37 ss.; altri riferimenti in S. ROSSI, *La porta stretta: prospettive della cittadinanza post-nazionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23 aprile 2008.

<sup>35</sup> Ci si deve, infatti, chiedere, rifuggendo da ogni suggestione di ordine ideologico o di dottrina, se abbia senso che possa acquistare la cittadinanza per sangue chi non è nato nel territorio della Repubblica, non vi ha mai messo piede né parla la nostra lingua, mentre resta escluso dalla cittadinanza chi è nato, vive e parla italiano, condividendo coi cittadini residenti esperienze fondamentali di vita. Il rischio infatti – come avvertito da una sensibile dottrina (G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, 447) – è che si dia “una rappresentanza politica a chi non c’è, per poi sterilizzare la rappresentanza politica di chi invece c’è”. Una questione che poi – come si è venuti dicendo – non dovrebbe riguardare i soli figli di immigrati (su di che, ora, M. CAPESCOTTI, *Su alcune novità legislative e giurisprudenziali in tema di seconde generazioni dell’immigrazione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2014).

<sup>36</sup> Sulle implicazioni discendenti dal legame sussistente tra persone e territorio di residenza, v., almeno, Aless. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano 2010, spec. l’ult. cap. Sull’esito raggiunto nel testo conviene una dottrina che si fa ogni giorno che passa crescente: per tutti, P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull’adesione ai doveri costituzionali*, in AA.VV., *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, cit., 27 ss., spec. 50 ss. Fa il punto sullo stato della discussione teorica al riguardo, di recente, M. MANETTI, *Profili costituzionali in materia di diritto alla cittadinanza degli immigrati*, in *Rass. parl.*, 3/2014, 515 ss.. In prospettiva comparata, v., infine, G. SACERDOTI, *Leggi sulla cittadinanza: modelli europei a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III/2013, 807 ss.



E, tuttavia, una revisione concettuale per via interpretativa dei disposti costituzionali che fanno menzione della cittadinanza in ordine al godimento dei diritti politici (e, segnatamente, al diritto di voto) non mi pare, in tutta onestà, sostenibile<sup>37</sup>. Verrebbe infatti a determinarsi una torsione insopportabile del linguaggio costituzionale, piegato strumentalmente al servizio di una causa pur tuttavia giusta, ed uno scostamento troppo vistoso, incolmabile, rispetto alla *ratio* immanente degli enunciati in parola, nella quale si specchia un chiaro *original intent* a finalità esclusiva manifestato in occasione della redazione della Carta. La qual cosa, dunque, obbligherebbe ad una inammissibile manipolazione dello stesso “nucleo duro” racchiuso nell’art. 48<sup>38</sup>. D’altro canto, l’intenzione del Costituente era (e, forse, ancora oggi è) sorretta da una risalente e consolidata tradizione storico-positiva, un’autentica consuetudine sistematicamente osservata, volta ad escludere gli stranieri dal campo dei diritti politici, riservato all’esclusivo dominio dei *cives*.

Si ha qui, insomma, ancora una riprova di quell’attitudine degli enunciati a delimitare pur sempre l’area materiale entro cui può correttamente aver luogo la ricerca dei significati più adeguati ai tempi, di cui si diceva all’inizio di questa riflessione. Se la cittadinanza così com’è, dunque, non piace, per le ragioni che si è tentato di rappresentare, la via lineare da battere è quella della revisione, non già l’altra della manipolazione mascherata sotto forma d’interpretazione.

Lo scarto tra le previsioni di cui agli artt. 48 ss. della Carta ed i principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3, 10 ed 11 ai miei occhi appare, pertanto, essere vistoso: questi si sono proiettati molto in avanti; quelli sono rimasti indietro, avvinti ad un’idea di “popolo” dalle pur nobili tradizioni storico-teoriche ma ormai inesorabilmente invecchiata, in essa non rispecchiandosi più una realtà sociale caratterizzata da un crescente e diffuso pluralismo di culture, nondimeno tenute assieme da esperienze di vita comunitaria poggianti sulle medesime basi sostanziali.

##### *5. Dal modello all’esperienza: schegge di legislazione e giurisprudenza che denotano il, maggiore o minore, scostamento della seconda dal primo*

Se questo è, per grandi linee, il modello costituzionale, è da chiedersi se ed in che misura rispetto ad esso appaia conforme (o, quanto meno, compatibile) quello risultante dalla legislazione<sup>39</sup>, rivista alla luce di alcuni dei più significativi orientamenti giurisprudenziali<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. sul punto, tra gli altri, F. LANCHESTER, *Voto (diritto di): a) Diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, XLVI (1993), 1107 e 1123 ss.; G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Giuffrè, Milano 2004, 131 ss.; T.E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 8 novembre 2014.

<sup>38</sup> Il dibattito sui limiti entro cui può darsi rilievo all’*original intent* è tornato da noi a riaccendersi – come si sa – specie dopo [Corte cost. n. 138 del 2010](#). Senza che se ne possa qui dire neppure con cenni, con specifico riferimento alla questione ora discussa nel testo mi parrebbe tuttavia provato che tutto cospira avverso il riconoscimento immediato, per la sola via interpretativa, del diritto di voto attivo e passivo a beneficio degli stranieri stabilmente residenti, restando pertanto obbligata la sola alternativa del rifacimento complessivo dell’istituto della cittadinanza.

<sup>39</sup> Nella ormai amplissima lett. a commento, tra gli altri, v. AA.VV., *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Cedam, Padova 2004 (ed *ivi*, part., i contributi di P. Bonetti); AA.VV., *I problemi costituzionali dell’immigrazione in Italia e Spagna*, Giuffrè - Tirant lo Blanch, Milano - Valencia 2004; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit.; AA.VV., *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, a cura di P. Costanzo - S. Mordegli - L. Trucco, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Genova*, Giuffrè, Milano 2008; S. SILVERIO, *Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull’immigrato clandestino ovvero irregolare*, in *Pol. dir.*, 4/2009, 639 ss.; F. DI MARTINO - M.V. PELLEGRINI, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Questioni processuali*, Giuffrè, Milano 2009; L. D’ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2009; AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit.; F. SCUTO, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2010, 156 ss.; M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 3/2010, 571 ss.; M.T. DENARO, *Soggetti deboli, soggetti indeboliti e diritti fondamentali: spunti e riflessioni*, in *Nuove aut.*, 3/2010, 727 ss.; AA.VV., *La protezione internazionale degli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull’applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull’accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, a cura di M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2011; AA.VV., *Pacchetto sicurezza e immigrazione clandesti-*

Rispondere alla domanda è estremamente disagiata, sol che si consideri la varietà e vastità dei campi materiali sui quali l'analisi dovrebbe svolgersi, in ragione dei diritti di volta in volta interessati, nonché la ancora maggiore varietà di orientamenti persino per uno stesso diritto manifestati tanto dal legislatore quanto dai giudici (e, segnatamente, dalla Corte costituzionale), secondo quanto si è accennato all'inizio di questa riflessione. Un'impresa, dunque, davvero improba, a far fronte anche solo in modo largamente approssimativo alla quale si oppongono lo spazio ridotto qui disponibile e – ad esser franchi – soprattutto le esigue energie di cui sento di disporre. Mi trovo pertanto costretto ad un'estrema sintesi, puntando specificamente l'attenzione unicamente sulle linee maggiormente marcate e diffuse nell'esperienza, espressive di tendenze che vanno sempre di più radicandosi ed affermandosi.

Il tratto di maggiore evidenza sembra esser dato dal condizionamento sempre più vistoso esercitato da fenomeni per vero già da tempo esistenti ma non nella misura e coi caratteri complessivi di cui si ha oggi riscontro. Il primo di essi è dato dall'ingresso massiccio e crescente di persone entro i confini nazionali, molte delle quali peraltro – come si sa – in modo clandestino, nell'intento di sottrarsi a condizioni di vita di palese sofferenza, spesso disumane, alle quali sono costrette nei Paesi di origine (e basti solo pensare alle ormai quotidiane ondate di sbarco sulle nostre coste, spesso accompagnate da perdite umane consistenti). Un fenomeno che – come si sa – è stato, ed è, affrontato con misure palesemente inadeguate<sup>41</sup>, che denunciano la mancanza di responsabilità collettive, specie in ambito internazionale ed europeo<sup>42</sup>, e che – per ciò che più da presso importa il nostro tema –

---

na. *I riflessi sull'attività della pubblica amministrazione*, a cura di G. Savorani, Giappichelli, Torino 2011; AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit. (ed *ivi*, part., S. CONGIA, *La governance multilivello per le politiche d'integrazione*, 87 ss.); AA.VV., *La governance dell'immigrazione*, cit.; AA.VV., *Diritto dell'immigrazione e diritti dei migranti*, a cura di M. Immordino - C. Celone, in *Nuove aut.*, 2-3/2013; L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano 2013; AA.VV., *Immigrazione e integrazione*, I e II, a cura di F. Rimoli, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; utili indicazioni anche in AA.VV., *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, cit., e AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, cit., spec. alla parte III, dedicata ai diritti sociali.

<sup>40</sup> Un quadro, peraltro *ratione temporis* non aggiornato, delle ormai numerose pronunzie emesse dalla Corte costituzionale riguardanti gli stranieri può vedersi in *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25-26 settembre 2008, a cura di S. Magnanensi - P. Passaglia - E. Rispoli, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>41</sup> Un giudizio, questo, che a mia opinione vale anche per taluni provvedimenti di recente adottati, quali la legge europea 2013-*bis* (legge n. 161 del 2014), il cui art. 3 contiene disposizioni in materia di immigrazione e rimpatri modificative del testo unico n. 286 del 1998, e il D.P.R. 12 gennaio 2015, n. 21 (in materia di procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale); provvedimenti che comunque non s'inscrivono in un quadro normativo organico ed incisivo, idoneo a far fronte in modo adeguato al fenomeno della immigrazione di massa, perlomeno per ciò che concerne la sua gestione in ambito interno (su tutto ciò, ora, A. COSSIRI, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 12 marzo 2015). Ad ogni buon conto, è chiaro che la questione richiede di essere affrontata come si deve al livello internazionale e sovranazionale, predisponendo le condizioni che possano arginare il fenomeno stesso, se non pure rimuoverlo del tutto in radice.

<sup>42</sup> Con specifico riguardo alle misure adottate dall'Unione per far fronte al fenomeno, tra gli altri, G. CAGGIANO, *L'integrazione europea "a due velocità" in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2008, 1098 ss. e, nella stessa *Rivista*, P. BENVENUTI, *Alla ricerca di un futuro per la politica europea sull'immigrazione*, 4/2008, XIII ss.; A. ALGOSTINO, *La direttiva "rimpatri": la fortezza Europa alza le mura*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16 luglio 2008; C. FAVILLI, *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, in *Dir. immigraz. citt.*, 3/2009, 13 ss. e, nella stessa *Rivista* e della stessa A., *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, 2/2010, 13 ss.; inoltre, C. FIORAVANTI, *Scatole cinesi. Quale controllo democratico sulla cooperazione "italo-libica-europea" in materia d'immigrazione?*, in *Scritti in onore di L. Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Jovene, Napoli 2009, 539 ss.; A. VANNUCCI, *Permessi temporanei e rimpatri. La partita tra Lampedusa, Roma e Bruxelles*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8/2011; AA.VV., *La protezione internazionale degli stranieri in Italia*, cit. Utili indicazioni, in prospettiva comparatistica, possono poi aversi da S. RIEDEL, *Illegale Migration im Mittelmeerraum. Antworten der südlichen EU-Mitgliedstaaten auf nationale und europapolitische Herausforderungen*, SWP-Studien, Berlin 2011, riprodotto in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) e, pure *ivi*, *Euromed Migration II (2008-2011). Migration Legislation, Institutions and Policies in the Euromed Region*. Infine, ampia trattazione nel *paper* di P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, fatto circolare in occasione del nostro incontro.

ha indotto il nostro Stato ad un inasprimento del trattamento riservato a tali persone. Coglie in buona sostanza nel vero, pur con una certa, eccessiva esasperazione di un dato nondimeno reale, il giudizio di una sensibile dottrina che ha opportunamente intitolato una sua approfondita analisi “*Purchè se ne vadano*”<sup>43</sup>, volendo con ciò evidenziare come la legislazione da noi adottata abbia perlopiù fatto di tutto per respingere ed escludere, non già accogliere ed includere quanti si sono a noi disperatamente rivolti allo scopo di avere finalmente condizioni di vita dignitose<sup>44</sup>. Aggiornando poi i dati acutamente analizzati da questa dottrina ai più recenti riferimenti normativi, il crudo giudizio sopra richiamato riceve ulteriori ed ancora più probanti conferme.

Ora, il fenomeno qui evocato, assai noto sì da non richiedere di essere nuovamente illustrato, lascia un segno profondo praticamente in ogni campo materiale di esperienza, ovunque irradiandosi a raggiera e condizionando gravemente il godimento dei diritti da parte dei non cittadini. Si aggiunga, poi, un altro dato, al primo connesso ma anche da esso in parte indipendente, costituito dal terrorismo internazionale ormai dilagante, che obbliga talora a “bilanciamenti” su basi di valore fortemente attratti verso il polo della sicurezza ed a discapito di altri beni o interessi costituzionalmente protetti<sup>45</sup>. Se poi si considera che tutto questo si iscrive in un contesto segnato da una crisi economica senza precedenti, che già di per sé obbliga i diritti di tutti (a partire dagli stessi cittadini) ad una vistosa contrazione della loro naturale *vis* espansiva, riducendone e menomandone le aspettative di

<sup>43</sup> Il riferimento è – come si sa – ad A. PUGIOTTO, “*Purchè se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 333 ss., del quale v. pure *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 573 ss. Il carattere complessivamente, marcatamente repressivo delle politiche nazionali in fatto d’immigrazione è, con dovizia di argomenti, rilevato da numerosa dottrina [per tutti, AA.VV., *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotta - P. Veronesi, Giappichelli, Torino 2001; F. PUGLIESE, *L’Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna 2002; G. BASCHERINI, in molti scritti (e, tra questi, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., e *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2012); M. BELLINA, *La detenzione amministrativa dello straniero nel “paradigma del nemico”*, in AA.VV., *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, a cura di S. Lorenzon - G. Vaccai - V. Zanetti, Aracne, Roma 2008, 125 ss.; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. immigraz. citt.*, 4/2009, 9 ss.; AA.VV., *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, cit.; AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit.; AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti - A. Schillaci, Jovene, Napoli 2011; C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati: i diritti dei “clandestini” e degli “irregolari” in due recenti decisioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 134 e 269/2010)*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 3237 ss.; R. CHERCHI, *Il respingimento dello straniero*, in *Gli stranieri*, 3/2011, 75 ss., e, dello stesso, *Lo straniero e la Costituzione*, cit.; E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, cit., spec. 68 ss.; C. MAZZA, *La prigionia degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, Ediesse, Roma 2013; G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci, Roma 2013; Alb. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. immigraz. citt.*, 1/2014, 17 ss. e, nella stessa *Rivista*, M. BORRACCETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, 2/2014, 13 ss.; L. MASERA, *Il ‘caso Lampedusa’: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. dir. int.*, 1/2014, 83 ss.; A. COSSIRI, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. Sulla “criminalizzazione” degli immigrati, v., poi, oltre ai contributi di L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94 del 2009)*, in *Quest. giust.*, 5/2009, 9 ss., e A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell’Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione europea*, che è in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 317 ss., part. i contributi che sono nella sez. II di *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. Verde - A.A. Genna, Giappichelli, Torino 2012. Ulteriori indicazioni in S. SILVERIO, *La capacità di diritto pubblico. Dalla titolarità all’esercizio dei diritti fondamentali*, ESI, Napoli 2013, 101 ss.].

<sup>44</sup> Fanno il punto sullo stato delle cose al riguardo, di recente, gli scritti riuniti in *La governance dell’immigrazione*, cit.

<sup>45</sup> In argomento, tra gli altri, v. T.F. GIUPPONI, in molti scritti (e, spec., in *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna 2010, con le ulteriori precisazioni che lo stesso ora fa in *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 105 ss.); M. RUOTOLO, *Le declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza. Il problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 15 ss.; C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova 2012. Infine, A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2015.

tutela, se ne ha un quadro complessivo sensibilmente discosto dal modo con cui è delineato nella Carta.

Eppure, malgrado le difficoltà notevoli cui in misura crescente vanno incontro i diritti, la tendenza alla convergenza, se non proprio all'immedesimazione, della condizione del cittadino e di quella del non cittadino ha avuto ugualmente modo di esprimersi, specie in relazione a taluni ambiti materiali (e, per essi, a taluni diritti).

Sembra nondimeno di poter mantenere, pur con le opportune precisazioni, la *summa divisio* tra diritti etico-sociali e diritti economico-sociali, dal momento che negli uni, in generale e diversamente dagli altri, la tendenza suddetta ha trovato (e trova) frequente riscontro. È strano però che non ci si avveda appieno delle mutue implicazioni che si intrattengono tra l'una e l'altra specie di diritti.

Così, se si guarda ad alcuni tra i più marcati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, è agevole avere conferma del fatto che, laddove i diritti costano (o, diciamo meglio, costano molto, essendo ormai assodato che un costo si dia comunque), la Corte abbia non poche remore ad estenderne il godimento anche ai non cittadini (o, ad esser più precisi, ad alcuni "tipi" di non cittadini), offrendo così un fin troppo generoso e discutibile avallo ad indirizzi legislativi fortemente restrittivi e penalizzanti<sup>46</sup> e non rendendosi tuttavia conto del fatto che il riconoscimento alle stesse persone di alcuni diritti che a prima vista costano poco o non costano nulla può riflettersi anche sui diritti restanti. Il caso forse maggiormente emblematico è quello del diritto alle nozze, di cui dopo [Corte cost. n. 245 del 2011](#) godono anche gli stranieri irregolari, per effetto delle quali questi ultimi in tempi brevi possono acquistare la cittadinanza, trovandosi quindi a beneficiare di diritti di cui non hanno disponibilità gli stessi stranieri regolari.

In alcune situazioni, poi, il diritto non è paritariamente riconosciuto a cittadini e non cittadini in ordine all'*an* ma solo al *quomodo*. Così, ad es., per ciò che concerne il lavoro, in merito al quale ancora di recente una sensibile dottrina<sup>47</sup> ha patrocinato la tesi secondo cui i non cittadini non avrebbero il diritto di accedere ad uguali condizioni rispetto ai cittadini a posti di lavoro ovvero ad alcuni tipi di lavoro (quali quelli nelle pubbliche amministrazioni<sup>48</sup>); una volta però che il lavoro stesso sia loro dato, non è ammesso un trattamento giuridico ed economico per essi differenziato rispetto a quello riservato ai cittadini (ad es., palesemente inaccettabile, per violazione del principio di eguaglianza, sarebbe una disciplina legislativa che desse la precedenza in ordine ai licenziamenti ai non cittadini, senza che soccorra al riguardo altra causa di tipo oggettivo giustificativa degli stessi).

---

<sup>46</sup> L'impossibilità di riservare un trattamento differenziato a cittadini e non cittadini sul terreno dei diritti sociali è ormai rilevata da tempo da una nutrita dottrina (per tutti, B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 221, che fa efficacemente notare che i diritti sociali "appartengono alla *catena del personalismo*, in cui va applicato il *divieto di discriminazione*"), che nondimeno non trascura di segnalare il perdurante ritardo della legislazione nel conformarsi appieno al modello costituzionale (vari punti di vista al riguardo in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, cit.).

Da una prospettiva di più ampio respiro, va qui nuovamente rilevato come assai di frequente il giudice costituzionale, al pari di altri giudici, mostri di farsi marcatamente impressionare da situazioni di fatto costituzionalmente inaccettabili, per il cui impianto e radicamento gravi responsabilità incombono sui decisori politici (e, dunque, in primo luogo sul legislatore). Maggiori ragguagli, con esempi, possono, se si vuole, aversi dal mio [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in [Consulta OnLine, 2014](#), 6 novembre 2014. Con specifico riferimento ai diritti sociali, poi, si è da ultimo fatto notare da una sensibile dottrina (E. ROSSI, *relaz. al Seminario su Il futuro dei diritti fondamentali: una visione comparata*, conclusivo del IV Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 30 gennaio 2015, in *paper*) che i tagli alla spesa pubblica non dovrebbero riguardare i diritti fondamentali della persona ma ambiti meno "sensibili", quali gli armamenti militari, eventi fastosi, missioni internazionali, ecc.

<sup>47</sup> R. ROMBOLI, *Notazioni introduttive ai lavori della prima sessione (dedicata a *Políticas públicas, trabalho e fronteiras*) delle VII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Spagna-Italia) su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento**, Foz do Iguaçu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, in *paper*, spec. al § 4.

<sup>48</sup> ... nelle quali, nondimeno, il quadro appare ad oggi alquanto articolato e fluido, secondo quanto ha ora egregiamente dimostrato il contributo offerto al nostro incontro da A. RAUTI, *Stranieri disabili ed accesso al pubblico impiego: una "storia infinita"?*, in *paper*.



È interessante notare che alcuni diritti sono, poi, fatti espandere ovvero contrarre a fisarmonica, in ragione della qualità dei soggetti sui quali si appuntano, secondo quanto si è già veduto con l'esempio dietro fatto della salute, il cui diritto è agli irregolari riconosciuto da [Corte cost. n. 61 del 2011](#) unicamente nel suo "nucleo duro", nel mentre cittadini e stranieri regolari ne godono in modo pieno<sup>49</sup>. Come dire, insomma, che quando c'è da mettere le mani in tasca, *gli stranieri sono gli "altri", non siamo tutti, in egual misura, "noi"*.

Qui, come si vede, lo scostamento dal dovere di solidarietà è vistoso, intollerabile.

Molti diritti, salute compresa, sono inoltre chiamati a un bilanciamento sempre più sofferto e stringente con la sicurezza, bene della vita prezioso e tuttavia fatto talora oggetto di talune sottolinee eccessive, specie allo scopo di reagire efficacemente al terrorismo internazionale, della cui pericolosità la strage di Tunisi di pochi giorni addietro costituisce l'ennesima, lampante, dolorosissima conferma<sup>50</sup>. La qual cosa non ha tuttavia impedito che, consentendolo le circostanze, la salute sia stata anteposta alla stessa sicurezza<sup>51</sup>.

La distinzione, che molti fanno, tra le *politiche dell'immigrazione*, specificamente per l'aspetto della sicurezza, e le *politiche degli immigrati*, in particolare per ciò che concerne il riconoscimento dei diritti sociali, mostra un sensibile scostamento d'indirizzo delle prime rispetto alle seconde, segnato da una marcata involuzione di quelle, anche (ma non solo) in conseguenza delle paure legate al terrorismo. L'obiettivo di far fronte a tutti i costi a quest'ultimo ha indotto – come si diceva – a misure abnormi e portato a bilanciamenti... *sbilanciati* con altri beni costituzionalmente protetti.

Non è – come si sa – una novità; e basti solo rammentare i provvedimenti straordinari adottati ai tempi in cui imperversavano le brigate rosse, ai quali la Consulta ha prestato il suo generoso avallo (con la famosa [sent. n. 15 del 1982](#)), pur avendo qualificato eufemisticamente le misure in parola come "insolite" (espressione con cui si è pudicamente mascherato un giudizio di sostanziale incostituzionalità che – si faccia caso – finiva con l'incidere pesantemente sulla dignità delle persone detenute in attesa di giudizio<sup>52</sup>).

---

<sup>49</sup> Sulla "misura" assicurata alla tutela della salute degli stranieri indicazioni possono aversi da M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati irregolari tra "certezza" del diritto e "incertezza" della sua effettività*, in *Nuove aut.*, 2-3/2013, 197 ss., e A. RANDAZZO, *Salute degli stranieri*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, cit., 306 ss.

Va nondimeno segnalato lo sforzo prodotto dalla più recente giurisprudenza al fine di assicurare un'adeguata protezione del bene-salute: di recente, v. [sent. n. 22 del 2015](#) nella quale, facendoci richiamo alla [sent. n. 40 del 2013](#), tra l'altro si rileva esser "arduo giustificare, nella dimensione costituzionale della convivenza solidale, una condizione ostativa – inevitabilmente discriminatoria – che subordini al possesso della carta di soggiorno la fruizione di benefici intrinsecamente ricordati alla necessità di assicurare a ciascuna persona, nella più ampia e compatibile misura, condizioni minime di vita e di salute".

<sup>50</sup> Sull'emergenza terroristica e sulla sua gestione la letteratura è ormai incontenibile: solo per una prima informazione, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna 2006; M. TONDI - J.P. PIERINI, *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 20 luglio 2007; AA.VV., *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, cit.; AA.VV., *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, a cura di P. Gargiulo - M.C. Vitucci, Editoriale Scientifica, Napoli 2009; AA.VV., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, a cura di M. Cavino - M.G. Losano - C. Tripodina, Giappichelli, Torino 2009; M.E. BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2009, 47 ss.; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2009, 159 ss., e, nella stessa *Rivista*, S. GAMBINO - A. SCERBO, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, 4/2009, 1497 ss.

<sup>51</sup> Un'importante indicazione è, al riguardo, di recente venuta da Corte giust., 18 dicembre 2014, in causa 562-13, con la quale si è stabilita la sospensione del rimpatrio di soggetti irregolari, in applicazione di quanto disposto dalla direttiva 2008/115/CE, laddove affetti da grave malattia, suscettibile di deterioramento.

<sup>52</sup> Per quest'ultimo aspetto, qualcosa di analogo potrebbe dirsi in merito all'orientamento manifestato dal giudice delle leggi (in [sent. n. 279 del 2013](#)) con riguardo alla condizione dei detenuti in genere, costretti – come, in fondo, riconosce lo stesso giudice – ad espriare la pena in condizioni palesemente inconciliabili col valore di dignità, senza che tuttavia la disciplina legislativa che tutto ciò consente sia stata sanzionata (neppure nella forma *soft* dell'additiva di principio, così come si è fatto nella pronuncia immediatamente precedente in relazione alla disciplina legislativa che non dava modo al figlio di poter conoscere le proprie origini biologiche o nella [sent. n. 170 del 2014](#), con riguardo alla

Così stando le cose, tuttavia, è da chiedersi se, ancora una volta, si giustifichi l'applicazione di un metro diverso per cittadini e stranieri, in un contesto di emergenza che in realtà tutti in pari misura avvolge e coinvolge. È da chiedersi, cioè, se in nome dell'emergenza non si possano (e debbano) criticamente ripensare antiche e consolidate credenze che, una volta di più, portano ad allargare inaturalmente la forbice tra cittadini e non cittadini.

Tento di spiegarmi meglio, facendo l'esempio forse maggiormente eclatante ed emblematico di queste esperienze.

Una tesi particolarmente accreditata<sup>53</sup> individua il *quid proprium* dello status di cittadino nel diritto esclusivo di quest'ultimo di entrare ed uscire a piacimento dal territorio nazionale, di cui non potrebbe comunque essere privato. Ebbene, supponiamo che un cittadino sia sospettato di appartenenza ad organizzazioni terroristiche. La domanda è: come difenderci? Possiamo immaginare una disciplina legislativa o una pronuncia di un giudice che, all'esito di un'operazione di bilanciamento tra il bene della sicurezza e il diritto del cittadino, si opponga alla tutela di quest'ultimo, segnatamente per ciò che attiene alla sua volontà di rientrare nel territorio dello Stato<sup>54</sup>? Non si trascuri, prima di affrettare una risposta in linea con l'indicazione teorica data dalla dottrina ora richiamata, che è ormai provato che di alcune organizzazioni islamiche fanno parte occidentali "convertiti" alla causa terroristica ed operanti fuori dei confini nazionali. Consentire il loro rientro nel territorio nazionale, ove si abbia il fondato sospetto della loro appartenenza alle organizzazioni suddette, potrebbe far correre rischi micidiali per la sicurezza non solo nel nostro Paese ma anche in altri. Se, dunque, la risposta ai quesiti sopra posti dovesse essere affermativa, se ne avrebbe un'ulteriore, forte assimilazione nel trattamento tra cittadini e "non cittadini".

Insomma, nulla di sicuro, di acquisito una volta per tutte alla categoria della cittadinanza ed *ex adverso* a quella, internamente varia ed articolata, della "non cittadinanza" può dirsi in partenza e tutto può (e deve) essere ridiscusso in ragione dei casi e di una composizione degli interessi in campo congrua rispetto alle loro complessive esigenze. Nessun preorientamento, ideologico o di dottrina, può pertanto portare alla ridefinizione e stabilizzazione dei concetti di cittadino e non cittadino.

## 6. Una divagazione (apparentemente) extra moenia: i doveri costituzionali dei non cittadini

Questa conclusione, che – come si vede – non porta certezze ma induce a ripensare criticamente a quelle di un tempo, è, a mia opinione, valevole anche sul fronte opposto dei doveri costituzionali<sup>55</sup>.

Non se ne deve qui dire, neppure per cenni, richiedendosi un'indagine non meno complessa ed approfondita di quella che è richiesta sul versante dei diritti. Mi limito solo ad enunciare, senza argomentare, il convincimento che mi sono al riguardo formato ed è che lo schema metodico-teorico della *inclusione* è qui pure da considerare tendenzialmente valevole: non solo – come si è veduto –

---

condizione, ad oggi sprovvista di tutela, del transessuale già coniugato e del suo *ex coniuge*). Sta di fatto che, nei casi ora richiamati, nessuna discriminazione è comunque fatta tra cittadini e non cittadini.

<sup>53</sup> G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 755; inoltre, sul punto, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 14 s., e B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza*, cit., 215.

<sup>54</sup> Più complicato è il caso inverso, con riferimento alla eventuale espulsione del cittadino fuori dei confini nazionali, specie laddove questi non sappia dove andare (categoricamente esclusa, ancora una volta, la liceità della espulsione stessa dalla dottrina che non ammette la preclusione al rientro del cittadino entro i confini nazionali: per tutti, F. FABBRINI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, IV/2013, 1160 ss., spec. 1174, con richiamo ad una nota tesi di G. Biscottini).

Ovviamente, le due ipotesi ora succintamente ragionate, essendo speculari, parrebbero sollecitare identica soluzione. Confesso tuttavia di non sentirmi del tutto sicuro su questa conclusione.

<sup>55</sup> Tra gli studi più di recente apparsi, segnalo qui solo quelli di B. DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, e F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014. Con specifico riguardo agli stranieri, v., part., E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 229 ss. e, da ultimo, A. SAITTA, *Il concetto di "noi" e di "altri" nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, cit., § 1.



per ciò che attiene al dovere di solidarietà, in ciascuna delle sue plurime forme espressive, o di contribuzione alle esigenze dell'erario ma anche per doveri tradizionalmente considerati tipici del cittadino.

La stessa fedeltà alla Repubblica o la difesa della patria non si sottraggono, a mia opinione, a quest'esito, laddove verso di esso spinga – come di consueto – un bilanciamento adeguato tra i valori costituzionali in campo.

D'altro canto, la giurisprudenza ha – com'è noto – da tempo aperto degli spiragli in tal senso, come a riguardo del dovere da ultimo menzionato, di cui sono stati gravati anche gli apolidi ([sent. n. 172 del 1999](#)<sup>56</sup>). Una volta di più, tuttavia, le premesse del ragionamento della Corte non sembra che siano state portate ai loro conseguenti svolgimenti.

Ora, se la difesa della patria è intesa nella sua ristretta seppur non esclusiva<sup>57</sup> accezione, che la vede in funzione della salvaguardia della integrità del territorio, allora non si comprende come anche alcune categorie di non cittadini (e, segnatamente, coloro che stabilmente risiedono nel territorio dello Stato) possano considerarsi non gravate dell'adempimento del dovere in parola, sì da non potere così concorrere a difendere anche... *se stessi*. L'obiezione usualmente addotta da parte di quanti<sup>58</sup> considerano non riferibile il termine di patria a quello di non cittadino muove dall'assunto che il primo serbi ancora oggi lo stesso significato che aveva al tempo in cui cittadini e stranieri erano tenuti rigidamente distanti; un assunto che, nondimeno, richiede di essere dimostrato e non meramente affermato, non potendosi escludere in partenza la necessità di un adattamento semantico del termine stesso che tenga conto della doppia appartenenza che, sia pure a diverso titolo, connota il rapporto che il non cittadino intrattiene col Paese di origine e con quello in cui ha deciso di stanziarsi e dove vive, magari da molti anni<sup>59</sup>.

La questione si fa, invero, particolarmente spinosa con riferimento ai casi in cui l'attacco provenga dallo Stato di provenienza dello straniero, in tal modo messo in croce per effetto della sua doppia appartenenza, culturale e giuridica. Ancora una volta, però, se prima non si risponde alla domanda *cosa* o *chi* si è chiamati a difendere, non si può dire neppure su quali teste si appunta il dovere in parola.

Quanto poi alla fedeltà alla Repubblica, ove la si intenda – come consigliato dalla più sensibile dottrina<sup>60</sup> – in prospettiva assiologicamente orientata, diventa assai arduo argomentare che dall'osservanza del relativo dovere possano considerarsi sgravati coloro che hanno deciso di stabilirsi nel territorio dello Stato e di condividere pertanto coi cittadini le medesime esperienze di vita associativa. La comunanza nel godimento dei diritti fondamentali e nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà attrae a sé e giustifica il dovere di fedeltà, così come questo, dal suo canto, ulteriormente avvalora e rafforza l'imputazione degli uni e degli altri in capo a quanti vivono stabilmente ed operano nel territorio della Repubblica<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Tra i suoi molti commenti, E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, e G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: un'interpretazione discutibile della Corte*, entrambi in *Giur. cost.*, 1999, rispettivamente, 1705 ss. e 1728 ss.

<sup>57</sup> Opportunamente la più sensibile dottrina ha optato per una più larga accezione del dovere in parola, per quanto quella richiamata nel testo costituisca – come si sa – proprio la originaria ed ancora oggi maggiormente espressiva e gravida di implicazioni.

<sup>58</sup> ... e, tra questi, M. LUCIANI, *Intervento*, cit., 422.

<sup>59</sup> Come negare, infatti, che un nostro cittadino nato e cresciuto in altro Paese possa a quest'ultimo sentirsi ancora più legato che a quello da cui provengono coloro che gli hanno dato i natali e che gli hanno trasmesso la qualità di cittadino? E così pure, dunque, nel caso inverso di straniero nato e cresciuto da noi.

<sup>60</sup> Su ciò, v., nuovamente, l'approfondito studio monografico di A. MORELLI, sopra richiamato, ed *ivi* altri riferimenti di dottrina di vario segno; *adde*, dello stesso M., ora, *I principi costituzionali in materia di doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *I principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè, spec. § 6 ss.

<sup>61</sup> Maggiori ragguagli sul punto nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., § 8. V., poi, nuovamente, per una complessiva riconsiderazione della spinosa questione, la cit. monografia di A. MORELLI, spec. 251 ss., a cui opinione a giustificazione della esclusione degli stranieri dall'esercizio del dove-

Una irrisolta aporia – va riconosciuto – fa tuttavia da intralcio al pieno riconoscimento del dovere di fedeltà e di quello di difesa della patria (nei limiti in cui possa essere fino in fondo tenuto dal primo distinto) in capo ai non cittadini; e si riporta appunto alla questione, su cui ci si è dietro succintamente intrattenuti, relativa al godimento da parte di tali soggetti dei diritti politici. Quest'ultimo, infatti, parrebbe costituire il presupposto necessario, ancorché non sufficiente, per l'imputazione dei doveri in parola: senza i diritti, insomma, non possono aversi i doveri.

L'obiezione è seria e merita che su di essa si svolga un'approfondita riflessione, quale tuttavia non può qui, per evidenti ragioni, aversi. Mi limito solo a far notare come il ragionamento possa essere rovesciato su se stesso, ove si convenga che *non sono i diritti a fondare e giustificare i doveri bensì questi ultimi i primi*; ed è perciò a questi che specificamente si legano le questioni di fondo concernenti la cittadinanza costituzionale, per una sua aggiornata ridefinizione conforme al contesto in cui s'inscrivono le sue più salienti vicende. Diritti e doveri, poi, fanno naturalmente rimando alla condivisione del patrimonio assiologico che ha portato alla nascita della Repubblica, dandone la identità e complessiva caratterizzazione, e che la sostengono, consentendone la integra trasmissione nel tempo, pur nella interna, incessante evoluzione in ragione del contesto in cui s'inscrivono le più significative esperienze della sua forma ordinamentale ed istituzionale, ovverosia, per adoperare un linguaggio maggiormente diffuso, della sua forma di Stato e di governo.

Ora, è chiaro che i non cittadini possono avere una loro identità culturale, assiologico-sostanziale, per quanto – come si sa – non uguale sia assai spesso la condizione degli immigrati di prima generazione rispetto a quella delle generazioni successive. Eppure, per il solo fatto di vivere stabilmente nel territorio della Repubblica, anche coloro che non possiedono lo *status* di cittadino devono pur sempre prestare rispetto ai valori fondanti la Repubblica stessa, pur laddove non li sentano davvero e fino in fondo come propri. Nessuno è, ovviamente, in grado di entrare nell'intelletto e nel cuore di alcun essere umano allo scopo di stabilire cosa ciascuno di essi davvero “senta”: gli stessi cittadini potrebbero, in gran numero, non “sentire” con uguale intensità la comune appartenenza alla Repubblica e ai suoi valori, a ciò che l'una e gli altri hanno rappresentato e rappresentano. Quando, dunque, discutiamo della “condivisione” dei valori *presumiamo*, ed è una presunzione che non ammette la prova del contrario, che essa abbia un effettivo e solido sostrato e radicamento sociale. Lo stesso – a me pare – non può allora che dirsi anche per quanti hanno deciso di vivere *da noi e con noi*.

Certo, il cerchio va chiuso, perfezionato, anche sul terreno su cui maturano le esperienze relative alla partecipazione alla vita politica delle istituzioni, prima su tutte quella in cui s'incarna ed emblematicamente esprime la democrazia per il tramite del filtro della rappresentanza. Il modello costituzionale – per come è qui visto – presenta dunque uno sfilacciamento interno che va urgentemente riparato. Non per ciò, tuttavia, la sua immagine complessiva appare appannata o, diciamo pure, oscura; si tratta solo di rifinire il quadro adeguandolo al presente contesto segnato da un multiculturalismo (o, forse meglio, interculturalismo<sup>62</sup>) già molto avanzato e tuttavia bisognoso ancora di fare un lungo tratto di strada e di molte cure, a far fronte alle quali in modo adeguato si rende opportuno, in primo luogo, come si diceva, l'aggiornamento della Carta e, a seguire, i necessari, organici suoi svolgimenti al piano legislativo e della pratica giuridica in genere (giurisprudenziale ed amministrativa).

Così stando le cose, già al presente può – a me pare – argomentarsi la tesi favorevole al riconoscimento al non cittadino stabilmente residente nella Repubblica dei doveri in genere, persino di quelli comunemente considerati esclusivi del cittadino, in forza dell'accettazione, che tutti accomu-

---

re di fedeltà sarebbe la “logica stessa della solidarietà politica” (255); lo stesso M., tuttavia, non trascura di far notare come alcuni stranieri abbiano maturato il tempo di integrarsi nel tessuto sociale. Ed è proprio ciò che, per la tesi qui patrocinata, è predicabile con riferimento a coloro che stabilmente risiedono nel territorio della Repubblica.

<sup>62</sup> Su ciò, opportuni rilievi in L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 aprile 2009; v., inoltre, V. BALDINI, *La società multiculturale come “questione” giuridica*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 15 febbraio 2011.

na, dei valori che stanno a fondamento della Repubblica stessa, senza di che non troverebbe giustificazione il perdurante stabilimento nel territorio nazionale<sup>63</sup>.

Non aggiungo altro, se non che sul fronte dei doveri lo scarto tra l'esperienza e il modello, per come viene nei suoi lineamenti essenziali ad emergere dal dettato costituzionale, appare tuttavia ancora più vistoso di ciò che invece risulta sul versante dei diritti.

*7. Una succinta notazione conclusiva, con riguardo alla mutazione genetica in corso tanto nella condizione dei cittadini quanto in quella dei non cittadini*

Appropriato, alla luce delle brevi riflessioni svolte, appare il titolo dato dagli organizzatori del nostro incontro, in cui si discorre di “metamorfosi” della cittadinanza<sup>64</sup>, con l'avvertenza che la stessa è in atto, non si è cioè ad oggi perfezionata né si sa se mai giungerà a piena maturazione e con quali connotati complessivi. Cittadini e non cittadini sono, insomma, in mezzo ad un guado, tutti alla ricerca di una nuova identità non raggiunta e – temo – problematicamente raggiungibile, perlomeno in tempi brevi.

I primi non sono più com'erano un tempo, dal momento che il carattere chiuso e *quodammodo* autoreferenziale dell'ordinamento statale non è più riproponibile negli stessi termini del passato e che essi sono chiamati – piaccia o no – a condividere esperienze di vita associativa con varie figure di non cittadini: una condivisione che è tanto negli oneri che nei vantaggi o, meglio, in molti oneri ed in molti vantaggi, se non pure a tutt'oggi in tutti.

I secondi non sono più *pleno iure* “stranieri”, ancora una volta così come un tempo, ma non sono neppure “cittadini”.

Un'autentica mutazione genetica è, dunque, in corso. L'osservatore di oggi, tuttavia, è costretto ad arrestarsi qui, non potendo anticipare il futuro, ridisegnandolo a proprio piacimento. Limitiamoci, perciò, a segnalare che cittadini e non cittadini sono in cammino e che molta strada ancora dovranno fare, *tutti assieme*, prima di giungere alla meta.

---

<sup>63</sup> Tesi questa che, portata fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, dovrebbe dunque – come si è venuti dicendo – pari pari valere per gli stessi cittadini, soprattutto per quelli che scopertamente agiscono per abbattere le fondamenta della Repubblica e i valori ai quali esse si ispirano. Dovrebbe, a questo punto, nuovamente riprendersi l'antica e vessata questione relativa alla tolleranza verso gli intolleranti, la cui riconsiderazione tuttavia porterebbe troppo oltre l'ambito materiale entro il quale questa riflessione è tenuta a stare.

<sup>64</sup> L'etichetta, peraltro, come si sa, non è nuova: v., ad es., A. ASCENZI, *Metamorfosi della cittadinanza. Studi e ricerche su insegnamento della storia, educazione civile e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, Eum, Macerata 2009, e F. STRUMIA, *La duplice metamorfosi della cittadinanza in Europa*, Jovene, Napoli 2013.

Valentina Pupo\*

**Prime note sul segreto di Stato nella dimensione della democrazia rappresentativa\*\***

SOMMARIO: 1. *Pubblicità e trasparenza della vita democratica.* – 2. *Funzione e fondamento del segreto di Stato secondo la dottrina.* – 3. *Fondamento del segreto di Stato secondo la giurisprudenza costituzionale.* – 4. *Segue: conseguenze processuali dell'opposizione del segreto di Stato.* – 5. *Segue: definizione dei limiti all'opposizione del segreto di Stato.* – 6. *Sistema dei controlli, tra Parlamento e Corte costituzionale.* – 7. *Alcune brevi conclusioni.*

*1. Pubblicità e trasparenza della vita democratica*

Nella premessa all'edizione del 1984 del volume «*Il futuro della democrazia*», Norberto Bobbio notava come sia possibile definire la democrazia in molti modi diversi, ma come non vi sia «definizione che possa fare a meno d'includere nei suoi connotati la visibilità o trasparenza del potere»<sup>1</sup>.

E difatti, esiste un innegabile legame dialettico tra i concetti di segretezza, pubblicità e trasparenza, e le forme di esercizio del potere. L'incidenza del segreto e, correlativamente, della pubblicità può, cioè, riflettersi tanto sulla delineazione della categoria di forma di Stato, e dunque sul rapporto governanti-governati, quanto su quella di forma di governo, e riguardare, pertanto, i rapporti tra poteri dello Stato<sup>2</sup>.

Uno dei criteri discretivi tra regime democratico e regime autoritario è dato, in effetti, dalla diversa misura che assumono pubblicità e segretezza, o per dirla in maniera icastica, dal loro «differente dosaggio»<sup>3</sup>.

È opinione tradizionale che le forme di Stato democratiche rappresentino «il governo del “potere visibile”» o «il governo del potere pubblico in pubblico»<sup>4</sup>, laddove, al contrario, in uno Stato autoritario, il connotato fondamentale è costituito dall'esercizio occulto del potere, conseguito per diritto divino, per diritto di natura o per diritto di conquista, e mantenuto, in nome del principio per il quale “*salus rei publicae suprema lex esto*”, con l'attuazione di tecniche segrete di governo da parte del sovrano<sup>5</sup>, al quale è lecito compiere atti che non è lecito compiano i privati e, proprio per tale ragione, è necessario che egli non agisca in modo palese<sup>6</sup>.

Si tratta, in quest'ultimo caso, della celebre questione degli *arcana imperii*, teorizzata a partire dagli *Annali* e dalle *Storie* di Tacito<sup>7</sup>, e che ha contraddistinto tutte le ricostruzioni degli scrittori

\* Dottoranda di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico europeo, Università degli Studi “*Magna Græcia*” di Catanzaro.

\*\* Contributo incluso anche nel volume dal titolo “*La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*”, a cura di Alessandro Morelli, in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Premessa all'edizione del 1984 de Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, XVII.

<sup>2</sup> Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, 2010, 5.

<sup>3</sup> L'immagine è di G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI – E. CARLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 268.

<sup>4</sup> Ancora una volta, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 86, il quale precisa le due accezioni fondamentali del termine “*pubblico*”, che può essere inteso in contrapposizione al termine “*privato*”, in quanto relativo alla “*cosa pubblica*”, allo Stato, e non limitato ad una ristretta cerchia di persone, oppure in contrapposizione a *segreto*, ed in tal caso ha il significato di *manifesto, palese, visibile*. V. altresì M. RICCIARDI, *Appunti su segreto di Stato e principio di trasparenza in Pol. dir.*, n. 1, 1993, 36 s.

<sup>5</sup> Cfr. F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973, 19; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 94.

<sup>6</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 19 e ID., *Democrazia e segreto*, in M. REVELLI (a cura di), *Democrazia e segreto*, Torino, 2011, 21 ss. Già Platone (*Repubblica*, 389 b) affermava che «se c'è qualcuno che ha diritto di dire il falso, questi sono i governanti, per ingannare nemici o concittadini nell'interesse dello Stato».

<sup>7</sup> In particolare, Libro II, paragrafo 36 degli *Annali* e Libro I, paragrafo 4 delle *Storie*.

politici che hanno affrontato la tematica della ragion di Stato<sup>8</sup>. Per conservare il potere e la forma di governo esistente, si ammette che le decisioni politiche siano assunte in piena segretezza, dal sovrano e dalla cerchia più ristretta dei suoi consiglieri, in quanto gli unici in grado di scorgere il bene comune e di perseguire gli interessi supremi dello Stato. In un tale contesto, il segreto rappresenta la regola dell'agire politico<sup>9</sup>: il sovrano è colui che conosce e mantiene segrete le proprie conoscenze per conservare il proprio potere, «si serve del proprio segreto, lo conosce con esattezza e sa ben apprezzarne l'importanza in varie circostanze»<sup>10</sup>, occultando od occultandosi, talvolta ricorrendo al silenzio o alla simulazione, tal'altra ricorrendo alla menzogna o alla dissimulazione<sup>11</sup>.

L'asimmetria conoscitiva<sup>12</sup>, «l'ineguale ripartizione del vedere a fondo»<sup>13</sup> è dunque massima nelle forme di Stato autoritario o assoluto, in cui il sovrano incarna quello che viene definito l'«onniveggente invisibile»<sup>14</sup>, colui che conosce le intenzioni degli altri, ma è attento a non lasciare trasparire le proprie.

Al contrario, è a partire dall'ideologia illuminista che si va progressivamente affermando il principio della pubblicità dell'azione politica di governo tra i pilastri portanti degli ordinamenti democratici<sup>15</sup>. In essi, la pubblicità diviene la regola ed il segreto l'eccezione<sup>16</sup>, e dunque risulta

<sup>8</sup> Per citarne soltanto alcuni, si possono ricordare G. BOTERO, *Della ragion di Stato*, a cura di C. CONTINISIO, Roma, 1997; A. CLAPMAR, *De arcanis rerum publicarum libri sex* (1605), Amsterdam, 1644; G. NAUDÉ, *Considerazioni politiche sui colpi di Stato*, trad. it. a cura di A. PIAZZI, Milano, 1992.

<sup>9</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 96.

<sup>10</sup> E. CANETTI, *Massa e potere*, trad. it. di *Masse und Macht* (1960), Milano, 2012, 353.

<sup>11</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 98-99. Sul ruolo del potere invisibile nel contesto della politica contemporanea, nonché sulle conseguenze del ricorso al segreto, si veda V. SORRENTINO, *Il potere invisibile. Il segreto e la menzogna nella politica contemporanea*, Bari, 2011, 27 ss. Sulle trasformazioni del segreto nella realtà giuridica moderna, v. M.V. CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Torino, 2014, che ne analizza i legami con la teoria della democrazia.

<sup>12</sup> Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 5.

<sup>13</sup> E. CANETTI, *Massa e potere*, cit., 353.

<sup>14</sup> N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 95. L'A. precisa come, nello Stato autocratico, le più importanti decisioni politiche debbano essere assunte fuori dalla portata «degli sguardi indiscreti di qualsiasi pubblico» e come «il più alto grado del potere pubblico [...] coincide con la massima concentrazione della sfera privata del principe» (*ibidem*). Quali contraltari naturali al potere invisibile, tendono parallelamente a svilupparsi contropoteri altrettanto invisibili, che agiscono al riparo dagli sguardi del sovrano, al fine di rovesciare il regime esistente (*ivi*, 96). Cfr. anche ID., *Democrazia e segreto*, cit., 23. La richiamata «asimmetria conoscitiva» è stata efficacemente descritta con il ricorso all'immagine del *Panopticon* di Bentham, di cui ha compiuto l'analisi M. FOUCAULT, nel saggio dal titolo *Surveiller et punir: naissance de la prison* (1975), trad. it., *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*, Torino, 1976. Esso rappresenta il modello di struttura carceraria in cui il sorvegliante vede senza essere visto ed i sorvegliati sanno di essere costantemente osservati, ma non possono vedere chi li sorveglia. Allo stesso modo, osserva Bobbio, «il principe è tanto più capace di farsi ubbidire quanto più è onniveggente, ed è tanto più capace di comandare quanto più è invisibile» (in *Il futuro della democrazia*, cit., 99 ss.).

<sup>15</sup> I. Kant, ad esempio, delinè la formula trascendentale del diritto pubblico, secondo la quale «tutte le azioni riferite al diritto di altri uomini, la cui massima non sia compatibile con la pubblicità, sono ingiuste», con ciò volendo significare che, laddove per la riuscita del proprio intento occorra tenerlo celato, poiché renderlo pubblico ne vanificherebbe l'attuazione, suscitando l'opposizione di tutti, esso non può che essere ingiusto. La massima è contenuta nella II Appendice al trattato *Per la pace perpetua* del 1795, la cui traduzione è consultabile su [http://btf.s.unipi.it/dida/kant\\_7/](http://btf.s.unipi.it/dida/kant_7/) (I. KANT, *Sette scritti politici liberi*, a cura di M.C. PIEVATOLO, Firenze, 2011). E, d'altra parte, è lo stesso Kant, nel saggio *Beantwortung der frage: Was ist Aufklärung?* (pubblicato sulla *Berlinische Monatsschrift*, 04 dezember 1784, 481-94), a sostenere che il «rischiamento» a cui conduce l'Illuminismo consiste «nella più inoffensiva di tutte le libertà, quella cioè di fare pubblico uso della propria ragione in tutti i campi. [...] il pubblico uso della propria ragione dev'essere libero in ogni tempo, ed esso solo può attuare il rischiamento tra gli uomini» (da *Che cos'è l'illuminismo*, tr. it. e cura di N. MERKER, Roma, 1997, 50).

<sup>16</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 88 e ID., *Democrazia e segreto*, cit., 32 ss. In senso analogo, P. BARILE, *Democrazia e segretezza*, in *Quad. cost.*, 1/1987, 47, per il quale «Tutto ciò che è invisibile è antidemocratico».

Sul punto di recente si è soffermato A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 7 ss., il quale ha, invece messo in guardia sul rischio che la teoria della pubblicità come fondamento della democrazia possa risultare fuorviante, in quanto «il potere visibile è, in concreto, una finzione. La concorrenza di poteri visibili e poteri occulti o non visibili rende altamente problematico il principio di pubblicità».



necessariamente fondamentale che ci sia un'ampia circolazione delle informazioni, affinché sia consentito ai cittadini di conoscere gli atti delle pubbliche istituzioni.

Se il "concetto" essenziale ed indefettibile di democrazia è quello di *governo del popolo*<sup>17</sup>, un profilo che ha sempre connotato i regimi democratici è il carattere non segreto del potere, la conoscibilità degli atti dei governanti da parte del popolo sovrano, e ciò sia che si guardi all'ideale della democrazia degli antichi, contraddistinta dall'eguale partecipazione diretta alla gestione della cosa pubblica, sia che si guardi all'ideale della democrazia dei moderni, connotata in senso rappresentativo. Ed in proposito, si segnalano due aspetti che possono essere considerati in stretta connessione con il tema della visibilità del potere: uno spunto schmittiano che, sebbene in tutt'altro contesto, coglie una relazione tra rappresentanza e pubblicità del potere, intendendo la rappresentanza come forma di rappresentazione, come modo di rendere visibile ciò che altrimenti rimarrebbe occulto<sup>18</sup>; e la questione del decentramento che, dando rilievo al governo locale rispetto a quello centrale, valorizza l'idea che la visibilità del potere non dipenda soltanto dal presentarsi in pubblico dei detentori del potere, ma altresì dalla loro vicinanza spaziale ai governati<sup>19</sup>.

La libera circolazione delle informazioni è indispensabile alla discussione democratica, al libero confronto delle opinioni e delle idee al fine della formazione della volontà comune ed altrettanto importanti sono l'analisi e la critica da parte della opinione pubblica, la quale può così consentire anche la definizione o la rideterminazione delle decisioni, in un processo dialettico continuo che deve costantemente costituire il connotato di una democrazia che aspiri ad essere una «democrazia critica»<sup>20</sup>, secondo la nozione delineata da Zagrebelsky, in cui le scelte politiche possano essere orientate al meglio, ed il meglio possa scaturire da una continua ridiscussione delle scelte precedenti.

Il principio della trasparenza del potere pubblico è funzionale al pieno e consapevole esercizio della sovranità che l'art. 1 della Costituzione attribuisce al popolo, imponendone l'esercizio nelle forme e nei limiti predisposti dalla stessa Carta fondamentale. Ciò richiede la piena estrinsecazione della libertà di informazione, intesa nelle sue componenti di libertà di informare, di essere informati e di informarsi<sup>21</sup>. In particolare, il diritto dei cittadini di essere informati circa l'azione e le decisioni dei pubblici poteri è il fondamentale presupposto del controllo che, in un regime democratico, occorre condurre su tali attività, al fine di far emergere, laddove sia necessario, i profili di responsabilità politica dei governanti, tramite l'attivazione, attraverso i propri rappresentanti, dei meccanismi parlamentari che mettono in discussione il rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento, oppure sanzionandone direttamente l'operato al momento delle elezioni, tramite la manifestazione del voto.

Senonché, occorre rilevare come, anche nelle forme politiche democratiche, non sussista una totale incompatibilità tra principio di pubblicità e trasparenza del pubblico potere e segretezza, in quanto il segreto può costituire un'eccezione alla regola della pubblicità, anche se deve, ad ogni modo, trattarsi di un'eccezione non suscettibile di far venir meno la regola fondamentale, ma che

---

<sup>17</sup> Di recente, sull'esigenza di distinguere tra "concetto" e "concezioni" di democrazia, cfr. A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in *paper*.

<sup>18</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 89, che richiama un passo della *Verfassungslehre* di C. Schmitt, (*Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. CARACCILO, Milano, 1984, da cui sono tratte le citazioni seguenti), in cui l'Autore sottolinea come «[...] la rappresentanza può svolgersi solo nella sfera della pubblicità. Non c'è nessuna rappresentanza che si svolga in segreto o a quattr'occhi, nessuna rappresentanza che sia "affare privato" [...]. Un parlamento ha carattere rappresentativo solo finché si crede che la sua vera e propria attività abbia luogo nella pubblicità [...]» (ivi, 275), e, più esplicitamente, come «rappresentare significa rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente» (ivi, 277).

<sup>19</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 89 s.

<sup>20</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il "crucifige!" e la democrazia*, Torino, 2007, 7 e 112 ss. Sulla necessità di garantire la libertà di informazione come strumento che consenta di limitare l'accesso elitario alle informazioni e permetta, piuttosto, ai soggetti di conseguire la conoscenza documentata delle notizie da porre a fondamento delle proprie opinioni e delle proprie azioni, al fine della formazione di un'opinione pubblica che non sia manipolata ed acritica, v. A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 491.

<sup>21</sup> Cfr. G. PITRUZZELLA, *Segreto, I) profili costituzionali*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 1989, 2; P. BARILE - S. GRASSI, *Informazione (Libertà di)*, in *Nss. Dig. it., Appendice*, IV, Torino, 1983, 197 ss.



piuttosto si giustifica, come l'adozione di tutte le misure eccezionali, soltanto se risulta limitata nel tempo<sup>22</sup>.

Ne deriva, quindi, come non sia sempre possibile disporre di tutte le informazioni relative agli atti dei pubblici poteri, e come talvolta la libertà di informazione, pur continuando a rappresentare uno degli snodi cruciali dello Stato democratico di diritto, vada inevitabilmente incontro a delle limitazioni che, nel caso del «pubblico segreto»<sup>23</sup>, vale a dire del segreto di Stato, si sostanziano nell'esclusione dei cittadini dalla conoscenza di talune informazioni concernenti l'operato dei pubblici poteri<sup>24</sup>.

Il fatto che i cittadini possano essere esclusi dalla fruizione di determinate informazioni deve, però, essere sostenuto da adeguate ragioni, se si considera, come è stato rilevato, che «in una democrazia il meccanismo di esclusione-inclusione ha rilievo centrale nella definizione dell'identità di cittadinanza»<sup>25</sup>, e che pertanto l'ampiezza «dello *status* di cittadino può essere misurata anche a partire dalle informazioni che sono coperte da segreto»<sup>26</sup>. Sicché le restrizioni della conoscenza di determinate notizie, attuata tramite l'apposizione del segreto di Stato, deve essere giustificata dall'esigenza di garantire interessi rilevanti tanto quanto quelli che, nel caso di specie, vengono preclusi.

In altre parole, non è il segreto in sé a dover essere tutelato, poiché il suo ruolo deve piuttosto essere strumentale alla salvaguardia di altri beni ed interessi costituzionalmente rilevanti, al pari della libertà di informazione e del principio di pubblicità<sup>27</sup>. Sicché, in ambito pubblico, il principio generale deve essere quello della più ampia conoscenza possibile, mentre «segreti provvisori e parziali sono tollerati solo in rapporto a specifiche finalità giustificanti»<sup>28</sup>.

L'apposizione del segreto di Stato, come si vedrà a breve, è normalmente giustificata dalle esigenze di tutela di pressanti interessi pubblici, come la sicurezza della Repubblica, sia interna che esterna, la sicurezza della collettività, la salvaguardia della stessa esistenza dello Stato-ordinamento. Per tale ragione viene rilevato come il diritto di informazione non vada considerato come fine a sé stesso, ma in senso strumentale alla realizzazione della democrazia: quest'ultima rappresenta lo scopo; il primo, invece, lo strumento per raggiungerla, che può essere, pertanto, variamente conformato, ed andare incontro anche a delle deroghe «concepite perciò non in previsione degli *arcana imperii* – i misteri del potere sempre in agguato – ma in funzione del fine da raggiungere, cioè la conservazione della democrazia»<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 88.

<sup>23</sup> Cfr. M. RICCIARDI, *Appunti su segreto di Stato*, cit., 40.

<sup>24</sup> Deriva dall'etimologia della parola «segreto» (dal latino *secretus*, composto da *se*, che ha funzione rafforzativa del successivo verbo *cernere*, che significa separare, ed era in origine riferito all'attività di selezione delle sementi migliori per la semina) il fatto che l'attività di segretazione si sostanzia in una selezione di notizie, di informazioni, di fatti, di atti, ecc., ritenuti importanti in relazione ad un determinato interesse del soggetto che appone il segreto, e pertanto separati ed occultati, al fine di sottrarli alla conoscenza altrui. Il segreto costituisce, dunque, uno strumento di selezione tanto dei soggetti (gli ammessi e gli esclusi dalla condivisione di un determinato «sapere»), quanto delle notizie su cui viene apposto il vincolo di inconoscibilità. Per un'accurata ricostruzione etimologica del concetto di segreto, v. R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del Convegno nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981, Padova, 1983, 95 ss. e, per una ricostruzione del segreto quale concetto di teoria generale, dei suoi elementi costitutivi e della sua funzione nell'ordinamento, v. G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, II – Profili teorici, Padova, 1984. Cfr., altresì, M. RAVERAIRA, *Segreto nel diritto costituzionale*, in *Dig. pubbl.*, XIV, 1999, 19 ss.; G. PITRUZZELLA, *Segreto*, cit., 1 ss.

<sup>25</sup> M. RICCIARDI, *Appunti su segreto di Stato*, cit., 41.

<sup>26</sup> A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 9.

<sup>27</sup> Cfr. G. ARCONZO – I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 4; G. FERRARI, *L'avventura del «segreto» nell'Italia repubblicana tra gli anni '60 ed '80*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., 81; G. PITRUZZELLA, *Segreto*, cit., 3 ss.; M. RAVERAIRA, *Segreto nel diritto costituzionale*, cit., 21 ss.; A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 9; A. LOIODICE, *Informazione*, cit., 485.

<sup>28</sup> U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., 644.

<sup>29</sup> V. CAIANIELLO, *Segreto e democrazia*. Prolusione all'inaugurazione dell'anno accademico 1995-1996 della Scuola di addestramento del SISDe, Roma 27 novembre 1995, in *Per aspera ad veritatem*, n. 4/1996, reperibile su

Vi sono, dunque, determinati ambiti e comportamenti che devono necessariamente rimanere segreti per garantire la stessa sopravvivenza dell'ordinamento nella sua connotazione democratica. Tuttavia, sempre per la stessa esigenza, occorre che sia rispettato il principio di legalità e, dunque, che le aree sottratte alla divulgazione siano accuratamente e in astratto previste in via legislativa e siano ammesse soltanto se suscettibili di avere un riscontro costituzionale<sup>30</sup>. Sicché può riconoscersi che «un ordinamento è democratico anche nella misura in cui riconosce e garantisce i segreti meritevoli di essere tutelati»<sup>31</sup>.

Va qui ricordata una posizione espressa in dottrina secondo la quale la segretezza rappresenterebbe il presupposto della governabilità<sup>32</sup>, nel senso che dovrebbe realisticamente ammettersi che la sopravvivenza stessa dell'aggregato politico e la conservazione del sistema politico dipendono «dall'esistenza di pochi ed essenziali segreti [...] che devono essere seriamente tutelati». Il che vorrebbe dire riconoscere cittadinanza nell'ordinamento al «segreto politico», riconoscere come tratto connaturato alla politica la presenza di spazi sottratti alla legalità formale e, pertanto, inevitabilmente segreti, poiché non si potrebbe, secondo tale impostazione, ridurre il «politico» al «pubblico», e ritenere che tutto ciò che è politico, cioè inerente al governo della vita associata, debba necessariamente anche essere pubblico, cioè manifesto, palese. La sopravvivenza dell'intera collettività, in determinate situazioni, implicherebbe un superamento della legalità formale, che regola i rapporti tra gli individui, poiché sarebbe utopico, alla luce dell'esperienza, «immaginare una vita associata in cui tutto sia palese o tutto sia ridotto alla legalità formale», e poiché ciò potrebbe persino tradursi in una distruzione della comunità stessa. Occorrerebbe, pertanto, realisticamente riconoscere che le leggi speciali della politica – e, con esse, la ragion di Stato – travalicano sempre la legalità formale e richiedono necessariamente segretezza<sup>33</sup>.

Viene d'altra parte posto l'accento sul fatto che, nel modello democratico, il potere è conferito ai governanti, quali rappresentanti dei cittadini, e deve quindi essere esercitato nell'interesse e per conto del popolo. Da ciò deriva l'esigenza del controllo del potere, che può scaturire solo da una conoscenza adeguata, da parte del popolo, delle circostanze e dei modi in cui esso è esercitato<sup>34</sup>. Inconciliabili

---

[www.gnosis.aisi.gov.it](http://www.gnosis.aisi.gov.it). Di principio generale circa il segreto come «principio teleologico che, assegnando come fine il controllo sul potere, persegue la conoscenza come mezzo al fine e nega il segreto perché incompatibile col fine» scrive U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, cit., 646, che riconosce come tale principio possa anche avere eccezioni, in quanto «provvisori e parziali segreti sono giustificati, nelle condizioni storicamente date, da finalità giudicate anch'esse importanti» (*ibidem*).

<sup>30</sup> Cfr. N. LUPO, *Dalla pubblicità della vita democratica al segreto di Stato (e ritorno), nell'ottica del Parlamento*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, 784; G. FERRARI, *L'avventura del "segreto" nell'Italia repubblicana*, cit., 83; S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Milano, 1978, 45 ss.; A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 12; G. ARCONZO – I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato*, cit., 4.

<sup>31</sup> G. FERRARI, *L'avventura del "segreto" nell'Italia repubblicana*, cit., 78.

<sup>32</sup> Si tratta della posizione espressa da G. MIGLIO, *Il segreto politico*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., 172 ss.

<sup>33</sup> Nel suo discorso, Miglio mette, più in generale, in luce come la conoscenza diffusa possa rivelarsi destabilizzante e perciò, talvolta, così nociva per l'interesse stesso della società da indurre i destinatari a rifiutarla, e rilegge, in quest'ottica, l'episodio dello scontro tra il Cardinale Bellarmino e Galileo Galilei, rilevando come allo scienziato non venisse rimproverato di aver scoperto delle verità scientifiche, che pure scardinavano i capisaldi dell'ideologia religiosa, politica e sociale dell'epoca, ma di averle diffuse non nella lingua della scienza, il latino, accessibile a pochi, bensì in volgare, lingua comprensibile a tutti (cfr. G. MIGLIO, *Il segreto politico*, cit., 171). P. BARILE, *Democrazia e segreto*, cit., 30 dissente, invece, espressamente dalla prospettiva di Miglio, secondo il quale la lotta «illuministica» contro il segreto politico sarebbe «rozzo utopismo» (cfr. G. MIGLIO, *Il segreto politico*, cit., 175). Secondo A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 11, l'apparente antitesi tra la prospettiva di Bobbio – per il quale il politico non può che essere pubblico ed il segreto può ammettersi soltanto in via eccezionale ed in ipotesi legislativamente definite – e quella di Miglio – per il quale non tutto ciò che è politico, cioè attinente alla vita associata, deve necessariamente anche essere pubblico, vale a dire palese e manifesto, ed occorre riconoscere che segretezza ed eccezione alla legalità formale sono inerenti alla politica stessa – potrebbe, in realtà, comporsi se solo si pone mente al fatto che entrambe ammettono uno spazio legittimo per il segreto nel contesto delle organizzazioni politiche democratiche, ed alla luce di ciò ricostruire, altresì, una dimensione costituzionale del segreto di Stato.

<sup>34</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, cit., 636 e 638, che sottolinea come «non devono esserci insomma, nel rapporto dei governanti con il popolo, né inganno, né segreto; e questa è soltanto una condizione minima e non

con la democrazia sono la segretezza dei processi e degli indirizzi decisionali di vertice, sia in ambito interno che in ambito internazionale<sup>35</sup>, e sono eccezionalmente ammissibili provvisori e parziali segreti se giustificati, nelle circostanze storiche concretamente esistenti, da importanti finalità di tutela del popolo stesso<sup>36</sup>.

È, pertanto, sul ruolo degli organi di controllo dell'attività di segretazione posta in essere dai governanti democratici che si cercherà di focalizzare l'attenzione nel prosieguo della trattazione, nonché sull'efficacia della loro azione, compiendo altresì un breve esame della funzione e del fondamento costituzionale del segreto di Stato ed una rapida ricostruzione della giurisprudenza costituzionale ad esso inerente.

## 2. Funzione e fondamento del segreto di Stato secondo la dottrina

Si è visto come il segreto non possa considerarsi del tutto incompatibile con un assetto democratico dello Stato, ma come sia altresì necessario il suo ancoraggio a principi e valori fondamentali che ne legittimino l'utilizzo nel contesto di un sistema costituzionale, in particolare laddove si tratti del segreto pubblico al massimo livello, cioè del segreto di Stato.

La Costituzione italiana, pur facendo in più punti riferimento al concetto di segretezza<sup>37</sup>, non si occupa specificamente del segreto di Stato. Esso è stato ed è tuttora disciplinato da disposizioni di rango primario, dapprima contenute nella normativa codicistica penale, sostanziale e processuale, del 1930 e nel r.d. 11 luglio 1941, n. 1161, relativo al segreto militare, e successivamente riordinate in maniera organica, sovente con il recepimento, da parte del legislatore, delle indicazioni provenienti da talune pronunce della Corte costituzionale. In un primo momento, la materia è stata regolata dalla legge 24 ottobre 1977, n. 801 (*Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*), e, in seguito, dalla legge 3 agosto 2007, n. 124 (*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto di Stato*), di recente modificata per effetto della legge 7 agosto 2012, n. 133 (*Modifiche alla legge 3 agosto 2007, n. 124, concernente il Sistema di informazioni per la sicurezza della Repubblica e la disciplina del segreto*).

Si è posto, pertanto, il problema dell'individuazione del titolo di legittimazione<sup>38</sup> costituzionale del segreto di Stato, problema che non poco ha alimentato il dibattito, determinando diversi orientamenti dottrinali.

Già prima della riforma organica del 1977, vi è stato chi ha sottoposto a critica l'impostazione tendente ad individuare il fondamento del segreto di Stato partendo dalla premessa secondo la quale esso avrebbe un rilievo costituzionale intrinseco, sicché assicurare la sua tutela sarebbe un'esigenza

---

sufficiente per un rapporto corretto. La condizione piena sta nella conoscenza adeguata: sono tenuti i governanti, nella democrazia rappresentativa, a procurare la più ampia ed organica informazione sugli obiettivi e gli strumenti del potere, è diritto dei cittadini, e dovere verso se stessi e gli altri contraenti nel contratto sociale, acquisire ed utilizzare una simile informazione»; P. BARILE, *Democrazia e segreto*, cit., 31.

<sup>35</sup> Cfr. G. FERRARI, *L'avventura del "segreto" nell'Italia repubblicana*, cit., 78.

<sup>36</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, cit., 639, 644 e 646. Emblematica della natura eccezionale che dovrebbe avere il segreto in un ordinamento democratico si può qui ricordare una citazione proposta, ancora una volta, da N. Bobbio, e tratta dal *Catechismo repubblicano per l'istruzione del popolo e la rovina de' tiranni*, composto, sul finire del XVIII secolo, da M. Natale, vescovo di Vico Equense, che così afferma: «Vi è niente di segreto nel Governo Democratico? Tutte le opere dei governanti devono essere note al Popolo Sovrano, eccetto qualche misura di sicurezza pubblica, che gli si deve far conoscere, quando il pericolo è cessato» (in N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 88).

<sup>37</sup> In particolare, sono contemplati la segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.), il divieto di associazioni segrete (art. 18 Cost.), la segretezza del voto (art. 48 Cost.), la generale pubblicità delle sedute parlamentari e la possibilità di deliberare sedute segrete delle Camere (art. 64 Cost.).

<sup>38</sup> Si rileva come per tutti i tipi di segreto riconosciuti dall'ordinamento giuridico (segreto professionale, d'ufficio, processuale, bancario, industriale, ecc.) la questione fondamentale sia l'individuazione del loro titolo di legittimazione e delle tecniche di tutela (A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 16): difatti, si nota che, «se il segreto è strumentale alla garanzia del valore inerente alla particolare situazione occultata, è da quella stessa garanzia, da quello stesso valore che esso trae il proprio titolo di legittimazione» e, pertanto, segreto e pubblicità non sarebbero tutelabili in sé ma in quanto strumentali all'affermazione di valori costituzionalmente garantiti (M. RAVERAIRA, *Segreto nel diritto costituzionale*, cit., 20 s.).

immanente ad ogni sistema costituzionale; tesi, quella, che aveva come conseguenza il riconoscimento della «costituzionalità globale» della disciplina codicistica ante-riforma<sup>39</sup>.

Secondo una certa corrente di pensiero<sup>40</sup>, il fondamento costituzionale del segreto di Stato dovrebbe rinvenirsi nell'art. 52 Cost., laddove esso sancisce per il cittadino il «sacro dovere di difendere la Patria». Si tratterebbe, come precisa la dottrina, di una «sacertà laica», consistente nell'assoluta intangibilità, inviolabilità e inderogabilità di tale dovere, che comporta anche l'astensione da qualunque azione in grado di mettere in pericolo la sicurezza nazionale»<sup>41</sup>. È stato evidenziato come questo dovere vada riferito «allo Stato come complesso unitario, visto nei suoi rapporti esterni, con specifico riferimento alla guerra, alle sue manifestazioni prodromiche, al suo svolgersi e alle sue conseguenze collaterali»<sup>42</sup> e come, non precisando il primo comma dell'art. 52 Cost. le specifiche modalità di adempimento, esso configurerebbe un dovere di difesa generico nei confronti di aggressioni esterne<sup>43</sup>, cui sono tenuti tutti i cittadini e che potrebbe assolversi secondo varie forme<sup>44</sup>. Tra queste modalità, secondo i fautori del fondamento costituzionale del segreto nell'art. 52 Cost., potrebbe correttamente annoverarsi l'obbligo del segreto di Stato<sup>45</sup>. Secondo tale

---

<sup>39</sup> L'espressione è di P. PISA, *Il segreto di Stato – Profili penali*, Milano, 1977, 203 ss. Condivide le critiche anche P. CARETTI, *Limiti costituzionali alla tutela del segreto di Stato*, in *Democrazia e diritto*, XX, 1980, 816 s. In particolare, il riferimento degli Autori è a quelle tesi, dottrinali e giurisprudenziali, che affermano la perfetta conformità alla Costituzione della disciplina codicistica del 1930, sulla base del richiamo a diverse disposizioni costituzionali: all'art. 82 Cost. che, laddove prevede che le commissioni parlamentari di inchiesta incontrino le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria (limitazioni che prevedono anche il divieto di accertare fatti o situazioni per la presenza del segreto di Stato), porrebbe un indiretto riconoscimento della coerenza al dettato costituzionale della normativa sul segreto di Stato (cfr. G. COLLI, *Sulla validità dell'attuale disciplina legislativa del segreto di Stato nelle accezioni politico-militare e d'ufficio*, in *Rass. parl.*, 1968, 263 ss.); alla seconda parte dell'art. 2 Cost., poiché la necessità dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale esprime un'esigenza di tutela dell'intera collettività, alla quale è conforme la *ratio* ispiratrice della disciplina sul segreto di Stato (cfr. Cass. sez. III pen., 22 febbraio 1974, Rossanigo). Secondo gli Autori precedentemente citati, queste tesi ometterebbero di considerare l'esigenza di ragionevole bilanciamento tra interessi di pari rilievo costituzionale, finendo per dare ingiustificatamente prevalenza ad alcuni rispetto ad altri e a delineare una sorta di «zona franca», rappresentata dal segreto di Stato, di fronte alla quale «si arresta la operatività dei principi sanciti dalla nuova Carta costituzionale» (P. CARETTI, *o ult. cit.*, 817 s.) ed evidenzerebbero «un salto logico incolmabile» nel dedurre dal dovere di solidarietà politica e sociale la totale ed illimitata consacrazione delle istanze di segretezza militare, evidenziando in tal modo «un atteggiamento di fondo del supremo collegio [...] reverenziale nei confronti del segreto di Stato, la cui sacralità non può essere sfiorata neppure in nome della Costituzione; un atteggiamento di rispetto assoluto ed aprioristico», suscettibile di configurare una sorta di «mistica del segreto» (P. PISA, *o ult. cit.*, 208 s.). Al fine di valutare gli interessi tutelati dal segreto di Stato nel panorama dei nuovi principi democratici si dovrebbe piuttosto muovere dal dato costituzionale nella verifica della compatibilità della normativa vigente e considerare come il problema del segreto di Stato debba essere riguardato sia dal punto di vista degli equilibri di potere nell'ambito dello Stato-apparato, sia da quello più ampio degli equilibri tra questo e la società civile (P. CARETTI, *o ult. cit.*, 815 s.).

<sup>40</sup> Cfr. A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. cost.*, I, 1976, 1785 ss.; P. PISA, *Segreto di Stato*, cit., 213 ss.

<sup>41</sup> M. LUCIANI, *Il segreto di Stato nell'ordinamento nazionale*, in AA.VV., *Il segreto di Stato. Evoluzioni normative e giurisprudenziali*, Quaderno di intelligence, *Gnosis – Rivista italiana di intelligence*, Roma, 2011, 11. V. anche C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 123, che puntualizza come «l'aggettivo sacro tende a rafforzare, col suo contenuto etico, l'importanza del dovere di difesa, attribuendo al relativo adempimento un valore morale oltre che giuridico».

<sup>42</sup> G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 243 ss.; C. CARBONE, *I doveri pubblici*, cit., 123 ss. Richiama espressamente tale definizione A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. cost.*, I, 1976, 1785 s.

<sup>43</sup> Cfr. G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 241. L'A. sottolinea come, di conseguenza, il dovere di difesa abbia una portata normativa strettamente connessa all'ambito dei rapporti tra Repubblica italiana ed altri Stati, e dunque riguardi prettamente la difesa esterna.

<sup>44</sup> Così sempre G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 243 s. Secondo l'A., il dovere di difesa – che va distinto dal dovere di difesa con le armi di chi è idoneo alla prestazione del servizio militare –, sarebbe «a contenuto normativamente non predeterminato» (*ivi*, 243), cioè indipendente da specifiche modalità di adempimento, e potrebbe pertanto essere attuato con qualsiasi mezzo, purché in presenza di situazioni concrete riconducibili allo stato di guerra (*ivi*, 244).

<sup>45</sup> Cfr. A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, cit., 1786, che richiama G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 253, il quale, tuttavia, sottolinea come nell'ambito degli obblighi penalistici riconducibili al dovere di difesa si



impostazione, tuttavia, la garanzia costituzionale riguarderebbe esclusivamente il segreto diretto alla tutela della “sicurezza esterna” dello Stato, vale a dire «l’interesse dello Stato-comunità alla sua integrità territoriale, indipendenza e – al limite – alla sua stessa sopravvivenza»<sup>46</sup> e sempre che intercorra un nesso di particolare strumentalità tra l’esigenza di segretezza di una notizia e l’integrità dello Stato nella difesa contro i nemici esterni<sup>47</sup>. Mancherebbe, invece, la copertura costituzionale del segreto funzionale alla tutela dei valori dell’ordinamento costituzionale<sup>48</sup>, nonché quella del «segreto preordinato alla protezione del generico interesse politico, interno o internazionale, dello Stato»<sup>49</sup>.

Riguardo al problema posto dalla sicurezza interna, la tesi considerata ritiene che non se ne possa correttamente desumere la legittimità costituzionale dal dovere di cui all’art. 52 Cost., inerente alla sola sicurezza esterna, anche se tale esclusione non implica l’insussistenza di un ambito di segreti di Stato, avente rilievo costituzionale, attinente alla sicurezza interna del Paese<sup>50</sup>. L’interesse alla sicurezza, «intesa come saldezza complessiva delle istituzioni repubblicane», andrebbe considerato come «interesse immanente» all’intero ordinamento costituzionale e, pertanto, non richiederebbe un riferimento esplicito in specifiche disposizioni costituzionali<sup>51</sup>, oppure potrebbe essere ricollegato all’ordine pubblico (da intendersi come «assenza di azioni materialmente violente», derivante dalla presenza del principio democratico di cui agli articoli 1 e 49 della Costituzione<sup>52</sup>). La sicurezza interna dello Stato sarebbe, pertanto, un aspetto particolare dell’ordine pubblico, tale da implicare una tutela più rigorosa, attuabile anche attraverso l’imposizione del segreto di Stato<sup>53</sup>.

Vi è anche chi ritiene che le uniche esigenze di segretezza tali da attribuire al segreto di Stato un sicuro ed espresso rilievo costituzionale siano quelle legate alla garanzia della difesa esterna, riconducibili sempre al disposto dell’art. 52 Cost.<sup>54</sup>. Mentre potrebbe, quindi, riconoscersi il fondamento costituzionale del segreto militare, andrebbe esclusa ogni rilevanza costituzionale del segreto “politico” *tout court*, nonché del segreto politico c.d. *qualificato*, «definito cioè in

---

possano distinguere quelli che presuppongono, contestualmente a quello di difesa, anche il rilievo indiretto del dovere di fedeltà, come ad esempio le norme relative all’utilizzazione dei segreti di Stato.

<sup>46</sup> A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, cit., 1786, che riprende testualmente le espressioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale [n. 82 del 1976](#) (punto 5 cons. in dir.). Dello stesso avviso P. PISA, *Il segreto di Stato*, cit., 214.

<sup>47</sup> Cfr. P. PISA, *Il segreto di Stato*, cit., 215.

<sup>48</sup> A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 18; G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 240 ss.; ID., voce *Fedeltà* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 177.

<sup>49</sup> A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, cit., 1786 ss., secondo la quale la previsione del “segreto politico”, contemplato dagli artt. 255, 256, 257, 258, 259 e 261 c., si porrebbe, anzi, in palese contrasto con numerosi principi costituzionali: con il principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.) poiché, consentendo all’autorità di imporre il vincolo del segreto su notizie in vista di interessi politici, interni o internazionali, confliggerebbe in modo stridente con il principio di controllo e partecipazione del popolo alla gestione della funzione di indirizzo politico, bloccando i meccanismi per far valere la responsabilità politica diffusa; con il principio di imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), laddove esso sottintende la condanna di ogni influenza nell’attività amministrativa di interessi estranei alla funzione, perché non tutelati dalla legge che disciplina l’esercizio della funzione, o perché incompatibili con gli indirizzi politici o amministrativi generali, che orientano la funzione; con la libertà di informazione (art. 21 Cost.), intesa nello specifico aspetto di libertà di cronaca, presupposto fondamentale della libertà di opinione, che consente ai cittadini di partecipare alla delineazione degli indirizzi politici, tramite la critica ed il controllo diffuso sui governanti, e che, per essere effettiva, richiede che possano essere rese note le notizie attinenti all’interesse politico dello Stato; al principio di riserva di legge in materia penale, dal punto di vista della determinatezza della fattispecie penale, poiché conferisce all’autorità amministrativa una discrezionalità illimitata, che rasenta il mero arbitrio, nel definire un elemento di una fattispecie criminosa.

<sup>50</sup> Cfr. P. PISA, *Il segreto di Stato*, cit., 215.

<sup>51</sup> Cfr. P. PISA, *Il segreto di Stato*, cit., 218.

<sup>52</sup> Cfr. A. ANZON, *Segreto di Stato*, cit., 1794, che precisa come tale concetto materiale di ordine pubblico non implichi «alcuna adesione intima da parte del cittadino alle istituzioni vigenti, che gli impedisca, tra l’altro, ogni facoltà di critica e di libera opinione in relazione ad esse».

<sup>53</sup> Cfr. A. ANZON, *Segreto di Stato*, cit., 1795.

<sup>54</sup> Cfr. P. CARETTI, *Limiti costituzionali alla tutela del segreto di Stato*, cit., 839, ma *passim*.

connessione ai pericoli di eversione interna che possono minacciare la sopravvivenza degli organi e delle istituzioni che rappresentano la massima espressione dell'ordinamento democratico»<sup>55</sup>.

Ulteriore ricostruzione è quella proposta da chi, individuando nell'interesse alla sicurezza dello Stato la funzione del segreto, e ricostruendola come tutela della persona statale da minacce esterne alla sua sovranità, indipendenza ed integrità territoriale e da minacce interne di sconvolgimenti violenti dell'ordine costituzionale e dei valori fondamentali dell'ordinamento, precisa che «l'oggetto del segreto di Stato non può essere determinato casisticamente, né può essere ristretto alle notizie riguardanti la difesa nazionale, ma può consistere in qualunque notizia che, per la sua particolare natura, sia tale da incidere sulla *salus rei publicae*, determinando un pericolo reale»<sup>56</sup>. Poiché la funzione del segreto di Stato consisterebbe nella tutela degli interessi fondamentali della collettività nel suo complesso e non nella garanzia particolare prevista dall'ordinamento per il corretto svolgimento dell'attività di un organo o di un potere dello Stato, e poiché «la conservazione dell'integrità dello Stato e dei valori di base dell'ordinamento è interesse di tutta la collettività», correlativamente «è obbligo di ogni soggetto, pubblico o privato, il rispettare la normativa sui segreti di Stato»<sup>57</sup>. In questo senso, il suo fondamento costituzionale andrebbe individuato nel dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54 Cost., quale unica possibile esplicazione del concetto di sicurezza interna dello Stato, dell'insieme di valori che connotano l'ordinamento come «Repubblica democratica fondata sul lavoro»<sup>58</sup>.

Altri rintracciano il fondamento costituzionale della tutela del segreto di Stato (e contestualmente dell'attività di informazione per la sicurezza) nel dovere di fedeltà alla Repubblica ed al suo ordinamento costituzionale, previsto dall'art. 54 Cost.<sup>59</sup>. In particolare, secondo questa impostazione, il principio di fedeltà ha come termine di riferimento la Repubblica democratica, in cui la sovranità spetta alla comunità nazionale, e per oggetto «il comportamento o la prestazione a cui il soggetto è obbligato, nelle forme previste dall'ordinamento, per la stabilità e l'interesse delle istituzioni stesse», e risulta rafforzato dal principio solidaristico, facendo assurgere tale qualificazione a regola

---

<sup>55</sup> P. CARETTI, *o ult. cit.*, 833. Secondo l'A., il primo sarebbe del tutto vietato costituzionalmente poiché in netto contrasto con i principi di sovranità popolare (art. 1, commi 1 e 2 Cost.) e di piena partecipazione della comunità alla delineazione e al perseguimento degli interessi generali del Paese (art. 3, comma 2, Cost.), come tra l'altro affermato anche dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 86/1977](#), laddove ricollega allo Stato-comunità e non al Governo ed ai partiti che lo sorreggono gli interessi sottesi alla tutela del segreto di Stato; mentre il secondo sarebbe meramente lecito ed in ogni caso rappresenterebbe «uno (e non certo il più significativo) dei mezzi per difendere e garantire quel complesso di valori cui si ispira l'ordinamento costituzionale, e come tale ad esso subordinato». Secondo una diversa prospettiva, la sicurezza interna corrisponderebbe all'esigenza di strettamente funzionale di garanzia delle istituzioni repubblicane, esigenza definita «immanente» nell'ordinamento costituzionale e pertanto priva di un espresso fondamento costituzionale (cfr. P. PISA, *Il segreto di Stato*, cit., 218).

<sup>56</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sui poteri e i limiti delle Commissioni parlamentari di inchiesta*, in *Il Politico*, Milano, 1970, 574 s. L'A. specifica anche che l'esigenza di proteggere con il vincolo della segretezza le notizie che potrebbero nuocere alla conservazione del sistema costituzionale nei suoi fondamenti essenziali va intesa in senso restrittivo poiché gli interessi politici in tal modo tutelati devono essere attinenti alla difesa dell'ordine costituzionale e non inerenti, invece, alle formazioni politiche dominati in un certo momento, poiché ad eventuali forze opposte non può precludersi la possibilità di contrastare gli attuali gestori del potere statale, considerando potenzialmente lesiva per la sicurezza interna dello Stato la loro attività di opposizione. In tal senso, secondo l'A., non può svincolarsi il segreto di Stato dai controlli della sua legittimità, poiché non può negarsi l'ipotesi che i soggetti depositari di notizie segrete seguano criteri arbitrari di determinazione o classificchino come segrete circostanze non attinenti alla sicurezza dello Stato (*ivi*, 575).

<sup>57</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *o ult. cit.*, 576.

<sup>58</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *o ult. cit.*, 576. Nel prosieguo l'A. precisa come, in sostanza, possa individuarsi un duplice fondamento costituzionale del segreto di Stato, ancora una volta negli articoli 52 (laddove si tratti del segreto militare, e dunque del profilo esterno della sicurezza dello Stato) e 54 Cost. (laddove si tratti, invece, del profilo interno e dunque del segreto politico), pur dovendosi riconoscere che il dovere di non rivelare notizie pregiudizievoli per la sicurezza esterna può in linea di principio ricondursi al dovere di fedeltà (*ivi*, 578). Secondo questa tesi, poiché il segreto di Stato è posto a tutela degli interessi della comunità organizzata, nelle materie coperte da segreto di Stato non vi sono riserve a favore di alcun organo o potere. Bisogna considerare che la distinzione fatta dall'A. tra segreto politico e segreto militare è stata in seguito superata dalla prima legge organica sui servizi di sicurezza e sulla disciplina del segreto di Stato, intervenuta con la legge n. 801/1977.

<sup>59</sup> Cfr. S. LABRIOLA, *Le informazioni*, cit., 45 ss.; ID., *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1031.



generalizzata di comportamento<sup>60</sup>. L'unico bene, alla cui tutela, pertanto, sarebbero preordinate sia l'attività di acquisizione e analisi delle notizie, sia quella di segretazione, è considerato la sicurezza dello Stato democratico e dei valori ritenuti formalmente equivalenti e la connessione di questo profilo con il principio solidaristico farebbe scaturire non solo l'obbligo per tutti i soggetti di astensione dal compimento di atti in pregiudizio dell'interesse alla sicurezza dello Stato democratico, ma altresì quello di «porre in essere e sostenere, sotto il profilo dell'effettività, i valori che ne sono il contenuto concreto»<sup>61</sup>. Le implicazioni dell'obbligo di fedeltà per il Governo, il cui compito è la prevenzione di ogni possibile pregiudizio per quei valori, consistono nel dovere di raccogliere le informazioni necessarie per il compimento di tale attività preventiva e nel predisporre, con i mezzi legittimi previsti dall'ordinamento, le misure adeguate a fronteggiare i pericoli concreti, nonché, analogamente, «garantire il divieto di notizia, ossia la tutela del segreto di Stato, se ciò sia utile e necessario a quei fini»<sup>62</sup>.

Vi è poi chi ravvisa il fondamento del segreto di Stato nel combinato disposto scaturente dagli articoli 52 e 54 Cost., vale a dire sia nel dovere di difesa della Patria che nel dovere di fedeltà alla Repubblica, poiché lo scopo sarebbe quello di garantire tanto la sicurezza esterna, quanto la sicurezza interna dello Stato, mentre non avrebbe alcuna legittimazione il segreto teso alla protezione di generici interessi politici<sup>63</sup>. E parrebbe, questa, essere l'ipotesi più convincente in quanto il riferimento all'art. 54 Cost. può orientare, in tale materia, quello al generale dovere di difesa della Patria, dandogli una specifica connotazione nel senso di ancorarlo a protezione dell'ordinamento costituzionale democratico delineato dalla Costituzione formale, nei suoi caratteri fondamentali – volendo esprimersi mutuando le parole di un'autorevole dottrina – di ordinamento «repubblicano, democratico, fondato sul lavoro, interventista, parlamentare, decentrato...»<sup>64</sup>, nel che si sostanzia la «Repubblica» a cui l'art. 54 impone di essere fedeli<sup>65</sup>. Senza contare che, in tal senso, si realizza quella «pretesa dell'ordinamento», espressa dal dovere in questione, «di conservarsi nell'identità dei suoi connotati essenziali», salvaguardando la «continuità dell'ordinamento costituzionale nell'identità dei suoi principi supremi»<sup>66</sup>.

Secondo altri, il collegamento tra i due principi consente ad entrambi di acquisire maggiore pregnanza e concretezza di significato: il dovere di fedeltà – inteso come «adesione ai supremi valori assunti come fini permanenti della Repubblica» – si concretizza «in un dovere di difesa dello Stato repubblicano e delle sue istituzioni fondamentali per garantire la possibilità di restare fedeli ai valori in esso rappresentati ed accettati», mentre il dovere di difesa, per il tramite del dovere di fedeltà, e quindi del riferimento «ai valori politici, economici e sociali, che di esso costituiscono il sostrato istituzionale», acquista rilievo anche sul fronte della difesa dagli attacchi all'ordinamento provenienti dall'interno<sup>67</sup>. La complementarietà dei due doveri potrebbe, ancora, cogliersi laddove si consideri che il dovere di fedeltà impone a tutti, soggetti istituzionali e non, un comportamento a cui ispirare le singole azioni così come la propria intera esistenza, ed il dovere di difesa traduce quello di fedeltà nel dovere di agire per la concreta difesa del Paese contro minacce provenienti da soggetti ostili: «la

<sup>60</sup> S. LABRIOLA, *Le informazioni*, cit., 46.

<sup>61</sup> S. LABRIOLA, *Le informazioni*, cit., 26 e 47.

<sup>62</sup> S. LABRIOLA, *Le informazioni*, cit., 47 s. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Considerazioni sui poteri*, cit., 576; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 233 ss.

<sup>63</sup> Cfr. P. BARILE, *Democrazia e segreto*, cit., 37. L'A. condivide espressamente l'opinione di A. Anzon in precedenza richiamata, circa la carenza di ogni legittimazione del segreto preordinato alla protezione di un generico interesse politico.

<sup>64</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed., Milano, 2010, 193 ss.

<sup>65</sup> Cfr. L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, 39 ss.; ID., *Commento all'art. 54 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 56 ss., ora anche in ID., *Frammenti costituzionali e disordine politico*, Torino, 2015, 95 ss.

<sup>66</sup> A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, citt. rispettivamente 193 s. e 191 (corsivi testuali).

<sup>67</sup> G. COCCO, *I servizi di informazione e di sicurezza nell'ordinamento italiano*, I, Padova, 1980, 45 ss., in particolare 45, 50 e 51 per le citazioni. L'A., tuttavia, fa riferimento esclusivamente all'attività di informazione e sicurezza, ma non all'attività di segretazione (*ivi*, 41), diversamente dal Labriola che individua nella fedeltà alla Repubblica il referente costituzionale comune di entrambe le attività.

difesa è la frontiera più avanzata della fedeltà, forse quella più evidente e dotata di una forza evocatrice di situazioni drammatiche nelle quali i contegni individuali, collettivi ed istituzionali diventano univoci, necessitati e spesso pericolosi sino alle estreme conseguenze, la fedeltà ne costituisce il presupposto, in termini tanto soggettivi e psicologici, quanto oggettivi e giuridici»<sup>68</sup>. In tale prospettiva, quanto risulta necessario per realizzare la difesa della Repubblica democratica, nel rispetto del principio di proporzionalità tra mezzi e fini, si profilerebbe come costituzionalmente doveroso ed il segreto di Stato potrebbe essere uno dei tanti strumenti per realizzarla, anche se viene rilevato come spesso, pure in conseguenza dei peculiari precedenti storici che hanno interessato il nostro Paese, si è temuto un suo uso distorto ed illegale da parte del Governo, piegato a fini di mero interesse politico di maggioranza<sup>69</sup>.

Nell'ottica dell'unificazione di tali dottrine si pone chi ritiene che l'obiettivo comune tanto del valore della difesa quanto del valore della fedeltà sia la garanzia della sicurezza della Repubblica, intesa quale «esigenza imprescindibile di mantenimento delle condizioni essenziali per l'unità politica di un popolo», sintetizzabile con l'espressione «sicurezza politica», ed avente quindi ad oggetto la difesa dell'insieme dei valori costituzionali comuni che danno contenuto all'unità politica<sup>70</sup>. In tale prospettiva, il segreto di Stato potrebbe essere adoperato, ma in ogni caso soltanto in funzione strumentale della tutela della sicurezza della Repubblica contro eventuali minacce, sempre quale mezzo al fine, laddove possa essere utile ad impedire la propalazione di informazioni potenzialmente pericolose<sup>71</sup>.

Vi è anche chi, in dottrina, propone una lettura coordinata di alcuni articoli della Costituzione, lettura dalla quale emergerebbe il principio della *salus rei publicae*, relativo al mantenimento in vita della comunità, come principio centrale della Costituzione ed in assoluto non negoziabile, sicché «in tanto in quanto è funzionale a mantenere in vita la comunità politica, il collegamento del segreto con la Costituzione è indissolubile»<sup>72</sup>. Oltre all'art. 52 Cost., vengono richiamati gli articoli 5, 126 e 139 della Costituzione. In particolare, il principio di indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost., consentirebbe di rinvenire un fondamento costituzionale a tutte le attività strumentali al perseguimento di tale obiettivo, comprese quelle di apposizione o conferma dell'opposizione del segreto, mentre l'art. 126, peraltro, conferirebbe un fondamento costituzionale al valore della sicurezza della Repubblica nel prevedere la possibilità di scioglimento dei Consigli regionali e di rimozione dei Presidenti di Regione «*per ragioni di sicurezza nazionale*»<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> G. SCANDONE, *I presupposti di costituzionalità del segreto di Stato*, in C. MOSCA – S. GAMBACURTA – G. SCANDONE – M. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato* (l. 3 agosto 2007, n. 124), Milano, 2008, 457.

<sup>69</sup> Cfr. G. SCANDONE, *I presupposti di costituzionalità del segreto di Stato*, cit., 457 s.

<sup>70</sup> A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 22 s., 12 e 13 per le citazioni. L'A. individua nell'integrità della Repubblica il valore protetto dal punto di vista della sicurezza esterna, e nella difesa della Repubblica da fatti eversivi dell'ordine costituzionale, inteso come insieme di valori fondanti, l'obiettivo della difesa della sicurezza interna (*ivi*, 13).

<sup>71</sup> Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 13 e 23. L'A., ricollegandosi al dibattito dottrinale relativo all'individuazione del criterio in base al quale predicare la qualifica di segretezza di determinate notizie o fatti – dibattito che vede fondamentalmente contrapposti i fautori del criterio soggettivo (o della volontà) e quelli del criterio oggettivo (o dell'interesse protetto) –, precisa come la sicurezza della Repubblica possa essere considerata un concetto non oggettivo, ma «oggettivizzabile», e come, tuttavia, sia ineliminabile un certo elemento di soggettività, nel senso che, in ogni caso, il fatto o l'atto da segretare sono sempre qualificati da un soggetto, che in tal modo mette in luce la relazione funzionale esistente tra i termini (sicurezza-fine e segreto-mezzo). Sicché, pur essendoci un preponderante elemento oggettivo rappresentato dall'interesse alla sicurezza, sia interna che esterna, della Repubblica, questo non elimina completamente l'aspetto soggettivo, e tale relazione viene esplicitata con l'apposizione o con la conferma dell'opposizione del segreto. È, poi, la presenza di questo elemento funzionale e strumentale a ridurre la «politicalità» (e la discrezionalità) dell'atto di apposizione o di conferma, che può in tal modo essere soggetto a controlli di ragionevolezza (*ivi*, 14 s.).

<sup>72</sup> M. LUCIANI, *Il segreto di Stato nell'ordinamento nazionale*, cit., 13.

<sup>73</sup> Cfr. M. LUCIANI, *o ult. cit.*, 11 s.

Tra le tante opinioni sul punto va, altresì, ricordata quella tendente ad individuare il fondamento del segreto di Stato, sia “interno” che “esterno”, nel riferimento alla tutela della «sicurezza dello Stato» contenuto nell’art. 117, comma 2, lett. d), Cost.<sup>74</sup>.

### 3. Fondamento del segreto di Stato secondo la giurisprudenza costituzionale

Anche la giurisprudenza della Corte si è occupata di identificare il fondamento costituzionale della massima espressione di “pubblico segreto”, operazione propedeutica alla successiva attività di bilanciamento tra gli interessi che sottendono alla sua tutela e gli altri principi costituzionalmente protetti con i quali essi, e dunque il segreto di Stato, possono talvolta trovarsi in conflitto. Ed anzi, a parere di molti, è proprio dalle pronunce della Corte costituzionale che ha in seguito tratto spunto il legislatore nella predisposizione della prima disciplina organica della materia del segreto.

Il fulcro di tutta la successiva giurisprudenza – per la verità non copiosissima – sul tema è sicuramente rappresentato dalla [sentenza n. 86 del 1977](#)<sup>75</sup>, le cui massime sono costantemente richiamate anche nelle più recenti pronunce<sup>76</sup>. In essa la Corte costituzionale ha, da un lato, individuato gli interessi costituzionali superiori che, a suo avviso, rappresentano il fondamento e la giustificazione del principio di segretezza e, dall’altro, fornito una prima risposta sia al problema riguardante la competenza a stabilire in via definitiva quando il segreto sia necessario, sia a quello inerente alle possibilità di controllo sulle determinazioni delle autorità competenti. Richiamando una propria precedente sentenza in materia, la [n. 82 del 1976](#), il giudice costituzionale ha ricondotto il fondamento del segreto di Stato all’art. 52 Cost., e dunque al concetto di “difesa della Patria”, nonché a quello di “sicurezza dello Stato”, e dunque a interessi che, come rileva la Corte, sono ritenuti preminenti in qualsiasi ordinamento statale, riconoscendo, pertanto, che il segreto «assiste le notizie concernenti “la forza, la preparazione o la difesa militare dello Stato”» e riguarda perciò «il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l’interesse dello Stato-

---

<sup>74</sup> Cfr. A. PACE, *L’apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giur. cost.*, 5/2008, 4046 s. L’A. condivide le critiche mosse da taluna dottrina alle tesi che individuano nell’art. 54 Cost. il fondamento del segreto di Stato, in quanto l’obbligo di fedeltà non “fonderebbe” il segreto, ma tutt’al più nel presupporrebbe l’esistenza. Considera, insufficiente, sebbene non del tutto infondato, il riferimento all’art. 52 Cost., poiché le esigenze sottese ai segreti di Stato potrebbero anche non avere carattere strettamente militare (*ivi*, 4047, nota 21).

<sup>75</sup> La [sentenza n. 86/1977](#), così come il suo immediato precedente in tema di segreto militare, vale a dire la [sent. n. 82/1976](#), rappresentano le uniche due pronunce sul tema del segreto di Stato scaturenti da questioni di legittimità costituzionale sorte in via incidentale, sulla normativa precedente alle riforme organiche della materia intervenute con le leggi n. 801/1977 e n. 124/2007, laddove invece tutti i più recenti arresti sul tema ([sentenze nn. 110 e 410/1998](#); [sent. n. 487/2000](#); [ord. n. 404/2005](#); [sent. n. 106/2009](#); [sent. n. 40/2012](#); [sent. n. 24/2014](#)) costituiscono soluzioni ad altrettanti conflitti di attribuzione insorti tra Presidente del Consiglio ed organi giudiziari circa il corretto esercizio delle competenze a ciascuno spettanti. In particolare, con la [sent. n. 86/1977](#) la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del codice di procedura penale allora vigente, segnatamente le disposizioni 342 e 352 c. , che disciplinavano il segreto politico-militare e stabilivano il divieto per i giudici di sottoporre ad interrogatorio i pubblici ufficiali relativamente a notizie o fatti coperti da segreto politico-militare, imponendo ai magistrati che avessero ritenuto infondata l’eccezione del segreto di Stato di informarne il Procuratore generale della Corte d’Appello, il quale, a sua volta, avrebbe dovuto informare il Ministro della Giustizia, nella veste di autorità preposta a consentire l’eventuale utilizzo delle informazioni sulle quali fosse stato invocato il segreto. Esattamente tale previsione è stata colpita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale *in parte qua*, e la pronuncia sostitutiva della Corte ha, da allora, attribuito al Presidente del Consiglio l’unica ed ultima parola in merito alla conferma o meno del segreto, trattandosi di decisioni attinenti all’integrità e all’essenza democratica stessa dello Stato, che devono pertanto spettare all’organo preposto a dirigere la politica generale del Governo ed a garantire, quindi, il supremo interesse alla difesa e alla sicurezza nazionale.

<sup>76</sup> Anche se è stato, tuttavia, sostenuto che nella [sentenza n. 106/2009](#) si faccia un richiamo incompleto ed imparziale di taluni principi della [sent. n. 86/1977](#), che estraniati dal contesto dei fatti criminosi che diedero origine alla questione di legittimità potrebbero costituire un assemblaggio di «*patchworks* argomentativi» che rischiano di condurre a risultati molto diversi (in tal senso V. FANCHIOTTI, *Stato di diritto e ragion di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta*, in *Questione giustizia*, 3/2009, 13; ID., *Il gusto (amaro) del segreto*, in *Giur. cost.*, 2/2009, 1039).

comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza ed al limite alla sua stessa sopravvivenza»<sup>77</sup>. Nell'articolazione delle proprie motivazioni, il giudice delle leggi ha riconnesso l'esigenza di tutela della sicurezza non solo all'art. 52 Cost., ma anche ad ulteriori principi costituzionali, come quello di unità ed indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost., e quello che riassume i caratteri essenziali dello Stato nell'espressione "Repubblica democratica", contenuta nell'art. 1 Cost., richiamando altresì l'art. 87 Cost. (che prevede il Consiglio supremo di difesa, il quale, pur nel silenzio della norma, ha senz'altro compiti attinenti alla difesa militare e pertanto alla sicurezza dello Stato) e l'art. 126 Cost. (che fa riferimento alla sicurezza nazionale). Si tratta, dunque, di un fondamento costituzionale «composito»<sup>78</sup>, che combina le esigenze di difesa militare dello Stato e quelle connesse alla sicurezza nazionale, la quale, sul piano interno, deve intendersi come tutela contro azioni violente, eversive dell'ordine democratico delle istituzioni repubblicane.

La vicenda processuale dalla quale, all'epoca, era scaturita la questione di legittimità costituzionale, in effetti, riguardava l'accertamento penale relativo proprio alla commissione di un reato di eversione dell'ordine costituzionale<sup>79</sup>. Ed è appunto in relazione a tale contesto che la Corte inevitabilmente si è soffermata a ribadire come la sicurezza, sia interna che esterna, dello Stato costituisca un «interesse essenziale ed insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro». A difesa degli interessi istituzionali di ogni collettività organizzata a Stato può, ad avviso del giudice delle leggi, trovare legittimazione anche il segreto, nel rispetto, però, di un rigoroso e ragionevole rapporto di proporzionalità "mezzo" (segreto)/"fine" (garanzia della sicurezza dello Stato), da individuarsi in ogni caso concreto, di modo che non se ne abusi allo scopo di impedire l'accertamento di possibili fatti eversivi dell'ordine costituzionale<sup>80</sup>. E se, da un lato, la Corte ha affermato come la natura di tali interessi istituzionali sia tale da escludere che possano ricondursi a quelli propri dell'indirizzo politico del Governo e dei partiti di maggioranza, ma siano, invece, propri dello Stato-comunità, nella sua connotazione di ordinamento costituzionale democratico, e che rappresenta, quindi, il soggetto al quale va imputato il valore della sicurezza interna ed esterna, dall'altro, ha attribuito in via esclusiva al Presidente del Consiglio il compito di valutare in via definitiva quando il segreto sia indispensabile per la salvaguardia di tali supremi ed imprescindibili interessi dello Stato. L'individuazione dei fatti, degli atti, delle notizie, etc., suscettibili di pregiudicare la sicurezza dello Stato integra senz'altro un'attività discrezionale; ma, sostiene la Corte, si tratta «di una discrezionalità che supera l'ambito ed i limiti di una discrezionalità puramente amministrativa, in quanto tocca la *salus rei publicae* ed è, quindi, intimamente legata all'accertamento di questi interessi ed alla valutazione dei mezzi che ne evitano la compromissione o ne assicurano la salvaguardia», e non può che essere affidata all'organo che, ai sensi dell'art. 95 Cost., "dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile" ed al quale è, dunque, riconducibile la gestione di tutto quanto attiene ai supremi interessi dello Stato. Il presidente del Consiglio viene, quindi, configurato come il *dominus* del segreto di Stato<sup>81</sup>, ed in seguito alla [sent. n. 86/1977](#) ciò verrà positivamente sancito dalla legge n. 801/1977 (art. 1, co. 2) ed ulteriormente ribadito dalla legge n. 124/2007 [art. 1, co. 1, lettere b) e c)].

---

<sup>77</sup> Massime contenute in Corte cost., [sent. n. 82/1976](#), punto 5 cons. in dir., richiamate nella sent. 86/1977 ed in tutte le successive pronunce costituzionali in tema di segreto.

<sup>78</sup> In questi termini T.F. GIUPPONI, *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 8.

<sup>79</sup> Si tratta del c.d. caso Sogno, noto anche come "golpe bianco", la cui ideazione venne imputata ad Edgardo Sogno, con la finalità di mutare la Costituzione dello Stato e la forma di Governo in senso presidenzialista, "con mezzi non consentiti dall'ordinamento costituzionale".

<sup>80</sup> La Corte sollecita il legislatore a definire in via legislativa ed in modo chiaro l'oggetto della tutela del segreto, sottolineando, in tal modo, il valore del principio di legalità in materia di segreto affinché non si lasci la discrezionalità del governo priva di una cornice entro la quale operare, ma siano normativamente predeterminate le fattispecie di segreto (cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., 4047; A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 30 s.).

<sup>81</sup> Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 32. Il Labriola definisce invece il Presidente del Consiglio come «ministro del segreto di Stato»: S. LABRIOLA, voce *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 1035. Di «"padrone" del segreto» parla invece A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Dir. pubbl. com eur.*, 3/2012, 1006.



Nelle più recenti sentenze – la [n. 106 del 2009](#), la [n. 40 del 2012](#), la [n. 24 del 2014](#)<sup>82</sup> – la Corte costituzionale ha ribadito la perdurante attualità dei principi delineati nel [proprio precedente del 1977](#) in relazione all'individuazione del fondamento costituzionale del segreto di Stato, precisando come esso sia da rinvenire non soltanto in riferimento all'art. 52 Cost., ma al «più ampio complesso normativo» tracciato, altresì, dagli artt. 1 e 5 Cost., recanti gli elementi essenziali dell'assetto democratico dello Stato-comunità, e dunque i supremi interessi alla sua integrità, indipendenza e sicurezza<sup>83</sup>. Il giudice delle leggi ha rilevato come tali principi si presentino «all'evidenza non cedevoli né manipolabili alla luce dei possibili mutamenti indotti dal passare del tempo»<sup>84</sup>, e siano stati, difatti, recepiti dal legislatore nella normativa del 1977 ed in quella successiva del 2007.

#### 4. Segue: conseguenze processuali dell'opposizione del segreto di Stato

La [sentenza del 1977](#) si sofferma, altresì, su un altro aspetto della questione, che si riaffaccerà spesso anche nelle successive questioni affrontate dalla Corte sul tema, vale a dire quello del conflitto fra le ragioni della giustizia e dell'accertamento della verità in sede giurisdizionale e l'interesse alla salvaguardia della sicurezza, nonché sui rapporti di quest'ultimo con altri interessi e principi, anch'essi di rilievo costituzionale. Considera la Corte che «la sicurezza dello Stato costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca la esistenza stessa dello Stato, un aspetto del quale è la giurisdizione»<sup>85</sup>. Viene pertanto messo in luce come il giudizio sui mezzi idonei ed indispensabili ai fini della garanzia della sicurezza dello Stato abbia carattere eminentemente politico, ragion per cui esso risulta «connaturale agli organi ed alle autorità politiche preposte alla sua tutela», mentre non può dirsi consono all'attività svolta dal giudice. Sicché il segreto di Stato costituirebbe uno sbarramento all'attività giurisdizionale, seppure, come puntualizzato nella [sent. n. 106/2009](#), «solo e nei limiti dell'atto o del documento cui il segreto accede ed a partire dal momento in cui l'esistenza del segreto ha formato oggetto di comunicazione all'Autorità giudiziaria procedente».

Le conseguenze processuali dell'opposizione e della conferma del segreto di Stato sono state affrontate in una serie di sentenze che costituiscono ulteriori passaggi nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul segreto di Stato, emesse all'esito di alcuni conflitti di attribuzione insorti tra il Governo e la Procura della Repubblica di Bologna in ordine alla contestata acquisizione, da parte di quest'ultima, nel corso di un'indagine coinvolgente l'attività dell'allora SISDE, di taluni documenti coperti da segreto di Stato. Si tratta delle [sentenze n. 110 del 1998](#), [n. 410 del 1998](#) e [n. 487 del 2000](#). In esse la Corte richiama espressamente le massime affermate nella [pronuncia del 1977](#) e, in più, si sofferma specificamente sui principi che devono ispirare l'equilibrio dei rapporti tra potere esecutivo ed autorità giudiziaria. In particolare, la Corte ha chiarito che l'opposizione del segreto di Stato non ha l'effetto di inibire le indagini sul fatto di reato oggetto della *notitia criminis* di cui si occupa il pubblico ministero, impedendo di fatto l'eventuale esercizio dell'azione penale, ma ha piuttosto l'effetto di precludere all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzo dei possibili elementi di prova coperti da segreto.

---

<sup>82</sup> Le [sentenze n. 106/2009](#) e [n. 24/2014](#), com'è noto, si inseriscono nell'annosa vicenda giudiziaria scaturita dal rapimento dell'imam di Milano Abu Omar, avvenuto nel 2003 ad opera di alcuni agenti della CIA, con il sospetto concorso dei servizi segreti italiani, nel contesto del programma americano di *extraordinary renditions*; la sentenza n. 40/2012, invece, risolve un conflitto di attribuzione sorto tra Governo ed Autorità giudiziaria in relazione ad un procedimento – nato nell'ambito della più ampia caso Abu Omar – nei confronti dell'ex direttore del SISMI, Niccolò Pollari, e di un consulente del medesimo servizio, Pio Pompa, imputati con l'accusa di peculato, di violazione della corrispondenza e di possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio per una vicenda di “dossieraggio” illegale ai danni di diverse figure pubbliche.

<sup>83</sup> Cfr. Corte costituzionale, [sent. n. 106/2009](#), punto 3 cons. in dir.; [sent. n. 40/2012](#), punto 5 cons. in dir.; sent. n. 24/2014, punto 5 cons. in dir.

<sup>84</sup> Cfr. Corte costituzionale, [sent. n. 106/2009](#), punto 4 cons. in dir.; nello stesso senso la [sent. n. 40/2012](#), punto 5 cons. in dir.

<sup>85</sup> Corte costituzionale, [sent. n. 86/1977](#), punto 8 cons. in dir.

A fronte della prospettata difesa erariale, che riteneva fosse assolutamente precluso al pubblico ministero, una volta preso atto della conferma dell'opposizione del segreto di Stato, di compiere ulteriori atti di indagine diretti ad acquisire per altre vie elementi utili all'esercizio dell'azione penale sui fatti incisi dal segreto, la Corte ha affermato che i rapporti tra potere esecutivo e giudiziario devono essere improntati al principio di legalità, e la previsione normativa stabiliva un'ipotesi di improcedibilità che doveva essere dichiarata dal giudice nel caso in cui ritenesse di non poter definire il processo in mancanza degli elementi essenziali di conoscenza sui quali fosse stato opposto e confermato il segreto<sup>86</sup>. Ma questo, ha puntualizzato la Corte, non preclude all'autorità inquirente di reperire *aliunde* elementi indizianti del tutto autonomi dagli atti e dai documenti secretati, poiché il divieto imposto riguarda soltanto «l'utilizzazione degli atti e documenti coperti da segreto sia in via diretta, ai fini di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, in quanto le eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine»<sup>87</sup>. Se così non fosse, e si ritenessero in assoluto precluse all'autorità giudiziaria ulteriori indagini, si produrrebbe un'alterazione nell'equilibrio dei rapporti tra i poteri coinvolti, rapporti che devono essere improntati non solo al principio di legalità, ma anche a correttezza e lealtà, nonché all'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti<sup>88</sup>. Dal punto di vista pratico, tuttavia, può porsi il problema di determinare concretamente se gli elementi indizianti siano stati acquisiti in via autonoma o se, anche in maniera indiretta, scaturiscano invece da quelli secretati. Ed è evidente, come rileva la dottrina<sup>89</sup>, che possono esistere situazioni-limite, per le quali la valutazione di tale autonomia può essere problematica, e consentendo al pubblico ministero di portare avanti le indagini, al fine del reperimento di eventuali elementi indizianti autonomi, non si permette all'autorità giudiziaria di valutare a che punto occorre arrestarsi e far prevalere il supremo interesse alla sicurezza tutelato per il tramite del segreto<sup>90</sup>. Tra l'altro, non può tacersi neppure la difficoltà pratica di tali ulteriori indagini tese alla ricerca di mezzi di prova alternativi, che sembrerebbero configurare il tentativo di una sorta di *probatio diabolica*<sup>91</sup>, e qualche perplessità può scorgersi, quindi, circa l'effettiva utilità, ai fini del procedimento, dell'ulteriore attività investigativa condotta, non potendo in ogni caso essere utilizzati elementi in qualche modo collegati con i fatti oggetto del segreto. Difatti, la Corte costituzionale, in un passaggio della [sent. n. 106/2009](#), ha escluso che l'autorità giudiziaria possa acquisire ed adoperare, a fondamento delle proprie determinazioni,

<sup>86</sup> La normativa dell'epoca era contenuta nell'art. 15 della legge n. 801/1977, nonché negli artt. 202 e 256 del Codice di procedura penale riformato nel 1988.

<sup>87</sup> Corte cost., [sent. n. 110/1998](#), punto 7 cons. in dir.

<sup>88</sup> Nella di poco successiva sentenza n. 410/1998 la Corte ha risolto un ulteriore conflitto di attribuzione, insorto sempre tra il Presidente del Consiglio ed il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, in conseguenza di una reiterata richiesta di rinvio a giudizio da parte di quest'ultimo, non fondata su elementi indizianti diversi da quelli derivanti dagli atti e documenti secretati, e già dichiarati illegittimamente acquisiti dalla stessa Corte costituzionale nella [sent. n. 110/1998](#), alla quale viene fatto esplicito richiamo al fine di ribadire i confini delle attribuzioni costituzionali dei due poteri dello Stato. Nella [sent. n. 487/2000](#), invece, vengono annullati la richiesta di archiviazione presentata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna al competente giudice per le indagini preliminari, impugnata dal Governo in quanto corredata da documenti che, ai sensi delle precedenti sentenze del 1998, non avrebbe potuto né acquisire, né utilizzare, ma che avrebbe dovuto restituire all'autorità responsabile della tutela del segreto di Stato, nonché il decreto del g.i. che disponeva l'udienza in camera di consiglio, poiché, in relazione alla assenza di valore processuale dei documenti, accertata con le sentenze del 1998, essi dovevano essere espunti dal fascicolo processuale e pertanto la Corte ne ha dichiarato l'inutilizzabilità anche ai fini dei provvedimenti consequenziali alle richieste di archiviazione e di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, inoltrate dal pubblico ministero.

<sup>89</sup> Cfr. G. ARCONZO – I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza della Corte*, cit., 11 e relative ipotesi; G. DI CHIARA, *La conferma del segreto non blocca le indagini, ma la fonte segretata rimane inacquisibile*, in *Dir. pen e proc.*, 1998, 983 ss.

<sup>90</sup> Cfr. G. ARCONZO – I. PELLIZZONE, *o ult. cit.*, 11. Sull'assenza di soluzioni, nelle sentenze costituzionali citate, relativamente alla delineazione più netta dei poteri del giudice, cfr. T.F. GIUPPONI, *Ancora un conflitto in materia di segreto di Stato: i magistrati di Bologna "impugnano" e il parametro costituzionale "scivola"*, in *Giur. it.*, 2001, II, 1219 s.

<sup>91</sup> Come la definisce A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 39, mentre T. F. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e "parte" in tema di segreto di Stato. Le sentenze nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.*, 2/1999, 1231 parla di «un'ipotesi molto astratta».



elementi conoscitivi, pur *aliunde* reperiti, se e nella parte in cui investano, direttamente o indirettamente, l'oggetto del segreto<sup>92</sup>.

Nell'analizzare il rapporto tra l'interesse alla difesa dello Stato ed altri interessi di rilievo costituzionale, nella [sentenza n. 40 del 2012](#) la Corte afferma espressamente che, rispetto al valore della sicurezza, «altri valori – pure di rango costituzionale primario – sono “fisiologicamente” destinati a rimanere recessivi», e la funzionalizzazione del segreto alla tutela della *salus rei publicae* rende ragione del fatto che esso possa talvolta rappresentare uno “sbarramento” alla funzione giurisdizionale, tesa all'accertamento delle responsabilità individuali per fatti previsti come reato<sup>93</sup>. In particolare, nella sentenza viene affrontata la questione dell'interferenza con un ulteriore valore costituzionale primario, che costituisce un diritto fondamentale dell'uomo, vale a dire il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Il dilemma che concretamente potrebbe porsi è se l'imputato possa rivelare all'Autorità giudiziaria circostanze coperte da segreto al fine di evitare una condanna ingiusta, esercitando il suo diritto di difesa, compromettendo però in tal modo la sicurezza dello Stato, oppure non rispondere, rinunciando in tal modo al diritto di difendersi<sup>94</sup>.

La Corte fa rilevare la differenza tra la normativa vigente prima della riforma del 2007 e le previsioni successive. Fino al varo dell'art. 41 della legge n. 124/2007, difatti, all'imputato veniva riconosciuta la più ampia libertà di articolare la propria difesa, potendo egli rendere tutte le dichiarazioni necessarie a provare la propria innocenza, anche se implicanti la rivelazione di informazioni segrete, senza incorrere nel reato di cui all'art. 261 c.p. (*Rivelazione di segreti di Stato*) poiché la sua condotta sarebbe stata scriminata, sulla base dell'art. 51 c.p., dall'esercizio del diritto di difesa. La normativa del 2007 ha, però, innovato le disposizioni e, sebbene l'art. 202 c.p.p. continui a riferire esclusivamente al testimone il divieto di rendere dichiarazioni su fatti coperti dal segreto e l'ipotesi di chiusura del processo eventualmente connessa<sup>95</sup>, è stata aggiunta la previsione del citato art. 41. Esso stabilisce che «ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati ed agli incaricati di pubblico servizio è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti da segreto»<sup>96</sup>. La disposizione, pur in assenza di espliciti riferimenti letterali, viene intesa dalla Consulta come riferita anche all'imputato ed

---

<sup>92</sup> [Sent. n. 106/2009](#), punto 10 cons. in dir., in riferimento all'utilizzabilità processuale del contenuto delle intercettazioni telefoniche disposte dagli inquirenti sulle utenze dell'allora SISMI. Sul punto cfr., altresì, G. ARCONZO – I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza della Corte*, cit., 12. Ad ogni modo, i principi enunciati dalla Corte risultano ora ribaditi nel nuovo testo dell'art. 202 c. , novellato dall'art. 40 della legge n. 124/2007, ed in quello dell'art. 41 della medesima legge, che, con analoga formulazione, affermano che «l'opposizione del segreto di Stato, confermata con atto motivato del Presidente del Consiglio dei Ministri, inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte da segreto (comma 5)» e che «non è, in ogni caso precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base ad elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti da segreto» (comma 6).

<sup>93</sup> Cfr. [sentenza n. 40/2012](#), punto 5 cons. in dir.

<sup>94</sup> Cfr. T. SCOVAZZI, *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili della segretezza delle relazioni tra servizi informativi italiani e stranieri?*, in *Riv. dir. internaz.*, 4/2009, 968 sottolinea come potrebbe accadere che un imputato possa risultare innocente poiché un importante documento o testimonianza a suo carico non sia acquisibile agli atti, ed in tal caso il segreto di Stato porterebbe all'impunità di chi se ne avvantaggia, mentre, per converso, potrebbe accadere il contrario ed un imputato risultare colpevole per via della mancata acquisizione di un elemento istruttorio a suo discarico.

<sup>95</sup> L'art. 202 c. , come modificato dall'art. 40 della legge n. 124/2007 prevede che espressamente che «I pubblici ufficiali i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato». In caso di opposizione del segreto, l'autorità giudiziaria deve informare il Presidente del Consiglio ai fine dell'eventuale conferma, e «laddove il segreto sia confermato e per la definizione del processo risulti essenziale la conoscenza di quanto coperto dal segreto di Stato, il giudice dichiara non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato».

<sup>96</sup> La norma procede, poi, prevedendo che, in ogni stato e grado del procedimento penale, laddove sia stato opposto il segreto di Stato, «l'autorità giudiziaria nel informa il Presidente del Consiglio, nella sua qualità di Autorità nazionale per la sicurezza, per le eventuali deliberazioni di sua competenza» (comma 1) e, ricalcando in parte le previsioni del novellato art. 202 c. , stabilisce che, nel caso di opposizione del segreto di Stato, l'Autorità giudiziaria dovrà chiederne conferma al Presidente del Consiglio soltanto nel caso in cui ritenga «essenziale» per la definizione del processo, l'apprensione di quanto coperto da segreto.

all'indagato<sup>97</sup>, i quali devono quindi opporre il segreto di Stato ed essere, però, al tempo stesso sottratti al rischio di ingiusta condanna – attraverso la previsione della dichiarazione di non doversi procedere, previo vaglio di “essenzialità”, ai fini del processo, delle informazioni segretate, rimesso all'autorità giudiziaria – per non aver potuto utilizzare elementi indispensabili per la loro difesa<sup>98</sup>.

La Corte fa rilevare, quindi, come il legislatore abbia in tal modo dato esplicita prevalenza all'esigenza di «autoconservazione dello Stato» e della sicurezza rispetto al diritto inviolabile di difesa. E da ultimo – [sent. n. 24/2014](#) – ha ribadito che non si può scorgere in tale prevalenza «alcuna antinomia con i concorrenti principi costituzionali, proprio perché un tale esito [...] non è altro che il portato della già evidenziata preminenza dell'interesse della sicurezza nazionale [...] rispetto alle esigenze dell'accertamento giurisdizionale»<sup>99</sup>.

### 5. Segue: definizione dei limiti all'opposizione del segreto di Stato

Nella sentenza del 1977 la Corte si sofferma altresì sull'individuazione di taluni limiti all'apposizione del segreto di Stato, così da circoscrivere, in termini democratici, i poteri del *dominus* di tale strumento ed evitare possibili arbitrii ed ogni eventuale abuso o uso improprio dello stesso. L'autorità competente, pertanto, non può risultare totalmente irresponsabile. A tal proposito, con una statuizione additiva, la Corte ha imposto l'obbligo per il Presidente del Consiglio, in seguito ad una richiesta di conferma dell'opposizione del segreto di Stato, di fornire, entro un termine ragionevole, una risposta fondata sulle “ragioni essenziali” del provvedimento che decide in via definitiva sul mantenimento del segreto. Il controllo esercitabile sulla responsabilità del Governo spetta al Parlamento, a cui il primo è legato dal rapporto fiduciario, poiché è davanti alla rappresentanza del popolo che devono essere vagliate nel merito le più alte e più gravi decisioni dell'esecutivo – quali sono, per l'appunto, quelle sul segreto di Stato – ed in cui esso deve dar conto del proprio operato. Si tratta, pertanto, di un controllo politico, suscettibile di sfociare anche nell'estrema “sanzione” della sfiducia al Governo<sup>100</sup>.

L'esplicazione delle “ragioni essenziali” che hanno indotto la valutazione del Presidente del Consiglio sui mezzi idonei e necessari per garantire la sicurezza dello Stato, come il segreto, serve, a parere della Corte, a chiarire quella che, come in precedenza accennato, costituisce una valutazione ampiamente discrezionale, che supera l'ambito di una discrezionalità puramente amministrativa in quanto è attinente all'ambito supremo della *salus rei publicae*. E tale chiarimento è principalmente destinato al compimento del sindacato “politico” da parte del Parlamento sul merito di tali “alte e

---

<sup>97</sup> Sulla portata generale del vincolo del riserbo di cui all'art. 41, l. n. 124/2007 cfr. la [sentenza n. 40/2012](#), punti 6.1 e 6.4 cons. in dir. e, già in precedenza, la [sent. n. 106/2009](#), punto 11 cons. in dir.

<sup>98</sup> In dottrina vi è chi criticamente ritiene, già dal breve inciso della [sent. 106/2009](#) – punto 11 cons. in dir. –, che la Corte costituzionale, in tema di diritto di difesa e segreto di Stato abbia elargito gratuitamente «un'interpretazione “additiva” del tutto inedita e quanto meno discutibile e frettolosa, dell'ambito applicativo dell'art. 41, comma 1, legge n. 124/2007»: V. FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*, cit., 1034. L'inclusione degli imputati e degli indagati nel novero dei destinatari dell'obbligo di non rivelare i segreti è, pertanto, definita del tutto inopinata ed arbitraria: ID., *Stato di diritto e ragion di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta*, in *Questione giustizia*, 3/2009, 10 s.

<sup>99</sup> Si tratta di un tema che ha destato numerose critiche in dottrina, in relazione all'interpretazione che ne è stata fatta dalla Corte costituzionale, ma il cui approfondimento richiederebbe inevitabilmente spazi ben più ampi e specifici, rispetto a quelli del presente lavoro, in cui ci si è pertanto limitati soltanto ad alcuni cenni. Sul punto, *ex multis*, v. M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto (dell'imputato) sull'accusa di attività “deviata” dei servizi segreti*, in *Cass. pen.*, 10/2012, 3275 ss.; A. PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto e sull'inesistenza dei “fatti eversivi” come autonoma fattispecie di reato*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 1 ss. (ed ora anche in *Giur. cost.*, 1/2012, 526 ss.); G. SICA, *Il segreto di Stato e l'imputato nel processo penale. Commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2012*, in [www.federalismi.it](#), 17/2012; A. CERRUTI, *Delle condizioni soggettive dell'opposizione del segreto di Stato: vecchi problemi, nuovi bilanciamenti, medesimi limiti*, in *Giur. it.*, 1/2013, 35 ss.; A. MASARACCHIA, *Diritto alla prova dell'imputato e segreto di Stato: corsi e ricorsi storici di una questione definitivamente chiarita*, in *Giur. cost.*, 3/2007, 2343 ss.

<sup>100</sup> La sentenza del 1977 fa riferimento anche alla possibile messa in stato di accusa dei componenti dell'esecutivo, ora com'è noto non più prevista in seguito alla riforma del 1989.

gravi” decisioni, mentre la Corte ha sottolineato come debba escludersi «qualsiasi sindacato giurisdizionale non solo sull’*an*, ma anche sul *quomodo* del potere di segretazione»<sup>101</sup>, poiché, data la loro natura politica, non si tratta di valutazioni che possano competere all’autorità giudiziaria, la quale, d’altra parte, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale a cui si è fatto cenno, può proseguire il procedimento penale se sussistono ulteriori utili elementi di prova, non legati in alcun modo a quelli segreti.

L’impianto prefigurato dalla [sentenza n. 86/1977](#) ha notevolmente ispirato la di poco successiva disciplina positiva del segreto di Stato e dei servizi di informazione e sicurezza, intervenuta con la legge n. 801 del 1977, tra l’altro sotto il profilo del controllo parlamentare sull’apposizione e sulla conferma dell’opposizione del segreto di Stato, tramite l’introduzione del Co.pa.co. (*Comitato parlamentare di controllo*)<sup>102</sup>, divenuto Co.pa.si.R. (*Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*)<sup>103</sup> con la legge n. 124 del 2007, e tramite la espressa previsione dell’obbligo di motivare e di comunicare al Comitato ogni ipotesi di conferma dell’opposizione del segreto di Stato, finalizzata a rendere le ragioni “essenziali” delle scelte del Governo, allo scopo di consentire la verifica parlamentare delle stesse. La normativa è stata da ultimo rafforzata dalla legge n. 133/2012, che ha previsto che il Presidente del Consiglio, su richiesta del Presidente del Co.pa.si.R., debba esporre, in un’apposita seduta segreta, il quadro informativo idoneo a consentire l’esame nel merito della conferma dell’opposizione del segreto. Nonostante tali previsioni, tuttavia, non si può fare a meno di segnalare, fin d’ora, come in realtà il controllo parlamentare ed i suoi effetti siano caratterizzati da ben scarsa incisività.

L’imposizione dell’obbligo di rendere le “ragioni essenziali”, come si vedrà a breve, reca con sé un’ulteriore questione, attinente al controllo della ragionevolezza della decisione relativa all’apposizione o alla conferma dell’opposizione del segreto di Stato, ed al ruolo che in proposito riveste, oltre al Parlamento, anche la Corte costituzionale.

Un’ulteriore limitazione alla possibilità di apporre e di confermare l’opposizione del segreto di Stato è stata individuata dalla Corte fin dalla prima decisione di riferimento in materia ed è successivamente stata fissata dal legislatore, dapprima nell’art. 12, ultimo comma, della legge n. 801/1977 ed in seguito dall’art. 39, comma 11, della legge n. 124/2007. Si tratta, in particolare, dell’impossibilità di invocare il segreto a copertura di fatti eversivi dell’ordine costituzionale<sup>104</sup>. La *ratio* di tale principio risulta evidente: il segreto non potrebbe essere invocato a copertura di fatti che costituiscono un pregiudizio per quegli stessi valori alla cui protezione il segreto di Stato è preordinato<sup>105</sup>.

In alcuni passaggi delle sue più recenti sentenze (in particolare la [n. 106 del 2009](#) e la [n. 40 del 2012](#)) la Corte ha precisato la propria interpretazione in merito ai fatti suscettibili di integrare un’eversione dell’ordine costituzionale. La vicenda processuale, com’è noto, scaturiva dal caso del rapimento, risalente al 2003, di Osama Mustafa Hassan Nasr, *alias* Abu Omar, imam di una moschea di Milano, avvenuto ad opera dei servizi segreti americani, in collaborazione con alcuni agenti dei servizi italiani, affinché fosse tradotto in uno Stato estero e qui sottoposto ad interrogatorio allo scopo di estorcere informazioni utili nella lotta al terrorismo, anche tramite l’applicazione di pratiche di

---

<sup>101</sup> [Sentenza n. 106/2009](#), punto 3 cons. in dir.; ma il concetto viene ribadito anche nella [sentenza n. 40/2012](#), punto 5 cons. in dir.

<sup>102</sup> Art. 11, legge n. 801/1977.

<sup>103</sup> Articoli 30-38, legge n. 124/2007, come modificata dalla legge n. 133/2012.

<sup>104</sup> La novella del 2007 (art. 39, comma 11) ha altresì esteso il divieto di segretazione a documenti, atti, notizie, cose e quant’altro riguardi fatti di terrorismo e fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285 (*Devastazione, saccheggio e strage*), 416-bis (*Associazione di tipo mafioso*), 416-ter (*Scambio elettorale politico-mafioso*) e 422 (*Strage*) del codice penale, oltre che a fatti relativi alle condotte extrafunzionali degli appartenenti ai servizi segreti, tenute in violazione, in assenza o oltrepassando i limiti delle immunità funzionali previste dalla legge n. 124/2007 (artt. 17 ss.).

<sup>105</sup> Cfr. C. BONZANO, voce *Segreto*, XI) Tutela processuale del segreto di Stato, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 2001, 6; F. MASTROPAOLO, *La disciplina dei segreti di Stato e d’ufficio e i suoi riflessi nel processo e nell’inchiesta parlamentare*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 232 s.; ID., *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, in AA.VV., *Segreto di Stato e servizi per le informazioni e la sicurezza: commento alla Legge 24 ottobre 1977, n. 801*, Roma, 1978, 54.

tortura<sup>106</sup>. Si trattava di un episodio da inquadrare nel più ampio programma delle c.d. *extraordinary renditions*, messo in atto dagli Stati Uniti all'indomani degli attentati terroristici del 2001<sup>107</sup>.

La Procura della Repubblica di Milano, che indagava sulla vicenda del rapimento, aveva sollevato un conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio in seguito alla conferma, da parte di quest'ultimo, del segreto di Stato opposto in giudizio da alcuni imputati. A parere della magistratura ricorrente, il caso di specie, in quanto integrante una palese violazione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., avrebbe dovuto essere considerato come «fatto eversivo dell'ordine costituzionale», con la conseguente inopponibilità del segreto di Stato, poiché fatti eversivi sarebbero non solo quelli diretti a sovvertire l'organizzazione dell'ordinamento statale, ma altresì quelli tesi a frustrare qualsiasi principio costituzionale supremo ed i diritti fondamentali dell'uomo.

La Corte costituzionale ha raggiunto delle conclusioni del tutto opposte a quelle della Procura milanese. Pur ammettendo di convenire con le risoluzioni del Parlamento europeo che riconoscono la contrarietà delle cc.dd. «consegne straordinarie» alle tradizioni costituzionali ed ai principi di diritto degli Stati membri dell'Unione europea, ha adottato una definizione maggiormente restrittiva del concetto di «fatti eversivi», escludendo che il fatto «sequestro di persona» fosse riconducibile ad esso. A parere del giudice delle leggi, difatti, si configura un'eversione dell'ordine costituzionale in presenza di un fatto necessariamente preordinato «a sovvertire l'ordine democratico o le Istituzioni della Repubblica, ovvero a recare offesa al bene primario della personalità internazionale dello Stato» e pertanto un singolo atto delittuoso, per quanto grave, non sarebbe da solo in grado di integrare un fatto eversivo dell'ordine costituzionale «se non idoneo a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle Istituzioni democratiche»<sup>108</sup>; né un fatto che, a parere del ricorrente, si ponga «ai confini dell'eversione costituzionale» potrebbe essere in grado di far scattare il limite di cui all'art. 39, comma 11, della legge n. 124 del 2007, essendo piuttosto necessario che esso oltrepassi tali confini<sup>109</sup>.

La lettura fornita dalla Corte dei fatti eversivi dell'ordine costituzionale ha suscitato opinioni contrapposte in dottrina. Da un lato vi è chi ne condivide le conclusioni<sup>110</sup>, ritenendo che la nozione di «ordine costituzionale» non si possa estendere oltre il riferimento all'aspetto strutturale/istituzionale della Repubblica, fino a comprendere tutti i diritti costituzionalmente protetti che incarnano l'essenza dei valori supremi, poiché in tal modo si estenderebbe la categoria dei fatti eversivi al di là dei delitti già legislativamente previsti come eversivi e lesivi della personalità interna ed internazionale dello Stato; senza contare che opinare diversamente significherebbe considerare

---

<sup>106</sup> Per un'ampia ricostruzione critica dell'intricata vicenda giudiziaria connessa al rapimento di Abu Omar, v., *ex multis*, A. SPATARO, *Segreto di Stato e ricadute sulle indagini giudiziarie*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 31 ss.

<sup>107</sup> Per più diffusi riferimenti al programma delle *extraordinary renditions to torture*, v., ad esempio, T. SCOVAZZI, *La Repubblica riconosce e garantisce*, cit., 968 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*, cit., 1033 ss.

<sup>108</sup> [Sentenza n. 106/2009](#), punto 8.5 cons. in dir. A supporto della propria tesi la Corte reca una massima della Cassazione (Cass., sez. I penale, n. 11382/1987) che individua la finalità di eversione dell'ordine costituzionale nell'intento di «sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere l'assetto pluralistico e democratico dello Stato, disarticolandone le strutture, impedendone il funzionamento o deviandolo dai principi fondamentali che costituiscono l'essenza dell'ordinamento costituzionale». Dal punto di vista formale, invece, la Corte rilevava innanzitutto una contraddizione nella tesi della Procura, la quale, da un lato, sosteneva l'eversività del fatto, mentre dall'altro contestava agli imputati il sequestro di persona «semplice», di cui all'art. 605 c. , e non quello a scopo di terrorismo o di eversione, di cui all'art. 289 *bis* c. In secondo luogo, sottolineava come il segreto, in realtà, non riguardasse il fatto di reato-sequestro di persona, ma soltanto le fonti di prova, attinenti a rapporti tra servizi italiani e stranieri ed alle concrete modalità operative del SISMI, pur se collegate al fatto di reato stesso.

<sup>109</sup> Cfr. [sentenza n. 40/2012](#), punto 12 cons. in dir. La procura ricorrente aveva sostenuto che l'attività di dossieraggio illegale contestata agli imputati, condotta nei confronti di magistrati, funzionari, giornalisti, giustificata soltanto in relazione alle loro idee politiche e tesa al loro discredito, fosse «un'attività deviata», per la sua gravità «ai confini dell'eversione costituzionale» e pertanto in alcun modo suscettibile di essere coperta da segreto di Stato (punto 4.1 ritenuto in fatto), mentre la Corte ha invece ritenuto che il capo di imputazione formulato (peculato aggravato dalla finalità di eseguire altri reati) non fosse tale da configurare un fatto in grado di «superare» i confini dell'eversione costituzionale.

<sup>110</sup> Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionisti.it](http://www.associazionedeicostituzionisti.it), 31 luglio 2009.



come “plurioffensivo” ogni reato contro la persona, nel senso di intenderlo come lesivo dell’individuo ed al tempo stesso come eversivo dell’ordine costituzionale, rievocando sostanzialmente la concezione sottesa al Codice Rocco, per cui lo Stato era inteso come soggetto passivo di tutti i delitti<sup>111</sup>. In tal senso, la sentenza sembrerebbe coerente con l’idea che il segreto di Stato non sia strumentale alla protezione di diritti o valori particolari, quanto piuttosto del «complesso di valori che danno contenuto all’unità politica»<sup>112</sup>.

Al contrario, secondo altri<sup>113</sup>, per fatti eversivi dell’ordine costituzionale dovrebbero intendersi non soltanto i delitti contro la personalità interna o internazionale dello Stato, ma anche le gravi violazioni dei diritti umani, poiché anch’essi fondano il c.d. ordine costituzionale in senso normativo, in quanto attinenti all’essenza dei valori supremi del nostro sistema costituzionale. Inoltre, deporrebbe in tal senso anche il riferimento fatto dalla Corte nella [sent. n. 86/1977](#) alla tutela dei valori fondamentali dello Stato-comunità, e non soltanto dello Stato-apparato e della sua organizzazione. In favore di tale interpretazione viene, altresì, intesa la dottrina dei “principi supremi” quali limiti assoluti ed impliciti alla revisione costituzionale, in quanto cardini dell’impalcatura costituzionale, elaborata dalla Corte a partire dalla sent. [n. 1146/1988](#). Secondo tale impostazione, la nozione di ordine costituzionale dovrebbe ricomprendere la tutela della libertà personale, domiciliare e di comunicazione (artt. 13, 14 e 15 Cost.), al fine di sottrarre i fatti relativi alle possibilità di segretezza, ma potrebbe estendersi anche ad altri principi e valori fondamentali<sup>114</sup>, al fine di evitare di giungere alla conclusione che «esistono valori costituzionali supremi che sono “più supremi” di altri»<sup>115</sup>. La soluzione della Corte, secondo quest’altra prospettiva, sarebbe pertanto «sciatta e molto deludente», poiché avrebbe del tutto trascurato l’esistenza dei diritti umani, con conseguente *vulnus* non solo dell’art. 2 Cost., ma anche dell’ordinamento internazionale generale e pattizio<sup>116</sup>.

Ed in effetti, per quanto si possa anche concordare col fatto che un singolo atto delittuoso di per sé possa non essere sufficiente ad integrare un fatto eversivo, tuttavia non si può fare a meno di

---

<sup>111</sup> Cfr. F. RAMACCI, *Segreto di Stato*, cit., 1019.

<sup>112</sup> In tal senso A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 47 e 9 ss.

<sup>113</sup> In particolare, A. PACE, *L’apposizione del segreto di Stato*, cit., 4059 ss. e 4063 ss.; ID., *I “fatti eversivi dell’ordine costituzionale nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, in part. 1110 ss.; ID., *La Corte di cassazione e i “fatti eversivi dell’ordine costituzionale”. Osservazione a Cass. sent. n. 46340 del 2012*, in *Giur. cost.*, 1/2014, 582 ss. e in *Osservatorio costituzionale AIC*, giugno 2014. Condivide espressamente, V. FANCHIOTTI, *Stato di diritto e ragion di Stato*, cit., 13. Criticano l’interpretazione restrittiva della Corte riguardo ai “fatti eversivi” anche A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione*, cit., 1008; G. SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, in *Cass. pen.*, 10/2009, 3759; A. MARI, *Segreto di Stato: la Corte costituzionale conferma la non conoscibilità degli arcaica imperii*, in *Cass. pen.*, 11/2012, 3934; A. BARDUSCO, *Corte costituzionale e segreto di Stato: il caso Abu Omar*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, cit., 637 ss.; T.F. GIUPPONI, *“A ciascuno il suo”. L’attività dei servizi di informazione e la disciplina del segreto di Stato di nuovo davanti alla Corte*, in *Quad. cost.*, 2/2012, 404 ss. e in [www.forumcostituzionale.it](#); R. ORLANDI, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, in *Giur. cost.*, 3/2012, 2329 ss, che critica la mancata presa di posizione della Corte e ed il mancato riconoscimento come “fatti eversivi” anche di condotte potenzialmente tali, come quelle sulle quali verteva la vicenda processuale; ancora più critica, sul punto, l’opinione di T. SCOVAZZI, *La Repubblica riconosce e garantisce*, cit., 983, che non ritiene persuasiva la conclusione della Corte che i fatti non fossero eversivi perché costituenti un singolo episodio delittuoso in quanto, ai fini della valutazione sull’esistenza di un fenomeno eversivo e, pertanto, sull’opponibilità del segreto, rileva la presunta esistenza di un programma condotto su scala internazionale, di cui il singolo episodio è parte, poiché altrimenti si ammetterebbe che il segreto possa coprire anche «le più disgustose violazioni dei diritti umani, purché esse siano previste nell’ambito di relazioni tra i servizi informativi e di sicurezza italiani e quelli stranieri» (*ivi*, 985).

<sup>114</sup> Così A. PACE, *Sull’asserita applicabilità all’imputato*, cit., 7, rispondendo alle critiche mosse da A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta*, cit., 11. Pace ritiene altresì errata l’ulteriore obiezione di Anzon che la mancata identificazione dei fatti eversivi con puntuali fattispecie contrasti col principio di tassatività dei reati (*ivi*, 6 s.), poiché il concetto non pretende di delineare specifiche fattispecie criminose – tant’è che quando fu usato per la prima volta dalla Corte neppure esistevano ipotesi di reato del genere –, ma ha l’obiettivo di qualificare come eversive svariate fattispecie di reato che nel caso concreto siano ritenute idonee a ledere «il nucleo fondamentale dei valori costituzionali [...] quale si andrà evolvendo nella giurisprudenza costituzionale con la mutata sensibilità dei consociati» (*ibidem*).

<sup>115</sup> Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta*, cit., 11.

<sup>116</sup> A. BARDUSCO, *Corte costituzionale e segreto di Stato*, cit., 642 s.

chiedersi se la privazione della libertà di un soggetto, per di più agevolata da organi dello Stato ed allo scopo di estorcere informazioni mediante tortura, sia conforme ad un ordinamento che si professi democratico, costituzionale e garante dei diritti inviolabili dell'uomo o non sia piuttosto una condotta che ne mina e ne intacca nel profondo le fondamenta democratiche.

#### 6. Sistema dei controlli, tra Parlamento e Corte costituzionale

Un tema sicuramente centrale, nell'analisi del segreto di Stato nella prospettiva della democrazia rappresentativa, è quello dei controlli esercitabili sugli atti di segretazione, dei soggetti che sono abilitati a compierli, delle modalità con cui essi si svolgono e della loro efficacia, nonché delle loro possibili conseguenze.

Come in precedenza accennato, sia la giurisprudenza della Corte che la successiva normativa, al fine di favorire, per quanto possibile, l'obiettivo della trasparenza democratica e della controllabilità delle scelte del potere, in un settore tanto delicato – in cui la conoscibilità indiscriminata degli specifici aspetti dell'attività di *intelligence* o di determinati documenti, atti o notizie rischierebbe di frustrare in radice le ragioni e gli scopi del segreto –, hanno previsto che della conferma dell'opposizione del segreto di Stato il Presidente del Consiglio debba fornire una motivazione, indicandone le “ragioni essenziali” poste alla base.

La questione che conseguentemente si è posta ha riguardato l'esigenza di individuare il soggetto eventualmente legittimato a vagliare nel merito la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte operate dall'esecutivo in relazione alla conferma dell'opposizione del segreto di Stato, ed in particolare il ruolo rivestito in proposito dalla Corte costituzionale. La prospettiva delineata sul punto dalla stessa Corte, alla luce delle sue più recenti pronunce, non ha mancato di riscuotere diffuse critiche in dottrina, per via della configurazione “prudente”<sup>117</sup> data al proprio ruolo di controllo, circoscritto ai soli profili esteriori e formali, della parallela valorizzazione del sindacato parlamentare delle scelte politiche compiute dal governo in questa materia, nonché della esplicita esclusione di ogni sindacato giurisdizionale sul “se” e sul “come” del potere di segretazione<sup>118</sup>.

Si è visto come già nella sentenza [n. 86 del 1977](#) la Corte abbia sottolineato che l'individuazione di ciò che possa configurare un rischio per la sicurezza dello Stato sia una scelta politica discrezionale, proprio in relazione alla natura dell'interesse protetto, e sia pertanto spettante al Presidente del Consiglio. L'autorità competente, tuttavia, non può esercitare un siffatto potere svincolata da qualsiasi controllo ed in modo potenzialmente arbitrario, ma deve dar conto di tali delicate ed eccezionali decisioni dinanzi all'istituzione che incarna la rappresentanza popolare, il Parlamento.

L'organo parlamentare cui la normativa affida il compito di contestare, sul piano politico, l'esercizio del potere di segretazione del Presidente del Consiglio è attualmente il Co.pa.si.R., previsto dagli articoli 30 e seguenti della legge n. 124/2007, che ha sostituito l'organo precedentemente previsto dalla legge n. 801/1977, e che di recente è stato oggetto di talune modifiche, intervenute ad opera della legge n. 133/2012<sup>119</sup>. Il suo compito specifico, ai sensi dell'art. 30, è quello

---

<sup>117</sup> Cfr. F.G. PIZZETTI, *Il più recente orientamento della Corte costituzionale nel caso abu omar: novità sul segreto di Stato?*, in *Processo penale e giustizia*, 6/2014, 133. In tal senso cfr. anche T.F. GIUPPONI, *Servizi di informazione e segreto di Stato*, cit., 45; G. ARCONZO – I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza*, cit., 16 s.

<sup>118</sup> Opinare diversamente, secondo la Corte, cioè sostenere la possibilità di un controllo giurisdizionale su un atto ampiamente discrezionale ed avente «natura esclusivamente politica», «significherebbe capovolgere taluni criteri essenziali del nostro ordinamento», tra i quali quello che non consente «al potere giurisdizionale di sostituirsi al potere esecutivo»: [sentenza n. 106/2009](#), punto 3 cons. in dir. In dottrina, sposa in pieno la tesi della Corte C. BONZANO, *La Consulta “suggerisce” una tutela oggettiva ed assoluta del segreto di Stato nel processo penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2/2013, 313, il quale afferma che «il confine tra l'uso legittimo e quello “abusivo” del segreto non può essere presidiato, quanto meno in via immediata dall'autorità giudiziaria. Le stesse esigenze di tutela degli *arcana* [...] impongono che quel presidio sia affidato al Parlamento in via preventiva (mediante l'imposizione di limiti al segreto) e successiva (attraverso il controllo, che segue all'eventuale conferma da parte dell'esecutivo)» (*ibidem*). La tenuta del sistema sarebbe, infine, garantita dalla Consulta, legittimata ad intervenire come giudice del conflitto e del segreto.

<sup>119</sup> Cfr. G. CAMPANELLI, *Il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica nella legge 3 agosto 2007, n. 124*, in *Quad. cost.*, 2/2008, 372-374; S. GAMBACURTA, *Il controllo parlamentare*, in G. SCANDONE – S. GAMBACURTA



di verificare «in modo sistematico e continuativo, che l'attività del Sistema di informazioni per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione, delle leggi, nell'esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni». La legge del 2007 (e prima ancora quella del 1977) prevede che in ogni caso in cui il Presidente del Consiglio apponga, o successivamente confermi il segreto opposto in giudizio da testimoni o imputati, debba darne comunicazione al Comitato parlamentare, indicandone, come accennato, le "ragioni essenziali". Il Comitato ha poi il compito di riferire alle Camere per le "conseguenti valutazioni", laddove ritenga infondata l'opposizione del segreto.

Tra le diverse modifiche introdotte dalla normativa del 2012, nell'ottica di un rafforzamento dei poteri di controllo del Co.pa.si.R., va ricordata in particolare la previsione, di cui si è già detto, della possibilità che, su richiesta del Presidente del Comitato, il Presidente del Consiglio sia chiamato ad esporre, in un'apposita seduta segreta, «il quadro informativo idoneo a consentire l'esame nel merito della conferma dell'opposizione del segreto di Stato»<sup>120</sup>. Si tratta di una formulazione che dovrebbe contribuire a bilanciare ragionevolmente le prerogative spettanti al Governo in tema di sicurezza nazionale e segreto di Stato, e l'indefettibile esigenza di controllo democratico<sup>121</sup>.

Sebbene la riforma intervenuta, con il complesso degli emendamenti e delle innovazioni apportate alla normativa del 2007, vada nel senso di un potenziamento dell'effettività del controllo parlamentare sul segreto di Stato, rendendo più trasparenti e condivisi tra Governo e Co.pa.si.R. i giudizi sulle ipotesi di segretazione messe in atto, in particolare attraverso la possibilità attribuita al Comitato di esaminare "nel merito" la decisione di conferma del segreto, sono individuabili alcuni aspetti critici, che sembrano confermare l'insufficienza del solo controllo politico-parlamentare. Neanche la recente riforma è stata, ad esempio, in grado di ovviare ad alcune incongruenze emerse nella prassi del controllo *ex post* del Parlamento sul segreto di Stato, come la coincidenza, talvolta verificatasi, tra chi è chiamato ad apporre o confermare l'opposizione del segreto, e chi è in seguito chiamato a vagliare tale scelta. La previsione di una espressa "clausola di incompatibilità" tra gli incarichi apicali di governo, che implicano inevitabilmente l'assunzione o la condivisione delle decisioni sulla segretazione, e successivi incarichi di controllo di tali decisioni consentirebbe di evitare delle situazioni in cui i medesimi soggetti siano potenzialmente chiamati prima ad assumere le decisioni sul segreto ed in seguito a controllarle, senza contare che l'impossibile coincidenza tra *controllati* e *controllori* fornirebbe ai cittadini maggiori garanzie di imparzialità ed obiettività della stessa attività di verifica<sup>122</sup>.

---

– G. SCANDONE – M. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione ed il segreto di Stato*, cit., 364 ss.; N. LUPO, *Dalla pubblicità della vita democratica*, cit., 791 ss.; T.F. GIUPPONI, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Sulle modifiche intervenute con la legge n. 133/2012, v. diffusamente M. FRANCHINI, *Alcune considerazioni sulle nuove competenze del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 1/2014; G. SCACCIA, *Intelligence e segreto di Stato nella legge n. 133 del 2012*, in *Dir. soc.*, 3/2012, 614 ss.; ma cfr. anche M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto*, cit., 3293 s., nota 76; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 999 ss.; A. CORNELI, *I servizi segreti "sterzano" verso il Parlamento nella ricerca di un nuovo equilibrio tra i poteri*, in *Guida al diritto*, 38/2012, 11-12.

<sup>120</sup> Ciò secondo quanto ora previsto dal comma 5 dell'art. 40, legge n. 124/2007 (art.10, legge n. 133/2012) e dal comma 9 dell'art. 41, legge n. 124/2007 (art. 11, legge n. 133/2012). Tende al rafforzamento dei poteri di controllo del Co.pa.si.R. anche l'abbassamento del *quorum*, previsto dal comma 9 dell'art. 31 della legge n. 124/2007 (come modificato dall'art. 6 della legge di riforma), affinché si possa vietare al Governo di opporre l'esigenza di riservatezza laddove il Comitato abbia disposto indagini sulla rispondenza dei comportamenti di appartenenti ai servizi ai compiti istituzionali previsti dalla legge. Tale soglia è stata portata dall'unanimità alla maggioranza dei due terzi dei componenti del Comitato. Sempre in tema di indagini del Co.pa.si.R. sulle condotte illegittime o irregolari degli appartenenti, o degli ex appartenenti, ai servizi di *intelligence* è stato previsto che possa richiedere al Presidente del Consiglio di svolgere inchieste interne, le cui relazioni conclusive dovranno essere trasmesse informa integrale al Comitato (art. 34, legge n. 124/2007, come sostituito dall'art. 8 della legge di riforma).

<sup>121</sup> Cfr. G. SCACCIA, *Intelligence e segreto di Stato*, cit., 615.

<sup>122</sup> In tal senso, A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 1001 s., la quale richiama l'esempio del II Governo Prodi (2006-2008), che aveva confermato l'esistenza del segreto di Stato a proposito della "consegna straordinaria" di Abu Omar, e del quale erano stati vicepresidenti gli onorevoli Rutelli (poi Presidente del

L'esposizione del "quadro informativo idoneo" da parte del Presidente del Consiglio, inoltre, è subordinata all'esplicita richiesta del Presidente del Co.pa.si.R., la quale, per ipotesi, potrebbe anche mancare<sup>123</sup>. Senza contare che è assente anche la specifica indicazione di un lasso temporale fisso entro il quale il Comitato possa esercitare il proprio controllo, con la conseguenza che quest'ultimo potrebbe avvenire a distanza di anni o non avvenire affatto; né esistono regole che sanzino l'inottemperanza del Governo a sottoporsi allo scrutinio parlamentare<sup>124</sup>. Inoltre, per quanto le circostanze che il presidente del Comitato, per esplicita previsione legislativa (art. 30, comma 3, legge n. 124/2007), debba essere eletto fra i membri dell'opposizione – e sia pertanto sciolto dal rapporto fiduciario con il Governo – e che il Co.pa.si.R. abbia una composizione paritaria tra maggioranza ed opposizione rappresentino elementi che depongono a favore di una maggiore incisività del sindacato parlamentare e possano avvalorare l'idea che la sede privilegiata ed esclusiva delle decisioni politiche sul segreto sia quella parlamentare<sup>125</sup>, non si può tuttavia escludere che alla fine il controllo di tale organo risulti privo dell'efficacia e dell'effettività auspiccate<sup>126</sup>.

È evidente, quindi, come non si possa negare un ruolo centrale del giudice costituzionale nella materia dei controlli sul segreto di Stato, anche perché diversi ne sarebbero l'oggetto, la funzione e l'esito rispetto a quello parlamentare.

Il Co.pa.si.R., difatti, vaglia dal punto di vista politico la correttezza delle decisioni assunte dal Presidente del Consiglio sul segreto ed attraverso la comunicazione a ciascuna delle Camere, in caso di giudizio negativo sulla fondatezza dell'opposizione, potrebbe innescare delle "censure politiche", suscettibili di condurre, eventualmente, alle dimissioni dell'esecutivo, tramite un voto di sfiducia. Tuttavia, le determinazioni del Comitato, ed anche l'eventuale sfiducia parlamentare, non sono in alcun modo collegate alle sorti del processo in cui il segreto è stato opposto e dunque non sono utili a rimuovere lo sbarramento che il vincolo di segretezza pone all'attività dell'autorità giudiziaria nell'accertamento dei reati. Né è previsto che il Comitato possa disporre l'annullamento dell'atto di conferma, laddove lo ritenesse illegittimo, potendo tutt'al più ipotizzarsi che il Governo stesso revochi l'atto di conferma del segreto, all'esito del controllo parlamentare<sup>127</sup>.

L'attribuzione al Parlamento del controllo sul merito politico del segreto non impedisce, quindi, che anche la Corte costituzionale possa essere coinvolta. Ciò è, difatti, quanto originariamente prefigurato già con la [sentenza n. 86/1977](#), in cui la Corte non aveva escluso la possibile insorgenza di un conflitto di attribuzione, e dunque l'emersione di uno spazio per il proprio sindacato in materia, anche se l'auspicabile prospettiva di un eventuale vaglio nel merito della ragionevolezza delle scelte dell'esecutivo è stata poi ambiguamente implementata nelle successive pronunce<sup>128</sup>.

L'ipotesi del conflitto di attribuzione è ora espressamente contemplata dalla normativa del 2007<sup>129</sup>, in cui si prevede che, laddove l'autorità giudiziaria presenti ricorso nei confronti del Presidente del

---

Co.pa.si.R. dal maggio 2008 al gennaio del 2010) e D'Alema (poi alla presidenza del Comitato dal gennaio 2010 al marzo 2013).

<sup>123</sup> Cfr. A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 1003; M. FRANCHINI, *Alcune considerazioni sulle nuove competenze*, cit., 9, che segnala altresì la contraddittorietà del testo della norma, che prima richiede l'indicazione, da parte del Presidente del Consiglio, delle sole "ragioni essenziali" del segreto e poi, su esplicita richiesta, l'esposizione del "quadro informativo idoneo a consentire l'esame nel merito" dello stesso.

<sup>124</sup> Cfr. A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 1002; M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto*, cit., 3294; V. FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*, cit., 1040.

<sup>125</sup> Cfr. M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto*, cit., 3294, che però puntualizza come egli dissenta da questa prospettiva; F.G. PIZZETTI, *Il più recente orientamento della Corte costituzionale*, cit., 132. Per alcune notazioni critiche sull'efficacia del controllo di tale organo, v. M. D'ALEMA, *Democrazia, responsabilità e sicurezza dello Stato*, in L. VENTURA – P. FALZEA (a cura di), *Seminari sulla responsabilità*, Milano, 2013, 99 ss., spec. 113.

<sup>126</sup> Cfr. F.G. PIZZETTI, *Il più recente orientamento della Corte costituzionale*, cit., 132, che sottolinea come possa accadere che talune irregolarità nella gestione del segreto vengano ugualmente protette «per partigiana "ragion politica" di maggioranza» (*ibidem*); G. SALVI, *La Corte e il segreto di Stato*, cit., 3754, che nota come la gestione del segreto, nel contesto di un sistema politico tendenzialmente maggioritario, possa infine risultare «in balia della maggioranza».

<sup>127</sup> Cfr. M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto*, cit., 3294; F.G. PIZZETTI, *Il più recente orientamento della Corte costituzionale*, cit., 132.

<sup>128</sup> In tal senso, A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 31.

<sup>129</sup> Art. 202, comma 7, c. , come sostituito dall'art. 40 della legge n. 124/2007, e art. 41, comma 7, legge n. 124/2007.

Consiglio, occasionato dall'atto motivato di conferma del segreto opposto in giudizio – atto emesso all'esito dell'interpello promosso dalla stessa autorità giudiziaria –, la Corte costituzionale possa dirimere il conflitto, pronunciandosi nel senso della sussistenza o dell'insussistenza del segreto confermato, con conseguenze differenti in ciascuno dei due casi. Laddove ne venga dichiarata la sussistenza, sarà precluso all'autorità giudiziaria di acquisire ed utilizzare, in via diretta o indiretta, atti e documenti su cui è stato apposto il segreto, mentre, nell'ipotesi contraria, sarà il Presidente del Consiglio a non poter più opporre il segreto di Stato in relazione al medesimo oggetto. La legge non pone limiti alla sfera di conoscibilità della Corte ai fini del giudizio, prevedendo che in nessun caso il segreto di Stato sia opponibile alla Corte costituzionale, alla quale compete, peraltro, di adottare le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento<sup>130</sup>.

Il tenore di queste disposizioni è stato diversamente inteso dalla Corte costituzionale e da una parte della dottrina, poiché ne sono state tratte due contrapposte visioni della connotazione che dovrebbe assumere il sindacato della Corte stessa in merito all'atto di conferma del segreto.

L'impostazione del giudice costituzionale, in particolare, è emersa nelle sue più recenti pronunce, dalle quali si può scorgere la tendenza ad una certa "ritrosia" ad indagare il merito delle scelte politiche dell'esecutivo. Per un verso, come in precedenza accennato, essa ha escluso qualsiasi sindacato giurisdizionale, rivendicando le proprie competenze in sede di conflitto di attribuzione, lasciando in tal modo presagire un proprio sindacato esteso anche al vaglio del merito della ragionevolezza del segreto di Stato ed alla valutazione in concreto della conformità di specifiche condotte operative all'assetto costituzionale esistente ([sent. n. 106/2009](#)). Tuttavia, in seguito, nel dirimere il conflitto tra Autorità giudiziaria e Presidente del Consiglio, ha assunto un atteggiamento più "cauto", affermando espressamente come il suo ruolo sia quello di valutare la sussistenza o meno «dei presupposti del segreto di Stato ritualmente opposto e confermato», e non quello di pronunciare un giudizio di merito «sulle ragioni e sul concreto atteggiarsi della sequenza rappresentata dall'apposizione/opposizione/conferma del segreto stesso», poiché si tratta di un giudizio spettante, in sede politica, al Parlamento<sup>131</sup>.

Sulla stessa linea anche la successiva [sent. n. 40/2012](#), in cui viene ribadito l'esclusivo ruolo del Co.pa.si.R. nel controllo sul segreto ed in cui la Corte sottolinea, altresì, la diversa funzione che assume la motivazione della conferma del segreto nei confronti del Co.pa.si.R. e nei confronti dell'autorità giudiziaria. Verso quest'ultima, difatti, non ha il compito di consentire un sindacato in concreto sul potere di segretazione quanto piuttosto quello di giustificare, in termini congruenti e plausibili, nei rapporti tra poteri, lo "sbarramento" all'esercizio della funzione giurisdizionale, che consegue all'ipotesi di conferma del segreto opposto, dando ragione delle circostanze che collegano le notizie segretate alle esigenze di tutela della sicurezza nazionale, con l'ovvio limite che le ragioni addotte non potrebbero essere tanto particolareggiate da inficiare il riserbo che copre quelle notizie. Soltanto nell'ipotesi in cui la motivazione non rifletta tale scopo, «denotando un possibile "sviamento" del potere di segretazione dai suoi fini istituzionali», potrebbero ricorrere gli estremi per la promozione di un conflitto di attribuzione<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Art. 202, comma 8, c. , come sostituito dall'art. 40 della legge n. 124/2007, e art. 41, comma 8, legge n. 124/2007.

<sup>131</sup> [Sentenza n. 106/2009](#), punto 12.4 cons. in dir. Un'autorevole dottrina ha rinvenuto una possibile chiave ermeneutica del riferimento ai "presupposti" del segreto, fatto dalla Corte in tale sentenza, nella giurisprudenza costituzionale sui decreti-legge (cfr. M. LUCIANI, *Il segreto di Stato*, cit., 19). L'A. rileva come, superando l'originaria impostazione a ritenere insindacabili i presupposti dei decreti legge, il giudice costituzionale abbia in seguito affermato la propria competenza a verificare la palese mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza, e dunque, allo stesso modo, in relazione al segreto di Stato, senza dover vagliare ragionevolezza e proporzionalità delle scelte, la Corte dovrebbe compiere un "sindacato esterno" sull'eventuale, palese insussistenza del presupposto. Così, in un possibile conflitto di attribuzione tra Parlamento e Governo sul segreto di Stato, la Corte non si troverebbe a pronunciarsi sul merito di scelte discrezionali, poiché invaderebbe il campo della discrezionalità politica, «ma non potrebbe esimersi dall'esercitare un sindacato esterno sulla sussistenza dei presupposti per l'apposizione o conferma dell'opposizione al segreto di Stato» (*ivi*, 20).

<sup>132</sup> [Sentenza n. 40/2012](#), punto 14 cons. in dir.

Alla luce dell'esclusione del sindacato giurisdizionale, ed in relazione alle previsioni legislative precedentemente citate, la maggioranza della dottrina ha rilevato come ci si sarebbe aspettati la delineazione di un ruolo più incisivo da parte della Corte e non che esso venisse circoscritto ad un mera verifica esterna del rispetto formale dei criteri normativi, dato il particolare riguardo dovuto alla discrezionalità politica dell'esecutivo. Il controllo dovrebbe, altresì, indirizzarsi all'accertamento della ragionevolezza e della proporzionalità del bilanciamento in concreto fra le esigenze di sicurezza nazionale – alla cui tutela il segreto è finalizzato – e quelle connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale, o all'esercizio del diritto di difesa, e pertanto dovrebbero essere sindacabili le motivazioni addotte, l'oggetto della segretazione, il rispetto dei limiti sostanziali previsti dalle norme che disciplinano le attribuzioni costituzionali in materia<sup>133</sup>. Senza contare che viene rilevato come il controllo di proporzionalità non sia «un controllo di *merito* politico *tout court*», bensì un «sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità alla luce della Costituzione», e che la politicità dell'atto non esclude il vaglio della Corte, la quale per funzione istituzionale si pronuncia su atti per definizione «politici», come le leggi, ed in sede di conflitti di attribuzione di frequente sono protagonisti del giudizio organi titolari di poteri politici<sup>134</sup>.

Evidenti sono i rischi scaturenti dalla sottrazione degli atti di segretazione ad un controllo di tal fatta da parte della Corte, sia per la garanzia di funzioni statali essenziali, sia per la garanzia di diritti fondamentali della persona, che in tal modo potrebbero risultare del tutto «in balia della maggioranza»<sup>135</sup>, e la gestione del segreto risultare rimessa all'esclusivo dominio dell'autorità politica<sup>136</sup>, con l'evidente rischio che tale «deferenza» verso l'atto politico e verso il controllo esclusivamente parlamentare si traduca in una sostanziale impossibilità di reprimere eventuali comportamenti «deviati» degli organi appartenenti ai servizi di *intelligence*<sup>137</sup>. Né si spiegherebbero, se si continuasse a sostenere la «“imperscrutabile politicità” del segreto», le innovazioni legislative intervenute nel 2007, che prevedono l'obbligo per il Governo di rendere edotto il giudice costituzionale su ogni fonte coperta da segreto, senza che possa essere opposta alcuna ragione di riservatezza; il che rende, tra l'altro, più ampio lo «spettro conoscitivo» della Corte rispetto a quello a disposizione del Comitato parlamentare<sup>138</sup>. Circoscrivere il ruolo della Corte ad un sindacato meramente tecnico-formale sulla sussistenza dei presupposti del segreto, senza una verifica estesa anche alla valutazione delle ragioni dell'opposizione ed alla sussistenza dei presupposti «sostanziali», potrebbe rendere l'impostazione della Corte a non esercitare il proprio ruolo di giudice del segreto «normativamente “fuori moda”»<sup>139</sup>.

<sup>133</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, *Servizi di informazione e segreto di Stato*, cit., 47; ID., «A ciascuno il suo». *L'attività dei servizi di informazione*, cit., 404 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*, cit., 1040; G. SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto*, cit., 3763; A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta*, cit., 10; ID., *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 2; A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., 4058; ID., *Sull'asserita applicabilità all'imputato*, cit., 1; M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto*, cit., 3289; G. ARCONZO – I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza*, cit., 17; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 1005 ss.; A. RUSSO, *La Corte dei conflitti e le recenti interpretazioni sul segreto di Stato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Ritiene invece che le attribuzioni della Corte rispetto al controllo sul segreto siano molto più circoscritte, F.G. PIZZETTI, *Il più recente orientamento della Corte costituzionale*, cit., 133.

<sup>134</sup> Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta*, cit., 10; ID., *La Corte abbandona definitivamente*, cit., 2. V. anche P. VERONESI, *La “villa dei misteri”: uso e abuso del segreto di Stato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6 ss.; ID., *Vecchi segreti (e sempre attuali ritardi) di Stato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1 ss.; T.F. GIUPPONI, *L'abolizione del segreto di Stato per i reati di strage e terrorismo: un falso problema*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>135</sup> G. SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto*, cit., 3754 ss.;

<sup>136</sup> Cfr. A. ANZON DEMMIG, *La Corte abbandona definitivamente*, cit., 1 ss. Concorda sul punto anche A. PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato*, cit., 1.

<sup>137</sup> Cfr. M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto*, cit., 3291.

<sup>138</sup> *Ivi*, 3289.

<sup>139</sup> In tal senso T.F. GIUPPONI, *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, cit., 125; ID., *Servizi di informazione e segreto di Stato*, cit., 47 s.; G. SALVI, *Alla Consulta il ruolo di ultimo garante*, in *Guida al dir.*, n. 40/2007, 85; ID., *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, cit., 3756 ss.; M. PANZAVOLTA, *La Corte costituzionale e la cortina*



Nella recente [pronuncia n. 24/2014](#) la Corte non ha, tuttavia, smentito i propri precedenti orientamenti. Con tale decisione è stata posta la parola fine alla quasi decennale vicenda processuale Abu Omar, considerato che la Corte di Cassazione, successivamente alla sentenza costituzionale, ha annullato senza rinvio le sentenze di condanna impugnate «perché l'azione non poteva essere proseguita per l'esistenza del segreto di Stato»<sup>140</sup>, tra l'altro senza mancare di far emergere il proprio dissenso rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Consulta, pur dovendone prendere istituzionalmente atto. La Cassazione, difatti, afferma esplicitamente che la pronuncia costituzionale si configura come «decisamente innovativa, [...] nel panorama generale della giurisprudenza della Consulta, in relazione ai precedenti in materia, in quanto [...] sembra abbattere alla radice la possibilità stessa di una verifica di legittimità, continenza e ragionevolezza dell'esercizio del potere di segretazione in capo alla competente autorità amministrativa, con compressione del dovere di accertamento dei reati da parte dell'autorità giudiziaria che inevitabilmente finisce per essere rimessa alla discrezionalità dell'autorità politica»<sup>141</sup>.

Tali perplessità sono condivise dalla dottrina<sup>142</sup>, che considera la sentenza dettata da ragioni di politica costituzionale, derivanti dall'esigenza di chiudere l'annosa vicenda, ma non condivisibile sotto il profilo giuridico-costituzionale<sup>143</sup> relativo ai limiti del segreto ed al ruolo spettante alla Consulta<sup>144</sup>.

La ricostruzione della Corte, difatti, sembra individuare nel Presidente del Consiglio l'unico soggetto legittimato a certificare eventuali condotte illegali dei servizi, in capo al quale grava anche l'obbligo di informare l'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 18, comma 6, legge n. 124/2007, nel caso in cui esse siano state poste in essere in assenza ovvero oltre i limiti delle autorizzazioni previste. Ciò in quanto, a parere della Corte, l'effettivo ambito del segreto «non può che essere tracciato dalla stessa autorità che lo ha apposto e confermato e che è titolare del relativo *munus*»<sup>145</sup>.

---

*del segreto*, cit., 3289; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 1008; R. ORLANDI, *Una pervicace difesa*, cit., 2331 ss. Non manca un'autorevole dottrina che ricorda come sia sempre possibile un mutamento di giurisprudenza da parte del giudice costituzionale: A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 50.

<sup>140</sup> Cfr. Cass. pen., I sez., sent. n. 20447 del 24 febbraio 2014, con commento di S. ZIRULIA, *Sul sequestro Abu Omar cala il "nero sipario" del segreto di Stato*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 19 maggio 2014.

<sup>141</sup> Cass. pen., I sez., sent. n. 20447 del 24 febbraio 2014, punto 3 cons. in dir.

<sup>142</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, *La Corte e il segreto: Abu Omar, ultimo atto*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 386 ss.; ID., *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte (ovvero il bilanciamento impossibile)*, in [www.penalecontemporaneo.it](#); M. CAPORALE-T.F. GIUPPONI, *Informazioni classificate e segreto di Stato*, in *Il Mulino*, 5/2014, 758 ss.; C. BONZANO, *La Consulta alza il "sipario nero": alla ribalta la deprecabile confusione normativa tra prova e fatto*, in *Arch. pen.*, 1/2014, 2 ss.; ID., *Il segreto di Stato nel processo penale*, Padova 2010, 241 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Disarmonie tra Corte costituzionale e Corte di cassazione in tema di segreto di Stato*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2014 (30.06.12); A. PACE, *Le due Corti e il caso Abu Omar*, *ibid.* (09.06.14); A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giur. cost.*, 1/2014, 394.

<sup>143</sup> Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Disarmonie*, 6 s.

<sup>144</sup> In breve: il Governo, promotore del conflitto, contestava il fatto che la Corte di cassazione, nell'interpretare una nota governativa del novembre del 2005 (si tratta della nota dell'11 novembre 2005 in cui il Presidente del Consiglio apponeva il segreto di Stato sui documenti riguardanti i rapporti tra i Servizi italiani e quelli stranieri, sugli *interna corporis* del Servizio, sull'organizzazione dello stesso e sulle direttive impartite dal direttore dei Servizi, anche se relative alla vicenda delle *renditions* e del sequestro di Abu Omar), avesse sostanzialmente modificato l'oggetto del segreto, in tal modo inficiando le competenze dell'organo esecutivo; la cassazione aveva considerato le condotte poste in essere dagli imputati come "extrafunzionali", e pertanto non suscettibili di essere coperte dal segreto di Stato, ai sensi dell'art. 204, comma 1 *bis*, del c. (come modificato dalla legge n. 124/2007) in quanto non rientranti nelle garanzie funzionali di cui all'art. 18, comma 6, della legge n. 124/2007; nel dirimere il conflitto, la Corte costituzionale interpreta la disposizione di cui al citato art. 18 alla luce della specifica vicenda all'origine del conflitto, e dunque della condotta tenuta dal Presidente del Consiglio, sostenendo che, in base alla normativa, se fossero state poste in essere condotte illegali da parte degli agenti dei servizi, in assenza di qualsiasi direttiva autorizzatoria che avrebbe consentito di ricondurle alle cause di giustificazione, il Presidente del Consiglio avrebbe dovuto informare l'autorità giudiziaria; tuttavia, il fatto che il Presidente del Consiglio abbia confermato il segreto opposto dagli imputati impedisce di considerare quelle attività come poste in essere a titolo personale, e dunque impone di ritenere implausibile la tesi della cassazione, che le configurava, invece, come extrafunzionali.

<sup>145</sup> [Sentenza n. 24/2014](#), punto 6 cons. in dir.

Si mette in luce, però, come non ne possa scaturire una sorta di potere di “autocertificazione”<sup>146</sup>, svincolato da qualsiasi forma di controllo che non sia quella parlamentare. Non si scorgerebbe, altrimenti, la finalità delle disposizioni che rendono inopponibile alla Corte il segreto di Stato (artt. 40 e 41, l. n. 124/2007) e garantiscono il suo pieno accesso agli atti autorizzatori del Presidente del Consiglio connessi alla speciale causa di giustificazione (art. 19, comma 8, l. n. 124/2007) se non fosse possibile alcun controllo sulle decisioni assunte in materia dall’esecutivo. Ed anche la Corte lo ammette laddove precisa che la copertura del segreto vale a condizione che i fatti coperti «siano oggettivamente orientati alla tutela della sicurezza dello Stato».

Ciononostante, rinuncia ancora una volta ad orientare il proprio controllo nel senso di un esame approfondito sulla legittimità del segreto, sul rispetto dei limiti sostanziali e sulla proporzionalità del mezzo rispetto allo scopo, anche alla luce del sacrificio imposto ad altri diritti fondamentali. La Corte omette, difatti, ogni riferimento alla necessità di un bilanciamento tra i valori coinvolti ed al ruolo ad essa spettante in sede di conflitto di attribuzione, riferimento che, seppure in via formale, era presente nelle precedenti pronunce<sup>147</sup>.

Gli effetti dell’illegittimo esercizio del potere di segretazione, peraltro, potrebbero prodursi su due piani differenti, quello politico e quello processuale. Quanto ai primi, sebbene possa astrattamente ipotizzarsi una mozione di sfiducia, che ponga fine al rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo, laddove all’esito del controllo del Comitato parlamentare siano riscontrati abusi da parte dell’esecutivo nella gestione del segreto di Stato, non si può fare a meno di rilevare come questa costituisca un’ipotesi assai irrealistica, se solo di considera che le dinamiche assunte dal sistema politico hanno ormai finito col depotenziare l’istituto stesso della sfiducia parlamentare nei confronti del Governo<sup>148</sup>. Teoricamente, quindi, la conseguenza potrebbe essere una mozione di sfiducia, ma praticamente è quasi del tutto improbabile che una crisi di governo possa scaturire dall’accertamento della violazione delle regole relative alla gestione del segreto di Stato e pertanto quella accennata non resta, per l’appunto, che un’ipotesi di scuola.

Gli effetti sul piano processuale, invece, implicanti una preclusione all’esercizio della funzione giurisdizionale, potrebbero essere superati all’esito del controllo della Corte, tramite l’annullamento dell’atto confermativo del segreto opposto<sup>149</sup>. Il giudice costituzionale dovrebbe, in sostanza, riconoscere che il proprio ruolo di giudice ultimo del segreto dovrebbe essere più pregnante, come sembra prefigurare la normativa, affinché il segreto risulti effettivamente un mezzo predisposto a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti e «non mera espressione soggettiva dell’antica ragion di Stato»<sup>150</sup>.

### *7. Alcune brevi conclusioni*

Il discorso sul segreto di Stato consente di estendere le riflessioni all’ambito più ampio del funzionamento della forma di governo e degli equilibri tra poteri dello Stato. Anche l’evoluzione prodottasi in questo settore, con la progressiva delineazione delle competenze degli organi costituzionali coinvolti nel sistema dei controlli democratici, difatti, sembra testimoniare un notevole rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio, e pertanto dell’esecutivo, nei confronti del

---

<sup>146</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, *La Corte e il segreto: Abu Omar, ultimo atto*, cit., 389; ID., *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte*, cit., 8.

<sup>147</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte*, cit., 9.

<sup>148</sup> Sul punto, cfr., per tutti, L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, Milano, 1988, 48 ss., ma *passim*; ID., *Le crisi di governo tra regole costituzionali e “regolarità” della politica*, in L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di governo nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale*, Atti di un Convegno, Catanzaro, 22 e 23 ottobre 1999, Torino, 2001, 91-106 e ora anche in ID., *Frammenti costituzionali e disordine politico*, cit., 263 ss.

<sup>149</sup> Cfr. C. BONZANO, *La Consulta alza il “sipario nero”*, cit., 15; ID., *Il segreto di Stato nel processo penale*, cit., 278 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Disarmonie*, 7 s.

<sup>150</sup> T.F. GIUPPONI, *La Corte e il segreto: Abu Omar, ultimo atto*, cit., 389; ID., *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte*, cit., 9.



Parlamento, a fronte peraltro di un marcato *self restraint* della Corte costituzionale nel sindacato sul concreto uso del segreto e sul rispetto dei valori costituzionali alla cui tutela è preordinato.

Si può notare, difatti, come la giurisprudenza costituzionale, fin dall'inizio, ed in seguito anche la normativa in tema di segreto di Stato abbiano gradualmente contribuito a configurare il Presidente del Consiglio come vero e proprio *dominus* del segreto, operando una concentrazione di potere di segretazione nelle sue mani, con l'obiettivo di individuare un unico centro di imputazione della responsabilità delle decisioni in materia di sicurezza dello Stato, ma senza la predisposizione di adeguati bilanciamenti<sup>151</sup>. Se da un lato, difatti, il controllo politico da parte del Parlamento, e dunque dell'organo rappresentativo della sovranità popolare, è stato particolarmente enfatizzato come unico tipo di sindacato possibile sulle più alte e importanti deliberazioni del Governo, soprattutto se aventi un carattere eminentemente politico e discrezionale, come quelle concernenti la sicurezza dello Stato, dall'altro lato a tutto questo è corrisposta la creazione di un organo – oggi il Co.pa.si.R. – privo di effettivi poteri, e pertanto incapace di promuovere adeguate verifiche. Si aggiunga, ad ulteriore riprova dell'inadeguatezza dell'attuale conformazione del controllo parlamentare, la mancata previsione – anche in seguito alla riforma del 2012 – di un'espressa clausola di incompatibilità tra la carica di membro del Comitato parlamentare e precedenti incarichi apicali di governo, circostanza che, come sopra accennato, potrebbe talvolta condurre, come difatti è avvenuto nella prassi, alla coincidenza tra controllori e soggetti che in precedenza avevano assunto la decisione sottoposta a giudizio. Può inoltre rilevarsi che mai le Camere abbiano esercitato, in tema di segreto di Stato, il generale potere di inchiesta di cui all'art. 82 Cost.<sup>152</sup>.

A fronte della debolezza del controllo parlamentare, avrebbe dovuto essere rafforzato quello svolto dalla Corte costituzionale, considerato che il potere giurisdizionale, invece, si arresta, temporaneamente, in seguito all'opposizione del segreto, e può arrestarsi definitivamente in relazione all'esito dei meccanismi di conferma del segreto, che, come in precedenza accennato, vengono attivati dall'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 202 c.p.p. e dell'art. 41 della l. n. 124/2007.

Come si è visto, tuttavia, la Corte stessa ha contribuito a delineare i confini del proprio controllo in senso restrittivo, con un'interpretazione al ribasso e fortemente depotenziata del proprio ruolo in sede di conflitti di attribuzione tra poteri, scaturenti dall'opposizione in giudizio del segreto di Stato.

Il rischio che potrebbe discendere da questo assetto è che i poteri dell'esecutivo in tema di segreto si vadano sempre più rafforzando, configurando il pericolo che il segreto di Stato si trasformi da strumento di tutela della sicurezza nazionale e degli interessi dello Stato-comunità a mezzo abusivamente adoperato a tutela di insondabili "ragioni di Stato", come peraltro talvolta avvenuto in talune fasi oscure della storia repubblicana, prestandosi ad utilizzi distorti, per ipotesi finalizzati a coprire attività illegali, irregolari o deviate dei servizi. Rischio cui non sarebbero in grado di far fronte né il controllo giurisdizionale, i cui poteri si arrestano dinanzi all'opposizione del segreto di Stato, né quello politico, che per ragioni di maggioranza potrebbe assai verosimilmente sostenere le scelte dell'esecutivo, né quello della Corte costituzionale, se la tendenza rimane quella ad un'interpretazione restrittiva e meramente formale della portata del proprio sindacato. Con la conseguenza che potrebbe andarsi incontro al pericolo di "concentrazione" del segreto, scaturente dal «rapporto fra il numero di coloro che esso colpisce e il numero di coloro che lo custodiscono» che rende tanto più temibili i segreti quanto più essi sono concentrati nelle mani di pochi soggetti, mentre al tempo stesso i loro riflessi investono tutti<sup>153</sup>.

Bisogna riconoscere, quindi, che «una disciplina della tutela del segreto di Stato tutta incentrata sul potere del capo del Governo e sul controllo politico parlamentare, senza un effettivo controllo

---

<sup>151</sup> Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 51; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 1009.

<sup>152</sup> Cfr. A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione ed innovazione*, cit., 1009.

<sup>153</sup> Cfr. E. CANETTI, *Massa e potere*, cit., 357-358; A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 52. Più in generale, sui rischi derivanti dalla tendenza del governo ad "interrarsi" nell'amministrazione ed al dilagare del potere tecnocratico, sottratto a qualsiasi controllo da parte della collettività, in correlazione alle lacune che colpiscono il sistema dei partiti v. L. VENTURA, *Il governo a multipolarità diseguale*, Milano, 1988.

giuridico e giurisdizionale è semplicemente un simulacro»<sup>154</sup>, anche se viene parallelamente rilevato che la riforma radicale del sistema dei rapporti tra poteri dello Stato in tale materia non potrebbe prescindere da un consistente apporto del legislatore, ordinario e costituzionale. Vi è chi auspica, infatti, l'esplicita previsione in Costituzione del fondamento del segreto di Stato, e l'espressa introduzione, con legge costituzionale, dell'attribuzione alla Corte del ruolo di "giudice del segreto" – autonomo e distinto rispetto al suo ruolo di giudice del conflitto – veste nella quale la Corte si troverebbe, per previsione istituzionale, a vagliare la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte sul segreto di Stato ed il loro bilanciamento con gli altri principi costituzionali di fondamentale rilievo<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 52.

<sup>155</sup> Cfr. F.G. PIZZETTI, *Il più recente orientamento della Corte costituzionale*, cit., 137.

**Roberto Conti**  
**La CEDU assediata?**  
**(osservazioni a [Corte cost. sent. n. 49/2015](#))**

SOMMARIO. **1.** Un altro tassello nei rapporti ordinamento interno CEDU in un mosaico sbreccato. **2.** Sulla (ritenuta) necessità di una giurisprudenza consolidata della CEDU. – **3.** La Corte costituzionale e la CEDU. – **4.** La Corte costituzionale e l'interpretazione del giudice comune. Un rapporto difficile. – **5.** Conclusioni.

**1. Un altro tassello nei rapporti ordinamento interno CEDU in un mosaico sbreccato.**

A distanza di pochi giorni dalla pubblicazione della [sentenza n. 49/2015](#) con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione e dal Tribunale di Trento sulla spinosa questione della confisca adottata nei confronti di soggetti prosciolti dal reato di lottizzazione abusiva commenti approfonditi e di segno opposto hanno accompagnato la decisione della Consulta che risolve nell'immediato gli incidenti di costituzionalità senza tuttavia dissipare i dubbi in ordine alla sorte delle lottizzazioni anzidette<sup>1</sup>.

La funzione delle riflessioni che seguono non sarà però quella di provare a disegnare gli scenari futuri rispetto al tema confisca, non avendo chi scrive particolare legittimazione in materia ed anzi distinguendosi la sent. n. [49/15](#) per un commendevole tasso di saggezza in relazione ai futuri passi che in un orizzonte in parte già tracciato la Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbe compiere sulla questione.

Preme, invece, di più misurarsi con il molto altro che la sent. n. [49/15](#) ha detto per giungere alla declaratoria di inammissibilità delle questioni, offrendo all'operatore giudiziario ulteriori tasselli al mosaico – come è stato definito – che si va lentamente componendo sul tema dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU.

Si dirà subito che i tasselli questa volta utilizzati dalla Corte scontano, per un verso, alcuni vizi genetici delle sentenze gemelle del 2007 e, fra questi, il principale rappresentato dal (ritenuto) vincolo al quale sarebbe tenuto il giudice comune rispetto alla giurisprudenza della Corte dei diritti umani. Per altro verso, gli approdi raggiunti riescono ad armonizzarsi solo in parte con i precedenti punti fermi fissati dalla stessa Corte costituzionale e sui quali, come aveva notato accorta dottrina, il giudice comune si era “ben” acquietato<sup>2</sup>.

La Corte costituzionale restringe i paletti che consentono alla CEDU e al suo diritto vivente di entrare nell'ordinamento interno ribadendo con forza ed anzi estremizzando la costruzione gerarchica sulla quale sono posti, l'una sopra all'altra, la Costituzione e la CEDU.

Ne viene fuori, così, un edificio poggiato stabilmente sulle fondamenta della Costituzione, rispetto alle quali la CEDU “non consolidata” non è in grado di incidere in alcun modo, proprio in ragione del suo essere “inferiore” e dunque obbligata a ritrarsi, a non operare, se vogliamo ad essere “disapplicata” dal giudice – comune e (sia pur con forme diverse) costituzionale – quando essa contrasta con la Costituzione.

Nulla muta, per converso, per il caso di giurisprudenza consolidata, rispetto alla quale dovranno applicarsi le coordinate già da tempo esposte dalla Corte costituzionale a proposito dell'obbligatorio sindacato di costituzionalità fondato sull'art. 117, 1° comma, Cost. – anche quando il giudice co-

---

<sup>1</sup> F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*; e A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, tutte in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>2</sup> E. LAMARQUE – F. VIGANÒ *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, a cura di L. CAPPUCCIO e E. LAMARQUE, Napoli, 2013, 177 ss.

mune dovesse ipotizzare una rottura fra CEDU e Costituzionale, destinata a sanarsi con la dichiarazione di incostituzionalità della norma di adattamento dell'ordinamento interno alla CEDU.

Si potrebbe dire niente di nuovo sotto il sole, se si guarda agli esiti delle pronunzie del giudice delle leggi susseguitesesi nel tempo, tutte improntate a sottolineare la natura subcostituzionale della seconda e la "...visione piramidale dei rapporti tra le Carte stesse (e – piaccia o no – in buona sostanza delle Corti...), *tanto secondo la teoria delle fonti quanto secondo la teoria dell'interpretazione*" (Ruggeri).

Ma quel che oggi la Corte sembra volere sottolineare con la sent. n. [49/15](#) ha plurima valenza.

Da un lato, si chiarisce che il piano gerarchico fra CEDU e Costituzione si irradia anche all'ambito delle operazioni interpretative che il giudice – comune e non – deve compiere allorché si ponga un problema di "conflitto" fra CEDU e Costituzione – ed i rispettivi diritti viventi – .

Dall'altro, emerge una pesante contrazione dell'effettività ed efficacia della giurisprudenza convenzionale e, prim'ancora, della CEDU. L'abile marchingegno utilizzato per giungere a tale risultato è rappresentato dal "non consolidamento" della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Il *vincolo* interpretativo al quale soggiace il giudice comune – secondo le opinabili indicazioni offerta dalle sentenze gemelle – si dissolve se non emerge una giurisprudenza solida della Corte europea sul caso di specie.

In tali casi la CEDU non sarà chiamata ad operare per scelta e volontà del giudice (comune) tutte le volte in cui lo stesso si trovi di fronte a risultati interpretativi incompatibili con la Costituzione. Anzi, se il diritto convenzionale non è consolidato, il giudice comune è chiamato ad un'opera di re-interpretazione del precedente isolato in chiave costituzionale e convenzionale.

La gerarchia delle interpretazioni sarà quindi tale da produrre l'abbandono dell'interpretazione della norma interna conforme a CEDU (non consolidata) – ma costituzionalmente illegittima – e, per converso, l'affermazione dell'interpretazione della norma interna sulla base della Costituzione. In tutte le vicende caratterizzate da basi non solide della CEDU, quindi, la Corte costituzionale non sarà più investita di alcun sindacato, dovendo la partita giocarsi tutta sul versante del giudice comune, al quale viene riservato lo "scettro" attraverso il quale governare le interpretazioni. Da qui la fine sottolineatura esposta in dottrina (Ruggeri) secondo cui la sent. n. [49/15](#) avrebbe messo i paletti alla Consulta stessa circa il ruolo della CEDU<sup>3</sup>.

## **2. Sulla (ritenuta) necessità di una giurisprudenza consolidata della CEDU.**

Ci si è così già accorti dalle premesse che tutto (o quasi) all'intero della sent. n. [49/15](#), ruota attorno al tema della *giurisprudenza consolidata*, sul quale la Corte si sforza di costruire un quadro di *principia* che dovrebbero valere per il (*recte*, ogni) giudice comune, impedendo alla radice il pericolo (duplice) di diventare entusiasta propagatore del verbo delle Corti internazionali e di rimanere attratto dal fascino ipnotico proveniente dalla CEDU (Bignami).

Proviamo ad andare con ordine.

---

<sup>3</sup> Triplice il risultato raggiunto dalla Corte costituzionale con la sent. n. [49/15](#), se vista insieme alle meno recenti prese di posizione a proposito di sentenze pilota ([n. 264/2012](#)). Si è, per un verso, definitivamente depotenziato il ruolo della Corte di Strasburgo, resa assai vulnerabile, in fase ascendente, fino al punto di non potere costituire un punto di riferimento valido sul piano ermeneutico per i giudici comuni in assenza di decisioni *consolidate* relative a fattispecie identiche che si pongono al giudice interno e parimenti contratta, in fase discendente, attraverso un uso esasperato e non sempre ortodosso, del margine di apprezzamento. Per altro verso, risulta decisamente condizionata – e a senso unico –, pur con un'operazione interpretativa finemente orientata a valorizzare il ruolo e le garanzie riservate dalla Costituzione al giudice interno, l'attività ermeneutica del giudice comune, sostanzialmente privato di un potere di interpretazione della CEDU anche quando questo si esprima attraverso il richiamo di una giurisprudenza convenzionale non direttamente riferibile al caso posto al suo vaglio. Ed ultimo, ma non per ultimo, sembra emergere, sottotraccia, l'intendimento di sgravare la stessa Corte costituzionale dall'antipatica situazione di dover continuamente misurarsi – e per certi versi competere – con la CEDU e con il suo diritto vivente, finendo con l'enfatizzarne il valore anche – e soprattutto – quando il giudice costituzionale giunge a risultati opposti e meno garantisti per i diritti fondamentali. I giudici costituzionali sembrano avvertire questo fastidio e intendono, dunque, applicare a proteggere la Costituzione e solo marginalmente occuparsi della CEDU che quel rango non ha, essendo privi anche i giudici che la applicano di quello stesso peso. Che siano i giudici comuni a farlo, purché rispettino le linee guida fissate dalla Corte stessa.

Secondo la [49/15](#) i giudici comuni non devono interpretare la legge interna in modo convenzionalmente orientato se la giurisprudenza della Corte europea non si è consolidata in una certa direzione. In queste circostanze, l'eventuale dubbio di compatibilità della norma convenzionale, arricchita da una giurisprudenza non consolidata con la Costituzione, renderebbe immediatamente inoperante la prima.

Si tratta di affermazioni assolutamente nuove, almeno per i tratti di approfondimento che ad esse si affiancano e che non sembra avere eguali nella pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale – pure ricordata dalla pronuncia in esame ([sentenze n. 236 del 2011](#) e [n. 311 del 2009](#)) – ove l'uso di espressioni e termini singoli non poteva preconizzare l'esito alla quale giungono oggi i giudici della Consulta.

Vi sarebbe, a sostegno di questa affermazione, un'esigenza primaria di diritto costituzionale volta al conseguimento di uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali. In questa prospettiva il ruolo di giudice di ultima istanza della Corte di Strasburgo troverebbe la sua giustificazione e dovrebbe coordinarsi con l'art. 101, 2° comma, Cost.

Il giudice comune, pertanto, non dovrebbe utilizzare la CEDU per come è espressa nei suoi articoli e/o nella giurisprudenza che non riguarda in modo specifico la vicenda posta al suo vaglio essendo chiamato, piuttosto, ad attendere che si formi un diritto vivente sul punto.

Questa (ritrovata) libertà del giudice trova un duplice limite, secondo la Corte.

Per un verso, "...il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata ([sentenza n. 210 del 2013](#)). In tale ipotesi, prosegue la Consulta, «la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa» ([sentenza n. 50 del 1970](#))<sup>4</sup>.

Per altro verso, il giudice comune dovrà sempre sentirsi vincolato dalle c.d. sentenze pilota.

Fuori da tali ipotesi la CEDU non è obbligatoria né ad essa, in simili casi, dovrebbe *obbedirsi*. In questa direzione sembra orientarsi la [49/2015](#)<sup>5</sup>.

La rigidità di tale conclusione non persuade.

Non sembra affatto che essere obbedienti alla Costituzione escluda l'obbedienza del giudice anche alle leggi ordinarie – fra le quali anche alla legge di adattamento dell'ordinamento interno alla CEDU – e che quest'obbligo valga e permanga, almeno, fino al punto che non vi sia contrasto fra le leggi ordinarie e la Costituzione.

Del resto, che senso avrebbe anteporre l'obbligo di fedeltà alla Costituzione se non si pone una questione di contrasto fra la legge nazionale e la Costituzione stessa. Perché l'obbligo di fedeltà alla CEDU dovrebbe venire meno se non vi è disallineamento di tutele?

Ora, la sent. n. [49/2015](#) tace completamente sugli aspetti concernenti la più intensa tutela (Ruggeri), sui quali le *seconde* sentenze gemelle ([nn. 311](#) e [317 del 2009](#)) non avevano mancato di insi-

---

<sup>4</sup> Il riferimento alla [sentenza n. 210/2013](#) presenta qualche margine di ambiguità. E' noto, infatti, che nella [sentenza n. 210/2013](#) si era in presenza di un caso in cui il giudice nazionale era chiamato ad estendere gli effetti favorevoli prodotti da una sentenza della Corte dei diritti umani originata da un ricorso al quale lo stesso non aveva preso parte ma che riguardava una vicenda identica a quella scrutinata dalla Corte di Strasburgo. Rispetto a tale vicenda la Corte costituzionale è giunta ad ammettere la possibilità di modificare, in fase esecutiva, il giudicato contrastante con la CEDU formatosi in favore del terzo ricorrente a Strasburgo. In effetti non è agevole comprendere le ragioni che non consentirebbero all'art. 101 Cost., per come viene inteso dalla Corte costituzionale, di operare in simili vicende che non attonano ad una rivisitazione di un giudizio interno sulla base di una pronuncia della Corte, ma semmai sono frutto di un'estensione operata dal giudice nazionale dell'efficacia di una decisione avente efficacia simile a quella della sentenza pilota – stando a quanto affermato dalla sent. n. [210/2013](#). Peraltro, il caso Scoppola c. Italia, dal quale è scaturita la [pronuncia n. 210/2013](#), non poteva dirsi frutto di una giurisprudenza consolidata, ma semmai di una presa di posizione, innovativa, della Grande Camera, rispetto all'interpretazione dell'art. 7 CEDU.

<sup>5</sup> Cfr. punto 7 cons. diritto: "Quando, invece, si tratta di operare al di fuori di un simile presupposto, resta fermo che "L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri" ([sentenza n. 349 del 2007](#)). Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione".



stere, in ciò seguite espressamente da [Corte cost. n. 191/2014](#) e – indirettamente – da Corte cost. n. [223/2014](#)<sup>6</sup>.

Per il caso in cui la norma ordinaria interna impedisce la tutela più intensa che si rinviene in termini generali nella giurisprudenza della Corte EDU, la [sentenza n. 49/2015](#) è tassativa: “... Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto.”

Allo stesso modo, quando il giudice comune si interroga sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, “... questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale.”

Solo il diritto consolidato della CEDU potrà quindi aprire le porte al sindacato di costituzionalità<sup>7</sup>.

### **3. La Corte costituzionale e la CEDU.**

In definitiva, se si estremizza il ragionamento che la sent. n. [49/2015](#) propone agli operatori giuridici, non si avrebbe difficoltà alcuna a giungere alla conclusione che la CEDU e il diritto vivente “non consolidato” non ha alcuna possibilità di operare, tanto poco significativo e probante risulta, fino a coincidere con un vero e proprio “non diritto” proprio perché *in progress*, in divenire, ancora “da farsi”.

Si tratta, a sommessima opinione di chi scrive, di conclusioni non condivisibili nella loro assolutezza, essa contrastando sotto diversi profili con il ruolo che la CEDU ha nell’ordinamento interno, con gli obblighi assunti a livello di Consiglio d’Europa e con il significato della giurisprudenza convenzionale.

In effetti, nella decisione qui esaminata non mancano accenti positivi verso la Corte di Strasburgo.

Per un verso, infatti, si coglie in maniera nitida la funzione della CEDU rispetto alle violazioni che hanno natura “sostanzialmente” penale. Si tratta di un riconoscimento di un “valore” assai importante che, di certo, non trova spazio nella Costituzione e che dunque sicuramente integra il quadro dei principi costituzionali. Anzi, si gettono forse le basi per affrontare le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione, tributaria e penale, in tema di bis in idem, non apparendo affatto casuale il richiamo, pur incidentale, alla sentenza della Grande Camera Grande Stevens c. Italia.

Né mancano nella sent. n. [49/15](#) accenti tesi a valorizzare la particolare caratterizzazione della CEDU e della sua giurisprudenza nella loro comune dimensione concreta dei diritti, di effettività ‘quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti’. Nemmeno l’approccio alla lettura composita della giurisprudenza convenzionale sul tema della confisca è in sé criticabile. Anzi, non sembra potersi escludere che la Corte avrebbe potuto rigettare nel merito la questione di legittimità costituzionale proprio utilizzando, almeno in parte, gli argomenti spesi per inquadrare la sentenza Varvara nel contesto costituzionale e convenzionale.

Ma rispetto a taluni passaggi motivazionali nei quali, comunque, si poteva intravedere un filo comune benevolmente orientato a fondare un percorso dialogico sul quale i giudici – nazionali e non – potevano e dovevano confrontarsi sulla base di un sano e corretto bilanciamento fra diverse

---

<sup>6</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, a parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti ...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in ID., “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XVIII, Studi dell’anno 2014, Torino, 2015, 369 ss.

<sup>7</sup> Alle ipotesi indicate nel testo, mi fa notare A. RUGGERI, deve aggiungersi il sindacato accentratore di costituzionalità nel caso che, pur mancando il diritto consolidato, non si riesca tuttavia a dare della legge un’interpretazione costituzionalmente conforme.



istanze, la Corte fa seguire una serie di considerazioni rivolte, in buona sostanza, a ridurre l'ambito operativo della CEDU e l'ambito ermeneutico entro il quale il giudice comune può muoversi.

[Corte cost. sent. n. 49/2015](#) sembra infatti dare voce a quel sentimento di più o meno espresso dissenso rispetto ai (solo apparentemente sacri) canoni convenzionali.

Creatività della decisione, contrasto con altre pronunzie della Corte EDU, emanazione di decisioni da parte di sezione semplice e/o nei confronti di altri Stati, non apprezzabilità delle questioni peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale che la Corte europea non ha potuto apprezzare, carattere più o meno *robusto* delle opinioni dissidenti, risoluzioni di contrasti innanzi alla Grande Sezione. Insomma, un compendio di elementi che devono indurre non tanto ad un atteggiamento di prudenza da parte del giudice comune, ma di vera e propria emarginazione della CEDU. Mai una sola pronunzia della Corte EDU potrebbe fondare l'interpretazione del giudice interno – a meno che si tratti di sentenza pilota –.

Se sono i meccanismi stessi della Corte EDU a dimostrare la possibilità di conflitti, di opinioni dissidenti, di passaggi dalle Camere alla Grande Camera, come il giudice comune potrebbe fare affidamento sulla CEDU quando essa non offre approdi sicuri o non si è pronunziata su un caso analogo o, ancora, se si è pronunziata una sola volta senza uniformarsi alla propria giurisprudenza? Meglio, in questo caso attendere, non applicarla.

A sostegno di tale argomento si richiama una giurisprudenza convenzionale in tema di art. 28 CEDU<sup>8</sup> mutuando, tuttavia, dal piano – tutto interno al sistema convenzionale e ancora gravido di elementi di incertezza – del riparto di competenza fra diversi organi giurisdizionali della Corte – a seconda dell'esistenza di profili di irricevibilità, ripetitività, novità o rilevanza dei ricorsi – fra Giudice unico, Comitato (di tre giudici), Camera e Grande Camera – il concetto di giurisprudenza consolidata che viene applicato dalla Corte costituzionale al ben differente piano dell'efficacia della CEDU negli ordinamenti dei Paesi membri.

Orbene, le conclusioni professate dalla sent. n. [49/15](#) scontano un vizio genetico, frutto delle prime sentenze gemelle del 2007, correlato alla costruzione del rapporto fra giudice nazionale e CEDU in termini di “vincolatività”. Sulla questione, già ben focalizzata in dottrina<sup>9</sup>, ci si permette di rinviare a precedenti riflessioni<sup>10</sup>.

Qui pare sufficiente ricordare che la Corte di Strasburgo non costituisce un organo interno alle giurisdizioni nazionali, non si pone dunque al vertice dell'organizzazione giudiziaria, non è giudice di quarta istanza; non ha, almeno de iure condito, un collegamento diretto “in prevenzione” con i giudici nazionali né ha mai espresso in termini di “vincolatività” il rapporto che la lega alle giurisdizioni nazionali – per come emerso nella stessa Conferenza di Brighton<sup>11</sup> –, piuttosto guardando, secondo una prospettiva di sostanza ad essa cara, alla verifica che la CEDU sia realmente ed effettivamente applicata a livello interno<sup>12</sup>.

Ora, la prospettiva che sembra prediligere la sent. n. [49/15](#) è proprio quella di introdurre un'eccezione ai principi espressi dalle sentenze gemelle in tema di vincolatività delle sentenze del giudice europeo.

Ma quel che sembra accentuata nella pronunzia anzidetta è la volontà della Corte costituzionale di scolpire alcuni tratti innovativi della sua giurisprudenza spostando il raggio d'azione dall'obbligo del giudice comune della CEDU di applicare la Convenzione alla non vincolatività della CEDU non

---

<sup>8</sup> Su tale articolo della CEDU, v. R. CHENAL, *Commento all'art. 28*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 596 ss. L'Autore ricorda che la relazione esplicativa al Prot. n. 14 fornisce indicazioni sui casi che possono essere risolti dal Comitato di tre giudici sulla base di una giurisprudenza consolidata.

<sup>9</sup>E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 260 ss. e 290 ss.

<sup>10</sup>R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 202 ss.

<sup>11</sup> Il punto è ricordato da E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, 300.

<sup>12</sup> R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo cit.*, 202 ss. e 236 ss.

consolidata, per farne, in definitiva, derivare la perdita di efficacia e di consistenza della seconda ed il ragguardevole contenimento dell'attività del primo. Il tutto con la pretesa di individuare, da parte della Corte costituzionale medesima, gli "indici" della "sostanza" della giurisprudenza europea<sup>13</sup>.

Ora, rispetto a tali conclusioni non sembra potersi negare che la Corte costituzionale si allontana e di parecchio dallo schema fissato dalla [sentenza n. 349/2007](#).

Lì uno dei punti fermi era stato che "...al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale" ... posto che "...l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione"<sup>14</sup>.

Oggi il ruolo del giudice comune sembra annichilirsi completamente rispetto al dato dell'assenza di una giurisprudenza consolidata della Corte che, se utilizzata dal giudice interno, non sarà mai vincolante per il giudice, né potrà dare luogo ad un incidente di costituzionalità allorché possa profilarsi anche solo un dubbio di costituzionalità della norma convenzionale. A nulla vale che il giudice interno sia giudice comune della CEDU. Se manca il diritto consolidato il semaforo verso l'attuazione della CEDU rimane rosso.

Esito che, tuttavia, non pare nemmeno persuasivo contrastando anche con gli obblighi assunti a livello internazionale dal nostro Paese e, infine, con il significato stesso della giurisprudenza convenzionale.

Tali conclusioni entrano infatti in rotta di collisione con i canoni di sussidiarietà che intravedono nelle autorità nazionali e, tra queste, nelle Corti giudiziarie il vero e proprio "motore" della CEDU e che l'Italia, insieme agli altri Paesi contraenti, ha ribadito proprio in occasione della Conferenza di Bruxelles dei 26-27 marzo 2015 sullo stato di implementazione della CEDU<sup>15</sup>, ormai sostanzialmente protesa, con il pieno consenso dei Paesi contraenti, a rimandare alle giurisdizioni nazionali la competenza di decidere vicende per le quali si è pronunciata la Corte di Strasburgo, anche se "una sola volta".

Qui si è infatti riaffermata la piena operatività della CEDU *prima* che la Corte di Strasburgo sia chiamata valutare gli eventuali ricorsi individuali, specificamente riconoscendo il ruolo del "giudiziario"<sup>16</sup>. In questa prospettiva, esattamente il giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia qui esaminata, si è *riaffermato*, da parte di tutti gli Stati contraenti – e dunque anche dell'Italia – che "...the primary responsibility of the States Parties to ensure the application and effective implementation of the Convention and, in this regard, reaffirms that the national authorities and, *in particular, the courts are the first guardians of human rights ensuring the full, effective and direct application of the Convention – in the light of the Court's case law – in their national legal system, in accordance with the principle of subsidiarity.*" – enfasi aggiunta ...– .

---

<sup>13</sup> A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, cit. , pag. 5.

<sup>14</sup> Su questi passaggi ci eravamo soffermati già nel nostro *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo* cit., 205 ss.

<sup>15</sup> High – level Conference on the "Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility", in [http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration\\_EN\\_tcm421-265137.pdf](http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_EN_tcm421-265137.pdf).

<sup>16</sup> V. Dichiarazione del 27.2.2015, cit.: "... *Reiterates the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and in particular the primary role played by national authorities, namely governments, courts and parliaments, and their margin of appreciation in guaranteeing and protecting human rights at national level, while involving National Human Rights Institutions and civil society where appropriate;*[... ] *Stresses the importance of further promoting knowledge of and compliance with the Convention within all the institutions of the States Parties, including the courts and parliaments, pursuant to the principle of subsidiarity...* [ ]. P. 2: "... *Reiterates the firm determination of the States Parties to fulfil their primary obligation to ensure that the rights and freedoms set forth in the Convention and its protocols are fully secured at national level, in accordance with the principle of subsidiarity...*".

Si tratta, a ben considerare, della riaffermazione di principi già scolpiti nel corso della Conferenza di Interlaken sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>17</sup>.

Resta davvero poco da aggiungere a quanto testé riconosciuto, se non che l'assenza di una giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella materia oggetto di esame da parte del giudice comune non avrà né potrà mai avere come effetto l'impossibilità di operare un'interpretazione convenzionalmente orientata, risultando comunque dovuto l'obbligo del primo di conformarsi alla CEDU<sup>18</sup> sempre che egli ravvisi la possibilità di applicare dei principi che ritiene conferenti al caso posto al suo cospetto, magari perché applicati in casi analoghi anche se in un altro Stato contraente<sup>19</sup>.

E' evidente, peraltro, che in tali casi il ruolo del giudice più che ridursi si accrescerà, egli contribuendo, nella sua veste di giudice comune della CEDU a fornire, mediante adeguata motivazione, una risposta alla vicenda compatibile con quello che gli appare essere il quadro dei principi convenzionali e costituzionali.

Ciò ovviamente passerà attraverso la verifica del proprio operato attraverso i vari gradi di giudizio ed eventualmente la stessa Corte di Strasburgo. Ove quest'ultima sarà chiamata a pronunziarsi, incomberà ancora una volta sul giudice comune l'obbligo di operare un'interpretazione convenzionalmente orientata, per realizzare la quale egli si troverà a dovere tenere in considerazione la pronunzia della Corte europea, in ogni caso dovendo improntare il proprio operato al raggiungimento del massimo livello di espansione delle tutele.

I casi delle c.d. sentenze pilota, d'altra parte, non nascono dall'esistenza di una giurisprudenza costante e consolidata della Corte stessa, ma dalla ripetitività dei casi che vengono al cospetto di quel Giudice, tanto da indurlo ad adottare una decisione che indica misure di ordine generale capaci di elidere le violazioni per tutti i casi che pendono innanzi ad essa o che denotano, in ogni caso, un deficit strutturale del sistema interno. In tali casi, pertanto, l'unicità della decisione – anche se non adottata dalla Grande Camera – cfr., ad es., [Corte dir. uomo, Torreggiani c. Italia](#) – non ne elide certo la capacità di produrre effetti anche sul piano interpretativo. In tali casi il carattere consolidato non nasce, allora, dalla reiterazione di pronunzie della Corte europea, ma semmai dalla circostanza che anche soltanto una decisione della Corte si è occupata di una vicenda analoga presenta tuttavia aspetti di identità con quelli della vicenda posta al cospetto del giudice.

Allo stesso modo, la possibilità di *revirement* della giurisprudenza convenzionale, come anche le opinioni dissenzienti non possono impedire *tout court* l'applicazione della CEDU sul piano interpretativo, semmai condizionando le operazioni di bilanciamento che il giudice comune sarà volta per volta chiamato ad operare, tenendo insieme sul suo scrittoio la Costituzione, la CEDU e le Carte che tutelano i diritti fondamentali, avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani.

Mai, del resto, la Corte europea ha affermato di essere il soggetto tenuto ad interpretare la CEDU in modo vincolante per le autorità dei Paesi membri<sup>20</sup> senza che ciò voglia ovviamente significare

<sup>17</sup> V., sul punto, volendo, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 233.

<sup>18</sup> Sul punto, E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, 299, ricorda l'opinione espressa dal Presidente della Corte europea Jean-Paul Costa, secondo il quale in linea di principio spetta alle corti nazionali la stessa interpretazione della Convenzione, sia pure sotto la supervisione finale della Corte europea. Analogamente, v. R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di G. BRONZINI e R. FOGLIA, Milano, 2013, 245, ove avevamo ricordato il pensiero del già Presidente della Corte di Strasburgo Wildhaber, ove si sottolineava che la CEDU "si rivolge al giudice nazionale, attore principale della protezione dei diritti e delle libertà, al quale spetta di attuare il dettato convenzionale".

<sup>19</sup> Avevamo già ricordato – R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 243 – l'affermazione della Corte europea che include nella verifica del rispetto della CEDU da parte del giudice nazionale l'aver preso in considerazione i principi resi in questioni simili da quel giudice anche quando sono stati affermati nei confronti di altri Stati – Corte dir. uomo, 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia, ric. n. 33401/2, §163: "... in carrying out this scrutiny, and bearing in mind that the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section I of the Convention, the Court will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other States".

<sup>20</sup> R. CONTI, *op. ult. cit.*, 235 ss. Non è inutile ricordare un passo dell'intervento svolto dal Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo D. SPIELMANN nel corso dell'inaugurazione

che la giurisprudenza di quel giudice non abbia efficacia nel processo di attuazione del diritto convenzionale negli ordinamenti interni. Le autorità interne saranno infatti tenute a *tenere in considerazione* la giurisprudenza della CEDU, avendo in ogni caso come stella polare l'attuazione della CEDU, la garanzia dei diritti ivi tutelati che i giudici nazionali possono meglio di ogni altro realizzare proprio perché a diretto contatto con i casi, con le vicende, con i fatti.

Orbene, le considerazioni appena espresse non intendono dunque in alcun modo negare il fatto che nell'attività di interpretazione ed applicazione del diritto di matrice convenzionale gli elementi esposti dalla sent. [n. 49/2015](#) non debbano essere adeguatamente considerati e ponderati in sede di verifica giudiziale.

Esse intendono semmai chiarire, ancora una volta, la centralità del giudice comune nel processo di attuazione dei diritti fondamentali.

Per prima cosa emerge in modo palese come la strada intrapresa dalla Corte costituzionale nel 2007 di negare al giudice comune il sindacato diretto sulla CEDU è diventata assai stretta. Via via che ci si vanno conoscendo ed analizzando con attenzione le dinamiche della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo ci si accorge dell'insoddisfazione derivante da un sistema chiuso, tarato inscindibilmente sul meccanismo contrarietà della norma interna alla CEDU=incostituzionalità, avvertito come difficilmente sostenibile, malgrado l'uso accorto delle tecniche del *distinguishing* sulle quali pure si è misurata la Corte costituzionale<sup>21</sup>.

Proprio le ragioni esposte da [Corte cost. sent. n. 49/15](#), come il riferimento alla "sostanza" della giurisprudenza della Corte EDU al quale pure si dedica un passaggio<sup>22</sup> e la stessa dottrina del consenso, destinata a modulare gli obblighi posti a carico dei singoli Stati nell'attuazione dei diritti fondamentali<sup>23</sup>, sembrano suggerire un controllo di convenzionalità diffuso, capace di adeguarsi al fatto, alla concretezza della vicenda, agli eventuali aggiustamenti che possono provenire dalle Corti nazionali e sovranazionali e/o dai pareri "non vincolanti" della Corte europea quando – si spera prima possibile – entrerà in vigore il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU<sup>24</sup> – .

---

dell'anno giudiziario 2015 svoltasi a Strasburgo il 30 gennaio 2015, particolarmente chiaro nel descrivere, sa pure attraverso una metafora, il ruolo della Corte stessa e delle corti nazionali rispetto all'attuazione della CEDU, che attraverso le sue interne caratteristiche di strumento vivente si presta quasi naturalmente ad un invero a più livelli, armonizzati ed orchestrati dal giudice di Strasburgo: "... The rhythm imposed by our Court is not necessarily the same as that of the member States. Sometimes we go further and advance more quickly. But not always and not systematically. It even happens – and this is increasingly the case – that, in applying the Convention, domestic courts are already ahead of us. Such superimposing of different rhythms which play out simultaneously and independently of each other can be compared to the use of polyrhythms, well known to musicians, and of which a celebrated example can be found in the "Sacrificial Dance" from Igor Stravinski's "The Rite of Spring". The rhythmic structure is the starting point in the "The Rite of Spring", not so much because of its predominance over the other musical parameters, but because it organises the rest. One hundred or so years ago Stravinski thus invented a new tempo. In the European Court of Human Rights and in the national courts, we each have our own rhythms that we strive to play together, with our living instrument, the Convention."

<sup>21</sup> R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit. ,252; ID. , *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 2011, 9, 1243.

<sup>22</sup> V., sul punto, volendo, R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>23</sup> R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 217 ss.

<sup>24</sup> Su cui abbiamo già espresso qualche riflessione in [La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea](#), in questa *Rivista*, 2014 (18.05.14), ora inserito nel volume, di imminente pubblicazione, curato a E. LAMARQUE che racchiude gli interventi svolti al Convegno su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, organizzato dall'Università degli Studi di Milano Bicocca – Dipartimento delle Scienze Giuridiche



Proprio le considerazioni espresse dalla Corte Costituzionale in ordine alle peculiari caratterizzazioni della giurisprudenza convenzionale dimostrano che sono unicamente il caso di specie insieme all'esame specifico della vicenda e della giurisprudenza a potere orientare l'attività interpretativa del giudice, questi dovendo tenere in considerazione in maniera congiunta e non frazionata i diritti fondamentali e le fonti dalle quali promanano. Ciò che, del resto, aveva sagacemente suggerito [Corte cost. sent. n. 191/2014](#), sottolineando il compito del giudice comune rivolto alla "massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento"<sup>25</sup>.

Se, dunque, il piano dei rapporti fra le interpretazioni va riportato all'interno del sindacato ermeneutico riservato al giudice comune, le preoccupazioni della Corte costituzionale sono allora destinate ad attenuarsi, operando la Corte europea al pari di ogni altra giurisprudenza delle Corti superiori – anche interna – e perciò stesso destinata, eventualmente, ad essere ponderata da altri giudici interni – che operano nel nome e nell'interesse della Convenzione stessa o modificata nelle sue coordinate anche per effetto di diverse e più progredite decisioni dello stesso giudice.

D'altra parte, un simile procedere si riconosce ed ammette, sul piano interno, nei rapporti fra giudice di merito e giudice di legittimità<sup>26</sup> – e non è dato comprendere perché non debba valere – sia pur con i necessari temperamenti – sul piano dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU.

Né sul piano interno si è mai pensato che una norma positiva debba trovare applicazione solo quando la Corte di Cassazione abbia sulla stessa statuito o sulla stessa abbia formato una giurisprudenza consolidata.

La circostanza che la Corte Suprema di Cassazione abbia il compito di garantire l'uniforme interpretazione del diritto<sup>27</sup>, in modo molto più incisivo di quanto non faccia l'art. 32 CEDU rispetto alla *competenza* della Corte di Strasburgo in ordine all'interpretazione della Convenzione<sup>28</sup>, non significa certo che se il giudice di legittimità non si è pronunciato su una certa legge o non ha formato una giurisprudenza consolidata ...la legge è priva di effetto o il giudice di merito non può fare applicazione del principio fissato da "una sola" sentenza della Cassazione ovvero gli è impedito di applicare principi di ordine generale espressi dallo stesso giudice di legittimità ma ritenuti pertinenti nel caso di specie!

Occorre allora intendersi. Se il messaggio della sent. n. [49/2015](#) dovesse suonare nel senso che la CEDU va disapplicata se: a) la Corte europea non si è pronunciata sulla vicenda concreta; b) si è pronunciata su un caso simile che non è identicamente sovrapponibile ad altri affrontati "in modo

---

Nazionali e Internazionali, Dipartimento dei Sistemi Giuridici – e dalla Scuola Superiore della Magistratura – Ufficio territoriale della formazione del distretto di Milano – in Milano, 10 marzo 2014.

<sup>25</sup> D'altra parte, la prospettiva ora proposta dalla Corte costituzionale potrebbe risultare ragionevole e persuasiva se, come avevano prefigurato le sentenze gemelle del 2007, il sindacato di convenzionalità fosse necessariamente ancorato al meccanismo della caducazione della norma interna contrastante con la CEDU che integra il parametro costituzionale dell'art. 117, 1° comma, Cost. Per elidere una norma interna dall'orizzonte normativo e farle perdere per sempre la sua efficacia l'esigenza propugnata dalla Corte costituzionale potrebbe risultare digeribile.

<sup>26</sup> Cass. (ord.) 174/2015, con commento critico di A. LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>27</sup> In altra sede abbiamo peraltro cercato di affrontare l'evoluzione del ruolo nomofilattico delle Corti supreme proprio in ragione dell'avvento delle Carte dei diritti fondamentali: v. [La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea](#), cit.. Di tale prospettiva dà conto anche la Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione presentata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>28</sup> In questo senso il "ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo" al quale accenna [Corte cost. sent. n. 49/15](#) va rettamente inteso. La Corte di Strasburgo, come dalla stessa ripetuto quasi fino all'ossesso, non è quello di un quarto grado di giudizio, essa semmai dovendo unicamente verificare che la CEDU abbia trovato espansione a livello interno. Non si pone, così, all'interno del circuito delle giurisdizioni nazionali come organo di impugnazione e dunque si distingue nettamente dal ruolo ricoperto dal giudice di legittimità.

robusto” dal giudice di Strasburgo; c) quest’ultimo si è pronunciato in modo “dubbio”, avrebbe davvero ragione chi, all’indomani di [Corte cost. sent. n. 49/2015](#), ha preconizzato un senso di smarrimento da parte del giudice comune.

Tale stato, tuttavia, deriverebbe soltanto dalla distonia fra dette conclusioni e la consapevolezza del ruolo di garante della legalità e dei diritti fondamentali che al giudice comune è stato attribuito dalla Costituzione non per costituire in capo ad esso un potere, ma semmai per riconoscerne il servizio, speso nell’interesse esclusivo di quanti calcano le aule di giustizia.

E ciò si dice senza retorica alcuna sottolineando, per l’appunto, che al di là della rappresentazione del giudice un po’ superficiale che sembrerebbe emergere allorché questi si acconcia alla CEDU ed alle sirene della sua giurisdizione, fa da contraltare un giudice comune progressivamente orientato, negli anni, a inverare la protezione dei diritti fondamentali anche attraverso la CEDU e prim’ancora dell’interpretazione costituzionalmente orientata, suggellata nel corso del convegno di Gardone del 1965.

È, dunque, la storia della giurisprudenza di legittimità, pur a fasi alternate, che non si può certo descrivere come “vittima” della CEDU, ma semmai come autentico artefice della tutela convenzionale, a partire dalle sentenze Medrano e Polo Castro, passando dallo storico *poker* delle sentenze delle Sezioni Unite civili del 2004 in tema di Legge Pinto<sup>29</sup>, fino a giungere alla mai adeguatamente valorizzata Cass. S.U. n. 28507/2005<sup>30</sup>.

#### **4. La Corte costituzionale e l’interpretazione del giudice comune. Un rapporto difficile.**

Ma a questo punto si apre un ulteriore e non meno spinosa questione.

La Corte costituzionale, come si è visto, individua diversi profili di inammissibilità delle questioni sollevate dai giudici comuni.

Alcuni sembrano effettivamente muoversi sul versante del meccanismo di operatività del sindacato della Corte costituzionale.

In questa prospettiva si spiega il primo profilo di illegittimità per avere indicato erroneamente come punto di riferimento del giudizio di costituzionalità la norma che prevede la confisca obbligatoria interpretandola in modo convenzionalmente orientato e non la legge di adattamento alla CEDU che imporrebbe quella interpretazione. In questo stesso ambito si colloca l’ulteriore motivo di inammissibilità, il quarto, correlato alla mancata motivazione sulla rilevanza della questione di costituzionalità<sup>31</sup>.

Ma se si vanno a scorrere le ulteriori cause di inammissibilità esposte dalla Corte costituzionale, le stesse, a ben considerare, si muovono tutte nell’ambito di un vero e proprio sindacato di legittimità del giudice costituzionale rispetto all’attività interpretativa riservata al giudice comune.

Ciò sembra emergere sia per la parte in cui la Corte contesta al giudice comune di avere assecondato l’idea che alla Corte europea sia riservato il compito di interpretare la legge interna. Sia, e ancora di più, quando la Consulta passa in rassegna tutte le diverse ragioni di inammissibilità correlate a veri e propri errori di diritto del giudice comune, al quale si imputa: a) di non avere considerato sul piano interpretativo la prevalenza dell’interpretazione costituzionalmente orientata su quella convenzionale; b) di avere dato peso ad un precedente isolato della Corte europea, utilizzandolo nel

---

<sup>29</sup> V., volendo, R. CONTI, *Cedu e diritto interno: le sezioni unite si avvicinano a Strasburgo sull’irragionevole durata dei processi*, in *Corr. giur.*, 2004, 5, 609 ss.

<sup>30</sup> R. CONTI, *Le Sezioni Unite ancora sulla legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della CEDU*, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 833.

<sup>31</sup> Secondo [Corte cost. sent. n. 49/2015](#) la motivazione dell’ordinanza di rimessione era nel senso che non erano emersi dagli atti elementi incontrovertibili, che permettessero di escludere che i terzi acquirenti fossero in buona fede, omettendo di dare conto del superamento della presunzione di non colpevolezza del terzo. Tale ragionamento, tralasciando di considerare che per la giurisprudenza della stessa Cassazione la prova della mala fede era necessaria, sia pur con una certa elasticità, e spettava all’accusa, aveva adottato un criterio di giudizio esattamente opposto, e perciò inidoneo a sorreggere la confisca.



processo ermeneutico ancorché questo fosse per un verso privo di rilevanza e, per altro verso, interpretandolo a sua volta in modo non costituzionalmente e convenzionalmente orientato<sup>32</sup>.

Ma, ce lo chiediamo con il massimo rispetto per l'Istituzione, il giudice costituzionale può operare un sindacato sull'interpretazione della legge interna e della CEDU operato dal giudice comune? Esiste un grado di giurisdizione nell'ordinamento interno in base al quale la Corte costituzionale possa vestire i panni di giudice dell'impugnazione delle decisioni del giudice comune, soprattutto quando è essa stessa a dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale?

La risposta a tali quesiti sembra emergere dalla stessa pronuncia qui esaminata.

Viene infatti per la prima volta richiamato l'art. 101, 2° comma, Cost. e la soggezione soltanto alla legge del giudice. Implicito, ma nemmeno tanto, il riferimento alla dottrina che aveva più di altri sviluppato questi argomenti<sup>33</sup>.

Inizia così a delinearci, sottotraccia, la figura del buon giudice comune. Un giudice che non deve essere *automa*, obbligato ad applicare la CEDU. Un giudice che non deve essere afflitto, coatto, intellettualmente “servo” della CEDU e dei *dicta* della Corte europea. E in definitiva, un giudice che non deve essere sciocco, né prodigo verso le derive e le sirene provenienti da oltre confine, né poco avvertito rispetto ai sacri (questi sì) principi costituzionali di matrice interna, né poco attento alla tradizione giuridica e culturale domestica, né antipatriottico né un po' rozzo quando pone sullo stesso piano della Costituzione un *trattato* internazionale, ratificato con una legge ordinaria.

Ma vi è di più. Il buon giudice non sarà *motu proprio* tenuto a compiere alcuna interpretazione convenzionalmente conforme se manchi una giurisprudenza convenzionale consolidata.

Se rispetta questi canoni, allora potrà dirsi che l'ordinamento interno ha un giudice all'altezza dei suoi compiti. Se (e solo se) si rispettano tali pre-condizioni (e solo allora) la CEDU potrà essere elemento fondante del processo decisionale del giudice comune. Altrimenti, il giudice comune che dovesse *forzare* tale cornice, attivando un sindacato di convenzionale all'interno del processo ermeneutico che lo porta lui stesso, magari per la prima volta, ad applicare la CEDU, sarà complice di operazioni capaci di mettere a repentaglio la Costituzione stessa e si porrà egli stesso fuori dal perimetro costituzionale.

Certo, guardandola da una certa visuale, siffatta rappresentazione sembra promuovere e rimarcare la centralità del proprio ruolo quale “gestore” dei rapporti intersistemici, “...perno del “sistema dei sistemi” che dai paletti fissati dalla Consulta si tiene, dando quindi modo ai rapporti stessi di svolgersi in modo congruo con l'esigenza di preservare l'indeclinabile funzione della Costituzione quale “Carta delle Carte”, punto esclusivo di integrazione– unificazione del sistema medesi-

<sup>32</sup> Dunque, i remittenti avrebbero dovuto decidere facendo leva sulle tecniche di interpretazione che, nel caso di specie, non sarebbero state correttamente utilizzate. Ed ancora, i giudici *a quibus* – la Cassazione in posizione difensivistica del regime attuale e il giudice di Trento in opposta direzione “distruttiva” del sistema interno– avrebbero dovuto correttamente interpretare la sentenza Varvara e non lo hanno fatto. Ed ancora più a monte, preso atto dell'unicità di quella giurisprudenza, non avrebbero nemmeno dovuto porsi il problema dell'eventuale contrasto con la CEDU.

<sup>33</sup> A. D'ATENA, *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, intervento svolto al seminario svolto il 6 novembre 2009 presso il Palazzo della Consulta sul tema “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, 203; A. BONOMI, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, in questa *Rivista*, 2012 (05.04.12); M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. Cost.*, 2008, 595 ss.; ID., *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo di monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, 121 ss.

mo.”(Ruggeri) Se è davvero questa la lettura da dare alla sent. n. [49/2015](#) e se realmente la Corte intende operare sul piano della riduzione del proprio controllo di convenzionalità, *chapeau*.

Se invece dovesse prevalere una lettura della decisione in esame i termini di approfondimento dell’ottica di riduzione dell’incidenza della CEDU nell’ordinamento interno<sup>34</sup> non sembra potersi disconoscere che i vincoli fissati dalla Corte costituzionale all’operato del giudice– pur ammantati abilmente all’interno di un percorso che sembra implementarne l’ambito operativo (in realtà a senso unico)<sup>35</sup>, non sembrano coerenti con le stesse premesse che la Corte costituzionale pone a base del suo ragionamento e si indirizzano, in definitiva, verso una prospettiva volta a verificare, in ultima istanza, se il giudice comune ha fatto bene o male il proprio mestiere. Ma il punto è che proprio l’art.101 Cost. non consente alla Corte costituzionale di prefigurare l’iter argomentativo del giudice comune, egli rimanendo soggetto soltanto alla legge<sup>36</sup>.

Il giudice, in effetti, come ci è capitato di ricordare in altra occasione<sup>37</sup>, è, oggi più che mai, “soggetto alla legge” “...secondo la lapidaria, particolarmente espressiva, formula della nostra Carta costituzionale[art. 101, n.d.r.], nondimeno bisognosa di essere riletta in considerazione del presente contesto nel quale la legge non è ormai più la fonte delle fonti né – come si è venuti dicendo – tale è, invero, la stessa Costituzione, con la quale fanno “sistema” le Carte dei diritti e le altre fonti di origine esterna che, in modo sempre più consistente ed incisivo, si immettono in ambito interno ed ivi spiegano i loro effetti al servizio dei più pressanti bisogni dell’uomo<sup>38</sup>.

## 5. Conclusioni.

Come si è detto all’inizio non si intende in alcun modo scendere, in questa sede, sul merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici remittenti.

Per converso, le conclusioni di sistema che possono trarsi da [Corte cost. sent. n. 49/2015](#) non sono rassicuranti.

La Corte sembra avere aperto le porte, sotto l’ombrello dell’art. 101 Cost., ad operazioni potenzialmente al ribasso nella protezione dei diritti fondamentali, in nome di un patriottismo costituzionale senza limiti (Ruggeri).

[Corte cost. n. 49/2015](#) sembra inquadarsi nella recente tendenza ad enfatizzare i conflitti piuttosto che ad appianarli, al cui interno si pongono, per certi versi tanto la [sentenza n. 238/2014](#) che il parere della Corte di Giustizia sull’adesione alla CEDU dell’UE. La vicenda delle pensioni svizzere e i seguiti che la stessa sta producendo – caratterizzati da un ulteriore irrigidimento della Corte edu (Corte dir. uomo, 15 aprile 2014, *Stefanetti e a. c. Italia*) – ne sono lampante testimonianza.

Sembra, ancora, che se dovesse risultare corretta l’esegesi della [49/2015](#) qui prospettata verrebbe ulteriormente a delinearsi l’accerchiamento della CEDU, fortemente depotenziata sia sul versante dell’operatività diretta, rispetto alla quale il margine di apprezzamento portato ad estreme (ed assai

---

<sup>34</sup> F. VIGANÒ, *Osservazioni a primissima lettura su Corte cost. , sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, cit., 1, rileva che la Corte costituzionale intende “... mantenere verso la giurisprudenza europea un atteggiamento diffidente, e a dir poco ambiguo”.

<sup>35</sup> Il coordinamento che la Corte costituzionale sollecita fra art. 101 Cost. e art. 117, 1° comma, Cost. sembra, per certi aspetti, a senso unico, rivolto in definitiva a non dare spazio alla CEDU.

<sup>36</sup> Non si qui che accennare agli scenari di conflitto fra Corte di Cassazione e Corte costituzionale in tema di computo dei termini di custodia cautelare– per v., volendo, R. CONTI, *Regresso del procedimento e computo dei termini di fase*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 8,1 018, ma certo non può passare sotto silenzio il tentativo della Corte costituzionale di “stabilizzare”... la giurisdizione, la sua vivacità, la sua continua evoluzione, perenne, tutta collegata al caso e alla sua carnalità, per usare un’espressione cara a Paolo Grossi.

<sup>37</sup> R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*. Roma, 2a ed., 2015, 100.

<sup>38</sup> A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, nonché l’interessante contributo di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Napoli, 2008, spec. 71 ss.

opinabili) conseguenze le impedisce di trovare efficacia anche nell'ambito delle sentenze pilota, che su quello dell'interpretazione del diritto interno.

Il giudice comune abituato a veleggiare sulle acque calme del diritto interno potrà finalmente tirare un sospiro di sollievo e tornare a dormire sonni più tranquilli, senza più temere scossoni alla propria giurisprudenza, alla quale la Corte costituzionale offre il suggello del *primato* attraverso la riserva attribuita in ordine al peso ed alla verifica del requisito della "giurisprudenza consolidata" della Corte di Strasburgo, mancando il quale il sindacato di convenzionalità sembra nella sostanza normalizzata.

Gli altri giudici che, invece, sentono di dovere svolgere il loro ruolo in un panorama complesso, arduo, difficile da definire ma non per questo univocamente e sempre indirizzato a garantire un controllo di legalità al cui interno la CEDU deve giocare un ruolo di primato qual è quello che le garantisce la Costituzione e l'adesione ad essa operata dall'Italia, dovranno farsi carico di ulteriore impegno, profondendolo nello studio della giurisprudenza convenzionale e nella sua applicazione secondo i canoni che fissa la Corte dei diritti fondamentali. Così facendo, essi potranno impedire, per un verso, la violazione dei diritti fondamentali. Per altro verso ciò impedirà sonore e pesanti condanne innanzi a Strasburgo, sotto il cui peso le linee guida della Corte costituzionale sembrano, nel tempo, destinate ad appannarsi. Ultimo, ma non per ultimo, il giudice comune, nel dare diretto spazio alle questioni che concernono i diritti fondamentali secondo le indicazioni fissate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e tralasciando di attivare il sindacato di costituzionalità, potrebbe esaurire il ruolo della Consulta in un cospicuo numero di casi (Ruggeri).

Rimane comunque il fatto che anche una lettura critica della sent. n. [49/2015](#) non può che accelerare un processo di conoscenza adeguata e diffusa della giurisprudenza convenzionale, piaccia o non.

Il già ricordato Protocollo n.16 annesso alla CEDU, già firmato da 16 Paesi, va immediatamente ratificato dall'Italia. Sarà lì, attraverso un dialogo pieno e alla pari, che si giocherà buona parte della partita sui diritti fondamentali, come ha ribadito anche di recente il Presidente della Corte dei diritti dell'uomo Spielmann.

Insomma, allo stato c'è davvero poco per essere allegri, restando l'unica e peraltro non marginale consolazione che rispetto alle modalità di interpretazione della CEDU il giudice rimane soggetto soltanto alla legge e che il valore e il "vincolo" di una decisione di inammissibilità della Corte costituzionale non pare così "vincolante".

**Alessandro Morelli**  
**Le trasformazioni del principio democratico\***

*«Dopo anni di riflessione sulle molteplici possibilità  
 che ha uno Stato di organizzarsi sono arrivato alla conclusione  
 che la democrazia è il sistema più democratico che ci sia»  
 (G. Gaber-S. Luporini, 1997).*

SOMMARIO: 1. Democrazia: concetto e concezioni. – 2. La democrazia degli antichi come *eguale partecipazione diretta* alla gestione della cosa pubblica. – 3. L'indefettibile carattere rappresentativo della democrazia dei moderni. – 4. Rappresentanza e «democrazia identitaria». – 5. Rappresentanza politica e parlamentarismo. – 6. Il *demos*: visioni olistiche e visioni individualistiche. – 7. Procedura vs. sostanza? La democrazia come *sistema di procedure assiologicamente connotate*. – 8. La democrazia come “poliarchia”. – 9. “Democrazia deliberativa” e “democrazia partecipativa”. – 10. Il principio democratico nell'ordinamento costituzionale italiano. – 11. Crisi e prospettive di sviluppo del principio democratico: qualche considerazione conclusiva. – Bibliografia.

1. *Democrazia: concetto e concezioni*

Il tautologico passo gaberiano riportato in epigrafe può efficacemente introdurre (e forse anche concludere) un discorso sul principio democratico. Nella storia del pensiero politico occidentale, la voce «democrazia» è stata riempita, infatti, dei più vari contenuti, come una scatola vuota. Il termine è stato utilizzato di volta in volta per legittimare le più disparate concezioni relative al rapporto tra governanti e governati, tra autorità e libertà. E così sono stati presentati come democratici (o addirittura come i *più democratici* che ci fossero) persino ordinamenti totalitari e liberticidi affermatasi e sviluppatasi nel corso del XX secolo (si pensi soltanto all'idea sostenuta dai leader sovietici secondo cui la vera democrazia era assicurata dalla dittatura del Partito comunista: N.S. Timasheff 1950, 506 ss.).

«Democrazia», scriveva già Kelsen nel 1929, è la «parola d'ordine» dominatrice degli spiriti nei secoli XIX e XX; proprio per questo, tale voce avrebbe perso il senso che le sarebbe proprio: la si usa «per tutti gli scopi possibili e in tutte le possibili occasioni, tanto che essa assume i significati più diversi, spesso fra di loro assai contrastanti, quando la solita improprietà del linguaggio volgare politico non la degrada addirittura ad una frase convenzionale che non esige più un senso determinato» (H. Kelsen 1929, in Id. 1995, 43 s.). Più tardi, nel 1989, Dahl rilevava quanto l'idea di democrazia fosse universalmente popolare, tanto che persino i dittatori sembravano credere che «un'infarinatura del linguaggio della democrazia» rappresentasse «un ingrediente indispensabile alla loro legittimazione» (R.A. Dahl 2005, 4; in tal senso anche D. Held 1997, 13).

Nell'analisi delle forme di Stato vigenti, appare sempre più difficile la ricostruzione di modelli alternativi al sistema democratico che non si configurino come mere antitesi di quest'ultimo (Ventura, ad esempio, riprendendo categorie classiche, distingue, quali alternative ai modelli democratici, le «autocrazie» dalle «teocrazie», rilevando, tuttavia, come si tratti di formule inservibili dal punto di vista scientifico per la loro genericità e indeterminatezza: 2010, 98).

Anche in considerazione delle incertezze che si riscontrano sul piano semantico, una trattazione del principio democratico che pretendesse di risultare esaustiva dovrebbe avere dimensioni enciclopediche. La storia delle teorie e delle dottrine democratiche finisce, infatti, con il coincidere con

---

\* Il presente contributo è destinato anche alla pubblicazione in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè.

buona parte della storia delle idee politiche del mondo occidentale (e forse non soltanto: si veda, in tal senso, A. Sen 2013, 5 ss., il quale sostiene le origini anche orientali dell'idea democratica, intesa come «discussione pubblica»).

L'intento che ispira queste pagine non è certo quello di offrire un quadro completo delle dottrine democratiche, ma d'illustrare i contenuti oggi più qualificanti del principio oggetto d'esame. L'analisi non può prescindere da una breve ricostruzione storica del concetto stesso di democrazia, che, com'è noto, ha acquisito una connotazione positiva solo in tempi piuttosto recenti, anche se oggi la forma democratica è diffusamente intesa come la più adeguata alle esigenze organizzative delle società contemporanee (come ricorda G. Giorgini 2011, 134, sono di gran lunga prevalenti i testi classici che propongono concezioni critiche nei confronti della democrazia, sostenendo lo scarso realismo dei presupposti ideologici – ovvero i principi di libertà e di eguaglianza – di tale sistema politico e la necessità di affidare ai *migliori*, variamente individuati, la gestione della cosa pubblica; nello stesso senso D. Held 1997, 13).

Quel che, tuttavia, importa qui rilevare è che negli odierni Stati costituzionali *il principio democratico acquista il proprio significato più autentico soltanto alla luce degli altri principi fondamentali che connotano i suddetti ordinamenti*. Le attuali democrazie sono tali *in quanto* costituzionali, ossia nella misura in cui gli strumenti di esercizio della sovranità popolare risultino conformati e limitati da una legge superiore che riconosca e garantisca i principi di libertà e di eguaglianza.

Nella prospettiva contemporanea, non può esservi democrazia al di fuori delle *forme* e dei *limiti* della Costituzione. E, di contro, un atto normativo può definirsi “costituzione”, nel significato più pregnante che al concetto proviene dal costituzionalismo democratico contemporaneo, solo se riconosce e garantisce, tra i suoi contenuti, la democrazia come forma di organizzazione istituzionale del potere politico. Costituzione e democrazia appaiono oggi indissolubilmente legate: *simul stabunt simul cadent*.

L'indagine dalla quale scaturisce tale conclusione si colloca ovviamente in una prospettiva *prescrittiva* e *assiologica*. Diversamente, se si volesse svolgere una mera *descrizione* dei fenomeni rispettivamente denominati, nel corso della storia, come “democrazie” e come “costituzioni”, si dovrebbe concludere che sia l'uno che l'altro termine sono stati applicati ad entità anche profondamente diverse tra loro, tanto da rendere probabilmente impossibile l'individuazione di un nucleo di significato comune a tutti gli impieghi dei termini in questione. In tal senso, da un punto di vista diametralmente opposto a quello qui adottato, si potrebbe anche sostenere – come, difatti, si è sostenuto – che pure ordinamenti non democratici del passato e del presente hanno avuto o hanno delle proprie “costituzioni” (intese non come atti normativi fondamentali dotati di certi contenuti, ma come forme strutturali connotate dai più svariati caratteri), le quali possono e devono costituire oggetto di studio di una scienza del diritto costituzionale asettica e neutrale (sui vari concetti di “costituzione” si rinvia, tra gli altri, a C. Mortati 1962, 140 ss.; M. Dogliani 1982; M. Fioravanti 1999; S. Bartole 2004; G. Ferrara 2006; A. Spadaro 2006, 1630 ss.; P. Nicosia 2010, 63 ss.; F. Rimoli 2011).

Non è possibile qui affrontare *funditus* una questione estremamente complessa come quella appena richiamata, che coinvolge profili metodologici di non facile definizione (sul metodo della scienza costituzionalistica cfr., tra gli altri, AA.VV. 1996; A.A. Cervati 2005, 707 ss.; F. Bilancia 2012, 53 ss.); si può notare, tuttavia, che storicamente la questione centrale affrontata dal diritto costituzionale (inteso come insieme di norme e di istituzioni giuridiche nelle quali si è tradotta la corrente del costituzionalismo) e dalla scienza del diritto costituzionale (ossia la disciplina che ha ad oggetto il predetto insieme di norme e istituzioni) è rappresentata dal problema della limitazione giuridica al potere politico legittimo (sul punto, ora, G. Azzariti 2013, X ss., ma *passim*). Se si perde di vista tale problema essenziale, che conferisce al diritto costituzionale e alla relativa scienza una specifica connotazione, il primo finisce con l'includere ogni forma di aggregazione politica e l'altra rischia di risolversi in uno studio delle istituzioni politiche acritico oppure orientato dall'applicazione di parametri economici o di altra natura.

Per tentare di orientarsi nella congerie di visioni della democrazia che sono state anche autorevolmente sostenute nella storia del pensiero politico e di quello giuridico occidentali, può risultare



utile la distinzione tra *concetto* e *concezioni* di democrazia (già impiegata a tale scopo da A. Pintore 2003, spec. 8 ss. e ancora prima, nella trattazione del tema della giustizia, da parte di H.L.A. Hart 2002, 185 ss. e di J. Rawls 1999, 22 ss., nonché ai fini della definizione del concetto di regola giuridica da parte di R. Dworkin 1982, 99 ss.).

Il “concetto” rappresenta la «nozione minima, il denominatore comune alle varie concezioni, che viene diversamente sviluppato dalle concezioni in conflitto» (A. Pintore 2003, 8; Id. 1990, 162 ss.). Senza questo minimo nucleo semantico non sarebbe nemmeno possibile un’autentica disputa tra diverse e confliggenti concezioni etico-politiche, dal momento che «un conflitto teorico» è una contesa genuina soltanto «se ha luogo su un terreno almeno in parte comune ai disputanti; altrimenti si dovrebbe piuttosto parlare di una mera accozzaglia di visioni irrelate, insuscettibili di considerazione unitaria e di raffronto, oppure si dovrebbe ritenere che la considerazione unitaria sia frutto di una confusione tra l’identità dei nomi e quella dei concetti da essi designati» (Id., 2003 8 s.). Una cosa è, dunque, il concetto di democrazia, altra cosa sono le diverse concezioni della democrazia che sono state via via proposte da filosofi, politologi e giuristi.

Occorre però verificare preliminarmente la stessa possibilità di enucleare un concetto di democrazia, quantomeno dall’analisi del dibattito moderno intorno alle forme di Stato.

## 2. *La democrazia degli antichi come eguale partecipazione diretta alla gestione della cosa pubblica*

La voce “democrazia” deriva dal corrispondente greco, composto da “*Δῆμος*” (“demos”, “popolo”) e “*Κρατος*” (“kratos”, “forza”, “potere”, “governo”). La democrazia è, dunque, il “governo del popolo” e in tale contenuto sembra esaurirsi il concetto minimo denotato dal termine, atteso che molteplici sono stati i modi di intendere il “governo” (come espressione di un potere indivisibile o, al contrario, di un potere divisibile, come esercizio diretto e immediato o indiretto e mediato di sovranità, ecc.) e i modi di intendere il “popolo” (nella cui definizione concreta, in ogni epoca e in ogni luogo, sono state applicate esclusioni di varia natura e intensità). Com’è stato detto, «la nozione di democrazia non è determinata in sé, non configura una precisa composizione tra i poteri, né un loro specifico equilibrio; non definisce neppure un univoco modo di rapportarsi del potere (*kratos*) con il popolo (*demos*)» (G. Azzariti 2011, 124).

Il termine, sin dall’antichità, si è prestato ad essere impiegato con connotazioni più o meno inclusive, a seconda che si intendesse il “popolo” come composto da tutti i membri della cittadinanza, da cui l’idea di democrazia come potere di *tutti* (salvo, poi, definire, ancora una volta in termini più o meno inclusivi, i requisiti necessari per il riconoscimento dell’appartenenza alla cittadinanza stessa), oppure come comprendente i non appartenenti alla classe dei nobili. In quest’ultima accezione, la democrazia si sarebbe configurata come il governo di una fazione, quella appunto dei poveri contrapposta a quella degli aristocratici (G. Giorgini 2011, 131).

La varietà dei significati dei due termini costitutivi della voce “democrazia” non sembra, tuttavia, rendere vana la ricerca di un orizzonte semantico comune, il quale rinvia all’idea di un’organizzazione politica in cui il potere è legittimato, e dunque giustificato, dal popolo. Si tratta, com’è evidente, solo di un punto di partenza, considerato che generici e fumosi richiami alla “volontà” o allo “spirito” del popolo si sono avuti anche in regimi tutt’altro che democratici.

Occorre, dunque, storicizzare il concetto di democrazia e svilupparne la trattazione avendo riguardo all’effettività dei principi che connotano gli ordinamenti che oggi si definiscono democratici.

In tale prospettiva, una distinzione classica, che ormai è diventata una sorta di luogo comune negli studi di istituzioni e di dottrine politiche, è quella tra *democrazia degli antichi* e *democrazia dei moderni*.

È ancora discusso tra gli storici quale sia stata la prima esperienza concreta di democrazia nell’antica Grecia: il più delle volte, si sono fatti i nomi di Solone e di Clistene, le cui riforme (ri-



spettivamente del 594 e del 508 a.C.) avrebbero dato luogo alla prima forma embrionale di organizzazione democratica di cui si abbia notizia.

Sembra, invece, che l'espressione si rinvenga per la prima volta, anche se non in una forma composta, nella tragedia *Le supplici* di Eschilo, rappresentata probabilmente nel 463 a.C.

Il termine “*Δημοκρατία*” compare successivamente nella letteratura politica attica, per lo più con una connotazione negativa. Il primo testo nel quale si rinverrebbe la voce sarebbe un *pamphlet* anonimo dal titolo *La democrazia come violenza*, nel quale il termine in questione denoterebbe non già una forma di organizzazione politica dotata di particolari qualità, bensì la mera violenza popolare (L. Canfora 2011, 64).

Una celebre discussione sulle qualità del governo democratico è riportata, poi, da Erodoto nei capitoli 80-82 del libro III delle *Storie*; vi si espone il dibattito – ambientato tra il 522 e il 521 a.C. – tra i più importanti notabili persiani del tempo (Otane, Megabizo e Dario) su quale fosse la migliore forma di organizzazione politica. Com'è stato notato, Otane, promotore della forma democratica, sosteneva probabilmente un «ritorno al costume di “uguaglianza” vigente nell'antica Perside: un ritorno all'antico che doveva riguardare unicamente il nucleo originario dal quale aveva poi preso corpo man mano l'immenso impero» (L. Canfora 2010, 31).

Di grande rilievo è, ancora, il celebre *Epitaffio* di Pericle per i caduti ateniesi nel primo anno della guerra del Peloponneso (431-430 a.C.), riportato da Tuciddide, nel quale si definiscono i tratti di un modello di organizzazione politica non ideale ma reale, che può costituire, al tempo stesso, un valido paradigma per tutto il mondo greco e che si basa sui principi di partecipazione e di *isonomia*, ossia di eguaglianza dinanzi alla legge (E. Greblo 2000, 28).

La democrazia ateniese del V sec. a.C. presenta, tuttavia, una serie di caratteri specifici che la differenziano nettamente da quella dei moderni: essa, in primo luogo, non mostra un'ispirazione inclusiva, ma, al contrario, presuppone l'esclusione dal godimento dei diritti politici e di molti diritti civili di un considerevole numero di soggetti (come i minori, le donne, i meteci, gli immigrati, gli schiavi); in secondo luogo, si esprime soprattutto attraverso la *partecipazione diretta* dei cittadini liberi alla gestione della cosa pubblica, non riconoscendo essa il moderno principio di rappresentanza politica.

Un altro dato degno di nota è che, come si è accennato, nel mondo antico le voci critiche verso il sistema democratico superavano, in quantità, quelle elogiative. L'attacco più radicale trova espressione nell'opuscolo intitolato *Costituzione degli Ateniesi* e attribuito dalla tradizione a Senofonte, nel quale la democrazia, consentendo a tutti di accedere alle cariche pubbliche, viene descritta come la forma di organizzazione politica che permette il libero sfogo degli interessi egoistici del popolo.

Il modello democratico non riscuote successo nemmeno tra i grandi filosofi greci. Già la convinzione socratica secondo la quale soltanto la conoscenza può abilitare all'esercizio del potere si traduce in un «pesante attacco al presupposto fondamentale del sistema democratico, la competenza generalizzata» (S. Gastaldi 2008, 56 s.).

La stessa condanna inflitta a Socrate da parte della restaurata democrazia ateniese appare a Platone come la prova più evidente della negatività di tale modello di gestione del potere (*ivi*, 64). Nella *polis* ideale descritta nella *Repubblica*, i governanti costituiscono una casta chiusa, nell'ambito di un ordinamento strutturato gerarchicamente e caratterizzato dalla comunanza di beni, donne e figli. Come si ribadisce anche nel *Politico*, l'amministrazione del potere presuppone la conoscenza, il sapere. Si delinea così la discussa categoria platonica dei “re-filosofi”, che ovviamente risulta incompatibile con un assetto istituzionale democratico (*ivi*, 85 ss.).

Un esame più attento della democrazia si rinviene, poi, nell'analisi dei sistemi politici degenerati rispetto al modello ideale, condotta da Platone nei libri ottavo e nono della *Repubblica*: il principale carattere di tale sistema, in cui le cariche si ripartiscono tra i poveri mediante il sorteggio, consisterebbe nella libertà di ognuno di fare ciò che più gli aggrada e di perseguire tutti i propri desideri. In democrazia, secondo il filosofo ateniese, non esisterebbe nessun obbligo, la legge sarebbe del tutto disattesa e le sentenze dei tribunali non troverebbero applicazione (*ivi*, 93).

Anche per Aristotele, infine, la democrazia non è la migliore delle forme possibili di organizzazione politica. Nella *Politica* il filosofo di Stagira qualifica il sistema democratico come una delle forme deviate di *Πολιτεία*. A conclusione di un attento esame dei regimi istituzionali vigenti e di quelli elaborati e proposti da altri pensatori, Aristotele teorizza, piuttosto, una particolare costituzione mista, denominata *Πολιτια*, una forma di organizzazione del potere che combina elementi democratici e oligarchici, «fusi insieme in modo da non assegnare la prevalenza a nessuna delle due componenti» (*ivi*, 166).

Nelle epoche successive, la democrazia degli antichi è stata oggetto di attacchi anche violenti e radicali da parte di autori d'ispirazione liberale, mentre è stata spesso elogiata dai pensatori repubblicani.

Secondo la nota distinzione proposta da Benjamin Constant nel suo discorso del 1819, alla democrazia degli antichi corrisponderebbe una certa idea di libertà, ben diversa da quella dei moderni: per i primi, infatti, la dimensione politica era costituita dalla città-Stato, all'interno della quale il soggetto poteva realizzarsi come cittadino partecipe delle decisioni politiche, mentre la vita privata non costituiva oggetto di particolare attenzione e di speciali garanzie; per i secondi, invece, la sfera privata riveste un'importanza centrale e la libertà si connota come assenza di interferenze nella sfera individuale da parte di terzi e, soprattutto, dei pubblici poteri (trad. it., 2005). Alla democrazia *diretta* degli antichi corrisponderebbe, dunque, la libertà intesa come *partecipazione*; alla democrazia *indiretta*, *rappresentativa* dei moderni la libertà come «spazio immune» (P. Costa 2011, 82).

Certo la dicotomia constantiana non può essere accolta *sic et simpliciter*, senza alcune necessarie precisazioni, atteso che gli antichi non erano del tutto insensibili alla dimensione privata della libertà, così come i moderni non sono totalmente disinteressati alle forme di partecipazione politica (*ibidem*). L'enfasi di Constant è motivata soprattutto dalla sua critica al giacobinismo, reo di aver imposto alla Francia un modello politico oppressivo ispirato al mondo antico, nel quale le esigenze della comunità prevalevano sempre e comunque su quelle dell'individuo.

A prescindere dall'esattezza storica della ricostruzione constantiana, essa ha però il merito di aver elaborato due *paradigmi culturali* ricorrenti nella storia delle istituzioni e delle idee politiche: quello di una libertà intesa come partecipazione, che troverebbe la propria espressione ideale nel contesto della democrazia diretta degli antichi, e quello di una libertà intesa come assenza di interferenze esterne nella sfera individuale, che rinverrebbe la propria dimensione più congeniale nell'ambito della democrazia rappresentativa dei moderni.

### 3. L'indefettibile carattere rappresentativo della democrazia dei moderni

La democrazia moderna è *rappresentativa*, si potrebbe dire: *necessariamente*, in quanto *strutturalmente*, rappresentativa. Tale assunto vale anche per la democrazia contemporanea, che trova nei circuiti istituzionali della rappresentanza politica le sue forme indefettibili di esercizio del potere. Connotato che, come si vedrà, non ne esaurisce, tuttavia, i caratteri qualificanti.

Il principio rappresentativo, in verità, non nasce come una traduzione dell'idea democratica, ma, al contrario, si pone, all'inizio, in un rapporto di aperta conflittualità con quest'ultima. Com'è stato detto, infatti, se si muove dal modello antico sopra richiamato, la stessa formula «democrazia rappresentativa» si risolve in un ossimoro (M. Luciani 2005, 14).

Se la democrazia degli antichi originariamente si sostanzava in una forma diretta di esercizio del potere, la convinzione dell'impossibilità che il popolo potesse delegare il proprio potere senza con ciò perderlo è rimasta per lungo tempo nelle elaborazioni del principio democratico. Così, per Rousseau, il popolo sovrano agisce solo quando è «adunato»: nel *Contratto sociale*, si sostiene, infatti, che, «non avendo altra forza che il potere legislativo», il popolo agisce «solo per mezzo delle leggi» (libro III, cap. XII, trad. it., 174). Pertanto, non è sufficiente la mera adozione della costituzione dello Stato attraverso l'approvazione di un corpo di leggi, né l'istituzione di un «governo perpetuo» o l'elezione «una volta per sempre» dei magistrati; occorre che, oltre alle assemblee straor-

dinarie convocate per il ricorrere di casi imprevisi, ve ne siano di «fisse e periodiche, che niente possa abolire e rinviare; in modo che al giorno fissato il popolo sia legittimamente convocato per legge, senza che vi sia bisogno per questo di alcun'altra convocazione formale». D'altronde, al di fuori di tali riunioni a cadenza fissa, ogni altra, «che non sia stata convocata dai magistrati preposti a questo incarico, e secondo le forme prescritte», andrebbe considerata illegale e nulla ogni sua deliberazione, in quanto la stessa convocazione dovrebbe essere effettuata con legge (libro III, cap. XIII, trad. it., 175 s.).

Per Rousseau, «la sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione per cui non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale, e la volontà non si rappresenta: o è essa stessa, o è un'altra; non c'è via di mezzo». Di qui la conclusione che i deputati del popolo non possono essere i suoi rappresentanti, ma soltanto i suoi commissari: la funzione esecutiva, a differenza di quella legislativa, può (e deve) essere delegata. I deputati, tuttavia, «non possono concludere niente in modo definitivo»; una legge che «non sia stata ratificata dal popolo in persona è nulla; non è una legge». E, in tal senso, il popolo inglese, che si reputa libero, in realtà lo è soltanto «durante l'elezione dei membri del parlamento; appena questi sono eletti, esso torna schiavo, non è più niente». L'idea stessa della rappresentanza politica, scrive ancora Rousseau, è moderna: «essa ci deriva dal governo feudale, da questo iniquo e assurdo governo, nel quale la specie umana è degradata e il nome d'uomo è disonorato. Nelle antiche repubbliche, e anche nelle monarchie, mai il popolo ebbe rappresentanti; la parola stessa era ignorata» (libro III, cap. XV, trad. it., 180).

Benché, com'è noto, trovi piena espressione nell'ambito dello Stato moderno, il principio di rappresentanza politica si sviluppa, in effetti, a conclusione di un lungo processo che trae origine dall'esperienza storica delle istituzioni parlamentari medievali (D. Nocilla - L. Ciaurro 1987, 551 ss.).

La principale differenza tra le assemblee parlamentari moderne e quelle medievali viene generalmente identificata nel carattere privatistico e vincolante del mandato che legava i componenti di queste ultime ai loro elettori: il *divieto di mandato imperativo* (su cui cfr. S. Curreri 2004, 29 ss.) avrebbe, infatti, conferito alla rappresentanza dei parlamentari moderni una connotazione del tutto nuova rispetto a quella dei loro antesignani. Tale assunto è stato revocato in dubbio da chi ha messo in luce come anche i componenti di consigli, curie e altre strutture assembleari medievali avrebbero goduto di una certa autonomia rispetto ai loro rappresentati, senza la quale i primi si sarebbero ridotti a meri *nuncii* dei secondi (D. Nocilla - L. Ciaurro 1987, 552 s.).

Quel che, tuttavia, interessa qui sottolineare è che lo Stato moderno nasce *rappresentativo, ma non democratico*, almeno nel senso che la tradizione del pensiero antico attribuiva al termine “democrazia” (e, come si vedrà, nemmeno in quello che si è soliti ascrivergli oggi). Fino al XVIII secolo e oltre, infatti, per molti pensatori che s'ispiravano alla tradizione repubblicana classica, la democrazia non era un sistema politico desiderabile, poiché incapace di perseguire il bene comune. Così Kant, in *Per la pace perpetua* del 1795, rileva che non bisogna confondere la costituzione repubblicana con quella democratica; le forme della *civitas*, infatti, possono essere classificate in base alla «differenza delle persone che rivestono il potere statale supremo, o secondo il modo in cui il popolo è governato dalla sua autorità suprema, qualunque essa sia» (trad.it., 1995, 57). Guardando al primo versante, quello della *forma imperii*, si distinguono tre ipotesi (autocrazia, aristocrazia e democrazia), a seconda che il potere sovrano sia detenuto da uno, da pochi o da tutti i componenti della collettività; guardando, invece, al secondo versante, quello della *forma regiminis*, che designa il modo in cui il potere viene usato dallo Stato, la forma di governo può essere *repubblicana* o *dispotica*. La prima attua il principio di separazione del potere esecutivo dal potere legislativo; la seconda si traduce nell'«autonoma esecuzione, da parte dello Stato, di leggi che lo Stato stesso ha promulgato, quindi è la volontà pubblica che viene esercitata dal sovrano come sua volontà privata». Delle tre forme di governo, quella democratica – conclude il filosofo di Königsberg – è «necessariamente un dispotismo, poiché essa fonda un potere esecutivo dove tutti decidono su uno e in ogni caso anche contro uno (che di conseguenza non è d'accordo), quindi tutti, che però non sono tutti; ciò rappresenta una contraddizione della volontà generale con se stessa e con la libertà» (*ibidem*).

La contrapposizione tra democrazia e rappresentanza emerge anche in altri luoghi della letteratura politica della seconda metà del XVIII secolo: ad esempio, nella distinzione fatta da Madison nel saggio n. 10 del *Federalist* tra “*pure democracy*”, intesa come una società costituita da un ristretto numero di cittadini che si riuniscono in assemblea e amministrano personalmente il governo, e “*republic*”, ovvero un governo nel quale viene impiegato lo «*scheme of representation*» (A. Hamilton - J. Jay - J. Madison 2011, 39), classificazione criticata da Dahl (2006, 18 s.) in quanto priva di fondamento storico, considerato, oltretutto, che la definizione di democrazia data dallo stesso Madison sarebbe stata calzante proprio per le repubbliche antiche e che comunque i due termini “*democracy*” e “*republic*”, nella seconda metà del '700, erano interscambiabili negli Stati Uniti (in senso critico si veda anche M. Luciani 2005, 14 s.); o ancora in un intervento di Sieyès alla Costituente francese, svolto il 7 settembre 1789, nel quale si distinguono due modi di concorrere, da parte dei cittadini, alla produzione della legge: quello “immediato” (“*immédiat*”), proprio della vera democrazia, e quello “mediato” (“*médiat*”), che caratterizza il «governo rappresentativo» (M. Luciani 2005, 15 s.).

E, tuttavia, la rappresentanza politica finisce col diventare uno schema necessario dello Stato moderno, nonché un limite essenziale alle possibili degenerazioni dispotiche dello stesso sistema democratico. In tal senso si esprime già Mill, il quale, nel trattare le buone «forme di governo», muove dalla premessa secondo cui «per qualsiasi paese, il miglior governo è quello che più lavora per assicurare le condizioni senza le quali non ci sarebbe alcun avanzamento o solamente un miglioramento instabile e parziale» (1997, 36); in tale prospettiva e data l'esistenza dei necessari presupposti fattuali, Mill sostiene che «la migliore forma ideale di governo non potrà essere rintracciata che entro i vari modelli del regime rappresentativo» (*ivi*, 39).

Il dispotismo mortifica l'intelligenza del suddito e la sua capacità morale: «quando la sfera d'azione dei soggetti è artificialmente ristretta – si legge nelle *Considerazioni sul governo rappresentativo* –, anche i sentimenti vengono rinchiusi in pari misura. L'alimento del sentimento è l'azione. Anche gli affetti familiari poggiano sulla volontà bendisposta. Se a una persona non è dato nulla da fare per il proprio paese, essa non se ne curerà affatto. È stato già detto che in un regime dispotico si rintraccia soltanto un patriota, il despota in persona. Questo detto fornisce una adeguata raffigurazione degli effetti che produce il completo assoggettamento a un capo, sia pure un capo buono e saggio» (*ivi*, 42). D'altro canto, i regimi oligarchici non si presentano migliori: «quando il potere è appannaggio di una sola classe questa lo eserciterà deliberatamente in vista dei propri interessi e a repentaglio degli altri interessi in causa. È evidente che senza i loro difensori naturali, gli interessi delle classi escluse corrono sempre il rischio di essere trascurati» (*ivi*, 48).

La migliore forma di governo è, per Mill, senza dubbio «quella che attribuisce all'intera comunità la sovranità o il controllo del potere supremo. In questo modo il cittadino fa sentire la sua voce nell'esercizio del potere sovrano. Il cittadino viene chiamato periodicamente a svolgere una effettiva funzione di governo ricoprendo una qualche funzione pubblica in ambito locale o nazionale» (*ivi*, 47).

Più tardi, in *Essenza e valore della democrazia* del 1929, Kelsen affermerà che, «poiché per lo Stato moderno l'applicazione di una democrazia diretta è praticamente impossibile, non si può seriamente dubitare che il parlamentarismo non sia l'unica forma reale possibile dell'idea di democrazia. Perciò, il destino del parlamentarismo deciderà anche del destino della democrazia» (1995, 74).

Con l'affermazione e lo sviluppo degli Stati nazionali, il carattere mediato di esercizio del potere s'impone per diverse ragioni, quali l'estensione territoriale e la popolosità degli Stati (condizioni queste che rendono irrealistico l'impiego esclusivo di forme di esercizio diretto della sovranità popolare), nonché i caratteri del sistema economico-produttivo capitalistico, ai quali meglio si adatta lo schema della rappresentanza politica, e, infine, le considerevoli incertezze, sulle quali si tornerà più avanti, intorno al concetto di popolo, che si riflettono anche sulla definizione degli strumenti idonei ad assicurare un'espressione diretta e immediata della sua volontà (M. Luciani 2005, 42 ss.).



La critica rousseauiana alla democrazia rappresentativa è tornata periodicamente (anche in tempi molto recenti) nel dibattito pubblico intorno alle forme di organizzazione politica.

Se la democrazia non consiste più, come nel modello ateniese, nel governo diretto del popolo (qualunque sia la composizione specifica di quest'ultimo), ma nella selezione periodica di rappresentanti chiamati a esprimere la volontà popolare attraverso le leggi, una concezione meramente simbolica del rapporto di rappresentanza può determinare uno snaturamento radicale della forma democratica, che da *governo di tutti* può finire con il diventare, di fatto, il *governo di pochi* o di *uno solo*.

L'ambiguità semantica del verbo "rappresentare" (e del sostantivo "rappresentanza") consente, peraltro, slittamenti concettuali che, come la storia insegna, possono anche servire a legittimare, sul piano ideologico, mutamenti di regime istituzionale.

Com'è stato notato, con il termine "rappresentare" si possono individuare sostanzialmente quattro funzioni: quelle del «riprodurre», del «far presente (nel senso di manifestare)», del «simboleggiare» e del «sostituire»; ciascuna di tali funzioni connoterebbe un certo tipo di rappresentanza, che, a sua volta, implicherebbe una determinata e specifica relazione tra il rappresentato e il rappresentante (D. Nocilla - L. Ciaurro 1987, 545). Il concetto in esame, d'altro canto, non si esaurirebbe soltanto in tale rapporto, ma presupporrebbe sempre anche la «situazione rappresentativa», ovvero la condizione, rilevante nei confronti dei terzi, per cui il rappresentante *sta al posto* del rappresentato. Nella storia della rappresentanza politica, a volte avrebbe assunto maggiore rilievo la situazione, altre volte, invece, il rapporto tra il rappresentante e il soggetto o l'entità rappresentati (*ivi*, 546 s.).

Coloro che hanno inteso enfatizzare la situazione rappresentativa talora hanno finito con lo svalutare, fino a trascurare del tutto, il rapporto tra rappresentante e rappresentato. Sembrano collocarsi in tale prospettiva tutte quelle ricostruzioni nelle quali si sostiene il carattere "naturale" o "esistenziale" e, dunque, la necessità ontologica della stessa rappresentanza. In tal senso, già Hobbes affermava che «una moltitudine di uomini diventa *una* persona quando viene rappresentata da un uomo o da una persona e ciò avviene con il particolare consenso di ogni singolo componente di tale moltitudine. Infatti, è l'*unità* del rappresentate e non l'*unità* del rappresentato che fa *una* la persona, ed è il rappresentante che sostiene quella persona ed essa soltanto, non potendo altrimenti l'*unità* essere compresa nella moltitudine» (2001, 271). Per questa via, si giungeva a sostenere che il potere sovrano, di per sé indivisibile, viene sempre integralmente trasferito ai cittadini che rivestono il ruolo di rappresentanti del popolo e che, pertanto, quest'ultimo, una volta costituito lo Stato, non esiste più «come persona unica, avendo trasferito il potere sovrano a quei cittadini» (1948, 192 ss.).

Tale orientamento trova la sua compiuta espressione teorica, molti anni dopo, nella concezione della *democrazia identitaria* di Schmitt, che, come ha rilevato Azzariti [2005(a), XI], rappresenta un *modello ideal-tipico puro*, purtroppo ancora di grande attualità; essa, infatti, prospetta gli sviluppi ideologici estremi cui può condurre l'esaltazione della situazione rappresentativa se unita ad una visione riduzionistica dell'identità politica.

Nella *Dottrina della costituzione*, Schmitt individua due contrapposti «principi di forma politica»: quello d'identità e quello di rappresentanza, le cui differenti realizzazioni determinerebbero i diversi modi di conformarsi, in concreto, delle forme di Stato. Lo scopo dei due principi sarebbe lo stesso: quello di dare voce al popolo determinando le condizioni della sua unità politica. Nonostante la comune finalità, ben diverso sarebbe però il loro modo di operare, dal momento che, mentre il principio d'identità consentirebbe di cogliere l'unità del popolo nella sua immediatezza, il principio di rappresentanza presupporrebbe sempre l'esistenza di soggetti in grado d'incarnare e di esprimere l'unità stessa in via mediata e indiretta.

La preferenza di Schmitt va ovviamente al principio d'identità, il quale consentirebbe di manifestare l'unità senza i vincoli del rapporto di rappresentanza.

La condizione di rappresentanza, che comunque non potrebbe mai essere del tutto eliminata da un ordinamento statale, viene sostanzialmente identificata con il concetto di *rappresentazione* e, dunque, svuotata di significato. Ed infatti la rappresentanza di cui discorre Schmitt non è né un fatto

normativo né un processo né una procedura, ma qualcosa di “esistenziale”, che consentirebbe di «rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente» (C. Schmitt 1984, 277).

È questa una concezione che, di fatto, finisce con lo svalutare del tutto il ruolo del soggetto rappresentato: come rileva ancora Azzariti, la rappresentanza di Schmitt si risolve, in definitiva, in un «atto di fede nei confronti di un rappresentante che si autoproclama tale» [G. Azzariti 2005(a), 32].

Se la rappresentanza non viene intesa come una procedura e non si declina, nel contempo, come una situazione e come un rapporto, essa si traduce in un istituto incompatibile con le stesse istituzioni della democrazia pluralista.

Il principio di omogeneità sul quale si fonda la democrazia schmittiana legittima, d'altro canto, l'adozione di ogni possibile strumento utile ad annientare e a eliminare l'*altro*, il *diverso*, visto appunto come un *nemico*. In questa prospettiva, non c'è alcuno spazio per il pluralismo, inteso da Schmitt non come una realtà di cui prendere atto e da rappresentare, ma come un problema da risolvere.

La riflessione schmittiana delinea, con esemplare chiarezza ma con esiti inaccettabili, la tensione riscontrabile in ogni organizzazione politica tra rappresentanza e identità e, dunque, tra l'esigenza di espressione e di soddisfazione dei molteplici interessi emergenti dalla componente sociale e l'esigenza di assicurare l'unità della stessa organizzazione politica, attraverso l'affermazione della sua specifica identità. Nel contempo, tale riflessione mostra i rischi, sempre ricorrenti, di soluzioni riduzionistiche, sbilanciate verso le istanze di garanzia dell'unità politica a discapito del pluralismo.

### 5. Rappresentanza politica e parlamentarismo

Se la svalutazione del concetto di rappresentanza operata dalla dottrina schmittiana ha fornito basi ideologiche (pur molto discutibili) alla legittimazione del totalitarismo, nella riflessione di Kelsen, che, com'è noto, ha elaborato paradigmi ormai classici nello studio delle democrazie rappresentative, il concetto di rappresentanza si colloca in un contesto teorico ben diverso.

La premessa dalla quale muove il Maestro praghese è che la democrazia costituisce quella forma di organizzazione politica che trae sviluppo dal principio di libertà: essa è espressione di un'istanza di autodeterminazione e presuppone una trasformazione culturale della stessa idea di libertà. La democrazia scaturisce, in particolare, dal passaggio dalla libertà naturale, intesa come «negazione della legalità naturale o causale (libero arbitrio)», alla libertà sociale (o politica), intesa, a sua volta, come «libertà dalla legalità naturale» in quanto espressione di una legalità diversa da quella naturale: la legalità sociale (H. Kelsen 1929, in Id. 1995, 46 s.). Essere liberi socialmente (o politicamente) vuole dire «essere soggetti ad un ordinamento normativo, significa libertà sottoposta alla legge sociale; ma significa essere soggetti non ad un volere estraneo, bensì al proprio, ad un ordinamento normativo, ad una legge alla cui istituzione il soggetto partecipa» (H. Kelsen 1955-56, in Id. 1995, 227 s.). Il principio di maggioranza sarebbe, dunque, desumibile dall'idea di libertà sociale o politica e non da quella di eguaglianza, dal momento che dalla presunzione *negativa* che un individuo non vale più di un altro non sarebbe possibile ricavare la conclusione *positiva* che la volontà della maggioranza sia quella da preferire. Per Kelsen, il principio maggioritario troverebbe giustificazione, piuttosto, nell'idea che, «se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto col più piccolo numero di essi» (1929, in Id. 1995, 51 s.). Ovviamente tale idea presuppone anche il principio di eguaglianza, poiché il sistema democratico tende a garantire la libertà non già di alcuni individui specifici, ma di tutti, postulando l'eguaglianza degli uomini; ma quest'ultimo principio sarebbe comunque subalterno rispetto al primo, del quale la democrazia costituirebbe lo sviluppo sul piano delle forme di organizzazione politica.

Muovendo da tale premessa, Kelsen riconosce che il principio del parlamentarismo non è una traduzione pura e semplice, sul piano istituzionale, dell'idea di libertà; quest'ultima, infatti, nelle



istituzioni parlamentari, si troverebbe combinata con altri due elementi che ostacolerebbero la sua «forza originaria»: il principio maggioritario e la «formazione indiretta della volontà». Se il primo presuppone, come si è detto, la trasformazione del concetto stesso di libertà (da naturale a sociale o politica), la seconda scaturisce dalla «necessità ineluttabile di una divisione del lavoro secondo una differenziazione sociale» (1929, in Id. 1995, 75 s.). L'idea di libertà esigerebbe che tutte le deliberazioni politiche fossero assunte da un'assemblea composta da tutti i cittadini, ma in un ordinamento di ampie dimensioni ciò è ovviamente impossibile. Si impone, pertanto, la necessità della rappresentanza politica, *finzione* giustificata dall'esigenza di divisione del lavoro, ma inidonea a legittimare il Parlamento dal punto di vista della sovranità popolare (*ivi*, 76 ss.).

In tale prospettiva, Kelsen affronta, altresì, la questione della riforma del parlamentarismo, proponendo, tra le altre cose, il potenziamento degli istituti del referendum e dell'iniziativa popolare, l'eliminazione delle immunità parlamentari e il ridimensionamento del divieto di mandato imperativo (*ivi*, 87 ss.; Id. 1929, in Id. 1995, 155 ss.).

Non distante dalla posizione kelseniana è l'opinione di quella dottrina che ha sostenuto che «le cause della crisi permanente in cui versa la forma di governo parlamentare non vanno rinvenute nella disfunzione e nel depotenziamento delle assemblee legislative [...], bensì nell'inidoneità delle strutture tradizionali di questa forma di governo ad attuare i principi ai quali un ordinamento deve ispirarsi perché possa essere definito democratico» (T. Martines 1967, ora in Id. 2000, 256).

Nato in Inghilterra nel XVIII secolo, nell'ambito di un regime oligarchico, il governo parlamentare ebbe una diffusione molto rapida nel resto dell'Europa, soprattutto per i limiti all'autorità che esso comportava attraverso l'applicazione dello schema della rappresentanza politica. L'adozione di tale forma di governo si accompagnò ad una progressiva estensione del diritto di voto, fino all'adozione del suffragio universale che se, da un lato, sembrò un perfezionamento del parlamentarismo, dall'altro, nei fatti, ne aggravò i difetti e produsse ulteriori inconvenienti. In buona sostanza, la concessione del suffragio universale non rese il popolo «depositario della sovranità» poiché il governo parlamentare corrispondeva a un sistema «le cui colonne portanti erano costituite dal principio rappresentativo, rigidamente esaurienti nell'ambito dello Stato-autorità, e dal rapporto fiduciario fra la maggioranza ed il governo» (*ivi*, 257). Il parlamentarismo e la rappresentanza politica non nascono, quindi, per soddisfare le esigenze della democrazia di massa e a fatica si adattano alla dimensione istituzionale di quest'ultima. D'altro canto, nella democrazia costituzionale, i parlamenti «non sono più il perno attorno al quale ruota l'apparato autoritario dello Stato, bensì solo uno dei centri di potere che agiscono in una società pluralista» (*ivi*, 265).

Di grande utilità per la comprensione del rapporto tra istituzioni rappresentative e principio democratico è, poi, la distinzione tra «rappresentanza» e «rappresentatività»: la prima attiene al momento dell'autorità ed è una «qualità convenzionalmente attribuita agli organi elettivi che può anche rivelarsi priva di un reale contenuto qualora essa non trovi conferma, sul piano dell'effettività, nella rappresentatività degli organi stessi»; la seconda, invece, attiene alla dimensione della libertà e trova il suo fondamento nella consonanza tra governanti e governati, che si verifica quando «i primi riescono a tradurre in formule giuridiche, e quindi a tutelare, i valori che si manifestano come preminenti nella comunità che li ha espressi» (T. Martines 2013, 229).

La rappresentanza politica era in grado di assicurare un elevato grado di rappresentatività nello Stato liberale di diritto, che era uno Stato «monoclasse» (M.S. Giannini 1988, 139 ss.), nel senso che le sue istituzioni rappresentavano soltanto le istanze di una determinata classe sociale, quella borghese. Eletti ed elettori appartenevano alla stessa ristretta cerchia sociale, condividevano condizioni di vita e aspirazioni: in tal modo, i parlamenti risultavano al massimo grado possibile *rappresentativi*, nel senso che si è sopra indicato. Nella ben più complessa dimensione della democrazia pluralista, nella quale vige il suffragio universale e agiscono i partiti di massa, gli organi formati attraverso il meccanismo delle elezioni non riescono a essere effettivamente rappresentativi di tutti coloro che li hanno eletti e, difatti, il loro mandato viene legato non già alla cura degli specifici interessi degli elettori, ma al perseguimento dell'interesse generale (in questo senso, ad esempio, va letta la previsione contenuta nell'art. 67 Cost., secondo cui «ogni membro del Parlamento rappresenta

la Nazione»). Negli odierni ordinamenti democratici, il basso livello di rappresentatività delle assemblee parlamentari è, dunque, un connotato strutturale, che, d'altro canto, non giustifica divaricazioni estreme tra l'azione di governo dei rappresentanti e l'interesse della collettività. La consapevolezza di tale punto di debolezza del modello conduce, tuttavia, al riconoscimento della necessità di rafforzare, per un verso, le forme di controllo del rapporto di rappresentanza e, per altro verso, secondo il suggerimento di Kelsen, d'integrare il parlamentarismo stesso con ulteriori forme di partecipazione (referendum, iniziativa popolare, ecc.).

## 6. *Il demos: visioni olistiche e visioni individualistiche*

Il concetto di democrazia ha trovato e può ancora trovare svariate declinazioni, anche molto distanti tra loro. In particolare, la contrapposizione tra democrazia degli antichi e democrazia dei moderni, pur nella sua schematicità, rivela come la distinzione tra esercizio diretto ed esercizio indiretto del potere non corrisponda a una divergenza marginale in ordine al modo di attuazione del principio democratico, bensì a due paradigmi antitetici che hanno influenzato, peraltro in contesti storici molto distanti, le forme di organizzazione delle comunità politiche. In tal senso, appare condivisibile l'opinione secondo la quale il referendum e gli altri strumenti di partecipazione propri delle odierne democrazie rappresentative solitamente definiti come istituti di "democrazia diretta" risulterebbero, in realtà, del tutto estranei alla prospettiva classica della democrazia diretta (M. Luciani 2004, 181 ss.; Id. 2005, spec. 8 ss.).

Alla varietà di manifestazioni del primo dei due elementi che compongono il concetto di democrazia, ovverosia il governo (*kratos*), si aggiungono, poi, le notevoli difficoltà che si riscontrano allorché si tenti di dare una definizione del secondo elemento, il popolo (*demos*), idonea ad abbracciare tutte le ipotesi d'impiego di tale voce.

Sartori individua un minimo di sei possibili «svolgimenti interpretativi» del concetto di popolo: come «letteralmente *tutti*», come «pluralità approssimativa» («un maggior numero, *i più*»), come «*popolace*, classi inferiori, proletariato», come «*totalità* organica e indivisibile», come «principio maggioritario assoluto» e come «principio maggioritario temperato». E conclude che quest'ultima accezione, secondo la quale i più prevarrebbero sui meno nel rispetto dei meno, è quella più adeguata ai caratteri propri della democrazia, la quale non si esaurirebbe nella *majority rule*, ma implicherebbe il «principio maggioritario temperato», per cui «la maggioranza ha il diritto di prevalere *nei limiti*, e cioè rispettando i diritti e la libertà delle minoranze» (2007, 20 ss.).

Nella ricostruzione del concetto di popolo si sono alternate, in generale, posizioni molto distanti, riconducibili a due visioni contrapposte: quella *olistica* e quella *individualistica* (sul punto si veda, per tutti, S. Dellavalle 2002, spec. 67 ss.). In base alla prima, d'ispirazione aristotelica, la collettività sociale e politica non coinciderebbe semplicemente con la somma dei suoi componenti, ma avrebbe un valore aggiunto in quanto appunto totalità. Il suo primario interesse, che connoterebbe anche l'agire politico dei suoi membri, sarebbe quello alla propria sopravvivenza e in essa non potrebbe trovare spazio alcun diritto alla piena autonomia dei consociati. Secondo la prospettiva individualistica, affermata dal XVII secolo, invece, la comunità politica sarebbe soltanto uno strumento di cui l'individuo disporrebbe per la tutela dei propri diritti e interessi (*ivi*, 68).

Tendenze olistiche si sono riscontrate nel pensiero moderno e tornano continuamente ad affermarsi anche in teorie e dottrine contemporanee. Una ricostruzione esasperatamente olistica è rappresentata, ad esempio, dalla già richiamata dottrina schmittiana della democrazia identitaria; mentre sul versante opposto si colloca ancora una volta la concezione della democrazia kelseniana (*ivi*, 69 ss. e 78 ss.). La prospettiva individualistica fatta propria da quest'ultima si coglie, ad esempio, nella definizione del concetto di popolo rinvenibile in *Essenza e valore della democrazia*, ove si afferma che è una *finzione* considerare «come un insieme d'individui l'unità di una molteplicità di atti individuali – unità che costituisce l'ordine giuridico – qualificandola come "popolo" e destare così l'illusione che questi individui costituiscano il popolo con tutto il loro essere, mentre essi vi appar-

tengono solamente attraverso alcuni loro atti che l'ordine statale protegge ed ordina» (H. Kelsen 1929, in Id. 1995, 59). Per Kelsen, l'unità del popolo ha natura squisitamente normativa: essa dipende soltanto dal dato della sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordinamento giuridico statale (*ivi*, 58). Il popolo, dunque, non sarebbe un insieme di individui, ma un «insieme di atti individuali, determinati dall'ordine giuridico dello Stato» (*ivi*, 59).

La contrapposizione tra olismo e individualismo, tra una concezione del rapporto tra collettività e individuo che privilegi la prima sul secondo e una che, all'opposto, tenda a ritenere prevalenti le ragioni dell'individuo su quelle della comunità si è riproposta, in tempi più vicini, nella contesa tra *liberals* e *communitarians* e nel dibattito sul multiculturalismo (in tema si rinvia almeno a J. Habermas-C. Taylor 2002). I medesimi modelli sono stati, da ultimo, richiamati nella trattazione del problema relativo alla configurabilità di un "popolo europeo", nell'ambito del processo d'integrazione sovranazionale (riferimenti in S. Dellavalle 2002, 139 ss.).

7. *Procedura vs. sostanza? La democrazia come sistema di procedure assiologicamente connotate*

Nonostante le difficoltà interpretative, il concetto di "autogoverno", quale contenuto semantico essenziale della voce "democrazia", consente già di qualificare come mistificatorie quelle concezioni nelle quali il termine in questione non viene impiegato per denotare una forma (diretta o indiretta) di autodeterminazione del popolo (in qualunque accezione venga assunta tale espressione). Certo è ancora poco, ma è già qualcosa.

Il concetto, come si è detto, deve poi essere necessariamente integrato da una determinata concezione della democrazia.

Come si è anticipato, molte sono state le ricostruzioni proposte in tema (si rinvia, per un quadro complessivo, alla trattazione di D. Held 1997, 27 ss.). Per lo più esse possono essere ricondotte, pur con qualche approssimazione, a due grandi categorie: quella delle concezioni *procedurali* (o *formali*) e quella delle concezioni *sostanziali*. Per le prime la democrazia è un *metodo* di governo, che ha luogo attraverso l'impiego dei cosiddetti «universal procedurali», regole di carattere generale inerenti alla selezione dei governanti e all'assunzione delle decisioni politiche, il cui impiego consente di adottare le più varie deliberazioni. Le seconde, invece, fanno riferimento soprattutto a determinati *contenuti* ispirati da ideali della tradizione del pensiero democratico tra cui, soprattutto, l'egualitarismo (N. Bobbio 2004, 242 s., il quale predilige una concezione procedurale: cfr. *amplius* Id. 1984, 4).

La concezione della democrazia di Kelsen appartiene al primo tipo: per il Maestro praghese, la democrazia è *procedura*; più precisamente essa si traduce in un «metodo politico mediante il quale l'ordinamento sociale è creato ed applicato da coloro che sono soggetti all'ordinamento stesso, in modo da assicurare la libertà politica nel senso di autodeterminazione» (H. Kelsen 1955-56, in Id. 1995, 197). Nel suo significato originario (e più autentico), tale forma di Stato consisterebbe in un governo *del* popolo, che, attraverso il meccanismo della rappresentanza politica, potrebbe realizzarsi, in concreto, in diverse organizzazioni istituzionali. L'essenza della democrazia sarebbe, dunque, la «partecipazione al governo, vale a dire alla creazione e all'applicazione delle norme generali e individuali dell'ordinamento sociale che costituiscono la comunità» (*ivi*, 195). Kelsen si sofferma anche sul rapporto tra democrazia e liberalismo: posto che la democrazia liberale (o moderna) sarebbe soltanto un particolare tipo di democrazia, egli afferma che «il principio democratico e quello liberale non si identificano e che tra loro esiste, anzi, un certo antagonismo»; se, infatti, il primo, nella sua massima espressione, afferma l'illimitatezza della sovranità popolare, il secondo significa, al contrario, limitazione del potere, anche di quello democratico (*ivi*, 196).

«Governo *del* popolo» e «governo *per* il popolo», d'altro canto, non sono formule equivalenti: certo, il fatto che il popolo si autodetermini dovrebbe condurre al soddisfacimento dell'interesse generale, presumibilmente perseguito dall'azione di un governo democraticamente legittimato. Ma, di

contro, non necessariamente un governo che affermi di agire *per* il popolo è anche un governo *del* popolo: la mistificazione operata dai teorici della dottrina sovietica della democrazia e da altri sostenitori di concezioni della democrazia in senso sostanziale sarebbe consistita, secondo Kelsen, proprio nell'aver operato tale spostamento concettuale, ovverosia nell'aver fatto passare come governi *del* popolo forme di organizzazione politica che si proclamavano orientate al perseguimento dell'interesse generale, ma nelle quali i governanti non venivano designati dal popolo (*ivi*, 198 ss.; la distinzione tra le due formule del «governo del popolo» e del «governo per il popolo» è stata ripresa, di recente, da G. Zagrebelsky 2014, 20 ss., il quale ha ricordato, come ulteriore forma di corruzione del concetto di democrazia, la definizione della stessa come «governo *per mezzo* del popolo»).

Procedurale è normalmente definita, ma in un senso diverso da quello appena richiamato, anche la concezione elitista di Schumpeter, in base alla quale la democrazia si tradurrebbe sì in un «metodo politico», in «uno strumento costituzionale per giungere a decisioni politiche» (1964, 231), ma tale metodo si concretizzerebbe in un «assetto istituzionale» nel quale «alcune persone accettano il potere di decidere mediante una lotta competitiva per il voto popolare» (*ivi*, 257). Se per Kelsen la democrazia è soprattutto compromesso tra opposte visioni del mondo all'interno di un sistema (quello del parlamentarismo) che ne consente la coesistenza, per Schumpeter essa si risolve in competizione per la conquista di una *leadership* legittima. Appare evidente come, nell'ambito di tale teoria, si determini una forte svalutazione del ruolo del popolo, chiamato soltanto a selezionare ed eventualmente a revocare i propri rappresentanti, mentre la stessa democrazia finisce con il risolversi nel «governo dell'uomo politico» e gli elettori sono tenuti a rispettare il principio di divisione del lavoro che li separa dai politici che essi stessi hanno eletto (E. Greblo 2000, 121).

È stato sostenuto, peraltro, che, nonostante la diversità di accenti, il modello kelseniano e quello schumpeteriano di democrazia sarebbero meno distanti di quanto normalmente si creda e convergerebbero anzi verso «comuni assunzioni di fondo» (O. Chessa 2005, 23). In primo luogo, entrambi, secondo tale dottrina, avrebbero demolito i miti della sovranità popolare e della rappresentanza politica: Kelsen relegando tali nozioni nel campo della «ideologia democratica» e affermando che la «democrazia reale» si sostanzierebbe in un metodo di creazione dei capi attraverso il confronto elettorale; Schumpeter criticando, per ragioni analoghe, gli assunti della «dottrina classica della democrazia» (*ivi*, 24 ss.). In secondo luogo, sia il primo che il secondo modello rifiuterebbero la «consistenza ontologica» del concetto di «bene comune»: quest'ultimo si potrebbe apprezzare soltanto a seguito dell'applicazione della regola di maggioranza (*ivi*, 27). In senso critico rispetto a tale impostazione, si è notato, tuttavia, che le analogie tra le richiamate concezioni riguarderebbero soltanto l'attacco ai miti delle dottrine classiche della democrazia, ma Kelsen, a differenza di Schumpeter, non abbandonerebbe affatto lo schema della rappresentanza, pur criticandone l'idealizzazione classica, ma lo declinerebbe nella forma della rappresentanza partitica [S. Pajno, 2005, 577 ss.; in senso analogo, G. Azzariti 2005(b), 883 s.].

Le concezioni procedurali sommariamente richiamate si distinguono, poi, dalle teorie procedurali della giustizia e dell'argomentazione proposte negli ultimi decenni da autori come Rawls, Habermas e Alexy, i quali – come ha rilevato Barberis (1995, 33 s.) –, benché muovano da premesse non molto distanti da quelle di Kelsen, arrivano a conclusioni opposte rispetto alle stesse tesi kelseniane, privilegiando, in particolare, il ruolo degli organi giurisdizionali e delle corti costituzionali rispetto a quello dei parlamenti.

L'idea della democrazia come procedura ha avuto, com'è noto, una notevole influenza sulle concrete forme di attuazione del principio democratico nell'ambito degli ordinamenti costituzionali occidentali.

La concezione procedurale di Kelsen si fonda, tuttavia, su premesse relativistiche da tempo fatte oggetto di critica e non più adeguate a spiegare i caratteri qualificanti degli odierni Stati costituzionali. Sono noti i passi in cui l'inventore della Dottrina pura del diritto, dopo aver affermato che la democrazia non può fondarsi su una concezione del mondo che presuppone l'esistenza di valori assoluti, ma deve adottare una prospettiva relativista, richiama l'episodio evangelico del processo a



Gesù quale simbolo dei limiti di tale forma di Stato, che, nella sua fallibilità, non potrebbe impedire la scelta di Barabba (H. Kelsen 1929, e Id. 1955-56, entrambi in Id. 1995, 151 s. e 272 ss.; sulla lettura kelseniana dell'episodio cfr. A. Spadaro 1994, 189 ss. e G. Zagrebelsky 1995).

A quella procedurale si contrappongono, poi, concezioni sostanziali. La «democrazia sociale», come ricorda Sartori (2007, 13), trova riconoscimento innanzitutto in *La democrazia in America* di Tocqueville, opera pubblicata per la prima volta a Parigi tra il 1835 e il 1840. In essa, l'Autore, tornato da un viaggio negli Stati Uniti, descrive lo «stato della società» di tale Paese, rilevando, quale suo carattere distintivo, l'eguaglianza delle condizioni ed esaltando lo «spirito egualitario» che animava il popolo americano dell'epoca. Questa idea di democrazia, rileva ancora Sartori, presuppone una «struttura sociale orizzontale» (*ibidem*). Non a caso, la maggiore preoccupazione di Tocqueville è quella che non si affermi una «tirannia della maggioranza», principale rischio di degenerazione di un sistema istituzionale che si basa su un tessuto sociale caratterizzato dall'eguaglianza delle condizioni (A. de Tocqueville 1999, 201 ss., ma *passim*).

Sul versante delle concezioni sostanziali, è da ricordare, poi, l'elaborazione di Lijphart, il quale alla «democrazia maggioritaria», esemplificata dal «modello Westminster», contrappone una «democrazia consensuale»: la prima è caratterizzata, tra l'altro, da una posizione di predominio del potere esecutivo, accentrato in governi monopartitici a maggioranza risicata, in regime di bipartitismo e nel contesto di sistemi elettorali maggioritari; la seconda, invece, più adatta a società profondamente divise, è connotata, tra l'altro, dalla condivisione del potere esecutivo attraverso grandi coalizioni, dal bilanciamento tra potere esecutivo e potere legislativo, dal multipartitismo e da un sistema proporzionale (2001, 27 ss.).

Nel complesso, la concezione meramente procedurale della democrazia non sembra più adeguata agli ordinamenti europei affermatasi dal secondo dopoguerra. La pretesa di tali ordinamenti è stata quella di porre dei limiti assoluti alla sovranità popolare, sottraendo al potere di revisione costituzionale quell'insieme di principi di libertà e di eguaglianza che compongono il patrimonio del costituzionalismo moderno. È stata, dunque, riconosciuta, anche nel contesto delle democrazie pluraliste, l'esistenza di uno spazio sottratto al confronto e al compromesso (cfr. G. Zagrebelsky 1992, 11).

Il principio democratico, nell'ambito di tali ordinamenti, si trova, pertanto, a dover convivere con altri principi fondamentali, nel bilanciamento dei quali non è possibile da parte degli operatori istituzionali sacrificare irragionevolmente alcuni a favore di altri.

Se così è, si può, dunque, concludere che la democrazia, nel senso moderno della voce, si risolve essenzialmente in un insieme di *procedure assiologicamente connotate*, procedure che non si esauriscono nel sistema di selezione dei capi, ma che comprendono anche i vari strumenti di partecipazione popolare ai processi deliberativi degli organi di governo. La connotazione assiologica deriva dal fatto che tali procedure costituiscono espressioni istituzionali, nella dimensione politica, dei principi di libertà e di eguaglianza, la cui ragionevole composizione costituisce l'aspirazione fondamentale della stessa democrazia pluralista (R. Dworkin 2002, 139; G. Silvestri 2009, 43 ss. e 85 ss.).

### 8. La democrazia come “poliarchia”

L'idea secondo cui la procedura e la sostanza sarebbero in opposizione è contestata anche da Dahl: «i diritti, i beni e gli interessi sostanziali che sono parte integrante del processo democratico sono quelli che a torto si pensa vengano minacciati dal processo stesso» (2005, 262). Tra questi rientrerebbe anche il «diritto ad autogovernarsi» attraverso un processo democratico; quest'ultimo non sarebbe né un «mero processo», poiché si traduce in una forma di giustizia distributiva, permettendo la distribuzione di risorse d'importanza fondamentale (come il potere e l'autorità), né «meramente formale», poiché per esercitarlo dovrebbero esistere tutte le risorse e le istituzioni ad esso necessarie. Il diritto al processo democratico, infine, non si risolverebbe in una «rivendicazione puramente astratta», riguardando tutti i diritti (moralì, legali e costituzionali) necessari al suo esercizio,



come la libertà di espressione, di stampa, di riunione e di formare partiti politici. E, del resto, proprio il fatto che i governanti di Stati autoritari abbiano sempre cercato, in ogni modo, di distruggere tutte le istituzioni indispensabili per lo sviluppo del processo democratico dimostra la loro consapevolezza della natura non meramente formale dello stesso (*ivi*, 262 s.).

L'analisi condotta da Dahl comprende sia la dimensione *ideale* che quella *reale* della democrazia. Sul primo versante, l'Autore individua cinque criteri che solo un processo democratico perfetto riuscirebbe a soddisfare integralmente, facendo del governo dell'associazione considerata un governo democratico perfetto (*ivi*, 164; Id. 2006, 32 ss.).

Il politologo statunitense chiarisce di non credere che possa realizzarsi un sistema democratico perfetto, dati i limiti imposti dal mondo reale. I criteri in questione, tuttavia, risultano utili in quanto rappresentano «idee di potenzialità umane con cui la realtà si può confrontare» (2005, 164). Essi, come qualsiasi modello ideale, «ci forniscono degli standard per valutare l'efficienza delle associazioni che affermano di essere democratiche. Possono servire come tracce per formare e riformare situazioni concrete, costituzioni, istituzioni politiche e modi di operare. Possono servire a tutti coloro che aspirano alla democrazia, per sollevare questioni importanti e contribuire a trovare delle risposte» (2006, 46).

In base al primo criterio proposto da Dahl, quello della *partecipazione effettiva*, prima che una determinata strategia venga adottata dall'associazione democratica considerata, è necessario che tutti i membri della stessa abbiano «pari ed effettive opportunità di comunicare agli altri le loro opinioni a riguardo»; il secondo criterio, quello della *parità di voto*, prescrive che, al momento di prendere la decisione, ogni membro dell'associazione deve avere «un'opportunità di voto effettiva e uguale agli altri» e «tutti i voti devono essere considerati pari»; in base al terzo criterio, quello del *diritto all'informazione*, «entro ragionevoli limiti di tempo, ciascun membro deve avere pari ed effettive opportunità di conoscere le principali alternative strategiche e le loro probabili conseguenze»; il quarto criterio è quello del *controllo dell'ordine del giorno*, in base al quale tutti i membri di un'associazione democratica devono avere «l'opportunità di decidere le priorità e, se vogliono, gli argomenti da inserire all'ordine del giorno»; il quinto e ultimo criterio è quello dell'*universalità del suffragio*, secondo cui «la totalità, o almeno la maggior parte, degli adulti che risiedono in permanenza nel territorio dovrebbero godere pienamente dei diritti indicati dai primi quattro criteri» (*ivi*, 41 s.).

Il carattere dell'universalità del suffragio poggia, a sua volta, sull'*eguaglianza politica* di tutti i cittadini, un principio che dovrebbe essere accettato sia per motivi etici e religiosi (essendo esso coerente con le convinzioni e i principi etici di moltissime persone di tutto il mondo), sia per la debolezza dei principi alternativi, affermant, in modi diversi, la superiorità di talune persone (o di taluni gruppi di persone) su tutte le altre, sia ancora per ragioni di prudenza (connesse all'impossibilità, anche per i soggetti privilegiati, di assicurare la stabilità di un sistema che salvaguardi solo o prevalentemente gli interessi di questi ultimi), sia, infine, per le maggiori probabilità che ha un sistema che garantisce uguale considerazione per tutti di poter essere diffusamente accettato (2006, 71 ss.).

Le più importanti e frequenti obiezioni all'idea democratica provengono dai sostenitori, anche in forme aggiornate, dell'antico modello del *governo dei custodi*, nei confronti del quale Dahl espone una serie di critiche radicali. Secondo questo diverso paradigma, la gestione della cosa pubblica, come si è detto, dovrebbe essere affidata a persone esperte, idonee a governare per il bene comune e dotate più degli altri della conoscenza dei mezzi atti a raggiungerlo. Delegare alcune specifiche decisioni agli esperti, osserva, tuttavia, Dahl, non significa cedere loro il controllo finale sulle decisioni più rilevanti. Si può ricorrere all'aiuto di esperti senza necessariamente dover delegare loro il potere di decidere leggi e politiche (*ivi*, 76). Inoltre, non è possibile assimilare la situazione del governo dei custodi a quella dell'individuo che si rivolge a specialisti per l'assunzione di determinate decisioni (ad esempio, a dei medici per curare le proprie malattie). Governare bene uno Stato richiede qualcosa di più della mera conoscenza scientifica: implica lo svolgimento di giudizi etici, che ovviamente non sono valutazioni scientifiche nell'accezione corrente (*ivi*, 76 s.). A ciò deve aggiun-

gersi che i fini giusti da raggiungere attraverso le decisioni politiche sono spesso in conflitto tra loro e, pertanto, richiedono transazioni e compromessi che ovviamente non dipendono da giudizi di carattere scientifico. Infine, non basta l'accordo sui fini, ma occorre anche decidere sui *mezzi* preferibili per il conseguimento dei fini ritenuti prioritari e anche riguardo a questi ultimi non esistono criteri scientifici certi che aiutino ad assumere decisioni giuste (*ivi*, 77 s.).

Per governare bene, continua Dahl, non basta la conoscenza, ma occorre anche una «ferma resistenza alle enormi tentazioni del potere, una dedizione continua e inflessibile al bene pubblico piuttosto che agli interessi personali o del proprio gruppo»; la mera conoscenza non produce automaticamente onestà e non preserva i titolari dai rischi di corruzione che la detenzione del potere comporta (*ivi*, 78).

L'idea del governo dei custodi troverebbe poi, in concreto, seri problemi di applicazione: come andrebbe istituito un sistema fondato su tale principio? Come dovrebbe essere scelto il primo custode? E da chi e come dovrebbero essere selezionati tutti gli altri? E i custodi dovrebbero comunque avere il consenso dei governati? Come evitare il rischio di degenerazione del sistema in una forma di oligarchia ereditaria (*ivi*, 79)?

Scartata, dunque, l'idea del governo dei custodi, esisterebbero diverse ragioni per scegliere un sistema democratico: tale forma di organizzazione politica allontanerebbe il rischio dell'instaurarsi di governi autocratici; garantirebbe ai cittadini un certo numero di diritti fondamentali e una gamma di libertà personali più ampia di quella che altri sistemi politici sarebbero in grado di assicurare; coadiuverebbe gli individui nella tutela dei loro interessi fondamentali; massimizzerebbe l'opportunità di esercitare la libertà di autodeterminazione, consentendo di vivere sotto leggi scelte dagli stessi soggetti ad esse sottoposti; massimizzerebbe la possibilità di esercizio della responsabilità morale; favorirebbe il progresso umano meglio di qualsiasi possibile alternativa e consentirebbe di conseguire un grado relativamente elevato di eguaglianza politica. Inoltre, le democrazie rappresentative moderne tenderebbero a non farsi guerra tra loro e i paesi retti da tali forme di Stato risulterebbero, in generale, più floridi di quelli retti da governi non democratici (*ivi*, 50 ss.).

Per distinguere dalle democrazie meramente ideali gli ordinamenti statali reali che si ispirano ai principi democratici Dahl utilizza il termine "poliarchia" (il "governo di molti", in contrapposizione a quelli di pochi, le "oligarchie" o "aristocrazie": Id. 1996, 18; Id. 2002, 17 s.; Id. 2006, 89 ss.). Altrove il politologo definisce la poliarchia una «funzione dell'addestramento sociale totale a tutte le norme», sottolineando l'importanza dei vari soggetti e formazioni preposti all'addestramento stesso (innanzitutto, famiglie e scuole); e rileva, altresì, l'esistenza di una sorta di paradosso, poiché il livello di addestramento sociale dipende dal grado di accordo già esistente su di esse, sicché la relazione tra addestramento e consenso è «un esempio perfetto del problema dell'uovo e della gallina» (1994, 86 s.).

La poliarchia, che costituirebbe la forma di democrazia adatta alle ampie dimensioni dello Stato nazionale, si caratterizzerebbe per l'esistenza di alcune istituzioni tipiche, tendenti a realizzare i caratteri propri di un processo democratico perfetto: l'*elezione degli amministratori*; lo svolgimento di *votazioni libere, eque e frequenti*; la *libertà di espressione*; l'*accesso a fonti alternative d'informazione*, che non dovrebbero essere sotto il controllo del governo o di qualsiasi altro gruppo politico interessato a influenzare l'opinione pubblica; l'*autonomia associativa*, ossia il riconoscimento e la garanzia del diritto di tutti i cittadini di formare associazioni e organizzazioni relativamente indipendenti (come i partiti politici); la *cittadinanza allargata*, ossia l'estensione a tutti gli adulti residenti stabilmente nel paese dei diritti necessari al funzionamento delle altre cinque istituzioni sopra menzionate (2006, 91 ss.).

### 9. "Democrazia deliberativa" e "democrazia partecipativa"

Le istituzioni della democrazia rappresentativa prestano il fianco alle critiche di quanti, muovendo da un esame realistico delle dinamiche di funzionamento delle stesse, rilevano come esse, di fat-

to, servano a selezionare i capi, ma non a garantire una piena partecipazione democratica all'attività di governo. Si è visto, del resto, come lo schema della rappresentanza politica sia nato in contesti istituzionali ben diversi da quelli delle odierne democrazie pluraliste e come, almeno in origine, sia apparso incompatibile con la stessa teoria democratica.

Le concezioni della “democrazia deliberativa” e quelle della “democrazia partecipativa” traggono spunto proprio dalla consapevolezza delle carenze delle istituzioni rappresentative.

Se la “democrazia deliberativa” si afferma nell'ambiente culturale anglosassone, la “democrazia partecipativa” origina da note esperienze sudamericane (L. Bobbio 2006, 14; R. Bifulco 2009, 2). Sia l'una che l'altra, com'è stato scritto, «si collocano all'interno dello stesso campo teorico, si occupano del medesimo problema: come aprire i processi decisionali pubblici, ai più diversi livelli di governo, a tutti coloro che sono interessati» (*ibidem*). La differenza principale sembra però consistere nel fatto che, mentre con la formula “democrazia deliberativa” si rinvia «a un complesso insieme teorico, molto differenziato al suo interno, con connotazioni fortemente normative», la ricerca sulla “democrazia partecipativa” si caratterizza per la sua «valenza soprattutto applicativa» (*ibidem*).

Nell'espressione “democrazia deliberativa”, l'attributo è frutto dell'italianizzazione dell'inglese “*deliberative*”, che non denota soltanto il momento della decisione, ma anche quello della discussione e del confronto tra argomenti che precedono la decisione pubblica (G. Bosetti-S. Maffettone 2004, 7; P. Ginsborg 2006, 73; R. Bifulco 2011, 272; l'uso dell'espressione si registra originariamente in J. Bessette 1980, 102 ss.).

In generale, nei modelli di democrazia deliberativa i processi di decisione pubblica sono (nel senso che *devono essere*) orientati da due principi: quello di *deliberazione* e quello di *massima inclusione*. In base al primo, la decisione deve scaturire da un confronto tra diversi punti di vista, nel quale, sulla base del riconoscimento dell'eguale dignità di ogni partecipante alla discussione, ciascuno porta argomenti che possano essere accettati da tutti (R. Bifulco 2011, 280). In base al principio della massima inclusione, invece, il processo decisionale deve essere aperto a tutti gli interessati alla decisione e ai destinatari degli effetti della stessa (*ivi*, 282; in questo senso si veda già la definizione di J. Elster 1998, 8). Quest'ultimo criterio, com'è evidente, risulta difficilmente applicabile nelle realtà altamente complesse delle democrazie contemporanee, i cui processi decisionali non possono sempre coinvolgere tutti gli interessati, pena la paralisi dei congegni istituzionali. D'altro canto, il modello della democrazia deliberativa rinvia a un agire comunicativo che non sempre trova posto nelle concrete dinamiche decisionali della democrazia rappresentativa: in tal senso, Habermas, fautore di un modello normativo di «politica deliberativa» che ha influenzato notevolmente le concezioni delle quali si sta qui discorrendo, ha sostenuto che il procedimento democratico postulato dalla sua teoria discorsiva creerebbe «una connessione interna tra *trattative, discorsi di autochiarimento e discorsi di giustizia*», giustificando così la «presunzione di poter pervenire, in queste condizioni, a risultati ragionevoli ovvero equi» (2002, 242; Id. 2013, 322 ss.).

In realtà, tutte le teorie della democrazia deliberativa, com'è stato detto, hanno una «pretesa normativa decisamente astratta e generale» (R. Bifulco 2011, 276); e proprio in tale carattere si riscontra la principale differenza con le concezioni della democrazia partecipativa, che invece sostengono «esperienze concrete» nelle quali si sperimentano meccanismi utili a consentire ai partecipanti di influenzare la decisione finale, senza però che questi ultimi assumano poteri decisionali formali (*ivi*, 277). Tali forme d'intervento si svolgono all'interno di «procedure pubbliche», nelle quali i partecipanti «interagiscono con le istituzioni elettive, burocratiche e tecniche, così che viene costruendosi attraverso la procedura una linea di azione comune in cui si esprimono volta per volta in varia misura conflitto e consenso e che comunque mira a confluire in un risultato unico – una decisione – che è il prodotto di quella logica procedurale» (U. Allegretti 2011, 306). Rientrano tra le suddette «esperienze» il «bilancio partecipativo», il cui esempio più celebre è quello di Porto Alegre e che consiste, pur con varie forme applicative, nella sottoposizione a discussione pubblica del bilancio comunale o di altri enti pubblici; il «dibattito pubblico», che ha trovato le sue prime applicazioni in Francia e che si sostanzia in una discussione pubblica informata, svolta in presenza di

un'autorità indipendente, e produttiva di un rapporto finale che, pur non obbligando il decisore a conformarsi ai suoi esiti, può influenzare quest'ultimo, inducendolo ad abbandonare il progetto o a modificarlo; le «giurie civiche», create, ad esempio, a Berlino tra il 2001 e il 2003, che consistono in gruppi ristretti di cittadini, solitamente designati, in tutto o in parte, a sorte e chiamati ad assumere decisioni su questioni di comune interesse; a tali strumenti vanno aggiunte poi le varie forme di programmazione partecipata nei diversi settori delle politiche pubbliche (*ivi*, 296 ss.).

Da questi strumenti devono poi distinguersi, secondo l'opinione che si è qui condivisa, gli istituti di «partecipazione istituzionale», quali il referendum, nelle sue varie applicazioni, l'iniziativa legislativa e la petizione popolare. Tali congegni, infatti, non possono essere qualificati, a rigore, come meccanismi di democrazia diretta, la quale, come si è visto, corrisponde a specifiche esperienze storiche oggi difficilmente riproducibili. La partecipazione «istituzionale» è piuttosto quella che «si articola in istituti e procedimenti formalizzati e tipizzati dal diritto (in genere, dalla Costituzione o tutt'al più dalla legge)», è diretta «all'attivazione, completamento o definizione dei procedimenti decisionali pubblici (in particolare, di quelli politici)», «si struttura attraverso l'attribuzione di specifici diritti politici» e può essere praticata da tutti i cittadini titolari dei medesimi diritti politici (M. Luciani 2005, 39). I diversi concetti di partecipazione finiscono così con il confluire nella composizione di un'«attività fondante un metodo costante di cooperazione democratica alla funzione deliberativa delle istituzioni rappresentative, che trova una sua specifica ragion d'essere nelle ragioni del costituzionalismo democratico» (M. Della Morte 2012, 31).

Sostenitore di una democrazia partecipativa, in polemica contrapposizione alla concezione della «democrazia maggioritaria», è, poi, Dworkin (2007, spec. 134 ss.), secondo il quale, in base alla prospettiva partecipativa, la democrazia dovrebbe significare che ciascuno «partecipa al governo come socio a pieno titolo di un'impresa politica collettiva, e che quindi le decisioni della maggioranza sono democratiche solo quando sono soddisfatte alcune condizioni che tutelano lo status e gli interessi di ogni cittadino». Non basta, dunque, che vengano eletti i rappresentanti politici «con impeccabili metodi maggioritari»: quello che conta è che non vengano ignorati costantemente gli interessi di alcun gruppo minoritario (*ivi*, 134).

Più specificamente, per Dworkin, un governo democratico legittimo è quello la cui struttura consente lo sviluppo di una comunità politica che tratta tutti i suoi componenti con «*uguale considerazione e rispetto*» (2002, VII). E un'organizzazione istituzionale del genere non può che avere un'ispirazione partecipativa.

Passando dalla dimensione teorica a quella dogmatica e adottando quale ambito esemplare di studio l'ordinamento costituzionale italiano (sul quale ci s'intratterà nel prossimo paragrafo), si può notare come la democrazia partecipativa, che ha trovato espressione soprattutto (anche se non esclusivamente) nella dimensione degli enti regionali e locali (in tema, cfr. ora S. Aru-A. Deffenu 2014, 40 ss., e M.A. Gliatta 2014, 73 ss.), è riconosciuta dall'art. 3, comma 2, Cost., laddove l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese è posta quale finalità propria della Repubblica, per il conseguimento della quale quest'ultima deve rimuovere gli ostacoli economici e sociali che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (U. Allegretti 2011, 317 s.).

## 10. Il principio democratico nell'ordinamento costituzionale italiano

Alla luce del percorso fin qui svolto e analizzate, pur sinteticamente, le molteplici trasformazioni del principio democratico (sul concetto di «trasformazioni della democrazia» cfr., per tutti, N. Bobbio 1984, 7 s.), possono trarsi alcune conclusioni e applicarle allo specifico contesto dell'ordinamento italiano. Quest'ultimo rientra in quella categoria di ordinamenti affermatasi nel secondo dopoguerra e variamente denominati (in base al profilo che si è voluto, di volta in volta, mettere in luce) come «Stati costituzionali», «democrazie costituzionali», «liberal-democrazie» o «democrazie pluraliste». Ciascuna di tali etichette sottolinea alcuni aspetti dei predetti sistemi giuridici:



il paradigma della sovranità limitata dal riconoscimento dei principi del costituzionalismo (*in primis*, separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali), il connubio tra teorie democratiche e principi e istituzioni del liberalismo, il riconoscimento del valore del pluralismo (in tutte le sue declinazioni) nel contesto di ordinamenti che si reggono sul principio di sovranità popolare.

Come ha scritto Häberle (2005, 8), il modello dello Stato costituzionale comprende sia elementi *ideali* sia elementi *reali*, che quasi in nessun ordinamento si riscontrano contemporaneamente, lasciando intravedere «una condizione ottimale del dover essere e una condizione possibile dell'essere». Tali elementi sono la *dignità umana*, premessa culturale dell'intero ordinamento; il *principio di sovranità popolare*, inteso «non come libero arbitrio e come grandezza mistica al di sopra dei cittadini ma come forma per adottare decisioni nuovamente volute e pubblicamente responsabili»; la *costituzione*, concepita come «contratto, nel cui ambito vengono formulati i fini educativi e divengono possibili e necessari valori di orientamento»; il *principio della divisione del potere*, «statale in senso stretto e pluralistico in senso ampio»; il principio dello *Stato di diritto*, quello dello *Stato sociale* e quello dello *Stato di cultura*; le *garanzie dei diritti fondamentali* e l'*indipendenza della giurisdizione* (più specificamente, dato tipico della forma ordinamentale considerata è la previsione di una giustizia costituzionale preposta anche, e soprattutto, alla tutela dei diritti fondamentali dagli eventuali abusi del legislativo: sulle teorie della giustizia costituzionale cfr. ora O. Chessa 2014). Tale modello, osserva ancora Häberle, è esso stesso una «conquista culturale» che solleva una «pretesa verso il futuro» (*ibidem*). E il diritto costituzionale deve essere inteso, in questa prospettiva, essenzialmente come una scienza della cultura (P. Häberle 2001, *passim*).

Il rapporto tra sovranità popolare e principi del costituzionalismo nella dimensione dello Stato costituzionale presenta elementi paradossali, poiché implica una formidabile *sfida culturale* (A. Morelli 2013, 7 ss.). Il rapporto tra democrazia e costituzionalismo appare problematico in quanto mette in discussione convinzioni e modelli resistenti anche se ormai inadeguati alle odierne realtà istituzionali. Le difficoltà d'inquadramento delle quali si riflettono nella diversità delle soluzioni proposte in dottrina: ed infatti alcuni autori hanno ricostruito il rapporto tra democrazia e costituzionalismo in termini oppositivi, attribuendo ai diritti costituzionali il ruolo di *limiti* alla democrazia; altri, invece, hanno individuato nei diritti *condizioni* di esistenza e di sviluppo della stessa democrazia (in tema, cfr., per tutti, G. Palombella 1997, 15 ss.). Come pure è stato notato, i diritti svolgono, in realtà, entrambe le funzioni indicate: essi sono condizioni e limiti della democrazia; e le Costituzioni si basano su due principi di legittimazione: «quello di limitazione del potere in funzione dei principi e dei diritti e quello democratico» (G. Bongiovanni 2005, 14).

Quel che emerge, in definitiva, è l'*indissolubile legame tra la democrazia e l'intero sistema dei principi costituzionali*: si è visto come la prima si traduca in un insieme di procedure assiologicamente connotate, concretandosi in una forma di organizzazione politica che permette di massimizzare il diritto all'autodeterminazione degli individui. Tale capacità va di pari passo con l'attitudine della stessa democrazia a promuovere l'attuazione dell'eguaglianza politica. Nella cornice della democrazia pluralista, libertà ed eguaglianza appaiono strettamente legate: l'espansione dell'una corrisponde a un pari ampliamento dell'altra e, di contro, la compressione dell'una comporta inevitabilmente una proporzionale *deminutio* dell'altra (G. Silvestri 2009, 43 ss.). Democrazia, libertà ed eguaglianza rappresentano, dunque, i cardini di un unico modello, che non può fare a meno di alcuno dei predetti elementi.

Anche quello tra democrazia e diritti è un rapporto di stretta integrazione, benché non siano mancate ricostruzioni che hanno sostenuto l'importanza di operare una netta distinzione tra la prima e i secondi (cfr., ad esempio, A. Pintore 2003, *passim*). La democrazia, tuttavia, non sembra poter fare a meno né dei diritti che più immediatamente ne consentono il funzionamento – ossia quelli politici –, né dei diritti d'espressione e d'informazione, il cui esercizio permette, per un verso, la diffusione delle informazioni necessarie alla formazione di un'opinione pubblica libera e consapevole e, per altro verso, lo sviluppo di quelle opinioni e idee diverse la cui circolazione dà linfa vitale al processo democratico.



Tali caratteri sono riscontrabili anche nell'ordinamento italiano: l'art.1 Cost. definisce, al primo comma, l'Italia come una «Repubblica democratica fondata sul lavoro», con una formula dalla quale si evince che il principio democratico si colloca (e acquista pieno significato, oltre il “nucleo duro semantico” coincidente con l'idea di autogoverno) in un contesto più ampio, legandosi, innanzitutto, al carattere repubblicano; al pari di quest'ultimo, quello democratico è un «principio di struttura», ossia un principio fondamentale formale e organizzativo della Costituzione (M. Olivetti 2006, 7). Il medesimo principio appare connesso anche al fondamento giuslavorista, il quale, a sua volta, si qualifica come un «principio costituzionale materiale», che pone un dato fine ai pubblici poteri (*ibidem*).

Il secondo comma dell'art. 1 esprime ancor più chiaramente l'idea della limitatezza della sovranità popolare, affermando che quest'ultima deve essere esercitata appunto nelle *forme* e nei *limiti* della Costituzione, previsione nella quale si è visto un rinvio alle disposizioni costituzionali che danno contenuto alla stessa sovranità popolare (R. Romboli 1984, 176), ma che esprime anche, con grande efficacia, la connotazione del tutto peculiare di tale forma ordinamentale, nella quale la collocazione del principio democratico nella trama assiologica complessiva è condizione necessaria per lo sviluppo della stessa dimensione democratica. Il carattere onnipervasivo della sovranità popolare impedisce, infatti, di esaurire la democrazia in un solo organo o istituto (sia esso il Parlamento, il Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale o qualunque altro soggetto o entità dell'ordinamento). In tal senso, del resto, si è espressa anche la Corte costituzionale nella [sent. n. 106/2002](#), ove ha affermato che «l'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità “appartiene” al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale» (punto 3 del cons. in dir.).

Non è necessario passare in rassegna tutti i caratteri della democrazia costituzionale italiana, essendo sufficiente ai nostri fini rilevare solo alcuni aspetti degni di nota del modello di democrazia definito dalla Costituzione repubblicana, aspetti che appaiono coerenti con l'evoluzione del concetto di democrazia fin qui ricostruita.

Il primo carattere è *l'indissolubile legame tra democrazia e Costituzione*: se, infatti, la prima si sostanzia nella forma istituzionale che consente meglio di ogni altra l'attuazione dei principi di libertà e di eguaglianza, essa presuppone e implica tutti gli altri principi supremi previsti dalla Carta repubblicana, che, in qualche modo, ai primi rinviano. Si pensi soltanto agli attributi riconosciuti al diritto di elettorato attivo dall'art. 48, secondo comma, Cost., a norma del quale il voto, oltre ad essere personale e segreto, deve essere *eguale e libero*. Un voto che non avesse tali caratteri non potrebbe veicolare l'istanza democratica nella dimensione istituzionale: in particolare, la disegualianza del voto inciderebbe sulla rappresentatività degli organi elettivi in relazione alla reale consistenza del *demos*; l'assenza di libertà ridurrebbe, invece, l'istituto del voto ad una ritualità priva di altra funzione che non fosse quella di conferire una parvenza di legittimazione democratica ad un potere autoritario (tali principi hanno trovato, ancora di recente, riconoscimento in [Corte cost. n. 1/2014](#), sulla quale cfr. ora A. Rauti 2014).

Il principio democratico si lega, poi, indissolubilmente al principio personalista, poiché, com'è stato scritto, non c'è «partecipazione alla cosa pubblica di individui e gruppi organizzati, nel che si concreta ed afferma la democrazia come valore [...], che non debba di necessità passare dal pieno rispetto della persona e, prima ancora, dalla predisposizione delle condizioni idonee all'affermazione della personalità della persona» [A. Ruggeri 2014(a), 217]. La democrazia, infatti, «è “luogo” di maturazione della personalità dei componenti la comunità statale, che senza di essa non potrebbero vedere neppure minimamente appagati taluni loro bisogni elementari e la loro stessa dignità»; essa, d'altro canto, «si alimenta e rigenera proprio per il tramite di siffatto appagamento, con un moto che – come si vede – non ha un principio o una fine ma che è segnato da un incessante *continuum* radicato nel (e proteso verso il) valore della dignità» (*ivi*, 218; in tema sia consentito rinviare ad A. Morelli, in *paper*).

Il principio democratico fa, dunque, sistema con tutti gli altri principi costituzionali, dai quali trae la sua stessa connotazione.

Un ulteriore profilo di cui tenere conto è il già richiamato *rapporto tra democrazia e dimensione culturale*. Si tratta di un legame molto articolato, al quale è possibile qui soltanto accennare.

Se la democrazia, come sottolineato dai fautori del paradigma deliberativo, è, innanzitutto, confronto, dialogo e capacità di condividere le proprie opinioni con gli altri, mostrandosi disposti anche a metterle in discussione, appare evidente come essa presupponga sempre l'esistenza di determinate condizioni culturali. La democrazia è, dunque, innanzitutto, prima che un dato giuridico, un fenomeno culturale; di qui la necessità che le istituzioni preposte all'istruzione pongano l'educazione alla democrazia come un obiettivo dei propri programmi (sul rapporto tra istruzione, educazione e democrazia, oltre al classico di J. Dewey 2004, si vedano anche G. Zagrebelsky 2007, e N. Chomsky 2008). Tale legame appare ovvio se si considera, più in generale, l'importanza dei fattori culturali per le dinamiche della democrazia costituzionale, la cui legittimazione dipende, in definitiva, dal riconoscimento e dalla condivisione, in seno alla società, dei valori tradotti in principi a loro volta riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Scrive, in tal senso, Ventura (2010, 13): «Una cosa, in democrazia, non si può fare: costringere il popolo ad essere democratico. Ma si può aiutarlo a comprendere appieno i valori fondamentali e il senso vero della democrazia».

#### 11. *Crisi e prospettive di sviluppo del principio democratico: qualche considerazione conclusiva*

Il problema centrale della democrazia è oggi, sempre più, la grave crisi di rappresentatività delle sue istituzioni. Non si tratta certo di una questione nuova; e, tuttavia, al momento, la misura della distanza diffusamente percepita tra i rappresentanti politici e gli interessi della collettività è tale da suscitare serie preoccupazioni sul futuro dell'ordinamento democratico. Nell'ambito delle analisi sociologiche e politologiche si è così giunti a sostenere la fine della democrazia (R. Dahrendorf 2001), il passaggio a forme di «postdemocrazia» (C. Crouch 2012) o l'affermazione di «democrazie senza democrazia» (M.L. Salvadori 2009).

Dinanzi alla crescente complessità sociale e al progressivo deterioramento di quell'*idem sentire de republica* che è il presupposto indefettibile della stessa unità politica (L. Ventura 2002, 60; Id. 2004, 1 ss.; Id. 2010, 11 s.; Id. 2012, 569 ss.; A. Barbera 2009), si manifesta il carattere intimamente paradossale dello schema della rappresentanza. Si tratta di una condizione resa efficacemente da Borges nel racconto *Il Parlamento*, nel quale i protagonisti tentano di istituire un parlamento mondiale, giungendo infine alla conclusione che un organo del genere, per risultare realmente "rappresentativo", dovrebbe includere tutta l'umanità presente, passata e futura (2004, 42). Il problema dell'adeguatezza delle istituzioni parlamentari a realtà sociali particolarmente disomogenee (come ovviamente appare quella coincidente con l'intero genere umano, ma come tendono ad essere sempre più anche le singole comunità nazionali) non sembra oggi risolvibile soltanto con il potenziamento dei classici strumenti di partecipazione popolare, i quali pure richiederebbero interventi riformatori volti a promuoverne un impiego più efficace. Né, tantomeno, si mostra al momento risolutiva l'applicazione dei mezzi tecnologici: l'avvento di una "democrazia elettronica" è un'ipotesi ancora remota (P. Costanzo 2014, 43 ss.).

Nel racconto *Diritto di voto*, Asimov immagina un futuro nel quale, negli Stati Uniti d'America, le cariche elettive di tutti i livelli istituzionali siano attribuite sulla base delle preferenze di un unico elettore giudicato da un cervellone elettronico come il cittadino più rappresentativo del popolo americano (1995, I, 55 ss.). Ridotta al minimo la dimensione del rapporto tra eletto ed elettore, la rappresentanza torna così ad essere raffigurata come una condizione meramente esistenziale, proponendosi, sotto le nuove forme di una pseudo-democrazia elettronica, il già visto modello schmittiano della democrazia identitaria. Il rischio dell'uso pervasivo e incontrollato degli strumenti tecnologici e informatici è proprio questo: che dietro l'apparente agevolazione della dimensione partecipa-

tiva si celi il potere disumanizzato della macchina, peraltro sempre esposto a forme occulte di controllo del consenso popolare (cfr. ora N. Urbinati 2013, 14).

Una tendenza oggi altrettanto diffusa quanto pericolosa è quella alla svalutazione del ruolo dei partiti politici, i quali da tempo non godono più di molta considerazione da parte dell'opinione pubblica, e all'esaltazione di una presunta «Repubblica dei cittadini», disancorata dalle vigenti forme costituzionali della rappresentanza politica (sul punto cfr. ancora N. Urbinati 2013, spec. 174 ss., e M. Plutino 2015).

Se al momento appare ancora improbabile che il deterioramento del sistema democratico possa condurre all'affermazione di regimi autoritari *dichiaratamente* in contrasto con i principi dello Stato costituzionale, più facile è che dietro la mera *apparenza* delle istituzioni democratiche si consolidino poteri occulti, in grado di condizionare l'azione di governo al di fuori dei circuiti della rappresentanza istituzionale. Occorre, dunque, indagare l'effettività degli strumenti di attuazione del principio democratico, poiché sotto ricostruzioni meramente tautologiche della democrazia possono sempre svilupparsi forme di Stato che lasciano al popolo un ruolo assolutamente gregario.

In tale prospettiva si deve guardare anche al problematico legame tra tecnica e potere, termini il cui rapporto non può essere descritto come una dicotomia, in quanto l'una non esclude l'altro e viceversa. La tecnica, infatti, può essere un limite ma anche uno strumento del potere; le valutazioni tecniche, inoltre, non sono mai del tutto neutre e imparziali, ma appaiono sempre, in una certa misura, condizionate da scelte di valore. Tra l'analisi tecnica e la deliberazione politica si pongono inevitabilmente valutazioni discrezionali.

L'odierna complessità sociale, alimentata anche dalle trasformazioni indotte dalla globalizzazione, restituisce attrattiva all'antica idea platonica del governo dei filosofi o dei saggi, che oggi assumono la veste (più adeguata ai tempi) dei "tecnici". Dinanzi alle notevoli difficoltà di svolgere previsioni attendibili dell'impatto dell'azione di governo sugli attuali contesti economico-sociali altamente complessi, è ricorrente la tentazione di affidare la gestione della cosa pubblica ad esperti nei vari settori di volta in volta oggetto di regolazione.

Si tratta, però, soltanto di un'illusione, poiché se è vero che la conoscenza può aiutare ad adottare decisioni politiche consapevoli, essa non è garanzia certa di un buon governo, qualunque sia il significato che voglia attribuirsi a tale espressione.

Nessun settore, oltretutto, è mai nettamente separabile dagli altri, poiché le relazioni che uniscono le varie sfere dell'esistenza umana sono tante e tali da impedire di svolgere valutazioni e di assumere decisioni che incidano soltanto su una di tali sfere senza toccare le altre. Guardando, in particolare, all'ambito dell'economia, essa non può essere separata *sic et simpliciter* dalla politica, poiché, come già ammoniva Kelsen, «la maggior parte degli affari economici ha un'importanza politica e la maggior parte degli affari politici un'importanza economica» (H. Kelsen 1929, in Id. 1995, 94). Di qui l'ovvia conseguenza che *tutti* i "governi tecnici" sono anche esecutivi politici, nel senso che devono svolgere necessariamente valutazioni di carattere politico e che anche per essi si pone un problema di responsabilità politica.

Proprio su questo versante però – quello degli strumenti a disposizione dei governati per far valere la responsabilità dei governanti – si riscontrano oggi le maggiori carenze.

La questione assume caratteri di formidabile complessità se si guarda ai contesti dell'ordinamento dell'Unione europea (o «eurounitario», secondo l'espressione introdotta da A. Ruggeri 2010, 125 ss., e utilizzata, di recente, anche in Cass. civ., sez. trib., n. 25035/2013) e della comunità internazionale, che costituiscono oggi gli ambiti di adozione delle decisioni in materia economica (e, dunque, anche politica) di maggiore portata. È evidente come proprio in tali sedi acquistino maggior rilievo i problemi di applicazione e di effettività del principio democratico.

È stato ampiamente rappresentato dalla dottrina il problema del *deficit* democratico delle istituzioni "eurounitarie" (la letteratura in tema è molto vasta: nel dibattito dottrinale italiano, si sono soffermati di recente sulla questione, tra gli altri, A. Ciancio 2014, 1 ss.; R. Bin 2014, 1 ss.; F. Donati 2014, 1 ss.; T. Ito 2014, 1 ss.; L. Mezzetti 2014, 104 ss.; A. Lollo, §3 *paper*). Il progressivo incremento dei poteri dell'Unione richiederebbe un'adeguata democratizzazione dei suoi organismi e

delle sue procedure deliberative, che ovviamente dovrebbe tener conto della natura (non ancora facilmente decifrabile) di tale organizzazione sovranazionale. Una democratizzazione che non potrebbe che andare di pari passo con la costituzionalizzazione delle stesse istituzioni dell'Unione.

Non si trascura la complessa questione, che, tuttavia, non è qui possibile riprendere, dell'esistenza, allo stato, di una «Costituzione europea», che ovviamente coinvolge importanti profili di teoria generale del diritto costituzionale [in riferimento ai quali cfr., per tutti, G. de Vergottini 2007, 445 ss.; Id. 2014, spec. 19 ss.; A. Morrone 2014, 1 ss., e A. Ruggeri 2014(b), 2 ss.]. Si vuole solo sottolineare che l'applicazione degli strumenti istituzionali elaborati dal pensiero democratico e dal costituzionalismo moderno e contemporaneo a contesti sovranazionali rappresenta di certo un'impresa ardua, nell'avvio della quale, peraltro, si sono già riscontrate notevoli difficoltà (nell'ampia letteratura in tema, cfr. ora G. Halmai 2014 e A. Somek 2014). I possibili sviluppi alternativi della dinamica dei rapporti tra Stati non sembrano corrispondere, tuttavia, a scenari auspicabili: il consolidamento di forme di tecnocrazia sovranazionale o, all'opposto, il ritorno di egoismi nazionalistici tali da determinare l'arretramento del processo d'integrazione europea finirebbero probabilmente con il ridurre le garanzie dei diritti e con l'ingenerare gravi conflitti sul piano internazionale.

Non basta riconoscere gaberianamente la democrazia come il sistema più democratico che ci sia: a prescindere dalle celebrazioni formali della sovranità popolare, occorre, infatti, tentare di declinare il principio democratico, specificato nel senso che si è qui ricostruito, in tutti i livelli nei quali trova espressione l'organizzazione dei pubblici poteri, da quello locale a quello sovranazionale. E per far ciò è necessario non perdere di vista lo scopo ultimo del modello di organizzazione politica connotato da tale principio, una forma di organizzazione *a misura d'uomo* che intende porre le condizioni istituzionali più adeguate al pieno e libero sviluppo della persona umana.

#### *Nota bibliografica*

AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Seminario di studio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti svoltosi a Messina il 26 febbraio 1996, Padova, 1997.

ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Ann.*, IV (2011), 295 ss.

ARU S.-DEFFENU A., *Partecipazione a livello regionale*, in A. MORELLI - L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, 40 ss.

ASIMOV I., *Diritto di voto*, in ID., *Tutti i racconti* (1990), I, parte prima, trad. it., Milano, 1995, 55 ss.

AZZARITI G., *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005(a).

AZZARITI G., *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in V. TONDI DELLA MURA - M. CARDUCCI - R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004, Torino, 2005(b), 879 ss.

AZZARITI G., *Corte e democrazia*, in DAL CANTO F. - ROSSI E. (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010, Torino, 2011, 121 ss.

AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

BARBERA A., *I principi della Costituzione repubblicana: dal "compromesso" al radicamento progressivo*, Prolusione all'Apertura dell'Anno Accademico 2008-2009 all'Università di Bologna, 24 gennaio 2009, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

BARBERIS M., *Introduzione* a H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1995, 7 ss.

BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

BESSETTE J., *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*, in R.A. GOLDWIN - W.A. SCHAMBRA (ed.), *How Democratic is the Constitution?*, Washington, D.C., 1980, 102 ss.

BIFULCO R., *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2009.

BIFULCO R., *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir., Ann.*, IV (2011), 271 ss.

BILANCIA F., *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, 2012, 53 ss.



- BIN R., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, 1 ss.
- BOBBIO L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, 4/2006, 11 ss.
- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.
- BOBBIO N., *Democrazia*, in BOBBIO N. MATTEUCCI - N. PASQUINO G., *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, 235 ss.
- BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005.
- BORGES J.L., *Il Parlamento*, in ID., *Il libro di sabbia* (1996), trad. it., Milano, 2004.
- BOSETTI G.-MAFFETTONE S., *Introduzione*, in G. BOSETTI-S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004, 5 ss.
- CANFORA L., *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2010.
- CANFORA L., *Se la democrazia degli antichi sia ancora utile per emendare quella dei moderni*, in C. ALTINI (a cura di), *Democrazia. Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, Bologna, 2011, 63 ss.
- CERVATI A.A., *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 3/2005, 707 ss.
- CHESSA O., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in V. TONDI DELLA MURA - M. CARDUCCI - R.G. RODIO (a cura di), 2005, 17 ss.
- CHESSA O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014.
- CHOMSKY N., *Democrazia e istruzione. Non c'è libertà senza l'educazione*, Roma, 2008.
- CIANCIO A., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione introduttiva*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, 1 ss.
- CONSTANT B., *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), trad. it., Torino, 2005.
- COSTA P., *Libertà e ordine nell'età moderna*, in C. ALTINI (a cura di), 2011, 81 ss.
- COSTANZO P., *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale, Salerno, 23-24 novembre 2012, Napoli, 2014, 43 ss.
- CROUCH C., *Postdemocrazia* (2004), trad. it., Roma-Bari, 2012.
- CURRERI S., *Democrazia e rappresentanza politica*, I, *Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004.
- DAHL R.A., *Prefazione alla teoria democratica* (1956), trad. it., Milano, 1994.
- DAHL R.A., *I dilemmi della democrazia pluralista* (1982), trad. it., Milano, 1996.
- DAHL R.A., *Intervista sul pluralismo*, a cura di G. Bosetti, Roma-Bari, 2002.
- DAHL R.A., *La democrazia e i suoi critici* (1989), trad. it., Roma, 2005.
- DAHL R.A., *Sulla democrazia* (1998), trad. it., Roma-Bari, 2006.
- DAHRENDORF R., *Dopo la democrazia. Intervista a cura di Antonio Polito*, Roma-Bari, 2001.
- DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America* (1840), trad. it., Milano, 1999.
- DE VERGOTTINI G., *Costituzione europea*, in *Enc. dir., Annali*, I (2007), 445 ss.
- DE VERGOTTINI G., [La persistente sovranità](#), in [Consulta OnLine](#), [Studi](#), 2014 (3 marzo 2014).
- DELLA MORTE M., *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012.
- DELLAVALLE S., *Una Costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, 2002.
- DEWEY J., *Democrazia e educazione* (1916), trad. it., Milano, 2004.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.
- DONATI F., *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, 1 ss.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 1982.
- DWORKIN R., *Virtù sovrana. Teoria dell'ugaglianza* (2000), trad. it., Milano, 2002.
- DWORKIN R., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), trad. it., Milano, 2007.
- ELSTER J., *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998.
- FERRARA G., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.
- FIORAVANTI M., *Costituzione*, Bologna, 1999.
- GABER G. - LUPORINI S., *La democrazia*, in *Gaber 96/97*, Milano, 1997 (il testo in prosa è consultabile ora in [www.giorgiogaber.it](http://www.giorgiogaber.it)).
- GASTALDI S., *Introduzione alla storia del pensiero politico antico*, Roma-Bari, 2008.



- GIANNINI M.S., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988.
- GINSBORG P., *La democrazia che non c'è*, Torino, 2006.
- GIORGINI G., *La democrazia della polis. Il ritorno dei classici nella filosofia politica contemporanea*, in C. ALTINI (a cura di), 2011, 127 ss.
- GLIATTA M.A., *Partecipazione a livello locale*, in A. MORELLI - L. TRUCCO (a cura di), 2014, 73 ss.
- GREBLO E., *Democrazia*, Bologna, 2000.
- HÄBERLE P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (1982), trad. it., Roma, 2001.
- HÄBERLE P., *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005.
- HABERMAS J.-TAYLOR C., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento* (1992, 1996), IV ed., trad. it., Milano, 2002.
- HABERMAS J., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), II ed., trad. it., Milano, 2002.
- HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it., Roma-Bari, 2013.
- HALMAI G., *Perspectives on Global Constitutionalism. The Use of Foreign and International Law*, The Hague, 2014.
- HAMILTON A. - JAY J.-MADISON J., *The Federalist Papers*, Mephis, TN, 2011.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto* (1961), trad. it., edizione a cura di M.A. Cattaneo, Nuova edizione con un proscritto dell'autore, Torino, 2002.
- HELD D., *Modelli di democrazia* (1996), trad. it., Bologna, 1997.
- HOBBS T., *De Cive*, trad. it. *Sul cittadino*, a cura di N. Bobbio, Torino, 1948.
- HOBBS T., *Leviatano* (1651), trad. it., Milano, 2001.
- ITO T., *The politics of expertise and the liberal origin of european integration*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, 1 ss.
- KANT I., *Per la pace perpetua* (1795), trad. it., Milano, 2004.
- KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., 1995, 41 ss.
- KELSEN H., *Il problema del parlamentarismo* (1924), in ID., 1995, 153 ss.
- KELSEN H., *I fondamenti della democrazia* (1955-56), in ID., 1995, 189 ss.
- LIJPHART A., *Le democrazie contemporanee* (1999), trad. it., Bologna, 2001.
- LOLLO A., "Un personaggio in cerca d'autore". *Il principio democratico nell'ordinamento eurounitario*, in A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè.
- LUCIANI M., *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Atti del Convegno di studio per celebrare la Casa editrice CEDAM nel I centenario dalla fondazione (1903-2003), Padova, 19-20-21 giugno 2003, Padova, 2004.
- LUCIANI M., *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, t. I, 2, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005.
- MARTINES T., *Governo parlamentare e ordinamento democratico* (1967), ora in ID., *Opere*, I, *Teoria Generale*, Milano, 2000, 255 ss.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, XIII ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2013.
- MEZZETTI L., *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, 83 ss.
- MILL J.S., *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), trad. it., Roma, 1997.
- MORELLI A., *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013.
- MORELLI A., *L'autonomia territoriale nella dimensione della democrazia costituzionale alla luce del principio personalista*, Relazione di sintesi al Convegno annuale del "Gruppo di Pisa" su *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Bergamo 6-7 giugno 2014, in *paper*.
- MORRONE A., *Una costituzione per l'Europa? Per uno Stato costituzionale europeo*, in [www.federalismi.it](#), 23/2014, 1 ss.
- MORTATI C., *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI (1962), 140 ss.
- NICOSIA P., *La Costituzione*, in L. VENTURA - P. NICOSIA - A. MORELLI - R. CARIDÀ, *Stato e sovranità. Profili essenziali*, Torino, 2010, 63 ss.
- NOCILLA D. - CIAURRO L., *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), 543 ss.
- OLIVETTI M., *Art. 1*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 5 ss.

- PAJNO S., *Due teorie della democrazia alla luce del principio di maggioranza*, in V. TONDI DELLA MURA-M. CARDUCCI-R.G. RODIO (a cura di), 2005, 570 ss.
- PALOMBELLA G., *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997.
- PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990.
- PINTORE A., *I diritti della democrazia*, Roma - Bari, 2003.
- PLUTINO M., *Dinamiche di una democrazia parlamentare. Assetti rappresentativi e sviluppi istituzionali*, Roma, 2015.
- RAUTI A., *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli, 2014.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it., Milano, 1999.
- RIMOLI F., *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011.
- ROMBOLI R., *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 159 ss.
- ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale* (1762), trad. it., Milano, 2003.
- RUGGERI A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2010, 125 ss.
- RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in ID., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, *Studi dell'anno 2013*, Torino, 2014(a), 189 ss.
- RUGGERI A., *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, 2014(b), 2 ss.
- SALVADORI M.L., *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009.
- SARTORI G., *Democrazia. Cosa è*, II ed., Milano, 2007.
- SCHMITT C., *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984.
- SCHUMPETER J., *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), trad. it., Milano, 1964.
- SEN A., *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente* (2004), trad. it., Milano, 2013.
- SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.
- SOMEK A., *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014.
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.
- SPADARO A., *Costituzione (Dottrine generali)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1630 ss.
- TIMASHEFF N.S., *The Soviet Concept of Democracy*, in *Review of Politics*, XII, 1950, 506 ss.
- URBINATI N., *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Milano, 2013.
- VENTURA L., *Ordinamento ed organizzazione del Governo*, in *Il Governo. Annuario 2001*, Atti del XVI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Palermo 2001, Padova, 2002, 57 ss.
- VENTURA L., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino, 2004, 1 ss.
- VENTURA L., *Introduzione. Valori costituzionali ed unità nazionale*, in L. VENTURA - P. NICOSIA - A. MORELLI - R. CARIDÀ, 2010, 15 ss.
- VENTURA L., *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, I, Bari, 2012, 569 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Il "crucifige!" e la democrazia*, Torino, 1995.
- ZAGREBELSKY G., *Imparare democrazia*, Torino, 2007.
- ZAGREBELSKY G., *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma-Bari, 2014.

**Roberto Pinardi**

**La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività**

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** La questione su cui la Corte si trovava a giudicare. – **3.** La preoccupazione per l'impatto di una (normale) pronuncia di accoglimento. – **4.** Sul potere di modulare gli effetti temporali delle dichiarazioni d'incostituzionalità. – **4.1.** Un *unicum* nella giurisprudenza costituzionale in materia. – **4.2.** L'impostazione delineata dalla Corte. – **5.** Teoria e pratica nella [sent. n. 10 del 2015](#). – **5.1.** Una preoccupazione manifestata in più modi. – **5.2.** La [sent. n. 10 del 2015](#) come pronuncia di «incostituzionalità differita». – **5.3.** Efficacia *ex nunc* dell'accoglimento e logica del giudizio in via incidentale. – **6.** Concludendo.

1. La [sent. n. 10 del 2015](#) si segnala all'attenzione sia per il merito della questione decisa dalla Corte costituzionale, ed in particolare, sotto questo profilo, per alcune considerazioni attinenti al principio dell'equilibrio di bilancio così come delineato, dall'art. 81 Cost., (*a fortiori*) dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012<sup>1</sup>, sia per alcune affermazioni di più ampio respiro relative al potere del giudice delle leggi di modulare gli effetti temporali delle sue decisioni. Affermazioni che costituiscono la premessa teorica da cui discende l'adozione di un'insolita dichiarazione di incostituzionalità con effetti esclusivamente *pro futuro*, e cioè «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta ufficiale della Repubblica».

Le osservazioni che seguono sono dedicate a questo secondo aspetto della pronuncia in commento. Ripercorriamo, quindi, in quest'ottica, le argomentazioni sviluppate dalla Consulta premettendo una breve ricostruzione della *quaestio legitimitatis* che era sottoposta al suo sindacato.

2. Oggetto del dubbio sollevato dal giudice rimettente era l'art. 81, commi 16, 17 e 18 del d. l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 133 dello stesso anno, nella parte in cui tale disciplina prevedeva un prelievo aggiuntivo all'imposta sul reddito delle società, posta a carico delle sole imprese operanti nel settore energetico e degli idrocarburi che avessero conseguito ricavi superiori a 25 milioni di euro nel periodo di imposta precedente (cosiddetta *Robin Tax*), nonché il divieto, per le stesse, di traslare gli oneri dovuti a seguito dell'introduzione di siffatta «addizionale» sui prezzi al consumo.

La Corte, dal canto suo, dopo aver, da un lato, ritenuto sufficiente la motivazione tratteggiata dal giudice *a quo* in ordine alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza delle censure prospettate ed aver dall'altro respinto le doglianze<sup>2</sup> attinenti al mezzo utilizzato (un decreto legge) per introdurre la maggiorazione in parola, ha accolto la questione sollevata in relazione agli artt. 3 e 53 Cost.

Come ampiamente argomentato, infatti, nei punti 6 e seguenti del *Considerato in diritto*, se è vero che, sulla base de«gli orientamenti costantemente seguiti» dalla Consulta, «non ogni modulazione del sistema impositivo per settori produttivi costituisce», in sé, una «violazione del principio di capacità contributiva e del principio di eguaglianza», lo è altrettanto, però, che per escludere, sotto questo profilo, violazioni del dettato costituzionale, la previsione «di imposizioni differenziate deve pur sempre ancorarsi a una adeguata giustificazione obiettiva, la quale deve essere coerentemente, proporzionalmente e ragionevolmente tradotta nella struttura dell'imposta».

<sup>1</sup> Cfr., al riguardo, le osservazioni sviluppate dalla Consulta nel punto 8 del *Considerato in diritto* della sentenza.

<sup>2</sup> Ex artt. 77, secondo comma e 23 Cost.

Ebbene, nel caso in esame, la grave crisi economica che ha colpito il Paese e che ha causato la «correlata insostenibilità, specie per le fasce più deboli, dei prezzi dei prodotti di consumo primario», unita al «contemporaneo eccezionale rialzo del prezzo del greggio al barile», che «è parso idoneo ad incrementare sensibilmente i margini di profitto da parte degli operatori dei settori interessati e a incentivare condotte di mercato opportunistiche o speculative», configura, agli occhi della Corte, una «complessa congiuntura economica» che «ben potrebbe essere considerata [...] un elemento idoneo a giustificare un prelievo differenziato» a carico dei soggetti operanti nel «settore energetico e petrolifero». Sicché, così ricostruito, lo scopo perseguito, dal legislatore, mediante l'adozione della disciplina impugnata, viene giudicato «senz'altro legittimo».

Non altrettanto, tuttavia, può dirsi per i mezzi approntati a tale scopo. Essi, infatti, prosegue la Consulta, non appaiono idonei a conseguire quelle finalità solidaristiche che il legislatore ha inteso (espressamente) perseguire dato che, in primo luogo, la maggiorazione dell'aliquota IRES che è determinata dalla normativa in oggetto «si applica all'intero reddito di impresa, anziché ai soli "sovra-profitti"»; in secondo luogo, non è prevista alcuna «delimitazione del suo ambito di applicazione in prospettiva temporale» né sono configurati «meccanismi atti a verificare il perdurare della congiuntura economica che ne giustifica l'applicazione»; ed in terzo luogo, infine, risulta impossibile «prevedere meccanismi di accertamento idonei a garantire che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta non si traducano in aumenti del prezzo al consumo». Di modo che, conclude la Corte, l'art. 81 cit. «viola gli artt. 3 e 53 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità», a causa dell'«incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito».

3. Senonché, a questo punto, invece di accogliere, semplicemente, la *quaestio sub iudice*, la Consulta giunge all'adozione di un dispositivo, sì, caducatorio, ma provvisto, come s'è detto, di una sorta di clausola di irretroattività.

Il fatto è che, come esplicitato in conclusione dell'*iter* argomentativo che caratterizza l'odierna pronuncia<sup>3</sup>, una normale efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità, nel preservare, *pro praeterito*, i precetti costituzionali violati dalla disciplina censurata, avrebbe contemporaneamente determinato «una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.». Dato che – nel pensiero della Corte – l'«impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari» conseguenti all'annullamento della normativa in parola avrebbe causato «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva», finendo quindi «per richiedere [...] una irragionevole redistribuzione della ricchezza» proprio «a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole». Da cui la necessità di pervenire ad una «cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta ufficiale»<sup>4</sup>, allo scopo di evitare «un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.» ossia per garantire il rispetto di quei «principi di eguaglianza e solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali».

4. Ora, sulla peculiare scelta dispositiva che contraddistingue la sentenza in commento e e dunque sul bilanciamento di principi ad essa sottesa tornerò nelle pagine successive. Occorre prima infatti soffermarsi sulle argomentazioni sviluppate, dal giudice delle leggi, nel punto 7 del

---

<sup>3</sup> Ma come poteva, in realtà, desumersi già da alcune considerazioni contenute nella parte precedente della motivazione in diritto (sulla questione tornerò, *infra*, nel corso del par. 5.1).

<sup>4</sup> Si nota qui una piccola discrepanza nell'individuazione del *dies a quo* della dichiarata incostituzionalità, parlando, infatti, la Corte di «giorno della pubblicazione» della sent. n. 10 e non, invece, come si legge nel dispositivo, di «giorno successivo alla pubblicazione» della stessa.



*Considerato in diritto*, laddove la Corte tratta, più in generale, del potere, poi utilizzato nella fattispecie, di limitare gli effetti retroattivi delle dichiarazioni d'incostituzionalità. Dando così vita, sotto questo profilo, ad una pronuncia a chiara vocazione dottrinale, ossia svolgendo una serie di considerazioni la cui importanza travalica, con ogni evidenza, i confini del caso specifico che era sottoposto al suo giudizio.

4.1. Il primo dato da porre in evidenza è che la teorizzazione di cui si discute rappresenta un *unicum* nella giurisprudenza costituzionale in materia. Perché se è corretto affermare che esempi di pronunce di accoglimento (anche totalmente) irretroattive non sono mancati in passato<sup>5</sup>, così come, si potrebbe aggiungere, casi di applicazione della tecnica decisionale *de qua* proprio per ovviare al problema degli effetti finanziari causati da sentenze d'incostituzionalità<sup>6</sup>, va rilevato, viceversa, che mai prima d'ora la Corte costituzionale aveva avvertito l'esigenza o semplicemente colto l'opportunità di soffermarsi sul fondamento e sui limiti del potere in concreto esercitato nel modulare gli effetti caducatori determinati da una pronuncia di accoglimento sui rapporti tuttora pendenti.

Per quest'aspetto, pertanto, ritengo che la sentenza che qui si commenta, a prescindere da qualsivoglia specifica valutazione circa il contenuto delle motivazioni addotte dalla Corte, meriti apprezzamento per lo sforzo argomentativo profuso. Venendo finalmente incontro all'auspicio formulato, in tal senso, dalla dottrina<sup>7</sup> e provocando, altresì – come è facile ipotizzare – un rinnovato, positivo interesse per l'approfondimento della tematica in parola<sup>8</sup>, dopo la gran messe di studi dedicati, al tema, tra la fine degli anni '80 del secolo scorso ed il decennio successivo, a ridosso dei primi esperimenti giurisprudenziali posti in essere dal giudice delle leggi.

4.2. Quanto al contenuto, poi, delle riflessioni sviluppate in questa parte della [sent. n. 10 del 2015](#), va innanzitutto posto in rilievo come le stesse procedano da una chiara affermazione di principio: «Nel pronunciare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, questa Corte non può non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti». Giacché solo attraverso un bilanciamento

---

<sup>5</sup> Basti pensare alle storiche [sentt. nn. 266 del 1988](#) e [50 del 1989](#), entrambe con effetti esclusivamente *ex nunc*, così come statuito, anche in questo caso, espressamente nel dispositivo.

<sup>6</sup> V. infatti le sentenze – anch'esse di «incostituzionalità differita» (per questa definizione cfr., *infra*, quanto evidenziato nel par. 5.2) – [nn. 501 del 1988](#) e [1 del 1991](#). Ricordo, d'altra parte, che la stessa introduzione di pronunce caducatorie con effetti retroattivi limitati venne fortemente auspicata, da una parte della dottrina e da alcuni Presidenti *pro tempore* della Consulta, proprio al fine di far fronte a talune esigenze di ordine pragmatico tra cui la necessità di prevedere meccanismi atti a contenere gli effetti finanziari causati da sentenze «additive» cosiddette «di prestazione»: per una ricostruzione accurata di queste prese di posizione che prepararono il terreno all'elaborazione ed al concreto utilizzo del modello decisionale in parola, cfr. A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, Milano, 1999, 99-100.

<sup>7</sup> A partire dal primo, storico Seminario di studi tenutosi presso Palazzo della Consulta e dedicato, per l'appunto, al tema degli effetti temporali delle sentenze della Corte (cfr. ad esempio, in proposito, le riflessioni sviluppate da S. P. PANUNZIO, *Incossituzionalità «sopravvenuta», incossituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 284-285).

<sup>8</sup> Mentre mi pare più difficile ipotizzare che l'odierna presa di posizione della Corte costituzionale possa riaprire, nell'immediato, il dibattito politico circa l'opportunità di dotare anche il nostro giudice delle leggi di strumenti normativamente previsti che gli consentano di governare gli effetti nel tempo delle sue decisioni. Ciò che potrà forse accadere nel caso in cui la Consulta inizi ad utilizzare il potere oggi espressamente rivendicato in maniera ben più significativa di quanto non si sia verificato in passato tanto da spingere il legislatore (ordinario o costituzionale) a riconsiderare il problema.



tra «tutti i diritti e i principi» di rango costituzionale che risultano «coinvolti nella decisione» è possibile evitare che taluno di essi venga «irrimediabilmente» sacrificato proprio a causa di un'efficacia retroattiva «a tutto campo» della pronuncia d'incostituzionalità, con la conseguenza, che risulterebbe inaccettabile in rapporto al «ruolo affidato a questa Corte come custode della Costituzione nella sua integralità», che una «dichiarazione di illegittimità costituzionale [...] determini, paradossalmente, “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione” [...] di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina» impugnata.

A mio avviso, l'impostazione testé tratteggiata risulta, nelle sue linee essenziali, condivisibile.

Anzitutto mi pare ineccepibile il richiamo effettuato dalla Consulta circa l'esigenza di evitare che l'esito finale cui perviene il suo giudizio risulti ancor più pregiudizievole, per il sistema costituzionale nel suo complesso, rispetto allo stesso permanere della legge censurata<sup>9</sup>. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per legittimare l'adozione di pronunce che potrebbero dirsi, sì, logicamente inattaccabili, se analizzate esclusivamente nell'ottica di eliminare lo specifico *vulnus* denunciato dal giudice *a quo*, ma che risulterebbero, tuttavia, suscettibili di determinare situazioni maggiormente eversive di quello stesso ordinamento costituzionale che si intendeva, viceversa, proteggere. Con una palese, quindi, «eterogenesi del fine»<sup>10</sup> cui perverrebbe il *dictum* della Corte rispetto allo scopo per il quale è stato istituito sia il controllo di costituzionalità sia, del tutto conseguentemente, l'organo che ad esso presiede.

In quest'ottica, pertanto, non condivido l'opinione di chi sostiene che la Consulta, quando si occupa, come oggi, dell'«impatto ambientale»<sup>11</sup> della sua decisione, «tende a decampare dal suo ruolo di giudice della legittimità (costituzionale) delle leggi, per diventare anche e specialmente giudice della “opportunità” delle leggi stesse»<sup>12</sup>. Poiché penso, al contrario, che si tratti di una modalità di svolgimento del controllo di costituzionalità che può dirsi in sintonia con il fine ultimo che giustifica la stessa presenza della Corte nel sistema, ovvero sia la tutela di un principio di natura giuridica e non politica che rappresenta il fondamento di un ordinamento normativo a Costituzione rigida e dunque la «Stella polare»<sup>13</sup> cui la Consulta deve orientare la propria attività: il principio di «legittimità costituzionale». Vorrei del resto ricordare, in senso analogo, che autorevole dottrina<sup>14</sup> si è espressamente richiamata proprio al principio in questione, riconducendo, infatti, a finalità attuative dello stesso, più che ad un criticabile *enlargement of functions*, la tendenza manifestata in passato dalla Corte ad arricchire la tipologia delle proprie tecniche decisionali tramite la sua importante e variegata giurisprudenza “manipolativa”<sup>15</sup>. La quale, com'è risaputo, pur non derivando dall'esercizio di alcun potere normativamente attribuito alla Consulta, viene ormai da

---

<sup>9</sup> Cfr. ad esempio, nel medesimo senso, G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quad. cost.* 1989, il quale parla addirittura di «inimmaginabilità» di decisioni di accoglimento «aventi la conseguenza di aggravare l'incostituzionalità preesistente».

<sup>10</sup> L'espressione è mutuata da G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 1989, 64.

<sup>11</sup> Per questa icastica definizione v. G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, 224.

<sup>12</sup> In termini S. FOIS, *La crisi delle istituzioni*, in *Dir. e soc.* 1992, 9.

<sup>13</sup> L'immagine è ripresa da S. BARTOLE, *L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Quad. cost.* 1989, 25.

<sup>14</sup> Il riferimento è a L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 515 ss. e 530.

<sup>15</sup> Si potrebbe aggiungere: «nello spazio» per tenere distinte queste decisioni da quelle con cui la Consulta è (successivamente) approdata ad interventi che hanno ad oggetto non tanto il contenuto normativo della disciplina sottoposta al suo giudizio quanto piuttosto gli effetti temporali della sua decisione (si parla quindi, in quest'ultimo caso, di pronunce manipolative «nel tempo»): per l'utilizzo di questa terminologia cfr. ad esempio A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 181.

tempo generalmente accettata<sup>16</sup>, se è vero che dopo qualche iniziale discussione dottrinale e sporadici casi in cui i giudici comuni hanno contestato l'efficacia vincolante della parte ricostruttiva della decisione della Corte, l'adozione di dispositivi di natura additiva, sostitutiva, ecc. viene vista, oggi, come uno dei modi pacificamente legittimi attraverso cui il giudice delle leggi può risolvere il problema di costituzionalità che è sottoposto al suo sindacato.

Insomma: se è corretto affermare che «per quanto non detto da nessuna parte della Costituzione, il nucleo fondativo della giustizia costituzionale è la garanzia (non il pregiudizio) dell'ordinata vita dello Stato e del diritto, nel senso della costituzionalità»<sup>17</sup>, ne consegue che, al di là di specifiche previsioni normative che consegnino alla Corte strumenti atti allo scopo, discende dallo stesso ruolo che è stato assegnato al giudice delle leggi il compito non tanto di preservare questa o quella parte del dettato costituzionale, quasi che le norme contenute nella Carta fossero entità monadiche non inserite in un sistema complesso, quanto piuttosto il compito di perseguire, in ogni caso, la maggior reintegrazione possibile dell'ordinamento costituzionale violato. Conclusione, questa, che appare confermata, d'altra parte, da un'indagine di carattere comparato<sup>18</sup>, dato che da questa emerge con chiarezza una tendenza comune ai vari sistemi di giustizia costituzionale, i quali, pur procedendo da diverse impostazioni di ordine teorico, tanto da dar luogo, com'è risaputo, a modelli (anche decisamente) differenziati di giudizio sulle leggi, si caratterizzano, poi, per la medesima ricerca di strumenti idonei a garantire una certa «flessibilità» – e dunque una certa adattabilità rispetto alle specifiche esigenze che emergono dalla questione di costituzionalità su cui la Corte si trova a giudicare – rispetto al regime che è previsto, in via generale, per gli effetti caducatori di una sentenza di accoglimento. Così da dar vita – come sottolinea oggi la Consulta<sup>19</sup> – ad una «prassi diffusa» di «contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale ... indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi»<sup>20</sup>.

Per queste ragioni, pertanto, non mi pare implausibile sostenere che la Corte, in casi del tutto eccezionali e comunque alla luce di quel «principio di stretta proporzionalità» che viene esplicitato,

---

<sup>16</sup> Tanto che già nel 1976 era stato autorevolmente rilevato che «le sentenze manipolative» erano «“entrate” ... nella vita del sistema», non soltanto perché ad esse veniva «data applicazione in sede giudiziaria ed amministrativa», ma anche perché, «quel che più conta, non di rado ordinanze di rimessione alla Corte (anche della Corte di cassazione) hanno addirittura esplicitamente richiesto una pronuncia di questo tipo» (così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, 86).

<sup>17</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Il controllo*, cit., 87.

<sup>18</sup> Per la quale mi permetto di rinviare (anche per una dimostrazione dell'affermazione esplicitata, di seguito, nel testo) a R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 25 ss. V. ora, in tema, il recentissimo *dossier* n. 191 del dicembre 2014, predisposto dal Servizio Studi della Corte costituzionale su *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, reperibile sul sito della Consulta, sezione Documentazione - Studi di diritto comparato.

<sup>19</sup> A riprova, più in generale, dell'importanza che viene assumendo, nella giurisprudenza della Corte, lo «strumento della comparazione» (come sottolinea, da ultimo, A. RUGGERI, *Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»*, in *Quad. cost.* 2014, 839).

<sup>20</sup> Ed in effetti, se si analizza la giurisprudenza delle altre quattro «Corti costituzionali europee» oggi evocate dalla Corte italiana solo in due casi (quello austriaco e quello portoghese) è possibile affermare che il potere praticato di modulare gli effetti temporali dell'accoglimento è previsto in Costituzione, mentre nelle altre due ipotesi o viene esercitato senza che alcuna previsione normativa autorizzi il giudice delle leggi a disporre in tal senso (è la situazione riscontrabile nell'ordinamento spagnolo anche dopo la riforma, intervenuta nel 2007, della *Ley organica sul Tribunal constitucional*) oppure è frutto di un'invenzione giurisprudenziale del Tribunale costituzionale che è stata codificata, sì, ma solo *a posteriori*, nella legge che lo riguarda (è il caso dell'ordinamento tedesco): in tema, anche per i necessari riferimenti normativi, bibliografici e giurisprudenziali cfr., volendo, R. PINARDI, *L'horror vacui*, cit., rispettivamente 33-34; 35; 41-42 e 37-40.

dalla stessa, in chiusura dell'odierna teorizzazione<sup>21</sup>, possa limitare gli effetti *pro praeterito* delle sue pronunce caducatorie quale esito di un giudizio bilanciato tra i principi di rango costituzionale che entrano in gioco nella fattispecie<sup>22</sup>. Finendo quindi per utilizzare, in tal modo, la nozione di incostituzionalità come un dato relativo e non più assoluto<sup>23</sup>, e trasformando, dunque, il suo giudizio in una sorta di valutazione comparata tra i diversi “gradi” di illegittimità costituzionale alternativamente prospettabili nelle due ipotesi: e cioè a seguito di una disapplicazione generalizzata della legge dichiarata incostituzionale oppure a seguito di una limitazione degli effetti retroattivi normalmente conseguenti ad una pronuncia di accoglimento.

Né risulta decisivo, a mio avviso, obiettare, a questo modo di vedere, che così procedendo la Consulta «disapplica» quanto statuito dall'art. 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953 (ai sensi del quale, lo ricordo: «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»)<sup>24</sup>, perché, a prescindere dal fatto che tale precetto non si rivolge all'organo di giustizia costituzionale ma riguarda, piuttosto, una fase successiva rispetto a quella in cui si svolge il suo sindacato – presupponendo, infatti, che una sentenza di accoglimento sia già stata adottata – mi pare possibile affermare che, anche qualora la Consulta decida di circoscrivere gli effetti retroattivi della sua pronuncia, il disposto in parola continuerà a regolare i comportamenti che dovranno essere tenuti quale conseguenza del *dictum* della Corte, dato che gli operatori del diritto in genere ed i giudici in particolare dovranno disapplicare, anche in questo caso, la disciplina dichiarata illegittima nei limiti in cui, ovviamente, ciò si è verificato<sup>25</sup>. E cioè a partire da quel *dies a quo* che viene indicato, espressamente, nel dispositivo<sup>26</sup>, ovvero sia dal

---

<sup>21</sup> V. infatti l'ultimo capoverso del punto 7 del *Considerato in diritto*, in cui si parla di «due chiari presupposti» che devono coesistere per legittimare l'intervento di regolazione degli effetti temporali ovvero sia «l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco».

<sup>22</sup> A questa possibilità, del resto, si sono richiamati, in passato, pur con toni e sfumature diverse, numerosi giuristi; tra questi C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 39 ss. e spec. 44; M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, ivi, 114-115; T. MARTINES, *Considerazioni sul tema*, ivi, 240; S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta»*, cit., 284; A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1988, II, 2426; ed F. MODUGNO, *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.* 1989, 41 ss. V. ora, in senso non dissimile, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 aprile 2015, 1-2.

<sup>23</sup> Sulla concezione «relazionale» della nozione di incostituzionalità si vedano i numerosi contributi di Franco Modugno, tra i quali ricordo: *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1978, I, 1252; *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., 90; *I criteri*, cit., 50; e *La Corte costituzionale oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 561.

<sup>24</sup> Cfr., in proposito, le riflessioni sviluppate da R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quad. cost.*, 6 aprile 2015, 21.

<sup>25</sup> Diversamente ragionando, del resto, si dovrebbe ad esempio sostenere che a seguito di una pronuncia di accoglimento parziale l'intera disposizione impugnata deve essere disapplicata nonostante la stessa venga dichiarata illegittima solo parzialmente.

<sup>26</sup> Si noti, a questo proposito, che, nell'individuare l'oggetto della disapplicazione conseguente ad una sentenza di accoglimento, l'art. 30 cit. parla di «norme dichiarate incostituzionali» e la Corte, quando circoscrive gli effetti *pro praeterito* della sua decisione, si pronuncia per l'illegittimità della legge *sub iudice* solo «a partire da un certo momento». Così da distinguere, per l'appunto, «diacronicamente, le norme dalle disposizioni» e da colpire «soltanto le prime, non diversamente da quanto – contestualmente e sincronicamente, invece – ha ... sempre fatto con l'adottare sentenze di accoglimento manipolative, aggiuntive o sostitutive» (per le frasi riportate tra virgolette cfr. F. MODUGNO, *I criteri* cit., 40-41, corsivo testuale).

momento iniziale del decorrere degli effetti caducatori per come questo è stato individuato dai giudici della Consulta.

5. Ciò argomentato, in linea generale, circa la teorizzazione oggi prospettata dal giudice delle leggi, va però immediatamente evidenziato come la condivisione della stessa, entro i limiti poc' anzi precisati, non implica affatto pervenire ad una automatica (e quindi del tutto acritica) accettazione di qualsivoglia modalità di utilizzo del potere in oggetto. Come dimostra proprio l'analisi del percorso argomentativo che ha condotto la Consulta all'odierna scelta dispositiva.

5.1. La Corte, come s'è visto, dopo aver accertato che il vizio che affliggeva la disciplina *sub iudice* doveva ritenersi originario è pervenuta all'adozione di una pronuncia di accoglimento totalmente irretroattiva perché preoccupata dall'impatto finanziario che si sarebbe prodotto a seguito di una normale efficacia *pro praeterito* della declaratoria di incostituzionalità<sup>27</sup>.

Ora, il primo aspetto su cui vorrei brevemente richiamare l'attenzione riguarda la circostanza che la preoccupazione in parola è stata sì esplicitata, dalla Consulta, soltanto in chiusura dell'*iter* argomentativo che contraddistingue la sentenza in commento<sup>28</sup>, ma poteva, a ben vedere, già desumersi da altri fattori.

In primo luogo, infatti, colpiscono, al riguardo, i tempi di decisione della Corte. Risultando, invero, quanto meno insolito che il giudice delle leggi si pronunci su una questione di costituzionalità a quasi quattro anni di distanza dalla sua prospettazione<sup>29</sup>, tanto da legittimare il sospetto che si sia inteso rinviare tale momento fin quando ciò è risultato possibile, allo scopo di attendere che un intervento del legislatore consentisse di risolvere la *quaestio de qua* in maniera diversa e – vorrei dire – meno problematica di quella che caratterizza la sentenza in esame<sup>30</sup>. Anche se poi non va sottaciuto come l'atteggiamento dilatorio che è stato tenuto dai giudici della Consulta si sia rivelato, alla prova dei fatti, (addirittura) controproducente, nella misura in cui ha finito per ampliare il periodo di applicazione della disciplina impugnata e con esso l'ammontare delle restituzioni dovute quale si sarebbe reso necessario a seguito di una caducazione generalmente retroattiva della legge censurata.

In secondo luogo, inoltre, occorre sottolineare, nel medesimo senso, il sentimento che definirei di rammarico che traspare dalle riflessioni sviluppate dalla Corte, quando, trovandosi ad argomentare l'incostituzionalità della *Robin Tax*, si occupa, più precisamente, della sua «proiezione temporale». La Consulta, infatti, non manca di porre in evidenza come «numerosi», in passato, siano risultati «i casi di temporaneo inasprimento dell'imposizione – applicabili a determinati settori produttivi o a determinate tipologie di redditi e cespiti – ritenuti non illegittimi da questa Corte proprio in forza della loro limitata durata»<sup>31</sup>. Nella fattispecie, tuttavia, «le disposizioni censurate nascono e

---

<sup>27</sup> Nonché, va aggiunto, in ragione della «grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.» che ciò avrebbe – sempre nel pensiero della Consulta – comportato.

<sup>28</sup> V. infatti, *supra*, quanto rilevato, in proposito, nel par. 3.

<sup>29</sup> L'ordinanza che solleva la questione decisa con la [sent. n. 10](#) era stata adottata, infatti, il 26 marzo del 2011. Si noti che, nel corso di quell'anno, i dati forniti da R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID., (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 34, ci informano che la Corte costituzionale ha risposto, mediamente, alle doglianze sollevate dai giudici *a quibus* in soli 183,89 giorni. Laddove, va precisato, tale tempo di attesa è stato calcolato a partire dal momento della pubblicazione dell'ordinanza di rinvio sulla Gazzetta ufficiale (ciò che è avvenuto, nel caso di specie, il 19 ottobre del 2011).

<sup>30</sup> L'abrogazione, ad esempio, della *Robin Tax* oppure una sua decisa riduzione avrebbe fortemente limitato l'impatto macroeconomico delle restituzioni dovute, a causa dei versamenti tributari già effettuati, quale conseguenza dell'accoglimento, potendo forse ipotizzarsi che a quel punto la Corte costituzionale avrebbe annullato *tout court* la disciplina impugnata oppure sarebbe pervenuta all'adozione di una pronuncia di «costituzionalità provvisoria»: cfr., al riguardo, quanto evidenziato, di seguito, nel testo.

<sup>31</sup> In ipotesi del genere, detto altrimenti, la Corte ha legittimato la disciplina *sub iudice*, pur astrattamente incostituzionale, in ragione della sua temporaneità, sicché è proprio la considerazione di tale caratteristica intrinseca



permangono nell'ordinamento senza essere contenute in un arco temporale predeterminato», con la conseguenza che le stesse non possono essere ritenute (neppure “provvisoriamente”) compatibili con il dettato costituzionale, così da evitare la loro immediata caducazione e con essa il prodursi dei problemi causati da un impatto macroeconomico eccessivo della sentenza di accoglimento. Che, anzi – rincara la Consulta – «l'imposta oggetto del presente giudizio, che già in origine era stata istituita senza limiti di tempo, è stata poi stabilizzata accentuando gli aspetti della normativa su cui si fondano le doglianze prospettate dalla ricorrente».

5.2. In definitiva: la disciplina impugnata risultava incostituzionale *ab origine* né poteva essere (provvisoriamente) salvata in ragione di una sua (inesistente) temporaneità<sup>32</sup>. La Corte, quindi, all'esito del bilanciamento di principi già descritto, avvicina dal passato al presente il *dies a quo* della riscontrata illegittimità con lo scopo di limitare gli effetti retroattivi della sua decisione. Ed a tal fine dichiara, nel dispositivo, che il contrasto tra la disciplina impugnata e gli artt. 3 e 53 Cost. si è verificato, in realtà, solo a decorrere dal giorno seguente la pubblicazione in Gazzetta ufficiale della [sent. n. 10 del 2015](#) e dunque in un momento (largamente) successivo rispetto a quello del suo effettivo manifestarsi.

La tecnica decisionale che caratterizza l'odierna pronuncia è quindi quella tipica delle sentenze di «incostituzionalità differita»<sup>33</sup>. Con le quali la Consulta, nella consapevolezza che una normale efficacia retroattiva della pronuncia di illegittimità, nel tutelare quei beni o principi che risultano lesi dalla legge *sub iudice*, finirebbe, tuttavia, per provocare una più grave carenza di tutela a danno di altri valori o interessi del medesimo rango, preferisce differire nel tempo l'efficacia caducatoria della dichiarazione di incostituzionalità, in modo tale da ridurre – od addirittura, come nel nostro caso, da eliminare del tutto – l'incidenza della sua decisione sui rapporti giuridici precedentemente sorti e tuttora pendenti.

Ebbene, se quanto appena affermato corrisponde a verità, non va esente da critiche il seguente passaggio argomentativo sviluppato dal giudice delle leggi.

La Corte scrive, infatti, nel punto 7 del *Considerato in diritto* – proprio al fine di giustificare il potere che viene oggi non soltanto teorizzato ma anche in concreto utilizzato – che: «così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo».

Ora, a mio avviso, la similitudine testé riportata non coglie nel segno. Dimostrando, anzi, una certa qual difficoltà dell'organo di giustizia costituzionale a tenere distinte fattispecie tra loro non sovrapponibili, tanto da dar vita a tipologie decisionali che hanno ricevuto valutazioni anche molto diversificate circa la loro ammissibilità.

Un conto, infatti, è accertare, e del tutto conseguentemente dichiarare, che il vizio che affligge la disposizione impugnata riguarda solo una sua parte o un suo specifico aspetto. In questa ipotesi, l'adozione di un dispositivo ad efficacia circoscritta discende in maniera piana e coerente dalla mera

---

della disciplina impugnata che ha finito per modificare i termini ordinari del giudizio di costituzionalità (si tratta tipicamente di decisioni ascrivibili al *genus* delle pronunce di «costituzionalità provvisoria», su cui cfr., volendo, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993, 76 ss.).

<sup>32</sup> Non concordo, quindi, con una delle soluzioni alternative all'odierna pronuncia prospettate da I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015, 9, laddove l'Autrice parla della possibilità, per la Corte, di adottare una sentenza di «ancora costituzionalità».

<sup>33</sup> Sui cui caratteri strutturali (e per le opportune esemplificazioni) mi permetto di rinviare, *amplius*, a R. PINARDI, *La Corte*, cit., 53 ss.



presa d'atto e conseguente recezione della specificità della situazione normativa che forma oggetto di giudizio. Così come avviene, sul piano diacronico, con l'adozione di sentenze di «incostituzionalità sopravvenuta»<sup>34</sup>, se è vero che, in casi del genere, la limitazione degli effetti nel tempo della pronuncia della Corte consegue al semplice accertamento che il *vulnus* costituzionale si è determinato, in effetti, solo a partire da un momento successivo rispetto a quello dell'entrata in vigore della legge censurata<sup>35</sup>.

Altra cosa, invece, è, da un lato, individuare con precisione il momento dell'insorgenza del vizio di incostituzionalità, ma dall'altro, poi, “spostare in avanti” tale *dies a quo* dichiarando che il contrasto tra legge e parametro costituzionale si è in manifestato, in realtà, solo a partire da un momento successivo. Solo in questa ipotesi, se ben si considera, si può parlare a giusta ragione di una “manipolazione” degli effetti *pro praeterito* normalmente conseguenti ad una declaratoria di incostituzionalità<sup>36</sup>. E solo in questo caso, del resto, la pronuncia della Corte costituzionale discende non tanto dal mero raffronto tra disciplina impugnata e parametro di giudizio, quanto piuttosto da un'operazione ermeneutica che si appalesa, come s'è visto, ben più articolata, comprendendo (anche) un bilanciamento tra le diverse istanze di rilievo costituzionale che risultano coinvolte nel suo giudizio.

5.3. L'aspetto, infine, più problematico del dispositivo oggi adottato dai giudici della Consulta riguarda il rapporto tra la clausola di decorrenza degli effetti dell'accoglimento *ivi* contenuta e la logica stessa del giudizio in via incidentale.

Innanzitutto vorrei osservare che ogniqualvolta la Corte costituzionale si pronuncia per l'efficacia esclusivamente *pro futuro* di una decisione caducatoria il suo ragionamento si sostanzia, a rigor di logica, in un discutibile giudizio di natura prognostica. Perché se la decorrenza del *vulnus* costituzionale viene fissata nel giorno successivo a quello della pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale, essa risulta sicuramente successiva rispetto al momento in cui il vizio è stato accertato. Momento che non può non coincidere con la data in cui la sentenza viene deliberata. Si consideri, d'altra parte – sotto analogo profilo – che la Corte è chiamata a giudicare nell'ambito del *petitum*. E deve quindi tener conto della norma impugnata così come essa viene in considerazione

---

<sup>34</sup> Sulle analogie riscontrabili tra queste pronunce e le sentenze di «accoglimento parziale» v. già, molto chiaramente, M. R. MORELLI, *Incossituzionalità sopravvenuta e dichiarazione di illegittimità «dal momento in cui»*. *Spunti sull'ammissibilità di una nuova ipotesi tipologica di decisione costituzionale di accoglimento parziale*, in *Giust. civ.* 1987, I, 776-777.

<sup>35</sup> In ipotesi siffatte, in altre parole, la Corte costituzionale sembra restare «nell'ambito che è proprio di un'attività dichiarativa, nulla aggiungendo di suo ad una situazione normativa che, appunto, implicherebbe con l'insorgere del vizio di incostituzionalità la delimitazione nel tempo degli effetti dell'accertamento del vizio stesso» (così S. BARTOLE, *L'efficacia temporale*, cit., 19-20). Per un'analisi più approfondita dei presupposti e delle diverse *species* in cui è possibile suddividere la categoria delle sentenze di «incostituzionalità sopravvenuta» mi sia concesso rinviare a R. PINARDI, *La Corte*, cit., 37 ss.

<sup>36</sup> Giacché, viceversa, nel caso di adozione di sentenze di «incostituzionalità sopravvenuta», non si può correttamente parlare «di una delimitazione temporale dell'efficacia naturalmente “retroattiva” della sentenza, dal momento che l'atto impugnato non verrebbe a trovare più applicazione *fin dall'inizio della sua acclarata incossituzionalità*, cioè a partire dal momento in cui si è determinata la causa che lo rende giuridicamente invalido» (in termini A. RUGGERI, *Vacatio sententiae, «retroattività parziale» e nuovi tipi di pronunce della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1988, II, 932, corsivo testuale). Non convince, pertanto, il richiamo oggi effettuato dal giudice delle leggi a sue precedenti decisioni, nelle quali si sarebbe assistito ad una analoga modulazione degli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità, perché, accanto a sentenze di «incostituzionalità differita», vengono anche citate due pronunce di «incostituzionalità sopravvenuta» (si tratta, più precisamente, delle [sentt. nn. 124 del 1991](#) e [416 del 1992](#); *contra*, tuttavia, R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle pronunce di accoglimento per evitare “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione”*, in *Federalismi.it*, 2, nota 1). Così come, si potrebbe aggiungere, l'elenco proposto pecca per difetto, non includendo (almeno) la [sent. n. 1 del 1991](#), di «incostituzionalità differita» e per di più motivata da preoccupazioni di ordine finanziario circa le conseguenze che si sarebbero prodotte a seguito di una normale efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento.

nel momento della sua applicazione nel giudizio principale. Se questo è vero, pertanto, in casi analoghi a quello oggi deciso dal giudice delle leggi, si imporrebbe, piuttosto, l'adozione di un dispositivo di rigetto<sup>37</sup>. Dato che per espressa statuizione della stessa Consulta la disciplina *sub iudice* è divenuta (*rectius*: diverrà) incostituzionale solo a partire da un momento successivo.

Occorre poi porre in evidenza come una dichiarazione di incostituzionalità con efficacia totalmente irretroattiva sia destinata a non esplicare effetto alcuno non soltanto nei confronti dei processi pendenti in cui la legge censurata deve ancora trovare applicazione, ma anche e specialmente nei confronti del procedimento in cui è sorta la questione di costituzionalità. La motivazione della Corte, su questo aspetto centrale ed altamente problematico della pronuncia adottata, è laconica. Limitandosi, infatti, a ripetere, in buona sostanza<sup>38</sup> – quasi alla lettera – una considerazione già svolta, in sede scientifica, da uno dei suoi attuali componenti<sup>39</sup>: il «requisito della rilevanza ... opera soltanto nei confronti del giudice *a quo* ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte *ad quem* al fine della decisione sulla medesima». Il problema, tuttavia, in casi del genere, non è tanto il rispetto, o meno, di uno specifico requisito di natura processuale, la cui applicazione, peraltro, ha dato vita, come è assai noto, ad «una giurisprudenza costituzionale “ballerina”»<sup>40</sup>. Quanto piuttosto il fatto che un dispositivo di accoglimento con efficacia *ex nunc* finisce per porsi in antitesi con l'irrinunciabile carattere di pregiudizialità della questione di legittimità costituzionale<sup>41</sup>. Spezzando, infatti, quel legame tra processo costituzionale e processo *a quo* che è uno degli aspetti che meglio caratterizzano il tipo di controllo di costituzionalità che è stato accolto nel nostro ordinamento con la scelta, operata dai Costituenti, tramite l'adozione dell'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948, a favore di un giudizio sulle leggi di natura incidentale.

Si noti, del resto, che l'obiezione appena accennata è la stessa che fu rivolta, prima ancora dell'effettiva messa in opera della Corte costituzionale, alla nota teoria elaborata da Calamandrei<sup>42</sup> della irretroattività delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale. Ed è anche la ragione per cui Hans Kelsen – che pure ragionava all'interno di un sistema, come quello austriaco, caratterizzato da decisioni di accoglimento con efficacia (generalmente) *ex nunc* o *pro futuro* – sottolineava che un effetto retroattivo nei confronti del giudizio *a quo* «est une nécessité technique parce que, sans lui, les autorités chargées de l'application du droit n'auraient pas d'intérêt immédiat et par suite suffisamment puissant à provoquer l'intervention du tribunal constitutionnel»<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr., in senso analogo, A. PUGIOTTO, *Un inedito*, cit., 3; nonché P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”*: sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015, *ivi*, 3 aprile 2015, 3, il quale parla, in alternativa, anche della possibile adozione «di una decisione d'inammissibilità».

<sup>38</sup> Per un primo commento a questo specifico passaggio della sentenza in rassegna v. R. DICKMANN, *La Corte*, cit., 13-15.

<sup>39</sup> Il riferimento è a M. R. MORELLI, *Declaratoria di illegittimità «dal momento in cui»*. *Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.* 1988, II, 522, con opinione ribadita in numerose altre occasioni.

<sup>40</sup> Traggo siffatto giudizio di sintesi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 214.

<sup>41</sup> Cfr. ora, in tema, per riflessioni analoghe, R. ROMBOLI, *L'obbligo*, cit., 6-7; A. PUGIOTTO, *Un inedito*, cit., 2 e 4-6; P. VERONESI, *La Corte*, cit., 2; ed A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, *ivi*, 9 aprile 2015, 2 ss.

<sup>42</sup> Cfr. infatti, al riguardo, P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, spec. 92 ss.; ID., *La Corte costituzionale e il processo civile*, in AA.VV., *Studi Redenti*, Milano, 1951, I, 203.

<sup>43</sup> Così H. KELSEN, *Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, 1929, 127. Non a caso, pertanto, quando nel 1929 venne introdotta, in Austria, la possibilità per due organi giudiziari (l'*Oberster Gerichtshof* ed il *Verwaltungsgerichtshof*) di adire la Corte costituzionale, all'interno del 7° comma dell'art. 140 della Costituzione austriaca venne prevista un'eccezione alla normale efficacia *ex nunc* delle sentenze caducatorie del *Verfassungsgerichtshof* relativa, per l'appunto, al procedimento da cui aveva preso occasione la sentenza stessa.

Una pronuncia di accoglimento totalmente irretroattiva viene, infine, inevitabilmente a collidere con quel diritto alla tutela giurisdizionale che non soltanto l'art. 24 Cost. riconosce, *expressis verbis*, come «inviolabile»<sup>44</sup>, ma che secondo la stessa Consulta – come ribadito anche di recente<sup>45</sup> – va «annoverato tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale»<sup>46</sup>. Dal momento che la Corte, con la sua decisione, disattende, in ultima analisi, le legittime aspettative di chi, nel processo principale, aveva eccepito, a giusta ragione, l'esistenza di un vizio di incostituzionalità<sup>47</sup>, ottenendo, tra l'altro, nella parte motiva della pronuncia caducatoria, un esplicito riconoscimento della fondatezza delle sue pretese. Sotto questo profilo, in altre parole – come ebbe limpidamente ad affermare lo stesso giudice delle leggi<sup>48</sup> – «non può non apparire in contraddizione con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale [...] l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio principale che l'ha provocata. In sostanza il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice ed un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubita della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dall'autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima».

6. In conclusione, pertanto, si potrebbe affermare che con [la sent. n. 10 del 2015](#), la Corte, se da un lato individua, in linea generale, nel bilanciamento tra valori lo strumento che può condurla ad una limitazione degli effetti temporali delle sue decisioni, dall'altro, tuttavia, applica il metodo in parola in maniera assai discutibile perché ammesso e non concesso che le norme sul processo costituzionale (ed in particolare sull'incidentalità) possano partecipare ad un bilanciamento del genere<sup>49</sup>, essa “dimentica”, comunque, di prendere in considerazione alcuni principi e diritti di indubbio rilievo costituzionale che risultavano, viceversa, coinvolti proprio a seguito della sua decisione di adottare una pronuncia di accoglimento con clausola di irretroattività.

Così facendo, dunque, la Consulta non sembra raggiungere l'obiettivo che si era prefisso di evitare che la propria decisione, nel tutelare «un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro»<sup>50</sup>. Giacché pronunciandosi per l'illegittimità della legge *sub iudice* con efficacia

---

<sup>44</sup> Sul tema della tutela privilegiata dei diritti «inviolabili» cfr., per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 1 ss.

<sup>45</sup> Con la [sent. n. 238 del 2014](#), punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>46</sup> Sul contrasto tra la [sent. n. 10 del 2015](#) ed il diritto di agire in giudizio pone l'accento anche A. PUGIOTTO, *Un inedito*, cit., 5. Ragiona sulla possibilità di un ricorso alla Corte di Strasburgo delle parti del processo *a quo*, per violazione degli artt. 6 e 13 Cedu, R. ROMBOLI, *L''obbligo*, cit., 16-17.

<sup>47</sup> Né risulta decisivo rilevare, in senso contrario (cfr. il punto 7 del *Considerato in diritto*) che «in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale, gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo *pro futuro*, della disposizione costituzionalmente illegittima» perché a prescindere dalla circostanza che ciò esula dal *petitum* sia del processo principale che del giudizio costituzionale, rimane il fatto che la Corte, con la sua decisione, accerta la fondatezza di una domanda proposta in sede giurisdizionale (e tesa alla restituzione dell'imposta incostituzionale già pagata), negando, però, al contempo, la sua soddisfazione.

<sup>48</sup> Criticando un analogo orientamento della Corte di giustizia, con la quale la stessa aveva limitato gli effetti nel tempo della propria decisione di invalidità in modo tale che essa non risultava applicabile alla fattispecie da cui aveva preso avvio il giudizio (il passaggio riportato nel testo è tratto da Corte costituzionale, [sent. n. 232 del 1989](#), in *Giur cost.* 1989, I, 1009). Sull'evoluzione successiva dell'orientamento giurisprudenziale di cui si discute cfr., volendo, R. PINARDI, *L'horror vacui*, cit., 51-52 ed Autori *ivi* richiamati.

<sup>49</sup> Per una presa di posizione di segno decisamente contrario cfr. ad esempio R. ROMBOLI, *L''obbligo*, cit., spec. 3-4; ed A. RUGGERI, *Sliding doors*, cit., 2.

<sup>50</sup> Ciò che, più in generale – e sempre nelle parole del giudice delle leggi – risponde al «compito istituzionale affidato a questa Corte» di garantire la Costituzione «come un tutto unitario, in modo da assicurare “una tutela sistemica e non frazionata” [...] di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione» (cfr. in tal senso, quanto si legge nel punto 7 del *Considerato in diritto* con esplicito richiamo alle [sentt. nn. 264 del 2012](#) e [85 del 2013](#)).

esclusivamente *pro futuro* la Corte scinde, di fatto, quel legame funzionale che deve sussistere, al contrario, tra questione di costituzionalità e giudizio *a quo*, quasi scordasse che l'origine incidentale del suo scrutinio lo pone in diretto contatto con l'esigenza di pervenire ad una tutela adeguata di quelle posizioni soggettive di cui si discute nel processo principale e che risultino costituzionalmente garantite.

**Simone Scagliarini**  
**La Corte tra *Robin Hood Tax* e legislatore “Senzaterra”**

SOMMARIO: **1.** Il *casus belli*. – **2.** Equilibrio di bilancio vs. diritti: da un bilanciamento ineguale ad uno tra pari. – **3.** Diritto costituzionale e crisi economica: un ulteriore tassello in un mosaico di deroghe?

1. La [sentenza n. 10 del 2015](#) della Corte costituzionale giunge (finalmente) a chiudere una nota ed assai rilevante questione, relativa alla legittimità costituzionale della cd. *Robin Hood Tax*, ovvero di quella imposizione fiscale – denominata addizionale dal legislatore, ma di fatto semplicemente una diversa e maggiore aliquota IRES – introdotta con il d.l. n. 112/2008 per andare a colpire un reddito straordinario delle imprese petrolifere generato da una situazione congiunturale del mercato, tale per cui le società operanti nel settore si trovavano, per il livello dei prezzi, a realizzare ampie marginalità proprio nel momento in cui la crisi finanziaria cominciava a pesare in tutta la sua gravità sulle famiglie. Un tributo, dunque, di dichiarata finalità solidaristica e redistributiva, volto, appunto come il noto ladro gentiluomo della leggenda anglosassone, a prelevare risorse da soggetti particolarmente avvantaggiati dalla situazione contingente e redistribuirle ad altri più svantaggiati<sup>1</sup>, riducendo in qualche modo la disegualianza di fatto tra essi. Sennonché, da subito la dottrina sollevava parecchi dubbi sulla legittimità costituzionale di questa disciplina, in particolare per la base imponibile assunta a riferimento nonché per il fatto di essere strutturata come modifica permanente del sistema impositivo<sup>2</sup>, pur essendo stata introdotta come misura congiunturale, dubbi vieppiù rafforzatisi dopo che, tra il 2009 e il 2013, essa veniva più volte modificata, elevando la percentuale di imposizione ed ampliando la platea dei destinatari passivi<sup>3</sup>.

La decisione odierna della Consulta aderisce, in effetti, a(d almeno parte di) tali censure, dichiarando l’illegittimità della normativa per violazione degli artt. 3 e 53 Cost.: e, fin qui, la pronuncia, condivisibile o meno nel merito, avrebbe potuto essere una normale sentenza di accoglimento, sia pure con gravose conseguenze sul piano finanziario<sup>4</sup>, tali da costringere il legislatore, al pari di altri precedenti su cui si tornerà a breve, a rivedere alcune scelte impositive selettive adottate in nome della necessità di rimettere in sesto finanze pubbliche notoriamente poggiate su fondamenta incerte. Sennonché, la Corte ha compiuto una scelta ben più ardita e, ricorrendo ad una tecnica decisionale ormai da tempo archiviata, ha manipolato gli effetti nel tempo della pronuncia, stabilendo che, in nome di un indispensabile bilanciamento tra il rispetto dell’art. 53 Cost. e le esigenze dell’equilibrio di bilancio espresse dall’art. 81 Cost. nella sua nuova formulazione, gli effetti caducatori si produrranno esclusivamente dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, non retroagendo, quindi, come di norma. Con la conseguenza – com’è evidente – che le imprese ricorrenti nel giudizio principale non recupereranno nulla di quanto versato a titolo di questa imposta, pur dichiarata incostituzionale.

Che si tratti di una decisione clamorosa e particolarmente rilevante nei suoi effetti, anche sul piano ordinamentale generale oltre che nello specifico del caso concreto, è un fatto ben evidente

---

<sup>1</sup> Ricordiamo, infatti, che il gettito, secondo le intenzioni del Governo, avrebbe dovuto coprire (in parte) l’onere derivante dalla cd. *social card*. Cfr., a tal proposito, la notizia riportata in *Una manovra da 96 articoli e 702 commi, Corriere della sera*, 24 luglio 2008.

<sup>2</sup> Si veda, nella dottrina tributaristica che da subito evidenziava tali profili, *ex plurimis*, G. MARONGIU, *Robin Hood Tax: taxation without “constitutional principles”?*, in *Rass. trib.*, 2008, 1335 ss.; e D. STEVANATO, *La “Robin Hood Tax” e i limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Riv. giur. trib.*, 2008, 841 ss.

<sup>3</sup> In tal senso, si veda, nella dottrina tributaristica, ad esempio G. ANDREANI – I. AVANZINI, *Permangono le perplessità sulla Robin Tax dopo le modifiche della Manovra-bis*, in *Corr. trib.*, 2011, 2817 ss.; e F. GALLIO – A. MURADORE, *L’estensione della “Robin tax” aumenta i dubbi di incostituzionalità*, *ivi*, 2013, 2595 ss.

<sup>4</sup> Il gettito derivante dalla tassa in questione, infatti, ammonta a circa 5,7 miliardi di euro per il periodo 2008-2013, secondo quanto si legge nella Relazione al Parlamento 629/2014/l/rht dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico del 18 dicembre 2014, consultabile in <http://www.autorita.energia.it/allegati/docs/14/629-14.pdf>, 9.



allo stesso giudice delle leggi, come si evince considerando alcuni elementi della pronuncia, da cui traspare una grande prudenza e forse anche un qualche imbarazzo da parte della Consulta.

Di ciò si ha traccia, in primo luogo, nella durata del processo costituzionale, apertosi con una ordinanza del 26 marzo 2011 e deciso quasi quattro anni dopo, con un intervallo temporale ben superiore alla media di questo periodo<sup>5</sup>, verosimilmente dovuto alla speranza che il legislatore *medio tempore* intervenisse a modificare la normativa, evitando al giudice delle leggi la difficoltà politica di pronunciare una declaratoria di illegittimità con conseguenze finanziarie così rilevanti<sup>6</sup>. E forse può leggersi un, pur non così esplicito, monito di accompagnamento di questo procrastinarsi della pronuncia nelle parole del Presidente Silvestri in occasione della Relazione sulla giustizia costituzionale nel 2013, circa un anno prima dell'adozione della sentenza in commento, ove egli affermava che l'art. 81 Cost. «detta nuove norme per assicurare l'equilibrio del bilancio, con una innovativa contestualizzazione, rispetto al ciclo economico, che certamente porrà rilevanti problemi in sede di controllo di costituzionalità», aggiungendo poi che «un primo consuntivo potrà tuttavia essere formulato nel 2015, quando la giurisprudenza avrà avuto modo di svilupparsi sulla base delle evenienze concrete»<sup>7</sup>.

Ma la prudenza della Corte si evince anche dallo scandito argomentare utilizzato nella motivazione dell'atto, laddove essa si sofferma analiticamente su ogni passaggio del ragionamento – e non di rado anche su questioni generali di metodo – per guidare e quasi accompagnare chi si cimenta nella lettura del provvedimento affinché possa coglierne adeguatamente la *ratio decidendi*<sup>8</sup>.

Aldilà di queste cautele, la pronuncia uscita dal Palazzo della Consulta, stante la sua portata, finisce così per suscitare interesse, oltre che per quanto essa statuisce in relazione all'art. 53 Cost., anche per il valore che con essa viene attribuito all'equilibrio del bilancio nel sistema dei principi di rango costituzionale, nonché, sotto il profilo processuale, per la tecnica decisoria utilizzata e mai fino ad ora tanto esplicitamente teorizzata.

L'analisi che segue si concentrerà esclusivamente sul profilo della decisione riguardante l'art. 81 Cost.

2. Come abbiamo testé ricordato, il giudice delle leggi ha ritenuto di accogliere la questione sollevata per la violazione, sotto tre profili, degli artt. 3 e 53 Cost., accertando pertanto la piena incostituzionalità della disciplina, salvo disporre che gli effetti caducatori della pronuncia si producano solo per il futuro in ragione della dichiarata necessità di bilanciare la conformità sostanziale a Costituzione con le conseguenze in termini finanziari che una normale sentenza di accoglimento avrebbe avuto sul bilancio dello Stato. E questo perché, a giudizio della Corte, per il rispetto dei vincoli sovranazionali – ed ora anche costituzionali – in tema di equilibrio finanziario, si sarebbe resa necessaria una nuova manovra che introducesse prelievi compensativi, con il che – prosegue la Consulta – non solo sarebbe venuto meno l'effetto redistributivo e solidaristico che con la *Robin Hood Tax* si voleva perseguire, ma addirittura, *ex adverso*, si sarebbe ulteriormente accentuata la diseguale distribuzione delle risorse, perché, mentre alle imprese già assoggettate al tributo questo sarebbe stato restituito, così consentendo loro di godere a pieno del sovrappiù

<sup>5</sup> Come riferisce R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 34, la durata media dei giudizi di legittimità in via incidentale nell'anno di sollevazione della questione era di 184 giorni e la media dell'intero triennio è di poco superiore ai sei mesi. Dunque, il giudizio sulla *Robin Hood Tax* è durato all'incirca otto volte di più.

<sup>6</sup> Sulla dilatazione dei tempi processuali come elemento di dialogo tra Corte e legislatore sia consentito rinviare alla ricostruzione che abbiamo svolto in S. SCAGLIARINI, *Il tempo della Corte. L'uso del fattore temporale nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale tra «effettività» e «seguito» della decisione*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 197 ss.

<sup>7</sup> La relazione, pronunciata il 27 febbraio 2014, può essere letta sul sito istituzionale della Corte, consultando la pagina [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_annuali/Silvestri\\_20140227.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Silvestri_20140227.pdf), 3 e ss. del documento.

<sup>8</sup> È la vocazione dottrinale della sentenza di cui parla A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015, 1.

realizzato grazie alla congiuntura a discapito dei consumatori finali dei prodotti petroliferi, questi ultimi, oltre al rischio di essersi comunque visti accollare parte dei costi derivanti dall'imposta per la scarsa efficacia del meccanismo introdotto dal legislatore per scongiurare tale evenienza, si sarebbero trovati oggi a pagare ulteriori tributi volti a colmare il mancato introito delle somme restituite ai primi. In altri termini, la Corte paventa il rischio che una sua pronuncia di accoglimento avrebbe potuto produrre una incostituzionalità ancora maggiore, perché il dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* ed il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. sarebbero nullificati ed anzi ancor più inattuati stante la necessità di reperire nuove fonti di entrata per lo Stato<sup>9</sup>.

L'argomento utilizzato dalla Consulta non ci sembra, tuttavia, convincente.

Infatti, è vero quanto afferma il giudice delle leggi che l'eventuale necessità di restituire il tributo incostituzionale avrebbe fortemente compromesso la stabilità finanziaria e quindi reso necessario un intervento correttivo, ma non è men vero, a nostro avviso, che sarebbe stato esclusivo compito del legislatore evitare che la conseguenza temuta dalla Corte potesse prodursi<sup>10</sup>, potendo e dovendo esso ripristinare la sostenibilità dei conti pubblici attraverso manovre ispirate ad una forte logica redistributiva, magari seguendo proprio le indicazioni del giudice delle leggi sulla possibilità di imporre tributi selettivi di carattere (realmente) straordinario<sup>11</sup>. In tal senso, dunque, la Corte avrebbe potuto, a tutto concedere, accogliere indirizzando un monito al legislatore, ma non già essa stessa assumere la decisione di mantenere fermo, con le conseguenze che si diranno a breve, quanto avvenuto in passato, presumendo che al legislatore non sarebbe rimasta altra possibilità che caricare gli interi costi della sentenza su una fiscalità generale non (sufficientemente) ispirata ad una logica solidaristica. Insomma, assistiamo ad una forzatura da parte del giudice delle leggi che, sulla base di timori per le possibili ricadute negative, sotto il profilo solidaristico, di un seguito legislativo inadeguato, peraltro solo presupposto e tutt'altro che dimostrato (in quanto evidentemente indimostrabile), ha provveduto ad individuare direttamente la soluzione di merito da dare alla questione.

Ma se le cose stanno nei termini descritti, come a noi pare, viene meno proprio l'argomento principale che giustifica la successiva (e, come si dirà, discutibile) operazione di bilanciamento che la Corte, stabilendo la non retroattività della pronuncia, finisce nella sostanza per compiere tra equilibrio di bilancio ed esigenze finanziarie dello Stato, da un lato, al confronto con il diritto di

---

<sup>9</sup> Il passaggio in questione è particolarmente valorizzato da R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *Federalismi.it*, 8 ss., secondo cui «tale pronuncia non si correla solo all'esigenza, pur ponderata dalla Corte, che da un mero accoglimento non si determinino squilibri di bilancio», in quanto la Corte si sarebbe «preoccupata primariamente di adottare una soluzione che non generasse inaccettabili effetti sperequativi alla luce del valore della "solidarietà politica, economica e sociale" di cui agli artt. 2 e 3 Cost.».

<sup>10</sup> Analogamente I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, spec. 2 e 6, osserva che la Corte, attraverso una indebita attività creativa, dà alla *quaestio* una sua soluzione, impedendo al legislatore di risolvere politicamente il conflitto tornando a legiferare sulla materia, come avrebbe dovuto fare. Concorde è anche l'opinione di P. VERONESI, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015, 1 ss., per il quale «non è certo il giudizio di costituzionalità la sede più opportuna per stabilire che – *ex ante* e in astratto – dagli esiti retroattivi della pronuncia» sarebbero scaturite le conseguenze paventate dalla Consulta, dato che «questi eventi – altamente probabili – potevano tuttavia essere attenuati dalle scelte legislative successive alla pronuncia (e non prevedibili dalla Corte)». Considerazioni analoghe sono espresse da M. BIGNAMI, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 18 febbraio 2015, il quale tuttavia legge nell'operato della Corte una realistica presa d'atto «di come si è svolta la politica economica italiana perlomeno nell'ultimo decennio».

<sup>11</sup> Come suggerisce, *pro futuro*, I. MASSA PINTO, *La sentenza*, cit., 9, secondo la quale il giudicato costituzionale si sarebbe formato solo sul punto della illegittimità per mancanza di un termine di durata della normativa scrutinata.

azione in giudizio ed il principio di eguaglianza<sup>12</sup>, dall'altro, attribuendo, per il passato, assoluta preferenza ai primi e negando pertanto tutela ai secondi. Così che proprio l'art. 81 nella sua nuova formulazione – ed il principio dell'equilibrio finanziario che esso afferma – viene ad assumere un ruolo fondamentale nella pronuncia, tanto da essere bilanciato alla pari con altri diritti e principi fondamentali e non già secondo la pur consolidata logica del bilanciamento ineguale<sup>13</sup>, secondo cui tra diritti e risorse finanziarie non ci dovrebbe essere una parità assiologica, i primi rappresentando finalità dell'agire statale, i secondo soltanto i mezzi.

D'altra parte, non può nemmeno sostenersi che l'equilibrio finanziario resti al di fuori del bilanciamento, rappresentando solo il contesto materiale che incide sulla decisione della Consulta<sup>14</sup>, venendo in rilievo solo dopo l'accertamento della incostituzionalità al fine di regolarne gli effetti nel tempo. Giacché, al contrario, nella sentenza stessa si legge espressamente che sono proprio e solo i timori sugli effetti economici della pronuncia e la necessità di bilanciarli con l'esigenza di affermare la legalità costituzionale a determinare la decisione sulla irretroattività degli effetti. Così che, nella sostanza, l'esito finale del giudizio, proprio grazie a tale scelta, consiste nel fatto che, per ragioni di carattere economico, in concreto si nega per il passato qualunque soddisfazione di quei principi e diritti costituzionali che solo astrattamente la Consulta riconosce: insomma, un vero e proprio bilanciamento tra diritti e risorse, attuato tramite la manipolazione degli effetti temporali<sup>15</sup>! Così che sembra concretizzarsi proprio quel timore, paventato in dottrina, che la crisi potesse

<sup>12</sup> Ribadiamo, infatti, che l'illegittimità è dichiarata in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., laddove quest'ultimo – come ricorda la stessa Consulta nel punto 6.2 del *Considerato in diritto* citando suoi precedenti – rappresenta la traduzione in ambito tributario del generale principio di eguaglianza. Il diritto di agire in giudizio, invece, pur non essendo mai citato nella pronuncia, è evidentemente limitato per il fatto che i soggetti ricorrenti nel processo principale vedono accertare un loro diritto ma negare contestualmente qualunque misura restitutoria.

<sup>13</sup> Secondo la celebre – e ormai ricorrente in dottrina – espressione coniata da M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, vol. II, 126, il quale anzi precisa che nemmeno di bilanciamento in senso proprio dovrebbe parlarsi, giacché questo avviene sempre tra eguali.

<sup>14</sup> Come poteva invece affermarsi circa le prime pronunce che introducevano il principio di gradualità, ove effettivamente il bilanciamento era solo tra diritti, pur indotto da un dato oggettivo della scarsità di risorse finanziarie. Per la ricostruzione di tale giurisprudenza e della sua progressiva evoluzione verso un peso sempre maggiore attribuito all'art. 81 Cost., v. per tutti, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, svoltosi a Padova il 18 e 19 ottobre 2013, pubblicata in versione provvisoria in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 9 ss. Tra coloro che invece ritengono, anche nella pronuncia in commento, che l'equilibrio di bilancio sia esterno al bilanciamento v. M. BIGNAMI, *Cenni*, cit.

<sup>15</sup> Si osservi, per inciso, che, da parte di autorevole dottrina (M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Seminario2013\\_Luciani.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf), 34), era stata recentemente riproposta, anche dopo la riforma costituzionale del 2012, la soluzione di una modulazione degli effetti temporali da parte della Corte come *alternativa* al bilanciamento tra diritti e vincolo all'equilibrio finanziario, che avrebbe dovuto rimanere ineguale, mentre nel caso di specie la Consulta ha invece fatto ricorso a tale tecnica decisionale proprio all'esito di un bilanciamento paritario, come mezzo per spostare il baricentro interamente sul secondo. Per i precedenti (ovvero le sentenze [nn. 501/1988](#) e [1/1991](#)) in cui si è assistito al ricorso alla modulazione degli effetti temporali come surrogato del bilanciamento tra diritti e risorse si v., *ex plurimis*, F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 18 ss.; e D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, spec. 194 ss. Si tratta tuttavia di pronunce criticate in dottrina, non solo perché riducevano il problema dei costi delle sentenze senza comunque risolverlo (come osservava già C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 95 ss.), ma soprattutto, per quanto qui rileva, in quanto, sotto le apparenze di un dispositivo di incostituzionalità sopravvenuta, in realtà esse si presentavano, in modo analogo a quella in commento, come decisioni di incostituzionalità differita, così che con esse si aveva già un bilanciamento tra risorse finanziarie e diritti (in questo senso, tra gli altri, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993, spec. 56 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici). Con la non secondaria differenza, però, che, anche accedendo a questa lettura, nei precedenti *de quibus* la Consulta non si era pronunciata per l'incostituzionalità esclusivamente *pro futuro* della normativa sottoposta al suo sindacato, cosicché i diritti ottenevano comunque almeno una parziale soddisfazione, che ne salvaguardava il nucleo essenziale (su cui si dirà a breve nel testo).

divenire «uno dei poli del bilanciamento» tanto che le «ragioni dell'emergenza portino all'emergenza della ragione»<sup>16</sup>.

Attenzione! Non si vuole qui negare che l'assunto del bilanciamento ineguale debba oggi essere reinterpretato e forse meno assolutizzato di quanto si sia fatto in passato, specie negli anni '80 del secolo scorso. Perché, se una cosa la crisi ha insegnato e drammaticamente tuttora insegna, è che l'equilibrio finanziario è esso stesso garanzia dei diritti e non può essere visto solo in contrapposizione ad essi<sup>17</sup>, giacché solo uno Stato con un bilancio sostenibile e in grado di reggere sotto il profilo finanziario può dare concreta garanzia di soddisfazione dei diritti (di tutti i diritti, in modo bilanciato tra essi) né è (più) possibile pensare ad uno Stato sociale se non in termini di un ordinamento che si basi su di un *welfare* sostenibile<sup>18</sup>. Del resto, a ben vedere, questa "lezione" della crisi già era stata ben imparata (e prevenuta) dal giudice delle leggi, che aveva prefigurato la necessità di tenere in qualche misura conto della limitatezza delle risorse, specialmente nel giudicare sul grado di attuazione dei diritti sociali, già nella giurisprudenza degli anni '90. Laddove, a partire dalla [sentenza n. 260/1990](#), non a caso richiamata dalla Corte anche nella decisione in commento, essa aveva affermato il principio di gradualità nella soddisfazione dei diritti, in base al quale il riconoscimento di un diritto di prestazione, salvo un minimo coesistente alle norme costituzionali, può essere legittimamente graduato ed attuato in modo progressivo dal legislatore, tenendo conto, appunto, delle esigenze di bilancio<sup>19</sup>.

Ma se può convenirsi con quanto sin qui affermato dalla giurisprudenza costituzionale sulla possibilità (e necessità) di tenere conto delle risorse finanziarie disponibili allorché si dibatte circa il livello di attuazione dei diritti, poiché anche l'equilibrio finanziario rappresenta un interesse di rilievo costituzionale che deve costituire un elemento della complessiva ponderazione effettuata dal giudice delle leggi<sup>20</sup>, ciò che segna il vero elemento di novità della sentenza – e che però ci pare meritevole di critica – è che, se fino ad ora il nucleo essenziale dei diritti ed i principi fondamentali

---

<sup>16</sup> Così M. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, in F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli, 2012, spec. 396 ss., ove l'A. sottolineava come, in relazione alla crisi, la Corte non avesse mai parlato esplicitamente di emergenza né avesse mai accolto la tesi dell'Avvocatura erariale di un'esigenza di *salus rei publicae*, in sostanza assumendo la situazione economico-finanziaria a mero presupposto di fatto del bilanciamento, in grado di far propendere per una lettura della Carta fondamentale comunque riconducibile ad una tra le tante possibili.

<sup>17</sup> Sotto questo profilo riteniamo di aderire alla lettura "irenica" dell'art. 81 (e della sua riscrittura con l'inserimento del pareggio quale obbligo costituzionale) che dà A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, spec. 12, ove l'A., ricordando come «i vincoli di bilancio non sono contro la democrazia politica, ma proprio in funzione della conservazione della democrazia», conclude giustamente che «in un contesto sociale di crescenti diseguaglianze ... l'effettività del discorso intorno ai diritti si gioca proprio e ancora di più [...] sulle risorse finanziarie disponibili», così che il pareggio di bilancio può rappresentare l'occasione per ridurre le diseguaglianze, anziché accentuarle con misure di riduzione che incidono maggiormente sulle fasce più deboli.

<sup>18</sup> In tal senso, aderiamo completamente alle considerazioni di A. D'ALOIA, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in E. CAVASINO – G. SCALA – G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti del Convegno di Trapani 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013, 570 ss., il quale afferma chiaramente che «una gestione economicamente irresponsabile, un debito pubblico eccessivo, rischiano di determinare una rottura di quegli stessi principi di solidarietà sociale che apparentemente puntano a realizzare». Nello stesso senso anche A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 90 ss. ricorda come «l'equilibrio di bilancio (in qualunque accezione) è il presupposto per l'attuazione del *welfare state* e [...] per la sopravvivenza dello stesso stato costituzionale».

<sup>19</sup> Tanto che, correttamente, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 107, afferma che «la gradualità rappresenta per i diritti di prestazione il corrispettivo del bilanciamento per i diritti di libertà».

<sup>20</sup> Così già A. GIORGIS, *La sent. n. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale*, in *Giur. cost.* 1994, 3158 ss., il quale riprende alcune enunciazioni della stessa Corte costituzionale a partire dalla [sentenza n. 260 del 1990](#). Sul punto cfr. anche A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel «diritto costituzionale comune» (europeo e nazionale)*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del seminario di Otranto – Lecce svoltosi il 4 -5 giugno 2004, Torino, 2005, 481, il quale afferma che tra diritti sociali ed equilibrio finanziario si ha sì un bilanciamento ineguale ma pur sempre un bilanciamento tra due «elementi che fanno parte integrante del sistema costituzionale».



del sistema costituzionale rappresentavano una sorta di controlimite rispetto alla possibilità di bilanciamento<sup>21</sup>, qui sembra venire travolto ogni argine di contenimento rispetto alla necessità di salvaguardare l'equilibrio finanziario. A dispetto di quanto, infatti, la stessa Corte afferma circa la necessità di un'equilibrata soddisfazione di tutti gli interessi costituzionali in gioco<sup>22</sup>, essa, consentendo che le esigenze di bilancio permettano di derogare al principio di eguaglianza ed al diritto di agire in giudizio fino al punto di accertare la ragione di una parte in astratto negandone *in toto* la tutela in concreto, a noi pare che il nucleo essenziale di entrambi i principi e diritti citati subisca un inaccettabile *vulnus*<sup>23</sup>. Né vale obiettare che comunque un beneficio per le parti ricorrenti si ha *pro futuro* stante la declaratoria d'illegittimità<sup>24</sup>, perché questo esula dal *petitum* della causa principale così come del giudizio costituzionale, senza che ciò modifichi il dato di fatto che il diritto di azione in giudizio viene integralmente frustrato allorché venga accertata, come nel caso di specie, la piena fondatezza di una domanda (*i. e.* la restituzione dell'imposta incostituzionale pagata) e al contempo si neghi ugualmente ed interamente la soddisfazione di essa<sup>25</sup>. Anzi, semmai, colpisce come questo diritto sia completamente pretermesso nel ragionamento della Corte, che, lungi quindi dal considerare tutte le situazioni soggettive che vengono in rilievo, ne trascura completamente una, che viene così a subire una pesante limitazione<sup>26</sup>.

Certo su questa scelta, oltre al contesto generale di crisi economica e finanziaria che renderebbe particolarmente gravoso l'onere generato da una pronuncia di mero accoglimento, pesa sicuramente la costituzionalizzazione dell'obbligo di pareggio di bilancio<sup>27</sup>, che non a caso la Consulta richiama esplicitamente, ma in realtà ciò non può essere sufficiente per travolgere l'impostazione di un sistema costituzionale che tuttora pone al centro la persona ed i suoi diritti fondamentali<sup>28</sup>. In questo

<sup>21</sup> Non fosse altro per il fatto che «mentre il diritto sarebbe immediatamente violato perché insoddisfatto a causa dei vincoli economico-finanziari, il rispetto di tali vincoli solo teoricamente ed ipoteticamente gioverebbe all'economia» (così D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 18).

<sup>22</sup> Si veda in tal senso l'affermazione per cui «il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare “una tutela sistemica e non frazionata” [...] di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione», contenuta nel punto 7 del *Considerato in diritto*, ove si riprende ciò che già si legge nelle pronunce [nn. 264/2012](#) e [85/2013](#). Senonché, il tenore della decisione finale assunta dal giudice delle leggi, come meglio si dirà nel testo, impedisce di ritenere che a tali premesse teoriche corrisponda un coerente svolgimento dell'argomentazione, come invece argomenta R. DICKMANN, *La Corte*, cit., 9 ss.

<sup>23</sup> Ricordiamo, infatti, quanto la Corte afferma da ultimo nella [sentenza n. 238/2014](#) (punto 3.4. del *Considerato in diritto*) sul diritto di azione in giudizio, annoverandolo tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico, in quanto posto a presidio della dignità della persona. Nello stesso senso del testo v. anche A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio*, cit., 5.

<sup>24</sup> Come argomenta la Consulta al punto 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>25</sup> È quanto, del resto, aveva affermato lo stesso giudice delle leggi nella [sentenza n. 232/1989](#), ove si legge testualmente che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice [...] si veda rispondere [...] che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima».

<sup>26</sup> Sulla lesione che le sentenze di incostituzionalità differita arrecano al diritto di azione in giudizio si vedano già le considerazioni di A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA. VV., *Effetti temporali*, cit., spec. 56 ss., ove l'A. afferma che «l'attribuzione, da parte della Corte di efficacia esclusivamente *pro futuro* [...] alle decisioni di accoglimento [...] determina un discrimine tra situazioni e rapporti a cui si applica la decisione di accoglimento della Corte e quelli a cui essa non si applica, nonostante la “giustiziabilità” di cui dovrebbero beneficiare entrambi [...] i rapporti».

<sup>27</sup> Prescindiamo qui da ogni considerazione sulla differenza tra pareggio di bilancio, come si legge nel titolo della l. cost. n. 1/2012, ed equilibrio di bilancio, di cui parla il novellato art. 81 Cost., da cui si ricava che resta comunque la possibilità di ricorrere al disavanzo del singolo esercizio per fronteggiare situazioni congiunturali sfavorevoli. Sul tema, ci limitiamo a rinviare, tra i tanti che hanno ricostruito questa distinzione, ad A. MORRONE, *Pareggio*, cit., 8, nonché T. F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, spec. 58 ss.

<sup>28</sup> Tanto che D. MONE, *La costituzionalizzazione*, loc. cit., in relazione al legame del nuovo vincolo con gli obblighi assunti a livello europeo, non esita a richiamare i controlimiti per affermare che «non dovrebbe essere legittimo, neppure se sancito da una legge costituzionale, negare il soddisfacimento di diritti fondamentali della persona per ragioni economiche e subordinarne il soddisfacimento al perseguimento del pareggio: la legge costituzionale che avesse



senso, del resto, la dottrina aveva fornito ampie rassicurazioni a fronte del timore manifestato per la tutela dei diritti, opportunamente richiamando, a sostegno del perdurante primato assiologico (del nucleo essenziale) di questi il meccanismo previsto dall'art. 5, comma 1, lett. g) della l. cost. n. 1/2012 per assicurare che lo Stato concorra anche in circostanze avverse a garantire in ogni caso il finanziamento dei livelli essenziali<sup>29</sup>. Ora, invece, la sentenza in commento sembra far riemergere in tutta la loro consistenza questi timori, dato che, portando ad estreme conseguenze la sua *ratio decidendi*, l'art. 81 Cost. sembra divenire il *passepertout* che consente di limitare qualunque situazione soggettiva, ivi compresi, potenzialmente, anche i diritti sociali, notoriamente più costosi degli altri.

Ciò che più sorprende – e che ulteriormente fa risaltare la novità dell'*iter* argomentativo seguito e della conclusione raggiunta dalla Corte – è che essa, in alcuni precedenti assai prossimi nel tempo alla sentenza che qui si commenta, aveva mantenuto fermi, pur già in piena crisi finanziaria, gli sviluppi della giurisprudenza sul principio di gradualità, mentre la formula del bilanciamento ineguale, pur reinterpretata e temperata, continuava a trovare applicazione, almeno rispetto alla situazione estrema di limitazione del nucleo fondamentale di un diritto. Si veda, infatti, quanto il Collegio affermava nella [pronuncia n. 223/2012](#), laddove, pur riconducendo il “contributo di solidarietà” a carico dei dipendenti pubblici con stipendi superiori a una certa soglia alla necessità di raggiungere gli obiettivi concordati in sede europea ed il pareggio di bilancio, esso non si asteneva dal dichiararne l'incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza, dato che detto contributo irragionevolmente non si estendeva anche ai dipendenti privati<sup>30</sup>. Od ancora si ponga mente alla [sentenza n. 116/2013](#), in cui la Corte ha dichiarato illegittimo lo “speciale prelievo di solidarietà” costituito dal taglio delle pensioni superiori a 90.000 euro annui, ravvisando anche in tale ipotesi una violazione del principio di eguaglianza poiché l'intervento impositivo era disposto a carico solo dei pensionati e non anche dei lavoratori ancora attivi. Casi, questi, significativi di come quello stesso principio di eguaglianza in materia tributaria che si ricava dagli artt. 3 e 53 Cost. che qui è sacrificato in nome dell'equilibrio di bilancio, in realtà fino ad oggi venisse – giustamente – ritenuto invece un limite invalicabile, per la sua natura fondamentale, di fronte a tali esigenze di carattere finanziario<sup>31</sup>.

3. La crisi economica e finanziaria, che ha reso drammatica la sostenibilità dei conti pubblici oltre che le possibilità di sussistenza di molte persone, ha inciso negli ultimi tempi sull'intero ordinamento, a tutti i suoi livelli. È una considerazione ricorrente<sup>32</sup>, che illustra un aspetto della

---

reso possibile ciò presenterebbe dei dubbi di costituzionalità» poiché «tale nucleo di diritti non può essere negato neppure per ragioni di ordine finanziario, potendo essere il diritto oggetto di un bilanciamento da cui, comunque, non ne risulti intaccato il nucleo essenziale».

<sup>29</sup> Per tutti, cfr. T. F. GIUPPONI, *Il principio*, cit., 68 ss.

<sup>30</sup> Si legga, in particolare, il netto passaggio del punto 13.3.1 del *Considerato in diritto* della [sentenza n. 223/2012](#), in cui si afferma che «l'eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è, infatti, suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti cittadini necessitano. Tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale».

<sup>31</sup> Tanto che, non a caso, nella già citata [sentenza n. 264/2012](#) (*Considerato in diritto*, punto 5.3) il giudice delle leggi aveva definito l'eguaglianza e la solidarietà come principi che, per il loro «carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali», laddove ciò che più stupisce è che la Corte, richiamando espressamente questo precedente, riprenda tale affermazione anche nella sentenza in commento, ove essa la smentisce poi nei fatti.

<sup>32</sup> Per tutti, valga il rinvio alla efficace sintesi di E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 13, la quale ricorda come «non può, invero, tacersi del fatto che la crisi scoppiata nel 2008 ha costituito un fortissimo elemento di pressione sugli assetti costituzionali prefigurati nelle carte costituzionali del secondo dopoguerra, alterando l'organizzazione dei poteri, la tutela dei diritti fondamentali, i rapporti tra gli organi costituzionali e le relazioni tra i livelli di governo. Per

realtà attuale evidente quanto, probabilmente, inevitabile. Lo si avverte a livello di forma di governo, dove i rapporti tra gli organi dello Stato appaiono in costante evoluzione, in special modo a detrimento dell'istituzione parlamentare<sup>33</sup>, così come nei rapporti, anche sotto il profilo finanziario<sup>34</sup>, tra Stato e Regioni, dove sconfinamenti da parte della legislazione centrale hanno trovato copertura mediante il riferimento alla loro natura di interventi eccezionali per risolvere l'emergenza economica<sup>35</sup>, od ancora a livello di fonti del diritto, dove il decreto legge è ormai divenuto lo strumento normativo standard ogniqualevolta occorra intervenire in ambito economico<sup>36</sup>, con il beneplacito della Consulta che anche nella pronuncia in esame non ha mancato di confermare una sorta di presunzione per la quale la crisi è di per sé plausibile giustificazione per il ricorso alla procedura di cui all'art. 77 Cost.<sup>37</sup>. Tuttavia, sino ad ora si poteva sottoscrivere, a nostro avviso, rispetto alla tutela dei diritti, l'affermazione secondo cui «la Corte, senza soffermarsi [...] sulla natura della crisi, la consideri un fenomeno grave e preoccupante, ma pur sempre governabile e fronteggiabile con i mezzi esistenti nell'ordinamento e, dunque, anche attraverso le ordinarie tecniche di bilanciamento utilizzate dal legislatore»<sup>38</sup>. La sentenza in commento, però, sembra porre in discussione questo punto di approdo, introducendo un ulteriore tassello nel mosaico di deroghe alla normale struttura del sistema costituzionale. Di modo che, se di fronte alle esigenze di sostenibilità finanziaria dei conti pubblici anche i diritti fondamentali possono risultare recessivi nel giudizio di bilanciamento, persino per quanto concerne il loro nucleo essenziale, ci pare che l'incidenza della crisi sul diritto costituzionale cominci ad assumere un rilievo piuttosto preoccupante.

---

l'Italia può, anzi, dirsi che non ci sia aspetto di interesse costituzionalistico che non sia stato in qualche modo toccato dai cambiamenti generati dalla crisi».

<sup>33</sup> Si pensi, per fare due esempi macroscopici, al percorso seguito alla famigerata lettera della BCE, con cui tempi e modi delle riforme sono stati di fatto decisi in sede eurounitaria, appunto, a detrimento dell'istituzione parlamentare (*ex plurimis*, E. OLIVITO, *Crisi*, cit., 10 ss.), o, più in generale, al *modus operandi* tenuto dal Governo nei confronti delle Camere in relazione ai provvedimenti riconducibili alla *governance* economica europea (su cui per tutti, da ultimo, A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2014, che solleva opportune critiche in relazione agli strumenti utilizzati a tale fine), od ancora, al significativo mutamento del ruolo del Capo dello Stato (su cui ci limitiamo a rinviare, nella vasta letteratura fiorita intorno al tema *de quo*, a M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Milano, 2012, 274 ss.; e G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica*, in F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale*, cit., 295 ss., che si soffermano sul legame tra mutamenti della funzione presidenziale e crisi economico-finanziaria). Elementi tutti che portano a dire, con G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quad. cost.*, 2014, 33, che la crisi ha «trasformato in profondità la logica del processo decisionale politico».

<sup>34</sup> Il problematico rapporto tra il federalismo fiscale, mai completamente attuato e rispetto al quale si registrano, semmai, significativi passi indietro, e la riforma costituzionale di cui alla l. cost. n. 1/2012 è oggetto di indagine, tra gli altri, di G. G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014.

<sup>35</sup> Per tutti, si può vedere l'ampia ricostruzione di S. MANGIAMELLI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere*; nonché L. CALIFANO, *In tema di crisi economica e diritti fondamentali*, la quale intravede «una tendenza della Corte [...] omogenea e univoca» tale da rivelare una grande attenzione alla necessità di risparmi alla spesa pubblica in grado di «motivare significative sottrazioni di competenza all'autonomia regionale». Gli scritti citati rappresentano una relazione iniziale ed una relazione di sintesi al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, svoltosi a Padova il 18 e 19 ottobre 2013, i cui testi non definitivi sono pubblicati in *Rivista AIC*, n. 4/2013, rispettivamente 26 ss. e 5 dei corrispettivi documenti.

<sup>36</sup> Sulle manovre economiche per decreto legge – e in particolare proprio sul d.l. 112/2008 di cui tratta anche la sentenza qui annotata – cfr., per tutti, C. BERGONZINI, *La tempesta perfetta: una manovra economica per decreto-legge*, in *Quad. cost.*, 2013, 557 ss.

<sup>37</sup> Più benevolmente C. SALAZAR, *Crisi economica*, cit., 15, ritiene che nella giurisprudenza della Consulta la crisi non costituisca «un'emergenza che consenta il ricorso indiscriminato al decreto legge, essendo comunque il Governo tenuto a utilizzare questo strumento secondo ragionevolezza, non potendo adoperarlo, ad esempio, per dettare una riforma a largo raggio degli enti locali direttamente previsti in Costituzione». Sennonché, la [sentenza n. 220/2013](#) cui l'A. si riferisce afferma l'incostituzionalità della normativa censurata sulla base del combinato disposto dell'art. 77 con gli art. 117, comma 2, lett. p) e 133 Cost., di modo che la soluzione data in questo precedente sembra più che altro dovuta allo specifico contenuto del decreto ed alla conseguente inadeguatezza dello strumento rispetto al fine (analogamente, per tutti, G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge*, in *Le Regioni*, 2013, 1163 ss.).

<sup>38</sup> C. SALAZAR, *Crisi economica*, cit., 30.

Tutto ciò, ovviamente, nel caso in cui si ritenga che la sentenza *de qua* rappresenti una svolta giurisprudenziale e non costituisca, invece, un (pur criticabile e potenzialmente pericoloso) precedente isolato. Diversi elementi, in effetti, ci inducono a pensare – e sperare ... – che questo secondo corno dell'alternativa sia più corretto, e che in sostanza la decisione odierna della Consulta sia dunque frutto di valutazioni collegate allo (e condizionate dallo) specifico caso concreto all'esame della Corte.

In tal senso, infatti, induce in primo luogo a ritenere la particolarità della fattispecie, indubbiamente suscettibile di riportare alla mente il vecchio brocardo per cui *summum jus, summa iniuria*. È, infatti, a nostro avviso, verosimile che nella soluzione finale adottata dal Collegio abbiano inciso parecchio le valutazioni che si leggono in conclusione della parte motiva, laddove il timore della Consulta sembra essere tutto nel senso di evitare che imprese che avevano goduto di ottime marginalità congiunturali e che successivamente, per il funzionamento barcollante dei sistemi di controllo avevano verosimilmente scaricato sull'utente finale anche (parte del)l'imposizione fiscale introdotta dallo Stato, venissero ora a beneficiare di una integrale restituzione, guadagnando in questo modo due volte: prima con i sovraprofiti, esenti da maggiorazioni di imposta, e poi con la restituzione di una tassa in parte magari già recuperata a discapito dell'utente, con un ulteriore sovraprofito. Insomma, si legge in modo piuttosto chiaro la preoccupazione – invero tutta politica – di non frustrare l'intento perequativo della normativa scrutinata e l'imbarazzo di una pronuncia di accoglimento che sarebbe stata verosimilmente letta, non senza una buona dose di strumentalizzazione, come un “regalo” ai petrolieri a spese della generalità dei contribuenti<sup>39</sup>.

Ma vi è di più. Infatti, non solo, come abbiamo ricordato in chiusura del paragrafo precedente, la Corte nel 2012 e nel 2013, quando in fondo la situazione economico-finanziaria non era poi così dissimile da adesso, aveva confermato la sua giurisprudenza sul rispetto del principio di eguaglianza già descritta, benché questo comportasse una decisione suscettibile di ridurre le entrate per lo Stato, ma anche poco tempo dopo la sentenza in commento si registra già una pronuncia additiva di spesa – la [n. 22/2015](#) – che estende misure previdenziali per i ciechi anche agli stranieri privi della Carta di soggiorno<sup>40</sup>. Insomma, la [sentenza n. 10](#), da questo punto di vista, potrebbe essere un caso a sé in cui ha pesato non poco l'entità della cifra in questione, di fronte alla cui eccezionalità anche i principi più consolidati non hanno saputo reggere.

Se così fosse – ed è il nostro auspicio – il valore di precedente della sentenza e le affermazioni in essa contenute potrebbero essere contestualizzate e, per così dire, depotenziate della loro carica innovativa<sup>41</sup>. Fermo restando che, come ha efficacemente scritto autorevole dottrina tributaristica<sup>42</sup>, se di Robin Hood si è sentito il bisogno è perché al governo si trovava Giovanni Senzatterra: un

---

<sup>39</sup> Nello stesso senso di *favor* per le fasce più svantaggiate, del resto, si possono interpretare anche alcuni precedenti, discutibili nel merito, della Consulta. Così, secondo la lettura di C. SALAZAR, *Crisi economica*, cit., 15, nella [pronuncia n. 10/2010](#), la Corte avrebbe salvato le norme sulla *social card* palesemente invasive della potestà legislativa regionale, sulla base della «constatazione che le norme statali fossero dettate dall'esigenza di fronteggiare esigenze vitali dei soggetti “deboli”, divenute ancor più stringenti nella situazione di acuta crisi economica».

<sup>40</sup> Così che sembra essere accolto l'auspicio di D. MONE, *La costituzionalizzazione*, cit., 28, secondo cui le sentenze di spesa «sarebbero possibili e, *sic stantibus rebus*, auspicabili anche dopo la costituzionalizzazione “dell'equilibrio di bilancio europeo” che è diventato principio costituzionale interno ma recessivo rispetto al super principio della dignità personale». Sulla [sentenza n. 22](#) si veda il commento di A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Federalismi.it*, spec. 11 ss., ove l'A. ritiene non scontato l'esito del giudizio, nonostante dia continuità a numerosi precedenti, proprio per la sopravvenuta modifica dell'art. 81 Cost., come argomentato innanzi alla Corte dalla difesa dell'INPS.

<sup>41</sup> Del resto, come ha sottolineato L. CALIFANO, *In tema di crisi*, loc. cit., non è nuovo che ci si imbatta in «una difficoltà nell'individuare una tendenza univoca e ben definita all'interno della più recente giurisprudenza relativa alle decisioni del legislatore di riduzione della spesa pubblica», proprio in ragione dell'approccio casistico della Consulta, così che ne risulta un «quadro [...] abbastanza magmatico [...] quasi di pari passo con la fluidità e indeterminazione generate dalla crisi economica».

<sup>42</sup> Quale G. MARONGIU, *Robin Hood Tax*, cit., 1336.

legislatore Cuor di Leone, probabilmente, avrebbe evitato di “mettere all’angolo” il giudice delle leggi di fronte ad alternative decisionali comunque non soddisfacenti.

**Oreste Pollicino****Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione \* \*\***

SOMMARIO: 1. Dichiarazione di intenti. - 2. Le tensioni dicotomiche rilevanti ed un tentativo di *actio finium regundorum*. - 3. Le origini. - 4. Dal Trattato di Maastricht alla Carta di Nizza. - 5. Le tradizioni costituzionali nell’età della codificazione. - 6. Conclusioni prospettiche.

*1. Dichiarazione di intenti*

Qual è la prospettiva di ordine metodologico più indicata per guardare al ruolo giocato dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nella narrazione giurisprudenziale della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali?

Come è possibile delimitare un campo di indagine come quello in oggetto, di fatto sconfinato<sup>1</sup>, in modo da non andare oltre il limite di caratteri concordato e, ancor prima, provare a fare sì che le poche pagine che seguiranno non si rivelino del tutto inutili al dibattito in corso?

Questi i due quesiti preliminari che sono sorti quasi spontaneamente quando ci si è accostati al tema oggetto di indagine, un tentativo di risposta ai quali non può che precedere la trattazione sostanziale dello stesso.

Con riguardo al primo quesito, due sembrano le opzioni di metodo che paiono fronteggiarsi sul campo. Da una parte, un percorso esplorativo di matrice sincronica, che provi a fotografare l’impatto che oggi le tradizioni costituzionali hanno sul livello e sulle modalità di protezione dei diritti fondamentali che caratterizzano la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia; dall’altra, invece, una prospettiva di indagine di matrice diacronica, che guardi ai percorsi evolutivi e involutivi di tale impatto nel corso dello svolgersi del processo di integrazione europea, non sottovalutando il periodo fondativo dello stesso processo.

L’impressione è che la seconda opzione menzionata, pur esponendosi alla critica di fare dell’archeologia o, nel migliore dei casi, della storia dell’arte, possa essere la prospettiva di indagine meno inopportuna, per almeno due ragioni.

In primo luogo perché le tradizioni costituzionali hanno geneticamente, quale DNA caratterizzante, come è stato acutamente sostenuto<sup>2</sup>, «la capacità di disvelare l’ispirazione storica

\* *Testo ampliato e “rivisitato” della relazione presentata alle Giornate di studio su Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali, Messina, 21-22 novembre 2014, in corso di pubblicazione anche nella Raccolta degli Atti curata da Luigi D’Andrea, Giovanni Moschella, Antonio Ruggeri ed Antonio Saitta.*

\*\* *Sono grato ad Antonio Ruggeri, Barbara Guastaferrò, Andrea Guazzarotti, Giuseppe Martinico, Giorgio Repetto e Marco Bassini per i commenti ricevuti. Ovviamente, come al solito, qualsiasi imprecisione ed omissione è da imputare esclusivamente all’Autore.*

<sup>1</sup> Il tema è sconfinato e naturalmente, non lo è da meno la letteratura rilevante. Qui basterà ricordare, tra i lavori più recenti all’interno del dibattito dottrinale italiano: G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011; P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e le “tradizioni costituzionali comuni” degli stati membri*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 163 ss.; G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, in *Comparazione e Diritto civile*, 2010, 1 ss.; S. NINATTI, *Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria*, in G. D’ELIA - G. TIBERI - M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 533 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d’Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 3 ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2008. Si v. anche S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 3, 533 ss.

<sup>2</sup> Si v. P. RIDOLA, *op. cit.*, 54.



delle opzioni costituzionali e far sì che il contesto storico, attraverso individuazione di linee di continuità che legano il passato al presente, concorra a determinare il contenuto delle norme costituzionali».

Sarebbe difficilmente perdonabile non provare a fare emergere un tale potenziale.

In secondo luogo, perché, proprio in forza dell'elemento caratterizzante appena evidenziato, parlare di un presente (o di un futuro) delle tradizioni costituzionali comuni senza esplorare le ragioni alla base della genesi di detta nozione è operazione che rischia di avere la stessa utilità e lungimiranza di chi si concentra sul dito e perde di vista la luna.

L'aver sciolto il primo dilemma, di ordine metodologico, a favore dell'opzione diacronica, sembra poter fornire un suggerimento decisivo anche in relazione al secondo dei quesiti con cui si è aperto questo contributo. Se il percorso prescelto è quello di matrice storica, le pagine che seguiranno, lungi da qualsiasi ambizione di esaustività in riferimento all'impatto giocato dalle tradizioni costituzionali comuni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, non potranno che concentrarsi esclusivamente sul tentativo di "isolare", per ciascuna delle macro-stagioni del processo di integrazione europea, il grado di (in)influenza e di (non)considerazione che il "fattore costituzionale domestico" (non sempre comune) ha esercitato nell'operazione ermeneutica – ad alto tasso di manipolazione – meglio riuscita alla Corte di giustizia, cioè quella di enucleare, nelle parole di Richard Posner, «a constitutional doctrine by a common law method»<sup>3</sup>.

Più in particolare, dopo una brevissima introduzione che proverà, da una parte, a fare emergere alcune antinomie che sembrano inevitabili quando si affronta il tema delle tradizioni costituzionali comuni, e, dall'altra, affronterà alcuni nodi di ordine definitorio, tre sono le scansioni temporali del processo di integrazione europea che saranno prese in considerazione: "le origini", "ieri" e "oggi".

Infine, in sede conclusiva, si proverà a riflettere, o a pronosticare, sul "domani".

Più precisamente la prima parte del lavoro si concentrerà, sempre solo e soltanto con riferimento a quel tentativo di isolamento di cui si è detto in precedenza, sulla "genesì", e sullo sviluppo del processo di integrazione europea fino all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht (*le origini*), per poi accennare assai brevemente a quella stagione post-Maastricht che si chiude con la proclamazione prima e l'attribuzione dopo di un carattere vincolante alla Carta di Nizza<sup>4</sup>, coincisa con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (*ieri*).

Nella seconda parte si proveranno invece a fare emergere (concentrandosi sull'*oggi*), le possibili novità del post-Lisbona, successivamente, dunque, a quando la codificazione operata dalla Carta di Nizza è divenuta vincolante. Nelle notazioni conclusive si farà invece specifico riferimento alle più recenti tendenze giurisprudenziali della Corte di Lussemburgo, nel tentativo di identificare limiti e modalità con cui le tradizioni costituzionali comuni sembrano in grado di poter incidere, nel futuro prossimo.

## 2. *Le tensioni dicotomiche rilevanti ed un tentativo di actio finium regundorum*

Prima di avviare il percorso di indagine annunciato, potrebbe non essere del tutto inutile, come si accennava poco prima, da una parte, provare ad identificare, rinunciando ad ogni pretesa di approfondimento al riguardo, ma limitandosi ad una mera enunciazione delle problematiche rilevanti, una serie di tensioni dicotomiche che sembrano caratterizzare la narrativa in tema di tradizioni costituzionali comuni e, dall'altra parte, tentare di abbozzare una *actio finium regundorum* rispetto all'oggetto della nostra indagine.

Con riferimento al tentativo di portare alla luce alcune contrapposizioni, vere o presunte, che sembrano rilevanti quando si discorre di tradizioni costituzionali comuni, la prima domanda nasce

---

<sup>3</sup> R.A. POSNER, *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 14.

<sup>4</sup> Per una felice combinazione tra analisi della tutela dei diritti nella dimensione eurounitaria post-Carta di Nizza ed originale indagine delle questioni legate alla *judicial protection* di tale dimensione si veda, di recente, L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013.

quasi spontanea: quando un *ius commune* europeo (prima ancora della emersione di una differenziazione tra dimensione pubblicistica e privatistica) ha cominciato ad opporsi ai singoli *iura propria* di matrice locale?<sup>5</sup>

La seconda tensione dicotomica che sembra essere rilevante è quella che caratterizza la contrapposizione tra diritto costituzionale scritto e non scritto, come vedremo in particolare quando si affronterà il nodo relativo al ruolo delle tradizioni costituzionali comuni al tempo della Carta di Nizza.<sup>6</sup>

Altra dialettica, assai collegata alla precedente, è quella che vede contrapporsi, da una parte, una prospettiva di indagine di matrice giuspositivista, che troppo spesso finisce per coincidere con un'apologia del formalismo giuridico e, dall'altra, un approccio metodologico di carattere antiformalista e di ispirazione giusrealista,<sup>7</sup> in cui il ruolo del diritto costituzionale non scritto è evidentemente amplificato e, in particolare, è valorizzato il ruolo della tradizione costituzionale che, come è stato fatto notare assai acutamente<sup>8</sup>, potrebbe essere vista, in questo contesto, come l'espressione più emblematica del tramonto del positivismo giuridico.

Ulteriore ambivalenza strisciante che può essere utile richiamare in questa sede è quella in cui il punto di vista che guarda alle tradizioni costituzionali comuni esclusivamente nella forma di un "prodotto" o "risultato" avente quale matrice originaria i sistemi giuridici nazionali, si scontra con una prospettiva che evidenzia un percorso opposto, *top-down* e non *bottom-up*, se si vuole, in cui le tradizioni costituzionali preesistono alla matrice storica caratterizzante i singoli ordinamenti. Tradizioni che sono, nelle parole del compianto Patrick Glenn<sup>9</sup>, «normative by definition, and which explains and justifies the existence of domestic legal experience». In questo senso, conclude l'Autore, «[t]he state is the result, not the source, of common law».

Ultima tensione dicotomica che pare essere rilevante è quella in cui il concetto di tradizioni costituzionali comuni incrocia la nozione di identità costituzionale. Incrocio, che sarà uno dei fili conduttori dell'analisi, che sembra però semplicistico ridurre sempre e comunque a scontro (tradizioni comuni *versus* identità nazionale specifica). A questo riguardo, e a titolo esemplificativo, vi sarebbe da chiedersi se oggi l'identità costituzionale italiana sia costituita *esclusivamente* dai tratti differenzianti e caratterizzanti il proprio DNA nazionale oppure, come qui si sostiene, se in tale identità possano essere ricompresi, insieme all'immane codice genetico nazionale, *anche* i principi generali alla base dell'*acquis* comunitario, quei principi<sup>10</sup> imbevuti delle tradizioni

---

<sup>5</sup> Si v. quanto riportato da H.P. GLENN, *The National Legal Tradition*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, 2: «Frits Brandsma states [...] that 'private law is the only field of law with a common tradition on the continent of Europe [...] that goes back beyond a couple of centuries.' The statement is a very interesting one, both for its apparent admission of a common tradition (in both public and private law) within the last couple of centuries, and for its denial of a common tradition in public law prior to that time. The 'common constitutional traditions' to which Article 6 of the Treaty of Amsterdam refers would therefore be of relatively recent origin. There have of course been affirmations, notably by Leibniz, of a '*ius publicum commune*' in Europe, but this may well be within the last couple of centuries, broadly defined, and would be denied, prior to that time, by the absence of any broad corpus of public law rules shared throughout Europe. The origins of the national legal tradition could therefore not be found in any more deeply rooted, and unique, common public law»

<sup>6</sup> Osserva così A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 novembre 2014, in nt. 2: «Alle volte, paradossalmente, un sano diritto costituzionale non scritto si rivela in grado di offrire maggiori certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali di quante ne possa dare un diritto costituzionale scritto».

<sup>7</sup> A. RUGGERI, "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 101 ss., spec. 110.

<sup>8</sup> G. SILVESTRI, *Relazione conclusiva*, in P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 591 ss., richiamata da A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni* e "controlimiti", cit., 110.

<sup>9</sup> H.P. GLENN, *op. cit.*

<sup>10</sup> Principi generali che sono, nella bellissima immagine di Takis Tridimas, *children in front of* «enfant terribles». Si v. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 6. Tali principi sono «estesi, ridotti, ribaditi e comunque trasformati in un processo giurisdizionale creativo ed eclettico», specialmente quando si guarda, al loro ruolo di *passpartout* arcinoto, che ha consentito alla Corte di veicolare, all'interno dell'ambito di applicazione del diritto comunitario, anche la protezione dei diritti fondamentali.

costituzionali comuni che, dunque, secondo tale ricostruzione, sarebbero così assorbite all'interno della singola identità costituzionale fino a diventarne parte integrante<sup>11</sup>. Nessuno scontro dunque, in questa ipotesi, ma un incontro che evolve in simbiosi.

Con riferimento alla possibilità di tracciare una *actio finium regundorum* relativa al presente oggetto di indagine, si è deciso di resistere alla tentazione di cimentarsi in un tentativo definitorio della nozione di tradizione costituzionale comune. Non solo, infatti, non sembra questa la sede più opportuna, ma altresì, con specifico riguardo al concetto di tradizione, un tentativo di fotografare e pietrificare una nozione che per definizione è uno *work in progress*, risulterebbe vano e fallimentare, in quanto lo stesso concetto sembra caratterizzato da almeno due forme di dinamismo e mobilità: la prima di natura endogena, la seconda di carattere esogeno.

In relazione alla prima forma di mobilità menzionata, quella endogena, la nozione di tradizione costituisce infatti, per parafrasare una immagine molto fortunata di Antonino Spadaro<sup>12</sup>, più che un atto un processo, mai uguale a se stessa e destinata per natura ad evoluzione e cambiamento. Con riguardo, invece, al profilo relativo al dinamismo esogeno, a cambiare di continuo e a influenzare dall'esterno il farsi delle tradizioni costituzionali comuni nel loro vivere nella giurisprudenza comunitaria è la natura del "filtro" operato dalla Corte di giustizia in base, *inter alia*, all'attitudine dei giudici comunitari, alle esigenze del caso di specie e al possibile impatto della decisione da adottare sul livello, per forza di cose variabile, di "tolleranza costituzionale"<sup>13</sup> degli Stati membri.

Né ad un maggior successo sembra essere destinato il tentativo di identificare l'elemento caratterizzante alla base del portato costituzionale di una tradizione giuridica. È di Alessandro Pizzorusso l'affresco più suggestivo al riguardo, laddove evidenzia come «l'idea non può non andare alla storia delle costituzioni ed all'evoluzione che questa nozione ha avuto in correlazione alle vicende che hanno portato alla formazione dello stato moderno e alla sua evoluzione, nel corso degli ultimi secoli, delle monarchie europee, poi dallo sviluppo del ruolo dei parlamenti moderni e degli altri istituti fondati sul principio democratico, cui ha corrisposto il riconoscimento sempre più compiuto dei diritti fondamentali dei singoli e la valorizzazione degli organi di garanzia (giudici, specie costituzionali)»<sup>14</sup>.

Neanche concentrandosi sull'elemento di comunanza sembrano riscontrarsi successi maggiori. Certo, utile potrebbe essere il riferimento all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, per cui «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione», e quindi considerare comuni, come è stato proposto<sup>15</sup>, quei concetti o tradizioni il cui ruolo, negli Stati membri, sia di garantire i diritti e separare i poteri.

<sup>11</sup> A. VON BOGDANDY, *Founding Principles*, in A. VON BOGDANDY - J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, 24.

<sup>12</sup> A. SPADARO, *Dalla Costituzione come atto (puntuale nel tempo) alla Costituzione come processo (ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità)*, in *Quaderni Costituzionali*, 1998, 343 ss.

<sup>13</sup> Si fa evidentemente riferimento al concetto di "tolleranza costituzionale" che Weiler ritiene essere il carattere peculiare dell'ordinamento comunitario, ma che sembra possibile trapiantare, senza pericolo di un rigetto, anche al sistema CEDU. Si veda J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism, Europe's sonderweg*, in K. NICOLAIDIS - R. HOWSE (a cura di), *The Federal Version: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 54 ss., 69, ora anche in J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* (trad. it. a cura di F. Martines), Il Mulino, Bologna, 2003, 531. Secondo tale ricostruzione, i soggetti costituzionali negli Stati membri accettano la disciplina costituzionale europea «not because as a matter of legal doctrine, as in the case in the federal State, they are subordinate to a higher sovereignty and authority attaching to norms validated by the federal peoples, the constitutional demos. They accept it as an autonomous voluntary act endlessly renewed by each instance of subordination [...] The Quebecois are told in the name of the people of Canada, you are obliged to obey. The French or the Italians or the Germans are told: in the name of peoples of Europe, you are invited to obey [...]. When acceptance and subordination is voluntary, it constitutes an act of true liberty and emancipation from collective self-arrogance and constitutional fetishism: a high expression of Constitutional Tolerance».

<sup>14</sup> A. PIZZORUSSO, *Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe*, in *Sant'Anna Legal Studies*, SALS Research Paper n. 1/2008; si v. anche ID., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

<sup>15</sup> È la tesi di J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e 'costituzionalizzazione' della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il dir. dell'Unione Europea*, 539 ss.

A complicare ulteriormente il quadro bisogna però rilevare come la comunanza (o quanto meno l'anelito alla comunanza) sia una variabile difficilmente diagnosticabile. Perché, per esempio, mentre con riferimento agli strumenti relativi alla separazione dei poteri, gli Stati mostrano un certo grado di autosufficienza, lo stesso livello di autoreferenzialità non sembra riscontrarsi, invece, in relazione all'ambito della protezione dei diritti fondamentali. Al contrario, in tale ambito si registra una fisiologica vocazione a guardare oltre i confini nazionali, ad altre esperienze costituzionali, ed è (anche) per questo che il terreno sembra costituire un laboratorio privilegiato per misurare il livello di comunanza delle tradizioni costituzionali in Europa.

### 3. *Le origini*

Per provare effettivamente a isolare, come da dichiarazione di intenti, il grado di influenza proprio delle tradizioni costituzionali comuni nelle varie stagioni del processo di integrazione europea, non si può non partire dal momento fondativo di tale processo, che già *ab origine* mostrava un collegamento assai stretto tra matrice nazionale e scenario sovranazionale in via di formazione, in occasione dei negoziati che portarono alla firma del Trattato di Roma del 1957.

Basti pensare che proprio a Messina, sede di queste Giornate i cui atti costituiscono l'oggetto di questo Volume, dall'uno al tre giugno del 1955, fu proposto dalla delegazione italiana uno strumento che potesse portare anche a livello sovranazionale quella connessione tra giudice comune e giudice delle leggi che caratterizzava, anche se ancora solo sulla carta, l'esperienza del giudizio costituzionale in via incidentale in Italia. Questa la genesi, come emerge dai lavori preparatori, del canale istituzionale di dialogo tra Corte di Lussemburgo e giudici nazionali: il meccanismo del rinvio pregiudiziale che, come si è cercato di dimostrare altrove<sup>16</sup> è, per un verso, l'unico elemento davvero differenziante presente *ab origine* nel Trattato CEE rispetto al diritto internazionale classico, dall'altro rappresenta lo strumento che ha consentito ai giudici comunitari di creare quella complicità con gli omologhi nazionali in grado di perfezionare il distacco dell'ordinamento comunitario dal diritto internazionale come inteso fino a quel momento, attraverso la ormai storica riscrittura dei trattati istitutivi, a cominciare, ovviamente, da *Van Gend en Loos*<sup>17</sup> e *Costa Enel*<sup>18</sup>.

Principi di proporzionalità e di certezza del diritto sono invece transitati a livello europeo dall'esperienza giuridica tedesca<sup>19</sup>, mentre la matrice dell'azione di annullamento è francese<sup>20</sup>.

Così come di provenienza d'Oltralpe è il serbatoio da cui la Corte di giustizia ha attinto per costruire la nozione di principi generali del diritto comunitario. Nozione che trova le sue fondamenta nello sviluppo di matrice giurisprudenziale, ad opera del Conseil d'Etat, del diritto amministrativo francese negli ultimi due secoli. Nozione, la medesima, che è diventata però essenziale quando, mancando nella Costituzione del 1958 una elencazione dei diritti, la cui unica menzione si ritrova, come è noto, nel Preambolo della stessa Costituzione che rinvia alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il Conseil d'Etat decise che tale lacuna poteva essere colmata identificando quale fonte normativa diretta sulla protezione dei diritti fondamentali proprio quei principi generali del diritto di creazione giurisprudenziale cui si è appena fatto cenno<sup>21</sup>.

Sempre in riferimento alle tradizioni costituzionali comuni ed al ruolo da esse giocato nel periodo fondativo del processo di integrazione europea, ci si potrebbe chiedere perché, di contro a sei paesi fondatori con una tradizione consolidata in tema di tutela di diritti fondamentali, vi fosse un silenzio

---

<sup>16</sup> O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?* Giuffrè, Milano, 2010

<sup>17</sup> Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratis der Belastingen*.

<sup>18</sup> Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*

<sup>19</sup> A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 525 ss.

<sup>20</sup> T. TRIDIMAS, *op. cit.*, 24.

<sup>21</sup> A. ADINOLFI, *op. cit.*



(quasi assordante) nel Trattato di Roma a questo riguardo. Un silenzio che stride<sup>22</sup> con i riferimenti che, invece, tanto nel progetto del Trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa del 27 maggio 1952, quanto in quello alla base della Comunità Politica Europea del 26 febbraio 1953, erano ben presenti<sup>23</sup>.

Seppure forse *nüif*<sup>24</sup>, l'idea che una tale assenza si debba, almeno in parte, alla considerazione dei Padri fondatori per la quale, visto il fallimento dei tentativi di dotare l'organizzazione comunitaria di una vocazione anche ultra-economica, era opportuno concentrarsi, in prima battuta, seguendo la logica pragmatica di Jean Monnet, sull'obiettivo del raggiungimento di un mercato unico, lasciando alla CEDU "l'esclusiva" in materia di diritti fondamentali, non può certo essere ignorata.

Certo è anche possibile, come autorevolmente sostenuto<sup>25</sup>, che detto silenzio celasse «l'intento dei Padri fondatori di lasciare che fossero gli Stati membri, con le loro Corti costituzionali ed i loro apparati giurisdizionali a garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti delle istituzioni comunitarie». Non può però, in ogni caso, concludersi che tale intento sia stato condiviso dalla Corte di giustizia nella sua prima giurisprudenza rilevante.

Se ciò fosse avvenuto, infatti, l'effetto inevitabile sarebbe stato quello di un'applicazione a geometria variabile, all'interno degli ordinamenti interni, del diritto comunitario, che avrebbe leso irreversibilmente la missione che la stessa Corte aveva fatto propria sin dall'inizio: salvaguardare, per l'appunto, l'uniformità dell'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri<sup>26</sup>.

Non a caso, la prima volta in cui, nel 1958, si poneva una questione legata al rispetto di una tradizione costituzionale di uno Stato membro, seppur in riferimento al Trattato CECA<sup>27</sup>, la stessa Corte escludeva di poter accertare (e tenere in alcun modo in considerazione) la violazione di principi fondamentali del *Grundgesetz* tedesco da parte di atti comunitari.

Il che, a pensarci bene, ha anche un risvolto paradossale se si prova a riflettere sulla circostanza che la prima volta in cui la Corte di giustizia ha di fatto indossato i panni di una corte costituzionale, lo ha fatto per negare rilevanza e cittadinanza in ambito comunitario alle tradizioni costituzionali di uno Stato membro.

Non sembra neanche essere una coincidenza che tale stagione di impermeabilità europea al fattore costituzionale domestico, sotto il profilo del vincolo interordinamentale, corrisponda con il periodo della storia del processo di integrazione europea in cui la Corte di Lussemburgo si è dimostrata più incline a operare un riferimento specifico e puntuale, come non farà più in futuro, alle esperienze giuridiche degli Stati membri. Si prenda, a titolo esemplificativo, il *reasoning* di *Algera* del 1957<sup>28</sup> in cui, dopo una premessa, con riferimento alla possibilità di revoca di atti amministrativi illegittimi, e precisato che si trattava di «un problema ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della Comunità ma per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna norma giuridica», i giudici comunitari concludevano che «la Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei Paesi membri».

E lo ha fatto, in quel caso, in modo sistematico e puntuale.

---

<sup>22</sup> Ad ulteriore conferma che il progetto originario alla base del processo di integrazione comunitaria avesse molto più in comune con gli obiettivi del sistema CEDU rispetto a quanto è risultato essere poi proprio dell'ambito di applicazione del Trattato di Roma del 1957.

<sup>23</sup> Basti pensare che nel primo era espressamente previsto l'obbligo per la Comunità di rispettare «les libertés publiques et les droits fondamentaux des individus (art. 3), mentre il secondo, oltre ad un obbligo della stessa portata, prevedeva anche «un rinvio pregiudiziale della Corte della Comunità alla Corte europea dei diritti dell'uomo». A ricordarlo è G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, 143.

<sup>24</sup> È così definita l'idea da M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 13 ss., 16.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Dello stesso avviso è Takis Tridimas che, commentando il caso *Stork*, afferma che «this case law is not to be attributed to a lack of commitment to human rights protection but a more pragmatic reason. The Court was fearful of subordinating the treaty to the laws of Member States and thus prejudicing the effect of Community law». T. TRIDIMAS, *op. cit.*, 301.

<sup>27</sup> Corte giust., 4 febbraio 1959, causa C-1/58, *Stork c. Alta Autorità*.

<sup>28</sup> Corte giust., 12 luglio 1957, cause riunite C-7/56, C-3/57 a C-7/57, *Algera Dineke*.



Tutto ciò avveniva, come si diceva, prima che la Corte di Lussemburgo “estraesse dal cilindro” le dottrine del primato del diritto comunitario e dell’effetto diretto.

Da lì in poi, le priorità argomentative dei giudici comunitari erano, evidentemente, destinate a rovesciarsi. Se prima di allora era infatti molto rischioso, per gli stessi giudici, qualsiasi riferimento all’esistenza di un vincolo, in capo alle istituzioni comunitarie, ad adottare atti che non si scontrassero con il dettato delle Costituzioni nazionali<sup>29</sup> ed era invece abbastanza indifferente, in assenza di un vincolo interordinamentale, fare chiaramente emergere nel *reasoning* delle pronunce la matrice costituzionale domestica del loro portato finale, al contrario, una volta affermato il principio della supremazia del diritto comunitario anche nei confronti delle Costituzioni degli Stati membri, diventava imperativo che gli stessi giudici si scoprissero improvvisamente interessati alla tutela dei diritti fondamentali e dimostrassero la matrice costituzionale comune di questa tutela, anche quando questa matrice, *di fatto*, non c’era.

Per tale ragione, un’analisi accurata di diritto comparato delle esperienze costituzionali degli Stati membri rischiava di remare contro le nuove priorità argomentative della Corte. Non è dunque una coincidenza che quest’ultima non riproporrà più, se non assai di rado, l’analisi quasi aritmetica che ha caratterizzato il *reasoning* di *Algera*<sup>30</sup>.

Tutto questo nel contesto di quella che qualcuno ha definito la filastrocca<sup>31</sup> relativa alla giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali che qui non è il caso di ripercorrere, non fosse altro perché ha uno scientificamente provato effetto soporifero.

Ciò che può essere caso mai rilevante fare emergere in questa sede è come, all’interno di tale filastrocca, così come la si racconta, viene spesso sottovalutato, invece, un passaggio assai rilevante ai nostri fini, quello del rapporto tra la questione del primato del diritto comunitario e quella concernente l’attenzione della Corte di giustizia alle tradizioni costituzionali comuni.

A questi fini ci è molto utile il *reasoning* in *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>32</sup>, in cui subito dopo la “dichiarazione shock” dei giudici di Lussemburgo relativa all’irrelevanza, ai fini della valutazione della validità di una normativa comunitaria, del fatto che questa si scontrasse o meno con il disposto delle Costituzioni degli Stati membri<sup>33</sup>, si sottolineava, quasi ad attenuare la portata “sovversiva” di questo principio, un passaggio dalla rilevanza altrettanto fondamentale, almeno ai nostri fini.

Più precisamente, accanto alla sottolineatura che il rispetto per i diritti fondamentali fosse da considerarsi parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, si aggiungeva per la prima volta, in un certo senso, contraddicendo quanto affermato un momento prima a proposito dell’indifferenza del diritto comunitario per il portato costituzionale degli Stati membri, che la protezione dei diritti fondamentali in ambito comunitario «è informata alle tradizioni costituzionali

---

<sup>29</sup> È stato giustamente notato a questo proposito, per spiegare l’approccio della Corte di giustizia nel caso *Stork*, che, «in the absence of a clearly established doctrine of supremacy, there would be little to stop the review of Community actions under national constitutional law from expanding to any national norm». Così J.H.H WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order of the European Communities*, 61 WASH. L. REV. 1103, 1114 (1986).

<sup>30</sup> Se non in Corte giustizia, 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer*, come vedremo tra un momento, per mettere in chiaro che tipo di vincolo i giudici comunitari attribuiscono alle analisi di diritto comparato.

<sup>31</sup> L’espressione è utilizzata da Giuseppe Morbidelli per ricordare il solito ripetersi della narrazione relativa agli incontri e gli scontri tra le due Corti. Cfr. G. MORBIDELLI, *Corti costituzionali e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 287.

<sup>32</sup> Corte giust., 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>33</sup> Nella già citata pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft* i giudici avevano sottolineato espressamente che «il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emanati dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l’unità e l’efficacia del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma del diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»

comuni agli Stati membri, e va garantita entro l'ambito della *struttura* e delle *finalità* della *Comunità*».

Si tratta di due passaggi che potrebbero sembrare banali ma che, se riletti attraverso un tentativo di contestualizzazione, anche in una visione prospettica, sembrano in grado di consegnarci la cifra dello sforzo argomentativo della Corte finalizzato a realizzare la difficile alchimia, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, tra, da una parte, l'esigenza di non fare sconti riguardo all'*enforcement* della regola del primato e l'esigenza, altrettanto sentita, di assicurare gli Stati membri che, in tale *enforcement*, non sarebbero pregiudicate le rispettive tradizioni costituzionali.

Con riferimento al primo passaggio citato ai sensi del quale, lo si ribadisce, la protezione dei diritti fondamentali «è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», può dirsi che la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, almeno riguardo all'area relativa alla tutela dei diritti fondamentali, non è mai stata assolutizzata dalla Corte di giustizia. Infatti, proprio nel momento in cui tale supremazia raggiungeva, apparentemente, il suo apice massimo, spingendosi oltre i limiti previsti dal dettato costituzionale degli Stati, essa era, allo stesso tempo, in qualche modo, «relativizzata» dal riferimento che, per la prima volta, la Corte di giustizia faceva alle tradizioni costituzionali nazionali quale limite, seppur indiretto, a detto primato.

Fatto sta che il preteso effetto di assicurazione cui aspirava l'ultimo passaggio richiamato non convinceva del tutto i giudici costituzionali tedeschi, ed è solo in questo momento che la giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali avrebbe iniziato a caratterizzarsi per una connotazione prettamente reattiva<sup>34</sup>. Connotazione che, invece, si è soliti attribuire a tutta l'evoluzione giurisprudenziale rilevante della Corte di giustizia<sup>35</sup>.

Con riferimento al secondo passaggio menzionato in *Internationale*, per cui, lo si ricorda, «la tutela dei diritti fondamentali va garantita entro l'ambito della *struttura* e delle *finalità* della *Comunità*», si tratta, a ben vedere, di una prima enunciazione, *ante litteram*, rispetto a ciò che assai più chiaramente la Corte ribadirà in *Hauer*, nove anni dopo, circa la solo parziale influenza giocata dalle tradizioni costituzionali comuni nella elaborazione, da parte della stessa Corte, della narrazione giurisprudenziale in materia di ditti fondamentali<sup>36</sup>.

Più precisamente, in *Hauer* la Corte ribadiva che «eventuali questioni relative alla violazione dei diritti fondamentali mediante atti emanati dalle istituzioni della Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario»<sup>37</sup>.

Tradotto in altri termini: nessuna ambizione, né, forse, neanche interesse, ad un esame comparato esaustivo delle tradizioni costituzionali comuni, come era successo invece in *Algera*, nessuna analisi quantitativa delle stesse, sia essa rivolta alla identificazione, rispettivamente, del minimo o massimo standard di protezione dei diritti fondamentali in gioco. Dibattito, quest'ultimo, spesso riproposto in

<sup>34</sup> Si fa riferimento a quella giurisprudenza ulteriore che ha aggiunto, quale fonte di ispirazione per la tutela dei diritti fondamentali, le norme delle pertinenti convenzioni internazionali in materia di diritti umani che gli Stati membri hanno ratificato (Corte giust., 14 maggio 1974, causa C-4/73, *Nold*), tra cui la CEDU occupa una posizione senza dubbio privilegiata (Corte giust., 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili*). Vi è un accordo quasi unanime nel ritenere che il riferimento alla CEDU sia stato così tardivo nella giurisprudenza comunitaria rispetto alla prima proposizione dell'«argomento» relativo alla tutela dei diritti fondamentali, perché la Corte di giustizia, accortamente, ha aspettato la ratifica della CEDU da parte della Francia, avvenuta, com'è noto, «soltanto» il 3 maggio 1974.

<sup>35</sup> È infatti soltanto a seguito dell'adozione, da parte del giudice comunitario di *Internationale Handelsgesellschaft*, che i giudici tedeschi, seguiti poi a ruota da quelli italiani, avrebbero attivato quel «confronto dialettico», per usare un eufemismo, con Lussemburgo.

<sup>36</sup> E che sarà poi ribadito, fino a recentissima giurisprudenza della Corte di giustizia e dalle rispettive conclusioni degli Avvocati generali, da sempre peraltro, va detto, più sensibili al dato comparato. Si v. il richiamo in S. NINATTI, *op. cit.*, 540-541 in particolare alle Conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange, 4 giugno 1962, causa 14/61, *Hoogovens c. High Authority* e alle Conclusioni dell'Avvocato generale Kokot, 29 aprile 2010, causa C-550/09 P, *Azko Nobel Chemicals Ltd.*

<sup>37</sup> Corte giust., 13 dicembre 1979, *cit.*, p. 14.

dottrina<sup>38</sup>, e su cui adesso non ci si può davvero soffermare,<sup>39</sup> se non per sottolineare quello che ci sembra uno dei pochi punti incontrovertibili in un contesto assai nebuloso. Le tradizioni costituzionali comuni non possono essere considerate, per come viventi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, quali fonti di produzione in senso stretto, in quanto ciò comporterebbe che norme costituzionali nazionali possano essere vincolanti<sup>40</sup> nelle operazioni di bilanciamento del giudice di Lussemburgo. Nessun incubo sembra essere maggiormente inquietante per la Corte di giustizia rispetto allo scenario appena descritto se non, forse, quello che potrebbe diventare realtà se le tradizioni costituzionali assumessero il rango di fonti di produzione, consentendo ad ogni singolo Stato membro di poter influire, attraverso una modifica delle proprie disposizioni relative ai diritti fondamentali, sulla disciplina comunitaria, così permettendo ad esso di incidere sensibilmente sull'autonomia dell'ordinamento comunitario<sup>41</sup>.

Se dal punto di vista della teoria delle fonti le tradizioni costituzionali comuni non sembrano giocare un ruolo determinante, esse paiono recuperare vigore guardando al loro utilizzo nella giurisprudenza comunitaria alla luce delle teorie dell'argomentazione e dell'interpretazione.

In questo contesto, l'operazione ermeneutica caratterizzante il processo di identificazione della matrice costituzionale comune sembra risolversi in una analisi che è stata definita qualitativa o di comparazione critica<sup>42</sup>, emergente dalla combinazione di tre diversi metodi interpretativi, quello comparato innanzitutto, insieme a quello teleologico ed a quello sistematico<sup>43</sup>.

Il che ci consente di pervenire quantomeno a due punti fermi.

In primo luogo, il ricorso al diritto comparato costituisce, a ben vedere, un metodo di interpretazione del diritto proposto dalla Corte di giustizia<sup>44</sup>.

In secondo luogo il *telos* di questa interpretazione, già in *nuce* in *Internationale Handelsgesellschaft*, emerge chiaramente nel passaggio di *Hauer* citato in precedenza: realizzare al meglio gli obiettivi propri dell'ordinamento comunitario. D'altronde, non è un caso che l'epifania più cristallina di tale processo di funzionalizzazione emerga dal *reasoning* di *Hauer*, un caso nel quale la Corte di giustizia, dopo aver preso esplicitamente in considerazione, ipotesi più unica che rara, le norme costituzionali di nove Stati membri, decideva, poi, di fatto, senza dichiararlo espressamente, e non senza un certo grado di apoditticità, che la *better law*, la tradizione costituzionale in grado di realizzare al meglio interessi ed obiettivi della comunità, era, in quel caso, da rintracciare nel principio di proporzionalità alla "tedesca"<sup>45</sup>.

Ecco che allora il discorso sulle tradizioni costituzionali comuni sembra risolversi, nel periodo glorioso della giurisprudenza comunitaria, in un paravento retorico ad altra matrice simbolica, in cui

<sup>38</sup> L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, 35 CML Rev 629 (1998).

<sup>39</sup> Si v. L. COZZOLINO, *op. cit.*, 27 ss. il quale evoca la distinzione tra due possibili metodi di individuazione dei diritti fondamentali, una di tipo quantitativo, l'altra di tipo qualitativo. Alla declinazione di tipo quantitativo l'Autore riconduce due modelli: il «modello del massimo standard di tutela» e il «modello del minimo comune denominatore». Il primo «prevede, in linea generale, che la creazione dei diritti fondamentali comunitari avvenga sulla base di quelle tradizioni costituzionali che garantiscono la più ampia tutela al diritto in questione»; nel secondo, invece, «si mira a stabilire di fronte ad una pluralità di regolamentazioni nazionali differenti, quale sia il contenuto minimo di esse che possa ritenersi comune». Alla declinazione di tipo qualitativo, invece, appartiene il modello del «bilanciamento degli interessi», detto anche «della comparazione critica», che si caratterizza «per operare non su regolamentazioni giuridiche complete o parziali, ma andando a rintracciare al di là della regola, l'interesse tutelato». Inoltre, in tale modello, non rileva «tanto che la soluzione da trasporre a livello comunitario sia accolta dal più ampio numero di ordinamenti, ma che si delini la soluzione migliore o, secondo altri, più progressista, o ancora più funzionale». Si v. anche A. ADINOLFI, *op. cit.*

<sup>40</sup> Si v. A. PIZZORUSSO, *Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe*, cit.

<sup>41</sup> L. COZZOLINO, *op. cit.*

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Così J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, 5 ss.; Si veda anche, per considerazioni analoghe, K. LEANERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in *Revue Trimestrielle de droit européenne*, 2001, 495 ss.

<sup>45</sup> G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, 627 ss.

la Corte di giustizia cerca nel collegamento, spesso più preteso che effettivo, tra la soluzione prospettata nel caso oggetto di giudizio e quella che emerge dalla esperienza costituzionale degli Stati membri, una legittimazione argomentativa per poter continuare a fare quello che soltanto in un primo periodo la stessa corte ha potuto fare indisturbata, vale a dire, nella ormai leggendaria immagine di Eric Stein<sup>46</sup>, «tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with the benign neglect by the power that be and the mass media», di fatto riuscire a porre in essere «a constitutional framework for a federal-type structure in Europe»<sup>47</sup>.

#### 4. Da(l Trattato di) Maastricht a(lla Carta di) Nizza

Sarebbe forse utile guardare ora, in modo approfondito, al processo di “trasfigurazione”<sup>48</sup> che le tradizioni costituzionali comuni sembrano aver subito nell’era post Maastricht. Analisi forse utile, ma non praticabile in questa sede. Come preannunciato nella dichiarazione d’intenti iniziale, l’esplorazione, per quanto concerne il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni, nella stagione “intermedia” del processo di integrazione europea che va da Maastricht fino a Lisbona, non potrà che essere rimandata ad altra sede. Qui basterà fare riferimento al fatto che, a causa degli “scossoni” interordinamentali conseguenti alla entrata in vigore del Trattato di Maastricht<sup>49</sup>, alla contestuale ritrovata aggressività degli Stati membri che, *inter alia*, con la codificazione del principio di sussidiarietà, si riappropriavano del ruolo dei signori dei trattati, lo scenario rilevante mutava radicalmente, e l’atteggiamento della Corte di giustizia, da sempre attenta al contesto politico istituzionale in cui opera, non poteva quindi non risentirne. La tolleranza “esibita” dagli Stati membri con entusiasmo nei primi decenni del processo d’integrazione europea cominciava a vacillare e spettava alla Corte trovare un modo per “rialimentare” la fiamma dell’“obbedienza volontaria” che si andava vistosamente (e in modo preoccupante) affievolendo. In questo contesto, le tradizioni costituzionali comuni assumono un ruolo cruciale nella strategia di assicurazione perseguita dalla Corte, acquisendo, in particolare, a tutti gli effetti, le vesti di vero e proprio “termometro” interordinamentale, fornendo, in altre parole, carburante prezioso per l’alimentazione della tolleranza costituzionale degli Stati membri. Il che avviene grazie alla posizione privilegiata che le tradizioni costituzionali si riservano nel *majoritarian activism approach* che caratterizza il *Leitmotiv* interpretativo della giurisprudenza comunitaria di questa stagione. Tecnica argomentativa, come si è cercato dimostrare altrove<sup>50</sup>, in base alla quale, tra le varie alternative potenzialmente percorribili per la risoluzione di questioni “costituzionali”, la Corte di Lussemburgo propende per quella che appare più largamente condivisa nei sistemi giuridici nazionali, in quanto avente una matrice costituzionale condivisa e quindi suscettibile di incontrare il più alto grado di consenso nella maggioranza degli Stati membri. Evidente il ruolo, lo si ribadisce, di “termometro” interordinamentale, giocato dalle tradizioni costituzionali comuni a questo riguardo.

Sarebbe poi forse non del tutto inutile guardare anche al periodo intercorrente tra la proclamazione della Carta di Nizza, nel 2000, e la sua entrata in vigore, contestualmente a quella del Trattato di Lisbona nel 2009. Ma, anche in questo caso, non si può che provare a fare emergere lo scenario di

<sup>46</sup> E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *Am. J. Int’l Law*, 1981, 1.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Per richiamarsi alla fortunatissima immagine che il prof. Silvestri riservava in uno scritto altrettanto fortunato del 1996 alla sovranità: si v. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 1, 3 ss.

<sup>49</sup> Trattato che, come notissimo, all’art. 6 codifica la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali e tradizioni costituzionali comuni prevedendo che «1. L’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. 3. L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri. 4. L’Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

<sup>50</sup> Si v. O. POLLICINO, *Allargamento dell’Europa ad est*, cit.



fondo<sup>51</sup>, posticipando ad un'altra occasione l'approfondimento degli elementi di dettaglio. Un periodo, quello da Nizza a Lisbona, travagliato e dalla natura ambivalente con riferimento specifico al nostro tema.

Da una parte, il passaggio dal plurale al singolare nella declinazione interpretativa delle tradizioni costituzionali comuni, vale a dire il passaggio dall'accertamento delle stesse tradizioni comuni al fine dell'applicazione del *majoritarian activism approach*<sup>52</sup> alla presa in considerazione, da parte della Corte di giustizia, della singola identità costituzionale dello Stato membro<sup>53</sup> che si ha, per le ragioni che si è avuto modo di fare emergere altrove<sup>54</sup>, in concomitanza con l'allargamento ad est dell'Unione europea, facevano sperare (vedremo tra un momento perché invano), anche alla luce delle previsioni del Trattato costituzionale<sup>55</sup>, ad una possibile europeizzazione dei controlimiti<sup>56</sup>. All'orizzonte si profilava dunque possibile un nuovo corso della giurisprudenza comunitaria all'insegna della deferenza nei confronti del fattore costituzionale domestico, seppure, e sembrava questa la grande notizia, non condiviso e comune.

Allo stesso tempo però, ed ambivalentemente, come si accennava, nel medesimo periodo di riferimento, le tradizioni costituzionali comuni e ancor più, i principi generali del diritto comunitario, che di tali tradizioni costituiscono, come si è detto in precedenza, in qualche modo la sublimazione sovranazionale, hanno costituito il grimaldello interpretativo su cui la Corte di giustizia ha fatto affidamento per porre in essere delle fughe in avanti che hanno messo a dura prova la tolleranza costituzionale degli Stati membri.

Come, per esempio, quando, nel 2005, in *Mangold*<sup>57</sup>, un'interpretazione creativa, ai confini, invero, della manipolazione, del principio generale di non discriminazione sulla base dell'età ha

---

<sup>51</sup> Al riguardo, S. NINATTI, *op. cit.*, p. 545 (segnatamente alla nt. 20) ha evocato l'argomento, caro all'Avvocato generale Maduro in diverse delle opinioni consegnate, che riconosce una duplice funzione alla Carta di Nizza, pur non (ancora) giuridicamente vincolante, nel periodo antecedente alla ratifica del Trattato di Lisbona. Da un lato, la Carta «crea la presunzione di esistenza» di un diritto fondamentale, presunzione che deve tuttavia trovare conferma, alternativamente, o in una disposizione della CEDU che preveda un'analoga garanzia o nelle tradizioni costituzionali comuni. Una volta attribuita efficacia in tal modo alla Carta, essa diviene rilevante per individuare le caratteristiche peculiari del diritto fondamentale in questione. A sostegno di questo approccio l'Autrice menziona le Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, 14 dicembre 2006, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et a. c. Conseil des ministres*; 9 settembre 2008, causa C-465/07, *Melki Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*.

<sup>52</sup> Strategia che, se aveva ottenuto effetti piuttosto persuasivi nei confronti degli interlocutori, politici e giurisdizionali, dei Paesi dell'ovest, rischiava di riscuotere un successo assai minore nei confronti dei nuovi Stati membri dell'est. Ciò in quanto, sia per le caratteristiche di ordine politico-costituzionale proprie di tali ordinamenti cui si è già fatto riferimento, sia per la pervasività propria del diritto dell'Unione, quel che sembrava maggiormente premere agli interlocutori politici e giurisdizionali degli stessi ordinamenti era che una loro eventuale posizione minoritaria o isolata in ordine ad un valore costituzionale correlato ad una specifica identità da tutelare non venisse sacrificata dai giudici comunitari, né sull'altare del *majoritarian activism approach*, né tanto meno in nome della supremazia assoluta del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale. In questa ottica, tutto sembra essere fuorché una coincidenza il fatto che la Corte di giustizia, alcuni mesi dopo l'allargamento del 2004, abbia per la prima volta affermato, in aperto contrasto rispetto ad ogni logica maggioritaria, che «non è indispensabile che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa». Corte giust., 14.-ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, causa C-36/02.

<sup>53</sup> Il riferimento è, ovviamente, e nuovamente, al caso *Omega*, Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02. G. REPETTO, nel suo *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., 246 ss., contestualizza in molto assai convincente il *reasoning* della Corte di giustizia, nel caso appena menzionato, all'interno di quel percorso argomentativo che traghetta il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni dalla prospettiva "consensualistica" a quella "trasversale" o "diagonale", come si proverà a dimostrare nei cenni conclusivi di questo lavoro.

<sup>54</sup> O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est*, cit.

<sup>55</sup> Previsioni peraltro poi confermate dal Trattato di Lisbona.

<sup>56</sup> Si v. A. RUGGERI, "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, cit., 107.

<sup>57</sup> Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in cui la Corte di Lussemburgo aveva rilevato che «il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazioni e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale autorizza, senza restrizioni, salvo che esista uno stretto collegamento con un precedente contratto di lavoro a tempo



consentito ai giudici comunitari di prevederne la sua applicazione diretta, e conseguentemente, un ampliamento smisurato dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, in riferimento peraltro ad una direttiva il cui termine di recepimento non era ancora scaduto. Emblematico, da una parte, della connessione inscindibile tra applicazione del principio generale e identificazione delle tradizioni costituzionali comuni sottostanti a detto principio e, dall'altra, della reazione che l'attivismo interpretativo della Corte, fondato proprio su tale connessione, ha ingenerato negli Stati membri, è stato il durissimo editoriale con cui Roman Herzog ha commentato, a caldo, la decisione della Corte. Un editoriale dal titolo abbastanza eloquente: *Stop the European Court of Justice*<sup>58</sup>.

A detta del Vicepresidente della Convenzione per l'Europa il riferimento, nel caso di specie, al principio di non discriminazione sulla base dell'età quale principio generale del diritto dell'Unione avrebbe dovuto, se non rispecchiarsi, almeno trarre ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Invece, continuava Herzog, «however, this “general principle of community law” was a fabrication. In only two of the then 25 member states – namely Finland and Portugal – is there any reference to a ban on age discrimination, and in not one international treaty is there any mention at all of there being such a ban, contrary to the terse allegation of the ECJ. Consequently, it is not difficult to see why the ECJ dispensed with any degree of specification or any proof of its allegation. To put it bluntly, with this construction which the ECJ more or less pulled out of a hat, they were acting not as part of the judicial power but as the legislature»<sup>59</sup>.

##### 5. Le tradizioni costituzionali nell'età della codificazione.

Alla luce del quadro che si è fin qui provato a fare emergere, il tentativo di isolare l'impatto delle tradizioni costituzionali comuni nell'ordinamento comunitario, oggi, o meglio all'indomani della entrata in vigore della Carta di Nizza, sembra poter coincidere con il tentativo di rispondere alla domanda seguente.

La nuova età della codificazione dei diritti costituisce la prova provata che quel tramonto del positivismo giuridico cui si è accennato in apertura sia soltanto di natura transitoria<sup>60</sup>, ed *in nuce* si nasconda un'alba definitiva dello stesso e un'altrettanto definitiva vittoria del formalismo giuridico nei confronti del tentativo di valorizzazione di un diritto costituzionale non scritto in ambito sovranazionale?

In caso di risposta positiva, per quanto riguarda l'oggetto specifico della nostra indagine, tale vittoria avrebbe quale conseguenza una progressiva marginalizzazione, o addirittura, un confinamento delle tradizioni costituzionali, ed ancor prima, dei principi generali del diritto dell'Unione. Ad entrambi, infatti, potrebbe essere attribuito un ruolo esclusivamente suppletivo ed ancillare rispetto ad una Carta dei diritti di rango para-costituzionale e di carattere vincolante che doterebbe l'Unione di quella autosufficienza in materia di diritti fondamentali che ridurrebbe di molto l'esigenza del ricorso tanto alle prime quanto ai secondi<sup>61</sup>.

---

indeterminato stipulato con lo stesso datore di lavoro, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore abbia raggiunto l'età di 52 anni. È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto».

<sup>58</sup> R. HERZOG - L. GERKEN, *Stop the European Court of Justice*, 2008, in <http://euobserver.com>.

<sup>59</sup> Sulla base di tali considerazioni è probabile che lo stesso Herzog non abbia preso troppo bene la più recente decisione del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, in cui i giudici di Lussemburgo hanno rilevato che «è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio».

<sup>60</sup> Nella efficace immagine evocata da A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni* e “controlimiti”, cit., 111.

<sup>61</sup> Tale marginalizzazione, secondo tale cupa previsione, sarebbe tra l'altro amplificata dal contestuale processo di sbiadimento ed annacquamento che le tradizioni costituzionali avrebbero subito a causa dell'allargamento ad est

Per provare a rispondere al quesito appena posto è necessario guardare al potenziale normativo<sup>62</sup> post-Lisbona in tema di valorizzazione delle tradizioni costituzionali comuni ed alla relativa elaborazione giurisprudenziale rilevante da una duplice prospettiva: in primo luogo quella relativa alla teoria delle fonti e, in secondo luogo, quella connessa alla teoria dell'interpretazione, tenendo presente che il problema non è di facilissima soluzione, in quanto, mentre gli artt. 52 e 53 della Carta si occupano delle relazioni tra le previsioni di quest'ultima e le disposizioni della CEDU, gli stessi articoli non si occupano direttamente dei rapporti, così come soltanto enunciati all'art. 6.3 del TUE, tra le disposizioni della Carta ed i principi generali del diritto dell'Unione.

Muovendo dal punto di vista della teoria delle fonti, effettivamente, l'impressione sembra essere quella di un percorso obbligato verso una inevitabile marginalizzazione delle tradizioni costituzionali comuni, nonostante il potenziale normativo post-Lisbona e pre-, che la Corte di giustizia, come si vedrà tra un momento, ha letto in modo assai diverso rispetto a quanto i più ottimisti si aspettavano, tanto in riferimento alla nozione di tradizioni costituzionali presente nell'art. 52, par. 4 della Carta, quanto riguardo all'incidenza del "fattore costituzionale domestico", così come diversamente declinata all'art. 53 della Carta e all'art. 4, par. 2 del Trattato sull'Unione europea.

In primo luogo, infatti, è rimasto deluso chi, come Armin von Bogdandy<sup>63</sup> o Leonard Besselink<sup>64</sup>, pensava che il vincolo interpretativo di natura interordinamentale che l'art. 53 sembra porre in essere rispetto all'interpretazione della Carta fosse in grado di limitare la teoria del primato assoluto del diritto dell'Unione in qualche modo subordinandolo, con riferimento al livello di protezione dei diritti previsti dalla Carta, alle norme costituzionali degli Stati membri.

---

dell'unione e il conseguente processo di incorporazione, al suo interno, di matrici costituzionali più eterogenee in cui sarebbe più difficilmente identificabile il DNA comune.

<sup>62</sup> Andando a guardare il portato normativo rilevante, a parte l'art. 6.3 TUE («I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»), rileva senz'altro l'art. 52.4 della Carta dei diritti fondamentali UE («Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni»), così come l'art. 4.2 TUE («L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro»). Si v. inoltre l'art. 53 della Carta, ove si stabilisce che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». Si v. quanto riportato nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, 207/C 303/2, in merito all'art. 52, par. 4 della Carta: «La regola d'interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia (ad es., sentenza del 13 dicembre 1979, causa 44/79 *Hauer*, Racc. 1979, pag. 3727; sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, *AM&S*, Racc. 1982, pag. 1575). Secondo tale regola, piuttosto che in un'impostazione rigida basata sul 'minimo comun denominatore», i diritti in questione sanciti dalla Carta dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni». Afferma poi A. LÓPEZ-PINA, *The Spanish Constitutional Court, European Law and the Constitutional Traditions Common to the Member States (Art. 6.3 TUE). Lisbon and Beyond*, Instituto Universitario de Estudios Europeos - Serie Unión Europea, n. 42, 2011, 8: «That means for those putting law into practice that the central problem is going to consist of connecting the Charter with the constitutional traditions of Member States». Si v. inoltre Corte giust., 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*; 7 maggio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

<sup>63</sup> Si segnala S. SCHILL – A. VON BOGDANDY, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in 48 *CML Rev* 5 (2011).

<sup>64</sup> L.F.M. BESSELINK, *The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and national constitutions*, in J. LAFFRANQUE (ed.), *Reports of the FIDE Congress Tallinn 2012. - Vol. 1: The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and national constitutions*, Tartu University Press, Tallinn, 2012, 1 ss.

La risposta di *Melloni* nel 2013<sup>65</sup> è arcinota ed effettivamente deludente sotto questo aspetto. Forse è più utile riprendere un passaggio delle conclusioni dell'Avvocato generale Bot in cui emerge chiaramente la riproposizione di quel *majoritarian activism approach*<sup>66</sup> e pre-Lisbona che ha visto caratterizzare la giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia post-Maastricht, laddove l'Avvocato generale in particolare ritiene che «la Corte non possa fondarsi sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri per applicare un livello di protezione più esteso. La circostanza che la decisione quadro 2009/299 sia frutto dell'iniziativa di sette Stati membri e che sia stata adottata dalla totalità di essi, permette infatti di presumere, con un sufficiente grado di certezza, che la grand'è maggioranza degli Stati membri non condivide l'opinione sostenuta dal Tribunal Constitucional nella sua giurisprudenza».

*Majoritarian activism approach reloaded*, si potrebbe dire.

Nulla sembra, pertanto, essere cambiato nonostante il carattere innovativo del portato normativo rilevante.

Anche con riferimento alla clausola di rispetto dell'identità costituzionale prevista dall'4, par. 2, TUE<sup>67</sup>, la Corte di giustizia ha dimostrato<sup>68</sup> di non volere fare emergere tutto il potenziale insito in tale strumento.

Si era sperato, argomentando assai finemente, in una europeizzazione dei controlimiti<sup>69</sup> ed una interiorizzazione degli stessi da parte dei giudici comunitari. In realtà, tale clausola è stata interpretata<sup>70</sup> dalla Corte di Lussemburgo, come è stato dimostrato<sup>71</sup>, non come limite esterno assoluto, come vorrebbe la teoria dei controlimiti, ma come limite relativo, interesse legittimo dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela.

In altre parole, anche il destino della identità costituzionale sembra per molti versi avvicinarsi a quello che ha caratterizzato la torsione retorica delle tradizioni costituzionali comuni, ovvero una «funzionalizzazione eurounitaria» che si declina in configurazioni e bilanciamenti in tutto e per tutto interni all'ordinamento dell'Unione<sup>72</sup>.

Stessa delusione emerge, infine, dalla lettura del portato dell'art. 52, par. 4<sup>73</sup>, in cui compare l'unico riferimento esplicito presente nella Carta alle tradizioni costituzionali comuni.

Come interpretare il riferimento che detta previsione fa all'interpretazione della Carta in armonia con le tradizioni costituzionali comuni per quei diritti che sono il frutto di un'opera di ricognizione

---

<sup>65</sup> Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*.

<sup>66</sup> *Majoritarian activism approach* che la Corte di giustizia, con una variazione sul tema, qualche anno prima (sentenza del 14 settembre 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Commissione europea*), aveva definito «tendenza preponderante», laddove al punto 74 aveva sostenuto che «con riferimento agli ordinamenti giuridici dei 27 Stati membri dell'Unione europea, non si può individuare alcuna tendenza preponderante favorevole alla tutela della riservatezza delle comunicazioni con avvocati interni nell'ambito di un'impresa o di un gruppo».

<sup>67</sup> Clausola che, guardando ai suoi lavori preparatori in sede di Convenzione europea, ha in realtà più a che fare con una questione di competenze che con una questione di valorizzazione dell'esperienza costituzionale interna. Come rilevato da B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, 29 dicembre 2011, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it): «L'odierna versione della clausola, dunque, supplisce al mancato inserimento di una lista di competenze esclusive degli Stati membri nel Trattato, ma conserva lo stesso scopo: quello di sottrarre le "funzioni essenziali" degli Stati membri, e le loro prerogative sovrane, all'azione della Comunità».

<sup>68</sup> Basti pensare a Corte giust., 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn Wittgestein*.

<sup>69</sup> Si v. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 827 ss.

<sup>70</sup> Peralto immediatamente giustiziabile, a differenza della previsione contenuta nell'art. 6.2 del Trattato di Maastricht.

<sup>71</sup> Ancora B. GUASTAFERRO, *op. cit.*

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Se si esclude il preambolo, dove si sostiene, un po' ipocritamente, che la Carta «riafferma [...] i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali». Vedremo più in là come non si tratti esclusivamente di una codificazione dell'esistente.

di dette tradizioni? Vi è un obbligo, seppur indiretto, a conformarsi a queste ultime da parte della Corte di giustizia?

Nonostante le aperture della dottrina al riguardo<sup>74</sup> ed al di là delle *Spiegazioni* alla Carta, che effettivamente sembrano suggerire una risposta negativa<sup>75</sup>, a mettere ancora più in chiaro che tale disposizione non avrebbe fatto fare alcuno scatto in avanti alle tradizioni costituzionali sul piano della teoria delle fonti e che nulla, di fatto, sarebbe cambiato in questo senso è stato Miguel Poiares Maduro, l'anno prima dell'entrata in vigore della Carta. Lui, profeta del pluralismo costituzionale<sup>76</sup>, e quindi al di fuori di qualsiasi sospetto di una visione gerarchica dei rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri, nelle conclusioni redatte per un caso nel quale vi era stato un rinvio pregiudiziale sollevato dal Conseil d'Etat in cui, di fatto, quest'ultimo presumeva l'esistenza di un'identità tra i valori fondamentali della Costituzione francese e quelli dell'ordinamento giuridico comunitario, sosteneva come il supremo organo di giustizia amministrativa francese fosse nel vero in tale presupposizione. Nondimeno, aggiungeva lo stesso Maduro, «tale congruenza strutturale può essere garantita solo su un piano sistemico e solo a livello comunitario, attraverso i meccanismi previsti dal Trattato. Tale identità sistemica è ricordata all'art. 6 TUE e garantisce che non vengano violate le costituzioni nazionali, anche se queste ultime non possono più essere utilizzate come norme di riferimento per il controllo di legittimità degli atti comunitari. Se così fosse, poiché il contenuto e gli strumenti di tutela delle costituzioni nazionali sono molto diversi fra loro, l'applicazione di atti comunitari potrebbe essere oggetto di deroghe in uno Stato membro e non in un altro». In altre parole, è questo il ragionamento di Maduro, «se le costituzioni nazionali potessero essere invocate per imporre un'applicazione selettiva e discriminatoria delle norme comunitarie sul territorio dell'Unione, paradossalmente ne risulterebbe alterata la conformità dell'ordinamento giuridico comunitario alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri»<sup>77</sup>.

Alla luce dell'analisi appena compiuta sembra evidente che, da una prospettiva propria della teoria delle fonti, le tradizioni costituzionali, mancando dello *status* di fonti di produzione, non sembrano in grado, nonostante il potenziale normativo (inespresso, come si è visto) insito nella Carta, di fare uno scatto in avanti sul piano del vincolo formale nei confronti della giurisprudenza comunitaria.

La domanda successiva, a questo punto, sembra nascere spontaneamente. Se un passo avanti non è possibile, sono le stesse tradizioni destinate a fare un passo indietro? In altre parole, il momento della scrittura<sup>78</sup> corrisponderebbe per forza di cose ad una rinuncia a replicare quella influenza culturale, che di fatto, pur non avendo uno *status* di fonte di produzione, le tradizioni costituzionali, sotto il profilo interpretativo, hanno giocato nella giurisprudenza della Corte di giustizia nell'era del *bill of rights* non scritto?

Nel 2003 Antonio Ruggeri<sup>79</sup> aveva scritto, come spesso gli capita quasi profeticamente, che «non è detto che al riconoscimento di un catalogo dei diritti europei debba, per ineluttabile necessità, corrispondere il sacrificio dello strumento delle tradizioni». E aggiungeva, che «dopo la codificazione dei diritti, le tradizioni ugualmente seguirebbero a prestare la loro opera infungibile di cerniera

<sup>74</sup> Si v. F. EKARDT - D. KORNACK, *Of Unity in Diversity and Inherent Tensions: Interpreting the European Union's New Architecture of Fundamental Rights*, 16 *Columbia J of Eur L* 92 (2010).

<sup>75</sup> Le *Spiegazioni*, cit., smorzano sul nascere buona parte delle illusioni laddove prevedono, come già anticipato, che «La regola d'interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia». Il riferimento è evidentemente alle pronunce, peraltro già richiamate, in cui è emerso chiaramente che il peggior incubo per la Corte è che il portato significativo delle previsioni costituzionali degli stati membri possa in qualche modo vincolare formalmente, nelle vesti di parametro interposto, la sua elaborazione creativa in tema di diritti fondamentali.

<sup>76</sup> M. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 502 ss.

<sup>77</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Arcelor SA et a.*

<sup>78</sup> C. PINELLI, *Il momento della scrittura: contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002.

<sup>79</sup> A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, cit., 111.



interordinamentale, facendo transitare senza sosta materiali normativi e giurisprudenziali dell'uno e dell'altro ordinamento».

Effettivamente così è stato, se è vero, come recentemente Stefania Ninatti ha sostenuto in uno scritto assai approfondito sul tema oggetto di questa indagine, che «il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è diventato un tema più ricorrente oggi rispetto a ieri, e anche se è difficile stabilire i margini di questo aumento con precisione, i dati relativi al suo utilizzo sono aumentati in modo esponenziale negli ultimi dieci anni»<sup>80</sup>.

Come questo ruolo di cerniera interordinamentale è stato esercitato in concreto da identità costituzionale e tradizioni costituzionali?

Se è vero che l'art. 4, par. 2, TUE non è stato interpretato dalla Corte di giustizia come ci si sarebbe auspicati, è anche vero che la stessa Corte sembra essere stata in grado di sublimare a livello sovranazionale quella voce, o meglio quel coro proveniente dalle corti costituzionali di tutta Europa richiedenti una maggiore valorizzazione, in sede europea, dell'identità costituzionale degli Stati membri.

Sublimazione che, a veder bene, è avvenuta attraverso una interiorizzazione, da parte dei giudici comunitari, di tale esigenza segnalata a gran voce dalle corti costituzionali. Esigenza che ha costituito il serbatoio privilegiato di ispirazione per la promozione e la valorizzazione di un'identità costituzionale europea (distillato delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri) tanto all'esterno, nei confronti dell'ordinamento internazionale, quanto all'interno, nei confronti degli atti di diritto derivato dell'Unione che dovessero rivelarsi non rispettosi di quel DNA caratterizzante, per l'appunto, detta identità.

Con riguardo alla prima dimensione richiamata, quella esterna, la saga *Kadi*<sup>81</sup> è sicuramente emblematica, anche perché in essa emerge chiaramente quel circuito di mutua alimentazione tra la dimensione europea e quella nazionale che, si è visto, costituisce iter privilegiato per il transito bidirezionale, ascendente e discendente, delle tradizioni costituzionali comuni. Per un verso -quello ascendente- la Corte di giustizia, in *Kadi*, assume a tutti gli effetti lo spessore e le tecniche argomentative di una corte costituzionale. Per altro verso -quello discendente- la nostra Corte costituzionale dimostra di aver fatto proprie, per ragioni che qui non possono esplorarsi, molto di quella combinazione tra impostazione dualistica e tutela del DNA costituzionale interno nei confronti delle aggressioni esterne che trasuda dal *reasoning* di *Kadi*, proponendocene una variazione sul tema, in quella che è stata definita, scontando un necessario tasso di approssimazione, ma allo stesso tempo centrando il bersaglio, “*Kadi alla romana*”<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Si v. in proposito S. NINATTI, *op. cit.*, 545.

<sup>81</sup> Corte giust., 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*; 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*. Si v. M. AVBELJ - F. FONTANELLI - G. MARTINICO (eds.), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Abingdon, 2014. La vicenda può essere così riassunta: con la sentenza del 3 settembre 2008 (*Kadi I*) la Corte di giustizia annullava il regolamento n. 881/2002 del Consiglio, del 27 maggio 2002, che stabiliva particolari restrizioni in capo a individui appartenenti a enti riconducibili ad Al-Qaeda e ai Talebani, inseriti in un apposito registro. L'annullamento era giustificato in quanto non era prevista un'adeguata informazione sui motivi delle misure restrittive ed era stato così violato il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Successivamente alla comunicazione dei motivi dell'iscrizione, la Commissione confermava al sig. Kadi l'intenzione di mantenerla comunque in essere. Il sig. Kadi proponeva nuovamente ricorso davanti al Tribunale ottenendo l'annullamento delle norme che lo riguardavano del regolamento. La seconda sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, si pronuncia sull'impugnazione della decisione del Tribunale da parte dalla Commissione, accogliendone i motivi. La Corte di giustizia ha precisato che «i giudici dell'Unione, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato, devono garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti dell'Unione con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione, anche quando tali atti mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite», così confermando l'approccio della sentenza *Kadi I*, in base alla quale i regolamenti che danno esecuzione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU non possono beneficiare di qualsiasi immunità giurisdizionale.

<sup>82</sup> F. FONTANELLI, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 28 ottobre 2014.



Con riferimento invece alla seconda dimensione richiamata, quella tutta interna all'ordinamento europeo, sembra emblematica per far emergere l'attitudine della Corte, anche in questo caso operante a tutti gli effetti come una corte costituzionale dell'ordinamento europeo, la decisione dell'8 aprile 2014<sup>83</sup> in cui i giudici di Lussemburgo hanno per la prima volta annullato un intero atto di diritto derivato dell'Unione perché in contrasto con la Carta di Nizza. In particolare, ad essere travolta dalla decisione della Corte è stata la direttiva 2006/24/CE in quanto la disciplina da essa dettata in materia di *data retention*, cioè di conservazione dei dati, finalizzata al perseguimento dell'interesse generale al contrasto delle attività terroristiche, è stata ritenuta essere in contrasto con gli artt. 7 ed 8 della Carta di Nizza, rispettivamente a tutela della rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali. Decisione, quest'ultima, che offre anche l'occasione per riflettere su come il preteso recupero delle tradizioni costituzionali comuni da parte della Corte di giustizia a volte sia più apparente, e retoricamente funzionale, che effettivo.

Nella decisione appena citata, in particolare, i giudici comunitari hanno voluto fare credere di essersi fatti carico di rappresentare a livello europeo le tradizioni costituzionali comuni in tema di protezione dei dati. Tradizioni, queste ultime, che avrebbero trovato una mera ricognizione, a seguire il *reasoning* della Corte, nel portato dell'art. 8 della Carta.

In altre parole la Corte ha voluto fare credere, con un sapiente gioco di illusione ottica - e in questo il Preambolo<sup>84</sup> della Carta ha fornito un ottimo assist laddove fa riferimento alla stessa quale un semplice esercizio di riaffermazione dei dritti provenienti da tradizioni costituzionali comuni - che la Carta stessa, sia, nel lessico di Lawrence Lessig<sup>85</sup>, esclusivamente una *codifying constitution*, vale a dire un documento di natura costituzionale che si fa carico soltanto di catalogare l'esistente, e di sistematizzare, e per l'appunto, "codificare" a livello super primario percorsi evolutivi (in questo caso riferiti alle tradizioni costituzionali comuni) già presenti nell'ambiente giuridico in cui prende corpo il nuovo *bill of rights*.

A guardar bene, però, la Carta di Nizza ha una natura ambivalente. È sicuramente una *codifying constitution*, ma non soltanto. Ha anche in sé molto della seconda categoria identificata da Lessig, quella che lui definisce *transformative constitution*<sup>86</sup> e che si distingue per una attitudine della Carta alla modifica dello *status quo*, innovando su aspetti essenziali della cultura giuridica caratterizzante il contesto di riferimento in cui prende corpo, e quindi andando oltre le tradizioni costituzionali esistenti.

Attitudine ad essere (anche) una *transformative constitution* che emerge con riferimento all'art. 8 della Carta che, a ben vedere, non costituisce la proiezione europea di un fattore costituzionale

---

<sup>83</sup> Corte giust., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda, The Attorney General e Kärntner Landesregierung c. Michael Seitzinger, Christof Tschohl e altri*. Nell'ambito del rinvio pregiudiziale, la High Court irlandese si interrogava se la disciplina prevista dalla direttiva in materia di conservazione dei dati di traffico da parte degli operatori di comunicazione elettronica fosse compatibile con il principio di proporzionalità, stabilito dall'art. 52, par. 1 della Carta e non si ponesse in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, il diritto alla libertà di espressione ed il diritto alla buona amministrazione, rispettivamente previsti dagli artt. 7, 8 e 11 della Carta. In secondo luogo è stato il giudice delle leggi austriaco, sollecitato da numerosissimi ricorsi diretti di costituzionalità di privati in cui si chiedeva l'annullamento della legge interna di recepimento della direttiva, a porre un quesito in pregiudiziale chiedendosi se le modalità di raccolta di dati prevista dalla direttiva fosse compatibile con il diritto al rispetto della vita privata, con il diritto alla protezione dei dati personali e con il diritto alla libertà di espressione tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali. Inoltre, la stessa Corte costituzionale austriaca aveva domandato di verificare se il quadro normativo europeo rispettasse il contenuto essenziale del diritto alla protezione dei dati personali e se la conservazione dei dati fosse compatibile con le tradizioni costituzionali comuni e con l'art. 8 della Convenzione europea.

<sup>84</sup> Così il Preambolo: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>85</sup> L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

<sup>86</sup> *Ivi*, 313.

condiviso come invece ci vorrebbe fare credere la Corte di giustizia, nel tentativo di legittimare il suo intervento ablatorio, fondandolo sul preteso collegamento tra dimensione europea e quella costituzionale degli Stati membri. A disporre, infatti, di una espressa tutela costituzionale relativa alla protezione dei dati sono esclusivamente l'Olanda, dopo la revisione costituzionale del 1983, la Spagna, all'art 18.4 della sua Costituzione ed alcune esperienze costituzionali dell'Europa centro-orientale.

Alla luce di quanto fin qui pare delinearci, sembra che, in relazione tanto ad identità costituzionale quanto a tradizioni costituzionali comuni, una prospettiva che guardi alla loro influenza sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali dal punto di vista della teoria dell'interpretazione, e non della teoria delle fonti, sia più proficua per farne emergere il valore aggiunto, che permane, come si è visto, anche nell'età della codificazione.

Ad ulteriore riprova basti sottolineare come, nella sua giurisprudenza post-Lisbona in tema di diritti fondamentali, la Corte di giustizia abbia continuato a fare riferimento, anche decisivo, ai principi generali del diritto dell'Unione europea, e indirettamente alle tradizioni costituzionali comuni<sup>87</sup>, *nonostante* o, quasi paradossalmente, come si vedrà tra un attimo, *proprio* grazie all'entrata in vigore della Carta.

Innanzitutto, come si è sostenuto in precedenza, se vi è un campo di esperienza in cui la pretesa statale all'autosufficienza è una chimera, questo è quello dei diritti fondamentali. E ciò è ancora più vero in prospettiva verticale, in cui la matrice costituzionale nazionale è il serbatoio (a volte si è visto più virtuale che reale) da cui la Corte di giustizia ha sempre attinto per elaborare la sua narrativa in materia di diritti fondamentali.

In questo scenario si delinea in tutta chiarezza il ruolo decisivo ed attuale delle tradizioni costituzionali nel fare emergere quel "contesto storico", di cui si parlava in apertura attraverso l'individuazione di linee di continuità che, legando passato e presente, non possono non concorrere a determinare il significato vivente delle norme della Carta. Dunque, proprio alla luce dello scenario appena descritto, sembra rimanere immutato il "vigore interpretativo" per le tradizioni costituzionali comuni e per i principi generali che ne costituiscono (o ne dovrebbero costituire) la proiezione sovranazionale, *nonostante* la nuova età della codificazione.

O forse, soltanto apparentemente in via paradossale, *grazie*, per l'appunto, come si accennava, all'avvento di tale stagione.

La ragione è abbastanza semplice: il momento della scrittura<sup>88</sup> non sempre ha coinciso, per quanto riguarda l'ambito di protezione dei diritti in gioco, con un passaggio dalla dimensione non scritta (principi generali e tradizioni costituzionali) a quella scritta della Carta che rispecchiasse il medesimo ambito di applicazione del diritto in gioco.

A volte un principio generale, così come ispirato dalle tradizioni costituzionali comuni, sembra in grado di poter disporre di una portata o di un potenziale espansivo superiore a quanto codificato dalla previsione nella Carta<sup>89</sup>.

Un esempio di tale mancata corrispondenza è rappresentato dal principio di buona amministrazione<sup>90</sup> che sembra essere oggetto di un utilizzo strumentale nella giurisprudenza più

---

<sup>87</sup> Ancora S. NINATTI, *op. cit.*, 543, che nega un «uso recessivo di questo canone».

<sup>88</sup> Ancora C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit.

<sup>89</sup> Ragionare su uno iato potenziale (in riferimento ovviamente all'ambito di protezione di un medesimo diritto), tra portato espansivo della previsione della Carta e principio generale corrispondente ha anche un'importante applicazione concreta. L'*opting out* del Regno Unito e della Polonia, che tra l'altro ha avuto al momento una portata marginale, si concentra esclusivamente su ambito di applicazione della Carta, e non potrebbe appuntarsi invece sui principi generali, distillato delle tradizioni costituzionali comuni, se a detti principi viene attribuita, come qui si auspica, un'autonomia concettuale ed "operativa". Si v. ancora L.F.M. BESSELINK, *The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and national constitutions*, cit.

<sup>90</sup> H. HOFMANN - C. MIHAESCU, *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in 1 *European Constitutional Law Review* (2013), 73 ss.

recente<sup>91</sup> di Lussemburgo in tema di principi generali, con una valorizzazione indiretta delle tradizioni costituzionali comuni, in particolare laddove il riferimento argomentativo ai primi è utilizzato, proprio a causa di un portato espansivo maggiore rispetto al medesimo diritto previsto dalla Carta, quale cavallo di troia per bypassare il limite previsto dall'art. 51 relativamente all'applicazione della stessa nell'ambito del diritto dell'Unione<sup>92</sup>.

Dove non arriva il diritto previsto dalla Carta, arriva invece il principio generale corrispondente, si potrebbe dire assai semplicisticamente.

Non è un caso allora i giudici comunitari abbiano ritagliato il loro *reasoning* ed adeguato il loro strumentario argomentativo a questo fine, utilizzando quale artificio retorico quello di esordire, quando si tratta di tutelare un diritto in cui non vi sia corrispondenza tra ambito di applicazione del principio generale e previsione della Carta, facendo riferimento al primo, in questo modo fissando la soglia (ampia) dell'ambito di estensione del principio da tutelare, per poi fare riferimento allo stesso diritto come previsto dalla Carta quasi si sia trattata di mera catalogazione dell'esistente, quando invece c'è stato uno scatto in avanti grazie al maggiore portato espansivo del principio generale rispetto a quanto previsto dalla Carta.

Un esercizio argomentativo che, se contestualizzato, diventa tra l'altro ancora più interessante perché fa emergere una Corte di Lussemburgo quasi "giano bifronte" che, nella giurisprudenza che specificatamente si occupa dell'art. 51<sup>93</sup> ha un approccio assai cauto, se non restrittivo, al fine di rassicurare gli Stati membri, specialmente le loro corti costituzionali, da un'applicazione diffusa degli Carta oltre l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, mentre dall'altra parte, attraverso utilizzo del *passpartout* efficacissimo dei principi fondamentali, rema esattamente in senso contrario.

### 7. Conclusioni prospettiche

Se questi sono alcuni degli scenari attuali che sembrano caratterizzare "uso ed abuso" della nozione di tradizione costituzionale comune così come vivente nella giurisprudenza europea e del suo impatto sulla narrativa di Lussemburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali, quali, in conclusione, possono essere i fattori più recenti che potrebbero alimentare gli scenari futuri?

Sono almeno tre, a mio avviso, ed hanno tutti a che fare con il rapporto tra tradizioni costituzionali comuni e attitudine al dialogo o, viceversa, al silenzio, che in questo ambito può essere anche assordante.

Con riferimento alla prospettiva del dialogo, vale la pena di ricordare ancora un passaggio delle conclusioni di Maduro in cui l'ex Avvocato generale, dopo aver detto che le tradizioni costituzionali comuni non possono essere parametro di validità per gli atti comunitari, aggiungeva che «ciò non significa che i giudici nazionali non svolgano alcun ruolo nell'interpretazione dei principi generali e dei diritti fondamentali comunitari. È anzi inerente alla natura stessa dei valori costituzionali dell'Unione in quanto valori costituzionali comuni degli Stati membri che essi debbano essere precisati ed elaborati dalla Corte in un costante dialogo con i giudici nazionali, in particolare quelli incaricati dell'interpretazione autentica delle costituzioni nazionali. Lo strumento appropriato di tale dialogo è il rinvio pregiudiziale»<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Corte giust., 7 maggio 2013, cit.

<sup>92</sup> Si veda sul punto, più dettagliatamente, G. MARTINICO - B. GUASTAFERRO - O. POLLICINO, *Italy*, in A. ALBI (ed.), *The Role of National Constitutions in European and Global Governance*, ASSER, 2015.

<sup>93</sup> Insuero rimane, al riguardo, il recente affresco di R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei "confini" fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13*, in questa [Rivista, Studi, 2014](#) (04.04.14).

<sup>94</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Arcelor SA et a.* In dottrina, già prima, M. CARTABIA, *Taking Dialogue Seriously*. *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, *Jean Monnet Working Paper* 12/07,

Ed effettivamente sembra che il consiglio sia stato recepito dato che, tra il 2011 e 2014, il giudice delle leggi italiano (nel giudizio in via incidentale)<sup>95</sup> e quello francese, spagnolo e tedesco hanno deciso, per la prima volta, di servirsi di tale strumento<sup>96</sup>. Quest'ultimo, infatti, non è solo il modo migliore per poter sensibilizzare la giurisprudenza comunitaria circa il ruolo cruciale giocato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ma anche è la carta migliore che le corti costituzionali possono giocare al fine di evitare che si aggravi il processo di loro marginalizzazione a favore di un ulteriore consolidamento del circuito biunivoco che lega la Corte di giustizia ai giudici comuni degli Stati membri<sup>97</sup>.

A questo riguardo non sembra invece essere imminente il rischio, peraltro finemente argomentato<sup>98</sup>, che «la nuova centralità assunta dalla Corte di giustizia nell'ambito dei diritti fondamentali precluda il formarsi di “nuove tradizioni costituzionali” originate da contesti nazionali in quanto tramite il rinvio pregiudiziale, le questioni sulle nuove dimensioni dei diritti fondamentali giungerebbero alla Corte di Giustizia ben prima che una tradizione costituzionale nasca o si consolidi».

Questo perché sembra che la prospettiva di indagine più opportuna non si debba concentrare sull'alimentazione di una forma di dualismo competitivo tra Corte di giustizia e corti costituzionali degli Stati membri, bensì, su un pluralismo cooperativo in cui non è decisivo guardare a chi, tra le varie corti in gioco, “arrivi” per prima, ma, piuttosto, a chi, tra queste, sia davvero incline a partecipare attivamente al dibattito attraverso, per esempio, proprio lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Passando adesso al secondo dei possibili fattori prima menzionati che sembrano poter costituire degli elementi di valutazione per la delineazione di scenari futuri relativi al ruolo giocato dalle tradizioni costituzionali comuni nel processo di integrazione europea, l'attenzione si sposta verso una situazione opposta rispetto a quella precedente, ovvero all'ipotesi in cui le corti costituzionali facciano perno sull'argomento delle tradizioni costituzionali comuni non, come appena visto, quale incentivo per servirsi dello strumento del rinvio pregiudiziale, ma, al contrario, quale pretesto per sottrarsi a tale dialogo.

Esemplificazione significativa di tale attitudine si ha nella decisione della Corte costituzionale austriaca del 14 marzo 2012<sup>99</sup> il cui orientamento, abbastanza innovativo, è stato portato all'attenzione della Corte di giustizia tramite un rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione austriaca cui la Corte di Lussemburgo ha risposto con una decisione dell'11 settembre 2014<sup>100</sup>.

Non è questa la sede più opportuna né per analizzare in dettaglio l'oggetto della questione pregiudiziale della Corte di cassazione<sup>101</sup>, né la risposta evasiva della Corte di giustizia che ripropone, anche letteralmente, il *reasoning* di *Melki* quando il caso effettivamente, come è stato sostenuto<sup>102</sup>, era differente dalla saga d'Oltralpe che ha visti coinvolti, da una parte, la Corte di giustizia e, dall'altra, gli organi giurisdizionali apicali in Francia.

---

<sup>95</sup> Nel giudizio in via principale la Corte costituzionale, come è noto, si era già servita dello strumento del rinvio pregiudiziale, con [ordinanza n. 103 del 2008](#).

<sup>96</sup> [Corte costituzionale, 18 luglio 2013, ord. 207](#); Conseil constitutionnel, n. 2013-314P QPC, 4 aprile 2013; Tribunal Constitucional, 9 giugno 2011, ord. 86; BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014.

<sup>97</sup> Alquanto critico, a riguardo, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2015.

<sup>98</sup> A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

<sup>99</sup> Corte costituzionale austriaca, 14 marzo 2012, U 466/11-18 U 1836/11-13.

<sup>100</sup> Corte giust., 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B et al.* Cfr. le osservazioni, su caso in questione, di A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in [www.diritticomparati.it](#) 2 ottobre 2014, ed ora le acute riflessioni di R. Mastroianni, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited*, in corso di stampa in *Giurisprudenza Costituzionale*.

<sup>101</sup> Oggetto assai insidioso perché attraverso una manipolazione del portato della sentenza della corte costituzionale faceva emergere un possibile scontro, che in realtà era inesistente, con l'obbligo che la Corte di giustizia enuncia chiaramente in *Simmenthal* circa la disapplicazione immediata del diritto interno contrastante con il diritto dell'Unione.

<sup>102</sup> Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki/Abdeli*.



Ciò che sembra interessante invece rilevare in questa sede è che il giudice delle leggi austriaco fonda il suo rifiuto<sup>103</sup> di sollevare una questione pregiudiziale sull'assunto, secondo il quale, come è stato sottolineato<sup>104</sup>, «la Carta di Nizza – in alcune sue parti – vive delle tradizioni costituzionali nazionali comuni e della CEDU, e come tale può essere interpretata direttamente dal giudice costituzionale nazionale, senza bisogno di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia»<sup>105</sup>.

Una pericolosa tendenza, come è stata definita<sup>106</sup>, alla “rinazionalizzazione” dei diritti fondamentali facendo perno su una sorta di competenza esclusiva ad interpretare le tradizioni costituzionali del proprio ordinamento.

Il terzo elemento che sembra poter essere qui fatto emergere a proposito degli indicatori dei prossimi percorsi che potrebbero caratterizzare il transito delle tradizioni costituzionali dalla dimensione domestica a quella transnazionale riguarda gli attori di quel dialogo che, si è visto, pare essere lo strumento privilegiato per alimentare tale transito. Interazione che non può però essere (e non è) esclusivamente operante tra giudici, per almeno due ragioni.

In primo luogo, perché, come una recente pubblicazione<sup>107</sup> ha pienamente confermato, vi è una dimensione crescente di un dialogo che vede impegnati i parlamenti nazionali tanto sotto un versante orizzontale quanto alla luce di quello verticale che collega questi ultimi alle istanze legislative eurounitarie.

In secondo luogo, perché i meccanismi processuali che disciplinano il contenzioso comunitario, ed in particolare quelli alla base del rinvio pregiudiziale, favoriscono il dialogo tra i giudici comunitari ed i governi degli Stati membri.

Dove? In quale sede?

In udienza a Lussemburgo, molto banalmente.

Come è successo, per esempio a febbraio del 2014, per la discussione della causa *Torresi*, poi decisa dalla Corte nel luglio 2014<sup>108</sup>. Unica volta in cui ai giudici di Lussemburgo è stato richiesto, fino a questo momento, in modo espresso e specifico di valutare la conformità di un atto comunitario rispetto all'art. 4, par. 2, TUE.

In particolare, la vicenda riguardava due cittadini italiani che, dopo aver conseguito la laurea in Italia, avevano ottenuto una laurea in Spagna e l'iscrizione, senza sostenere alcun esame, all'albo degli avvocati spagnoli. Quindi, avevano richiesto l'iscrizione nella sezione speciale dell'albo degli avvocati riservata agli avvocati che hanno ottenuto la qualifica in uno Stato membro diverso dall'Italia e sono stabiliti in Italia.

---

<sup>103</sup> «It remains to be emphasized that there is no duty to bring a matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling if the issue is not relevant for the decision (cf. ECJ 06/10/1982, Case 283/81, *Cilfit*, [1982] ECR 3415; 15/09/2005, Case C-495/03, *Intermodal*, [2005] ECR I-8151), meaning that the answer, whatever it is, can have no impact on the decision of the case. Concerning the Charter of Fundamental Rights, this is the case if a constitutionally guaranteed right, especially a right of the ECHR, has the same scope of application as a right of the Charter of Fundamental Rights. In such a case, the Constitutional Court will base its decision on the Austrian Constitution without there being a need for reference for a preliminary ruling under the terms of Article 267 TFEU».

<sup>104</sup> A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali*, cit.

<sup>105</sup> «(F)undamental rights which are recognized in the Charter as they result from the constitutional traditions common to the Member States, *must be interpreted in unison with those traditions*. In so far as the Charter contains rights which correspond with rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention (Article 52(3) CFR). This provision does not prevent Union law from providing more extensive protection. Moreover, Article 53 CFR guarantees that the level of protection of existing fundamental right guarantees is not lowered by the Charter. From this the Constitutional Court infers that the fundamental rights resulting from the national constitutions, international law conventions, and from the Charter of Fundamental Rights, must be interpreted as consistently as possible»: punti 45 ss. della sentenza della Corte costituzionale austriaca, 14 marzo 2012, U 466/11-18 U 1836/11-13 richiamata da A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*, cit.

<sup>106</sup> A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*, cit.

<sup>107</sup> Si v. N. LUPO - L. SCAFFARDI (eds.), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, The Hague, 2014.

<sup>108</sup> Corte giust., 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*.



Uno dei dubbi del Consiglio nazionale forense, cui la Corte di giustizia ha riconosciuto, punto da non sottovalutare, lo *status* di giudice nazionale competente a sollevare un rinvio pregiudiziale, era che la direttiva (sul libero stabilimento degli avvocati), che attribuisce tale diritto di iscrizione ai ricorrenti, potesse essere in contrasto con l'art. 4, par. 2, TUE nella misura in cui consente l'elusione della disciplina di uno Stato membro che subordina l'accesso alla professione forense al superamento di un esame di Stato laddove la previsione di siffatto esame riposa sull'art. 33, c. 5 della Costituzione italiana.

In altre parole, a detta del Consiglio nazionale forense, detta previsione farebbe parte dei principi fondamentali a tutela degli utenti delle attività professionali e della corretta amministrazione della giustizia. Quindi, sarebbe espressione dell'identità nazionale che l'art. 4, par. 2 TUE obbliga l'Unione europea (e quindi la legislazione di matrice eurounitaria) a rispettare.

Ebbene, a detta della Corte di Lussemburgo, il semplice fatto che una disposizione della Costituzione italiana prescriva il superamento di un esame di Stato perché si possa esercitare la professione di avvocato non implica che la direttiva 98/5/CE comprometta l'identità nazionale italiana ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE.

Tale posizione, ed è questo il punto cruciale a nostro riguardo, è stata confermata in udienza anche dal Governo italiano che, a precisa domanda della Corte, ha risposto di non condividere le considerazioni espresse dal giudice del rinvio nella domanda di pronuncia pregiudiziale a proposito di un possibile contrasto tra la direttiva 98/5 e l'art. 33, c. 5, della Costituzione italiana e specialmente, e specialmente della asserita violazione, da parte della direttiva in questione, della identità costituzionale italiana.

E la Corte di giustizia, tra la versione del giudice *a quo* e quella del governo nazionale, decide di accogliere quella di quest'ultimo.

Ecco quindi che la prospettiva di dialogo "diagonale" o trasversale tra Corte di giustizia e governo dello Stato membro in udienza a Lussemburgo assume una importanza fondamentale, a volte financo superiore, per la sua immediatezza e perché rappresenta l'ultima parola dello Stato coinvolto, rispetto al canale istituzionale e classico di *judicial dialogue* costituito dal rinvio pregiudiziale.

## Pasquale Costanzo\* La Corte costituzionale come “nodo” della Rete\*\*

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Cenni di carattere tecnico*. – 3. *Il sito web della Suprema Corte britannica*. – 4. *Il sito web della Corte suprema USA*. – 5. *Il sito web del Tribunale costituzionale federale tedesco*. – 6. *Il sito web del Tribunale costituzionale spagnolo*. – 7. *Il sito web del Consiglio costituzionale francese*. – 8. *Il sito web della Corte costituzionale italiana: la Home Page*. – 9. *Segue: le rubriche dell'attualità*. – 10. *Segue: struttura e contenuti fondamentali (uno scorcio)*. – 11. *Brevi conclusioni (e proposte)*.

### 1. *Premessa*

«*En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour l'exercice de la démocratie, le législateur pouvait, sans méconnaître aucune exigence constitutionnelle, prévoir que l'information serait communiquée par voie électronique aux électeurs*».

Nel brano, tratto da una ancor recente pronuncia del *Conseil constitutionnel*<sup>1</sup>, può agevolmente riconoscersi una perspicua messa a fuoco del ruolo assunto dalle tecnologie dell'informazione quali peculiari strumenti per la funzione comunicativa degli organi della produzione e dell'applicazione giuridica di ogni natura e grado: a sostegno, pertanto, di un adempimento la cui inosservanza renderebbe le regole ordinarie non solo sguarnite della necessaria efficacia, ma anche prive dei requisiti di conoscibilità e trasparenza connaturati ad un sistema democratico.

Non attiene, tuttavia, agli intenti di queste osservazioni riprendere temi di così impegnativo respiro teorico, quanto, invece, in maniera molto più circoscritta e, se si vuole, abbastanza empirica, gettare un rapido sguardo sulla (già pluriennale) presenza della Corte costituzionale nella cd. realtà virtuale, così come è venuta a configurarsi con l'avvento, appunto, delle predette tecnologie.

Considerato, d'altro canto, il grado di conoscenze diffusamente raggiunto, l'oggetto dell'indagine non sembra richiedere, sotto l'aspetto tecnico, più di qualche cenno, potendosi soltanto evidenziare come l'“esistenza”, anche nel “cyberspazio”, non solo di una giurisdizione costituzionale, ma, più ampiamente, di una qualsiasi autorità istituzionale, tenda a manifestarsi nello schema del sito *web* di carattere “statico”, almeno nel senso che tutti i relativi contenuti esigono, per intuibili ragioni, d'essere rigorosamente presidiati e non modificabili dall'esterno. Aiuta ad intendere tale rilievo richiamare all'attenzione i più conosciuti esempi di siti “dinamici” come *blog* o *wiki*, dove sono gli stessi utenti a “postare” i loro punti di vista e a fissare i contenuti delle pagine<sup>2</sup>.

Restando su una tassonomia per contenuti, oltre che ai due tipi appena citati, è agevole rilevare l'estraneità di un sito istituzionale anche ad altre logiche che pervadono caratteristicamente la Rete: non solo ovviamente quelle mercantilizate, ma anche quelle informative proprie della stampa telematica o comunitaristiche tipiche dei cd. *social network* (a meno di non voler accedere a prospettive, per vero, ancora non del tutto decifrabili e comunque non suscettibili d'immediata considerazione, di cd. democrazia elettronica<sup>3</sup>).

Nel nostro caso, occorre, dunque, in maniera decisiva, orientarsi verso quei siti della cd. “ragnatela mondiale” il cui scopo precipuo è la presenza/presentazione di un determinato centro d'interesse. Ciò che, peraltro, non osta a che, sempre nella medesima ottica, prendano rilievo servizi come l'accesso

\* Ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Genova.

\*\* Contributo destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

<sup>1</sup> Cfr. la déc. 2010-45 QPC ([www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201045qpc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201045qpc.htm)): sulla decisione, tra gli altri, E. BORNER-KAYDE, *Le nom de domaine: quand le droit économique rencontre les droits fondamentaux*, in *Revue fr. droit const.*, 2011, 292 ss.

<sup>2</sup> Anche se, in proposito, non occorre dimenticare la pionieristica esperienza della Convenzione incaricata di redigere il progetto di Trattato costituzionale europeo, ai cui lavori chiunque poté in certo modo partecipare avvalendosi delle opportunità offerte dall'apposito *Forum* ([http://europa.eu/scadplus/european\\_convention/introduction\\_it.htm](http://europa.eu/scadplus/european_convention/introduction_it.htm)).

<sup>3</sup> In argomento, volendo, cfr., per un tentativo d'inquadramento generale, P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (Note minime sulla c.d. e-Democracy)*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2003, 3 ss.

a banche dati o la sottoscrizione di *newsletter*. Circostanza, anzi, quest'ultima, di non secondaria importanza in quanto idonea – ci sembra – a segnare il discrimine tra un mero sito- vetrina ed uno vocato ad operare attivamente come “nodo” della Rete e concepito, per dirla ancora con il giudice costituzionale francese, «*pour l'exercice de la démocratie*».

## 2. Cenni di carattere tecnico

Venendo, dunque, al sito della Consulta, sembra utile effettuare una serie di preliminari considerazioni, quali possono emergere da una rassegna, sia pur concisa, di altre giurisdizioni costituzionali, in quanto idonea a comparare le *performances* sul *web* di Corti assimilabili per ruolo e/o funzioni.

Questo tipo di analisi postula essenzialmente che la scelta dei riferimenti si collochi in un ambito al possibile omogeneo, cosicché appare coerente riservare l'attenzione ad esperienze esemplari di tradizione costituzionale analoga a quella della nostra Corte costituzionale, quali quelle della Corte suprema USA, dei giudici costituzionali di Spagna, Germania e Francia, nonché della *new entry* costituita dalla Suprema Corte britannica (anche se, da un punto di vista “digitale”, gli organi appena elencati appartengono a contesti tecnologicamente non sempre paragonabili dal punto di vista temporale, non foss'altro perché la Rete ha avuto origine, com'è noto, oltre Atlantico, mentre, sull'opposta sponda dell'oceano, la penetrazione di internet è avvenuta successivamente e con diverse velocità nei vari ordinamenti europei riguardati).

Posto, dunque, che, nella prospettiva funzionale di nostro immediato interesse, un sito *web* deve principalmente saper far fronte ad esigenze d'identificazione univoca e di “navigazione” efficiente, e considerato come, a questa duplice occorrenza, facciano normalmente fronte, da un lato, il logo e la testata e, dall'altro, il menù delle applicazioni e dei servizi, non resta che verificare la portata di simili indicazioni nell'ambito del nostro specifico campo d'interesse<sup>4</sup>.

## 3. Il sito web della Suprema Corte britannica

Prendendo le mosse dal più “giovane” dei siti in rassegna, poiché creato in pratica contemporanea con l'istituzione del suo soggetto titolare, la Suprema Corte britannica<sup>5</sup>, è possibile subito osservare come nella *Home Page*<sup>6</sup> campeggi, in alto a sinistra e inserito nell'“*header*” o testata, l'emblema della Corte.

Assai eloquente e di più fresca data è la didascalia collocata a destra di tale emblema, per cui: «The Supreme Court is the final court of appeal in the UK for civil cases, and for criminal cases from England, Wales and Northern Ireland. *It hears cases of the greatest public or constitutional importance affecting the whole population*»<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Questo sito, come tutti gli altri presi qui in considerazione, sono stati visitati in ultimo il 19 aprile 2015.

<sup>5</sup> Il 1° ottobre 2009, in base alle previsioni del *Constitutional Reform Act 2005* ([http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga\\_20050004\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf)).

<sup>6</sup> In <http://supremecourt.uk/index.html>.

<sup>7</sup> Corsivo nostro.



La medesima testata, che si estende orizzontalmente al di sopra della barra del menù, propone già essa direttamente una serie di servizi di carattere generale<sup>8</sup>. La lingua è ovviamente l'inglese, non provvedendosi, purtroppo, a fornire informazioni in altre diverse lingue, se si eccettua il gallese utilizzato solo, forse con qualche affettazione, per dare conto della fisionomia dell'organo.

Sempre in alto, questa volta, a destra, risalta un motore di ricerca interno appoggiato sulla tecnologia di *Google*.

Nel piè di pagina (*footer*), una sezione fornisce informazioni attinenti ai profili tecnico-giuridici del sito stesso<sup>9</sup>.

Tra queste due partizioni si colloca il corpo principale della pagina, che, accanto ad una sezione centrale, ne registra una aggiuntiva dedicata alle attività correnti e alle *news* della Corte.

La presentazione della *Supreme Court* nella *Home Page* consente, dunque, di comprendere immediatamente con cosa si ha che fare e di valutare l'interesse a proseguire nell'approfondimento del sito, avvalendosi sia di una navigazione principale, sia di una secondaria, attraverso i vari collegamenti presenti nelle diverse pagine raggiungibili dal menù.

Limitandoci, di necessità, a ciò che attiene all'esercizio in concreto della funzione giurisdizionale, notiamo, sempre nella *Home Page*, raggugli circa la procedura giudiziaria ed i casi sottoposti alla Corte. Le indicazioni di carattere procedurale risultano dettagliate ed esaustive, tali da mettere a proprio agio anche chi non abbia particolare dimestichezza con l'organo. Quanto alle decisioni, l'informazione verte sia sulle questioni ancora *sub iudice*, sia su quelle già definite: in ambo i casi, la possibilità di effettuare ricerche secondo una pluralità di parametri rende le banche dati del sito di grandissimo ausilio vuoi per la pratica forense, vuoi per la ricerca degli studiosi. Un *Case summary*, insieme ad altri riferimenti, rende, peraltro, già sufficientemente chiare le fattispecie all'esame della Corte, laddove, per i casi già decisi, soccorre un *Press summary*, da cui (benché si avverta che esso essenzialmente «*provided to assist in understanding Court's decision*», non formando «*part of the reasons for the decision*») è possibile trarre una preziosa messe di riferimenti sul piano interpretativo e nell'eventuale rapporto con altra diversa giurisprudenza, specie delle Corti europee.

<sup>8</sup> Quali la possibilità di contattare un numero telefonico nel caso in cui si presentassero problemi di accesso al sito stesso (*accessibility*), di organizzare una visita presso la Corte per gli studenti (*education*), di giovare, da parte di determinati addetti ai lavori, di contatti con l'istituzione (*press office*) e di richiedere informazioni generali, sol che si forniscano le proprie coordinate (*contact us*). Inoltre, si prevede una serie di risposte a quesiti ricorrenti relativi alla Corte (*FAQs*) ed, infine, si informa su eventuali posizioni vacanti per assunzioni.

<sup>9</sup> Sullo sviluppatore del sito, sulla mappa del sito stesso, sui termini e le condizioni relative all'utenza e sul *copyright*.

Lo schema britannico appare senz'altro ispirato al suo più illustre e risalente modello, ossia quello della Corte suprema USA (che, del resto, per l'accennata sfalsatura tecnologica, può rivendicare il primato della presenza di una giurisdizione costituzionale sul *web*). Nel complesso, tuttavia, come meglio potrà intendersi tra poco, è evidente il proposito di differenziarsene visibilmente, almeno per la distribuzione dei contenuti e per la maggior vivacità iconografica.

4. *Il sito web della Corte suprema USA*

Venendo, dunque, altrettanto rapidamente a considerare l'*Home Page* della Corte suprema USA, può, invero, subito additarsene il carattere più austero: la grafica è lineare e pratica, mentre si rinvia alle numerose pagine "sottostanti" per gli sviluppi più complessi, laddove un solo quadrante fotografico, anche se con suggestive immagini a scorrimento, ambisce a richiamare l'attenzione dell'utente.



Anche l'*Home Page* in discorso<sup>10</sup> si presenta incorniciata nella parte superiore da una testata ai cui lati spiccano (a sinistra) l'emblema della Corte e (a destra) il motore di ricerca interno<sup>11</sup>, intanto che cinque rubriche sovrastano il piè di pagina destinato ad offrire precisazioni sul come accedere ad informazioni di servizio.

L'utilizzazione *of course* della lingua inglese risulta anche qui fatta in via esclusiva (del resto, la circostanza ha concorso a farne la "cybergiurisdizione" più nota e più "frequentata" nello spazio virtuale).

Ad un'analisi di carattere più diretto constatiamo come:

- a) nella rubrica in alto a destra, trovino collocazione le ultime decisioni emesse dalla Corte; mentre,
- b) nella rubrica in alto a sinistra, sia possibile consultare un calendario, che segnala i giorni dedicati alle discussioni (*Argument days*), quelli di riunione (*Conference day*), quelli in cui vengono compiuti altri atti (*Non-Argument days*), nonché i giorni di vacanza della Corte (*Holiday*); inoltre
- c) nella rubrica in basso a destra, compaiano i rinvii agli "straripanti" faldoni delle cause più rilevanti in discussione e ai precedenti consolidati sul medesimo oggetto (è, del resto, in questi *Merits briefs* che si rinvergono gli atti introduttivi recanti l'indicazione delle fattispecie, delle domande e delle argomentazioni sviluppate dalle parti), nonché agli interventi dei diversi soggetti interessati;

<sup>10</sup> In <http://www.supremecourt.gov>: si noti il dominio di primo livello originale "gov", utilizzato esclusivamente dagli Stati Uniti per le proprie istituzioni.

<sup>11</sup> Una barra di ricerca consente di effettuare ricerche fra tutti i documenti del sito o solo fra i "*docket files*".



d) nella rubrica centrale di sinistra, si trovino gli *Year-End Reports in The Federal Judiciary*; e, infine,

e) nella rubrica in basso a sinistra, siano collocati i *Recent Arguments*, di cui è possibile consultare la trascrizione scritta ed ascoltare i contenuti.

Assai di recente, il sito è stato messo a nuovo, in particolare, con l’inserimento di una barra fissa orizzontale sotto la testata, idonea a dare maggiore visibilità all’offerta informativa (*Opinions, Oral Arguments, Case Documents, Rules & Guidance, News Media* e *About the Court*<sup>12</sup>).

Riservando la nostra attenzione solo ad alcune di tali rubriche<sup>13</sup>, rinveniamo in esse, per così dire, il fulcro del sistema, rappresentato dal tracciamento dei vari casi (natura, termini e durata) sottoposti alla Corte: in particolare, nella rubrica *Case Documents*, gli utenti possono usufruire del *Docket System*, ossia del motore di ricerca che permette di reperire il “riassunto dei casi” (*Docket*) dell’anno presente e di quelli precedenti, utilizzando, come parola chiave, il *Court docket number* (ossia l’anno e il numero, es. 06-123), o un *Lower court docket number*, o, ancora, il nome delle parti del caso. È, però, nella rubrica *Rules & Guidance* che è attualmente disponibile il *Case distribution Schedule*, ossia la lista contenente la previsione della data in cui una domanda verrà esaminata dalla Corte.



<sup>12</sup> Si trovano, in particolare, qui la Costituzione degli Stati Uniti, una breve presentazione della Corte nella sua composizione, la sommaria biografia dei giudici attuali operanti presso la stessa, un grafico illustrante i membri che hanno composto la Corte a partire dal 1870, e la descrizione della struttura e storia dell’edificio che la ospita.

<sup>13</sup> Alcune delle rubriche in precedenza allocate in una sezione dedicata alla “*Supreme Court Information*”, sono state ora, per così dire, declassate e disperse nell’ambito della Home Page, ossia in testa alla pagina a destra, *Visiting the Court*; nella Rubrica *News & Media*, la *Public Information*: tra le informazioni pubblicate possiamo citare i comunicati stampa da novembre 2002, i *Media Advisores*, gli *Speeches*, le Relazioni annuali del Presidente della Corte suprema, il regolamento dell’edificio della Corte, i numeri di telefono utili ed indirizzi dove mandare commenti e richieste: sulla barra inferiore i *Links* e i *Jobs* (con le correnti opportunità di lavoro: *Building Support Technician -Office Cleaning-*, *Building Support Technician -Day-* e *Special Assistant*) Oltre a questo, viene presentata, per studenti appena laureati o dottorandi in legge, un’opportunità di lavorare presso la Corte per un anno tramite il *Supreme Court Fellows Commission Program*, grazie al quale il candidato potrà sviluppare la propria conoscenza dell’organizzazione giudiziaria statunitense con un approccio pratico. Tramite il *Docent Program*, invece, volontari, uomini e donne, di un’età superiore ai 21 anni, hanno la possibilità di accogliere e di assistere i numerosi turisti e visitatori della Corte, offrendo percorsi di guida diversificati. Infine, tramite il *Judicial Internship Program* e gli *Internships in the Office of the Curator* studenti universitari possono svolgere alcuni periodi di stage presso la Corte e presso l’*Office of the Curator*.

The Chief Justice's 2014 Year-End Report

Recent Arguments

The transcripts of oral arguments are posted on this Web site on the same day an argument is heard by the Court. Same-day transcripts are considered official but subject to final review. The audio recordings of all oral arguments heard by the Supreme Court of the United States are available to the public at the end of each argument week. The audio recordings are posted on Fridays after conferences.

Monday, March 23

13-1412	City and County of San Francisco v. Sheahan	Transcript
14-164	Walker v. Texas Div., Sons of Confederate Veterans, Inc.	Transcript

Wednesday, March 25

14-114	King v. Sunell	Transcript Audio
--------	----------------	------------------

Tuesday, March 24

13-1173	Los Angeles v. Patel	Transcript
13-1428	Daim v. Ayala	Transcript Audio

Monday, March 23

13-1314	Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Comm'n	Transcript Audio
13-1332	Ohio v. Clark	Transcript Audio

Wednesday, February 25

14-86	EEOC v. Abernethy & Fish Stores, Inc.	Transcript Audio
14-183	Baker Botts, L.L.P. v. ASARCO LLC	Transcript Audio

Tuesday, February 24

13-1487	Henderson v. United States	Transcript Audio
13-306	Tillis v. Edison Int'l	Transcript Audio

Earlier Transcripts | Earlier Audio

March 23, 2015 (Version 2014.1)

Home | Help | Site Map | Contact Us | About Us | FAQ | Jobs | Links | Building Regulations  
 Website Policies and Notices | Privacy Policy | USA.GOV

Supreme Court of the United States

Sempre sulla nuova barra, rileva, ai nostri fini, la rubrica *Oral Arguments*: oltre al calendario delle discussioni, proiettato negli anni a venire, e alla lista delle udienze, vi si rinviene una guida riassuntiva alle discussioni orali con la descrizione del procedimento e del ruolo delle diverse figure presenti nel processo, eventuali istruzioni mirate a gruppi di visitatori e l'indicazione della disposizione dei giudici in aula. Sono, inoltre, disponibili le trascrizioni delle discussioni orali, pubblicate lo stesso giorno in cui si sono svolte (*Arguments transcripts*) e le registrazioni audio (*Arguments audio*), utilizzabili, però, solo al termine della singola *Argument week*.

Istruzioni sul come prendere parte ai lavori o semplicemente assistere alle udienze sono, poi, fornite nella già evocata rubrica *Rules & Guidance*: più precisamente, cliccando, nell'ambito del menù della *Supreme Court Bar*, l'etichetta *Bar admissions*. A tale scopo, sono forniti sul sito stesso i moduli per le richieste dei soggetti intenzionati a praticare presso la Corte con le indicazioni e i requisiti necessari; e quelli recanti le spiegazioni per poter accedere al *Bar* in gruppo, rispettivamente negli *Argument days* e nei *Non-Argument days*.

Restando ancora nelle *Rules & Guidance*, risultano di particolare interesse procedurale e pratico le *Court Rules*, in cui sono pubblicate le regole di funzionamento della Corte Suprema e quelle per gli avvocati (particolarmente, coloro che si trovino a discutere, per la prima volta, una causa di fronte alla Corte: v. la *Guide for counsel in cases to be argued before the Supreme Court of United States*). Analoga attenzione merita la *Guide for Counsel*, nel cui ambito la *Guide to filing in Forma Pauperis* introduce, tra l'altro, alla *Guide for prospective indigent petitioners for writs of certiorari*, utilissimo sostegno a beneficio dei ricorrenti che non possono permettersi l'assistenza di un avvocato.

Di notevole importanza è il contenuto della rubrica *Opinions*, residente anch'essa sulla barra principale: in essa sono raggruppati (e scaricabili) diversi documenti, come tra gli altri, le *Latest Slip Opinions* (visibili fino alla loro pubblicazione nei *Bound Volumes of the United States Reports*); talune *Opinions* dei singoli giudici a margine di determinate sentenze; i *Counsel Listings* (recanti i nominativi dei membri della Corte che hanno partecipato ad un determinato procedimento); e i testé ricordati *Bound Volumes of The United States*, che raccolgono tutto il materiale concernente le decisioni della Corte.

Completano questa nostra sintetica (e, ahimè, di necessità lacunosa) rassegna, da un lato, gli *Orders of the Court*, ossia la serie delle ordinanze emesse dalla Corte, in ispecie quelle che respingono in maniera sommaria (la stragrande maggioranza del) le domande proposte; e, dall'altro lato, il *Journal*, che reca i verbali ufficiali dei lavori della Corte a partire dall'ottobre 1993; entrambi sono collocati nella rubrica *Case Documents* della ridetta barra.

5. *Il sito web del Tribunale costituzionale federale tedesco*

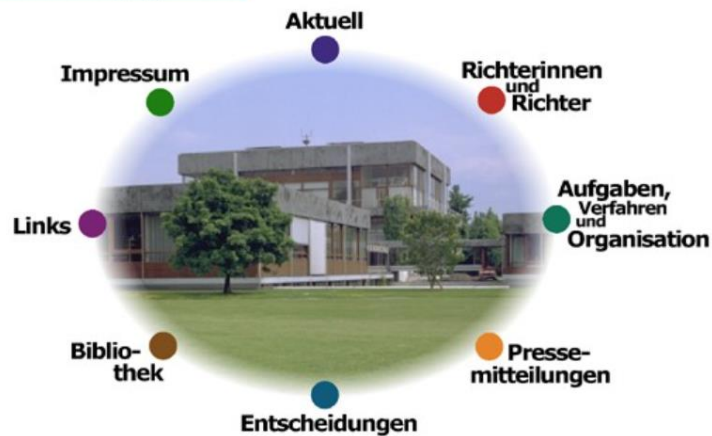
Il sito del Tribunale costituzionale federale tedesco è, dal canto suo, usufruibile sia nella lingua originale, sia in inglese, anche se le due versioni non sono perfettamente speculari. Pare, comunque, commendevole l'intento di aumentare così la conoscibilità sul *web* della giurisdizione di Karlsruhe, soprattutto in tempi in cui, com'è noto, essa è in grado di influenzare peculiarmente anche le complessive vicende eurounitarie.

La *Home Page*<sup>14</sup> ha abbandonato da qualche tempo la sua tradizionale teutonica essenzialità basata su un unico menù circolare con al centro un edificio di stile novecentesco: quest'ultimo, però, continua a comparire anche nell'attuale testata, restando, peraltro, ingiustamente poco decifrabile (nel sito si apprende, infatti, che la costruzione, sede del Tribunale costituzionale, si deve ad un famoso architetto berlinese e che il suo *design* "aperto" avrebbe lo scopo di suggerire il valore della trasparenza democratica: v. la rubrica *Gebäude*).



**Das Bundesverfassungsgericht**

[English Version](#)



[\[Aktuell\]](#) [\[Richter\]](#) [\[Organisation\]](#) [\[Pressemitteilungen\]](#) [\[Entscheidungen\]](#) [\[Bibliothek\]](#) [\[Links\]](#) [\[Impressum\]](#)

[\[Diese Seite über eine gesicherte Verbindung aufrufen\]](#)

In Kooperation mit dem [Institut für Rechtsinformatik](#) der Universität des Saarlandes

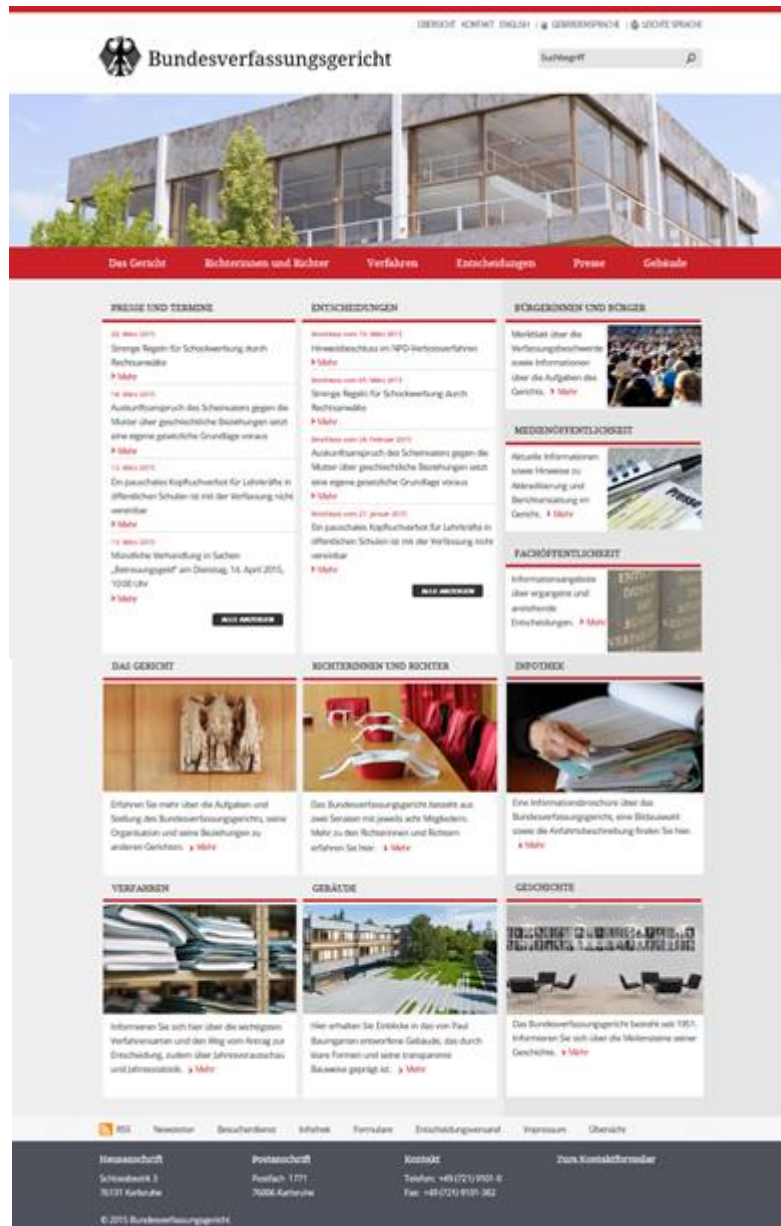
Nel nuovo sito, in alto a sinistra, appare, con una grafica all'evidenza poco preoccupata di sedurre, il nome e l'emblema del Tribunale costituzionale. Vi si reperisce, immediatamente sotto, la barra principale il cui menù è in pratica replicato dal corpo della pagina.

Tra le varie rubriche, accenniamo soltanto a quelle attinenti ai rapporti con i media (*Presse e Medienöffentlichkeit*) e quella recante le decisioni (*Entscheidungen*). Tra le prime, infatti, trovano particolarmente posto, oltre alle consegne da osservarsi da parte dei "media" per assistere alle sedute, le ultime decisioni del Tribunale costituzionale, corredate da un comunicato stampa, che dà conto, in maniera piuttosto articolata, della fattispecie e delle argomentazioni contenute nella decisione. Vi è allocato, inoltre, un apposito motore di ricerca con cui esplorare tutti i comunicati stampa di commento alle decisioni.

Tutte le sentenze, a partire dal 1998 (e in via d'implementazione per il progresso), si trovano, però, pubblicate nella terza delle rubriche ricordate, nel cui ambito, peraltro, è possibile muoversi in modo mirato grazie anche ad un potente motore di ricerca interno (vi risulta segnalata, inoltre, quando esistente, la versione inglese).

<sup>14</sup> In <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

Benché, dunque, nel confronto con i siti precedenti, quello tedesco non si presenti graficamente molto attrattivo, sostenuto com'è da una serie di foto a mo' di *dépliant*, non potrebbe dirsi assente un adeguato accompagnamento dell'utente alla comprensione dell'operato del giudice costituzionale.



## 6. Il sito web del Tribunale costituzionale spagnolo

L'essenzialità appena indicata per la situazione tedesca permette, dunque, di cogliere meglio la vivacità del sito del Tribunale costituzionale spagnolo<sup>15</sup>.

La testata, che contiene, in alto a sinistra, l'emblema ed il nome, e, a destra, la bandiera nazionale e la foto dell'originale edificio che l'organo occupa dal 1981<sup>16</sup>, è essa stessa compresa tra due barre orizzontali.

<sup>15</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.es>.

<sup>16</sup> La visita virtuale della sede del Tribunale è possibile poco più sotto.



La barra superiore offre già diversi servizi, compreso un motore di ricerca interno, intesi ad agevolare l'accesso al sito: prezioso il *Lector de la Página*, che consente di rilevare in modalità audio il contenuto di un'intera pagina o di una selezione di testo.

La barra inferiore conduce ai contenuti del sito, tra cui, come vedremo subito appresso, la giurisprudenza costituzionale. I *link* di quest'ultima barra meritano specifico interesse in quanto il relativo *click* modifica il contenuto della sezione di sinistra del corpo centrale, aprendo a corrispondenti approfondimenti (il resto della pagina, ossia le altre tre sezioni delle quattro su cui è complessivamente strutturata, è praticamente destinato, perlopiù, a portare in primo piano le informazioni più recenti delle varie rubriche o ad informazioni di carattere puramente interno).

Su di un piano generale, mette conto di rilevare come il sito risulti navigabile anche con griglie in inglese e francese, mentre è assicurata anche la traduzione nelle predette lingue (con netta preponderanza dell'inglese) delle decisioni maggiormente rilevanti (servizio, questo, che – si annuncia – verrà potenziato in futuro: v. la *Selección de resoluciones traducidas*, già in evidenza nella sezione di sinistra della *Home Page*).

Fermando, ora, il nostro sguardo sul menù laterale a scorrimento di sinistra, già in sede di *Home Page* (equivalente, a questo circoscritto fine, al tasto *Prensa*), è possibile ottenere informazioni importanti sul lavoro del Tribunale. Oltre, infatti, alla testé citata *Selección de resoluciones traducidas*, individuiamo la rubrica *Trasparencia e información institucional*, che fornisce informazioni sull'organizzazione del Tribunale, compreso il trattamento economico dei giudici (!). Il profilo qualitativo del lavoro è trattato, poi, particolarmente nella rubrica *Memoria*, millesimata e recante il bilancio giurisprudenziale di due anni prima, di cui mette conto di segnalare l'*Anexo IV* dedicato all'*Actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España*. Cliccando, infine, su *El Tribunal Constitucional*, troviamo le *Normas reguladoras* di ogni origine e grado.

Un efficiente e dedicato motore (*Buscador*) di ricerca permette, anche nel sito spagnolo, d'individuare le pronunce per mezzo di criteri plurimi. Modificando l'ingresso al menù laterale, mediante un *clicking* su *Jurisprudencia constitucional*, una panoplia di *link*, alcuni ripresi dal menù precedente, si offre all'utente, tutti riguardanti le pronunce del giudice costituzionale spagnolo. Nell'ultimo biennio, il Tribunale ha messo, analogamente, a disposizione l'ulteriore risorsa delle note esplicative sotto forma di comunicati stampa, variamente rintracciabili nella rubrica *Prensa*.



Occorre, infine, non trascurare nemmeno la rubrica *Constitution*, che conduce alla legge fondamentale declinata, tra l'altro, anche in diversi idiomi della penisola iberica (castigliano, catalano, basco, valenziano e galiziano) e nelle sue successive versioni temporali.

### 7. Il sito web del Consiglio costituzionale francese

L'ultimo dei siti di giurisdizioni costituzionali oltre frontiera, a cui dedicheremo queste svelte osservazioni, riguarda il *Conseil constitutionnel* francese.

Graficamente nel complesso non dissimile dai siti finora visitati, il sito d'oltralpe<sup>17</sup> presenta nella testata sia il nome, sia l'emblema dell'organo, nonché una foto della sfinge scolpita nel 1972 da Apelles Fenosa, posta come frontone sopra la porta d'ingresso dell'ala del Palais Royal consacrato a sede della giurisdizione costituzionale in questione.



Nella stessa testata spiccano due motori di ricerca, l'uno, generalista, per l'intero sito; l'altro, dedicato alle sole decisioni (una serie di bandierine, a destra sopra la testata, annuncia la possibilità di reperire contenuti nelle lingue inglese, tedesco, spagnolo, italiano ed arabo)<sup>18</sup>.

Il corpo della *Home Page*, con cartesiana schematicità (*et pour cause...*), propone, in successione, nelle prime due sezioni, praticamente tutte le rubriche disponibili con i relativi menù già in primo piano.

La terza sezione (quella di destra) è dedicata alle novità di carattere giurisprudenziale, evidenziabili cliccando, a turno, sui quattro tasti corrispondenti alle rubriche *Audiences*, *Décisions QPC*, *Décisions DC* e *Actualités*.

Non potendo, neanche qui, dar conto di tutti i contenuti del sito, restiamo sulle opportunità offerte di apprendere i *trends* giurisprudenziali dell'organo e, quindi, principalmente, sulle due rubriche *Les*

<sup>17</sup> In <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

<sup>18</sup> Nella rubrica *La Constitution* sono riportati i testi delle Costituzioni succedutesi nel tempo, a partire dal 1791 fino al 1958 (comprese le più recenti revisioni costituzionali con relativa spiegazione del procedimento di revisione costituzionale). Riguardo alla versione in vigore, è possibile una consultazione in versione HTML e in PDF ma anche in versione semplificata per *smartphones*. Sempre in PDF sono presenti delle versioni della Costituzione nelle seguenti lingue straniere: inglese, tedesco, spagnolo, portoghese, rumeno. Inoltre, in 20 domande viene sintetizzato il contenuto del testo costituzionale (nascita della Costituzione, diritti contenuti nella Costituzione, modifica del testo costituzionale...).

*décisions* e *Documentation*. La prima si presenta articolata, a sua volta, secondo tre modalità specifiche di accesso ed una quarta che ripropone la ricerca su tutto il *corpus* giurisprudenziale. La seconda rappresenta, da un certo punto di vista, il punto di forza del sito, col proporre quattro diverse e complementari prospettive dalle quali traguardare il lavoro del *Conseil*: *Dossiers thématiques*, *Commentaires des décisions*, *Contributions et discours* e *Communiqués de presse*<sup>19</sup>.

Venendo, in particolare, ai *Dossiers thématiques*, si ha a che fare soprattutto con corpose documentazioni afferenti alle competenze del *Conseil constitutionnel* come giudice elettorale e referendario. I *Commentaires des décisions* riguardano, invece, il sindacato di costituzionalità sia dalla via *a priori*, sia da quella *a posteriori*, potendosene trarre una messe d'informazioni sulle singole decisioni (la genesi delle norme sottoposte a controllo, l'eventuale fattispecie, l'origine della questione fino ai profili interpretativi ed alle *rationes decidendi* del giudice costituzionale): quindi, normalmente, un eccellente supporto alla comprensione della decisione vera e propria, che va, pertanto, associato a quello offerto dai *Communiqués de presses*. Infine, la complessiva attività del *Conseil* è fatta oggetto di analisi nei *Contributions et discours*.

Segnaliamo la più recente rubrica *La question prioritaire de constitutionnalité* recante, in particolare, una guida pratica al nuovo meccanismo di controllo dalla via incidentale, per la cui comprensione sono anche pubblicate 12 pratiche domande e 4 video-interviste<sup>20</sup>. Vi sono, inoltre, forniti *link* utili per approfondire la tematica, una nutrita bibliografia, compresi gli studi in linea sull'argomento, ed informazioni anagrafiche sulle questioni pendenti.

La nostra navigazione può concludersi con la rubrica *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, che offre in linea, a poca distanza dall'edizione cartacea, la possibilità di lettura della rivista patrocinata dal *Conseil* stesso, strutturata su temi monografici e consultabile per autore, tema ed ordinamento. Del resto, è sempre stato scrupolo del *Conseil* curare la pubblicazione delle proprie decisioni accompagnate da ricchi indici e dall'indicazione della dottrina afferente: ciò che attualmente, ha trovato collocazione proprio nei predetti *Cahiers*.

#### 8. Il sito web della Corte costituzionale italiana: la Home Page

Riservandoci di richiamare ancora, se del caso, i siti *web* finora visitati, concentriamo adesso la nostra attenzione su quello della nostra Corte costituzionale<sup>21</sup>, per la quale l'osservazione verrà svolta in maniera più approfondita rispetto alla panoramica straniera.

---

<sup>19</sup> V. anche nella Rubrica *Vidéos*.

<sup>20</sup> V. ancora nella Rubrica *Vidéos*.

<sup>21</sup> In <http://www.cortecostituzionale.it>: la creazione del dominio risulta risalire al 28 luglio 1999. Sulle caratteristiche del cd. Top Level Domain "it" (ccTLD "it"), sembrano ancora attuali le osservazioni contenute in P. COSTANZO, *Nomi di dominio della pubblica amministrazione in Federalismi.it*, 2008 n. 12.

REPUBLICA ITALIANA

Mappe Glossario Guida alla navigazione RSS | EN

Corte costituzionale

Institutione Composizione Lavori Giurisprudenza Documentazione Attualità Relazioni internazionali Corti costituzionali straniere Rapporti con i cittadini

**Ultimo deposito delle Pronunce**

Deposito del 19/03/2015 (dalla 43 alla 43) [DETTAGLIO DELL'ULTIMO DEPOSITO >](#)

[Sentenza 43/2015](#)  
 Pres.: CRISCUOLO, Red.: Sciarra

Atti decisi: ord. 91/2014  
 Norme impugnate: Art. 14, c. 1°, della legge 08/08/1991, n. 274.  
 Dispositivo: illegittimità costituzionale parziale

**Relazione del Presidente**

Relazione del Presidente Alessandro Criscuolo sulla giurisprudenza costituzionale del 2014

Roma, 12 marzo 2015

**ALLEGATI SCARICABILI:**

[RELAZIONE DEL PRESIDENTE](#)

Cominciando, dunque, dalla *Home Page*, si avverte probabilmente un uso abbastanza generoso (ma non unico, come già appurato in qualche sito precedente) dello *scroll* verticale: anche con una visualizzazione 100%, occorre, infatti, scorrere alquanto sulla barra laterale per visionare il tutto.

Venendo, come in precedenza, in primo luogo, alla testata, notiamo, in alto a sinistra, il sigillo della Corte e a destra un'immagine dal buon effetto dinamico prodotto dal triplice e raccordato motivo delle bandiere sventolanti (dell'Unione europea e nazionale), dello scorcio del lineare Palazzo della Consulta e della riproduzione del suggestivo frammento di Bernardino Nocchi rappresentante la Fama alata dipinto per ornare un appartamento dello stesso Palazzo. Di discreto e sobrio impatto risulta la *palette* dei verdi utilizzati negli sfondi, quasi generati dal verde del tricolore che segna praticamente il centro della testata. Quest'ultima è sovrastata a sinistra dal sigillo della Repubblica e a destra da una breve lista di pulsanti di carattere tecnico ("Mappa", "Glossario", "Guida alla navigazione", "RSS" e più discostato "| EN |").

**Calendario dei lavori**

[ELENCO COMPLETO DEI LAVORI >](#)

Mercoledì 25 marzo 2015  
[UDIENZA PUBBLICA](#)  
 Martedì 24 marzo 2015  
[UDIENZA PUBBLICA](#)

Mercoledì 11 marzo 2015  
[CAMERA DI CONSIGLIO](#)  
 Martedì 10 marzo 2015  
[UDIENZA PUBBLICA](#)

**Recenti aggiornamenti**

**BOLLETTINO STUDI RICERCHE ATTI DI PROMOVENTO**

**BOLLETTINO SULLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE STRANIERA**  
 (febbraio 2015)

**Udienza pubblica**

[RECENTI UDIENZE >](#)

Martedì, 24 febbraio 2015  
[UDIENZA PUBBLICA](#)  
 (Roma, Palazzo della Consulta, 24 febbraio 2015)

**ALLEGATI SCARICABILI:**

[RELAZIONE DEL PRESIDENTE](#)  
[RELAZIONE SULLA GIURISPRUDENZA E SULL'ATTIVITÀ DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL 2014](#)  
[DEI QUANTITATIVI E DI ANALISI](#)

**INTERVENTI PRECEDENTI**

**Comunicati stampa e note informative**

Elezione del Giudice Mattarella alla Presidenza della Repubblica  
 dal Palazzo della Consulta, Martedì 2 febbraio 2015

**ALLEGATI SCARICABILI:**

[COMUNICATO](#)

Decisione in tema di ammissibilità del referendum sulle disposizioni in materia di trattamenti pensionistici  
 dal Palazzo della Consulta, Martedì 20 gennaio 2015

**ALLEGATI SCARICABILI:**

[COMUNICATO](#)

La barra principale risulta, tuttavia, quella collocata al di sotto della testata ed in contiguità con essa (con le rubriche: “Istituzione”, “Composizione”, “Lavori”, “Giurisprudenza”, “Documentazione”, “Attualità”, “Relazioni internazionali”, “Corti costituzionali straniere” e “Rapporti con i cittadini”, cui corrispondono sottostanti menù).

Il corpo centrale, strutturato su sezioni accostate e/o sovrapposte, ha, all’evidenza, come cifra comune l’attualità variamente declinata.

Nella parte inferiore della *Home Page*, una seconda barra, destinata a segnalare altre quattro rubriche (ancora la “Costituzione”, “Che cosa è la Corte costituzionale”, nuovamente il “Glossario” e le “Pubblicazioni”), incornicia il tutto e nel suo mezzo ritroviamo ancora il sigillo della Corte.

Le informazioni anagrafiche e legali chiudono, in basso a destra, la pagina non senza offrire un senso di euitmia rispetto a quelle, già menzionate, sovrastanti, sempre a destra, la testata.

Rispetto ad alcuni dei siti stranieri visitati, il sito della Consulta sembra, dunque, concedere assai poco a seduzioni grafiche, laddove, anzi, può forse notarsi una sua certa rigidità data, in particolare, dal carattere stabile e identico delle due barre predette in tutte le pagine.

Le uniche “concessioni” di rilievo all’iconografia finiscono, quindi, per essere rappresentate dalle foto dei giudici in udienza (ripresi alla sprovvista e non in posa<sup>22</sup>), che spicca dal corpo centrale<sup>23</sup> e (ancora) del Palazzo della Consulta, su cui si appoggia la sezione verticale di destra del già menzionato corpo centrale (le immagini replicate nelle pagine interne non sembrano capaci di produrre qualche maggior smalto esornativo).

#### 9. Segue: le rubriche dell’attualità

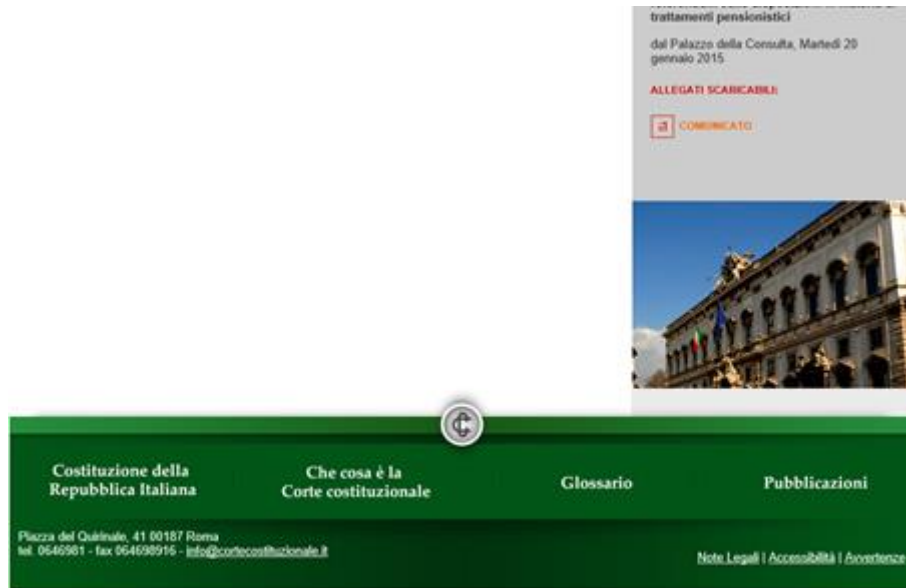
Lasciata, comunque, da parte l’estetica, e venendo al piano organizzativo, il sito della nostra Corte appare geometricamente piuttosto strutturato, e forse addirittura un po’ monocorde, emergendone, rispetto ai siti visitati in precedenza, la sensazione di una qualche fissità: ciò che sul *web* non è sempre idoneo a trattenere l’attenzione.

Quest’ultimo rilievo – sia chiaro – se non rende particolarmente frizzante la navigazione, la affida, però, ad acque tranquille e a rotte chiaramente tracciate: ciò che, sovente, può rendere più fruttuose ed immediate le ricerche.

---

<sup>22</sup> Cfr. la più gaia foto del *Conseil constitutionnel en salle de séance* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-en-salle-de-seance/les-membres-en-salle-de-seance.96861.html>), o quelle più formali dei giudici del Tribunale costituzionale tedesco ([http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/richter\\_node.html;jsessionid=AFA7DD82B27E0BEC50407513CFDC4A83.2\\_cid394](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/richter_node.html;jsessionid=AFA7DD82B27E0BEC50407513CFDC4A83.2_cid394)).

<sup>23</sup> Tale “foto di famiglia” testimonia, peraltro, al momento attuale, malinconicamente, della perdurante incompletezza del Collegio.



Inoltriamo, comunque, nei livelli più profondi e “di merito” del sito. Non senza prima, però, aver dato conto del fascio d’informazioni esibito dalla stessa *Home Page*.

In questo senso, si evidenziano le seguenti rubriche: “Ultimo deposito delle Pronunce”, “Calendario dei lavori”, “Udienza pubblica” e “Recenti aggiornamenti”.

Cominciando da quest’ultima, non possono non avvertirsi, in generale, una certa eterogeneità e qualche (inutile?) sovrapposizione. Più nel dettaglio, infatti, da un lato, non si comprende benissimo la scelta di fornire aggiornamenti specifici proprio sui disparati temi proposti, mentre, dall’altro lato, notiamo come la rubrica “Studi ricerche” si riferisca ad una sola delle sezioni della rubrica “Studi e ricerche” accessibile dal tasto “Documentazione” della barra superiore, la rubrica “Atti di promovimento” risulti un perfetto clone di quella raggiungibile dal tasto “Lavori” della medesima barra, la rubrica “Bollettino” conduca inopinatamente al “Bollettino sulla giurisprudenza costituzionale straniera”, che però sembra aver vita anche con la diversa identità degli “Studi di diritto comparato” nella dianzi indicata “Documentazione”.

Di estrema utilità è senz’altro il “Calendario dei lavori”, che reca il ruolo delle future udienze, mentre la rubrica “Udienza pubblica” guarda, per così dire, al passato, dando contezza e fornendo la registrazione visiva (solo di alcune) delle udienze pregresse (mediante tecnologia *flash player* o *mp4*, a seguito di *download*, per vero non infrequentemente faticoso, del *file* prescelto).

L’ultima delle rubriche del corpo centrale della *Home Page* ancora da prendere in considerazione riguarda le decisioni più recenti della Corte, ossia l’“Ultimo deposito delle Pronunce”, che viene messo a disposizione sia in una visualizzazione di sintesi, sia per ogni singola decisione.

Nel corpo centrale, le rubriche testé descritte sono accompagnate (sulla destra) da una sezione anch’essa orientata all’attualità, in cui trova, tra l’altro, collocazione la rubrica che peculiarmente ha destato l’attenzione, ossia quella dei “Comunicati stampa e note informative”<sup>24</sup>.

Pur individuandosi, infatti, acutamente nel comunicato stampa “un atto che sfugge alle riserve di legge costituzionale e ordinaria che disciplinano i giudizi costituzionali ed è estraneo a quel processo che ha per scopo primario proprio l’individuazione dell’incertezza sulla legittimità costituzionale di una norma”, ne è stato messo in evidenza la portata non neutra, ma assimilabile a quella di un provvedimento “cautelare” inteso e/o obiettivamente idoneo ad anticiparne gli effetti di una decisione rispetto al loro normale prodursi<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d’incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, 531 ss., ed *ivi*, alla nota 1 indicazioni bibliografiche sul tema.

<sup>25</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *op. cit.*



Ancor condivisibile sembra la tesi che si sia in presenza di un atto destinato a generare talvolta qualche situazione d'incertezza, ma l'idea che si tratti anche di un atto del tutto "abusivo" sembra francamente eccessiva. Se così fosse, l'atto in questione potrebbe non sembrare, allora, più abusivo di altre tecniche "rinvenute" dalla Corte per plasmare, in largo e in lungo, gli effetti delle proprie decisioni: contro simili tecniche, infatti, sarebbero proponibili, a maggior ragione, le obiezioni mosse alla prassi dei comunicati stampa quali l'estraneità ad una sequenza processuale (sempre nella denegata ipotesi che i comunicati in questione possano essere ritenuti atti interni al processo e non legittime esternazioni dell'organo in un contesto democratico e sempre più permeato da esigenze di rapida comunicazione), o non colpirebbero nel segno le obiezioni basate sull'assenza di motivazione (dato che la Corte ha provveduto ampiamente a giustificare, soprattutto nei fatti, la prassi in parola<sup>26</sup>, ritenendola conforme a doverosi criteri di chiarezza e correttezza ed idonea a dissipare controproducenti dubbi e inutili incertezze sul "verso" delle proprie decisioni).

Non pare del resto, che simili contestazioni affliggano prassi analoghe delle Corti costituzionali straniere in precedenza considerate. Potrebbe, se mai, nel confronto, valere il rilievo contrario per cui, da noi, si è ancora, purtroppo, in presenza di una prassi episodica, eterogenea nei suoi contenuti e mirata ai soli organi d'informazione (che abbiano voglia di interessarsene) e non invece, in principio, a tutto il corpo sociale<sup>27</sup>.

#### 10. Segue: *struttura e contenuti fondamentali (uno scorcio)*

Volendo a questo punto concludere con non più di un rapido scorcio sui contenuti comunicativi del sito, potremmo notare come la notevole ricchezza delle informazioni fornite possa disporsi su due assi principali, ossia

- a) la fisionomia giuridico-costituzionale dell'organo
- b) le notizie complementari.

Iniziando da b), un ulteriore duplice itinerario può così delinearsi:

##### b1) pagine di orientamento internazionalistico:

- sulla barra superiore, le rubriche "Relazioni internazionali", "Corti costituzionali straniere", le pagine "Corti sovranazionali europee" nella rubrica "Documentazione e "Organi di giustizia costituzionale stranieri" nei "Links" della medesima rubrica;

##### b2) pagine di carattere dottrinale:

- sulla barra superiore, le pagine "Atti convegni e seminari", "Studi e ricerche", "Studi di diritto comparato" e "Pubblicazioni" presenti sempre in "Documentazione".

L'impressione, peraltro, che se ne ricava è che, al di là delle etichette, non vi prevalga un disegno organico, sì che l'utente è portato più a scoprire "dopo" quali siano i contenuti delle pagine che a prevederli e, quindi, a cercarli con una navigazione pre-mirata.

Venendo all'asse sicuramente più importante e qualificante del sito, potremmo ripartire le relative informazioni a seconda che attengano:

- a1) alla struttura organizzativa e funzionale dell'organo, o
- a2) alle attività in concreto ed ai prodotti giurisprudenziali e documentativi.

Se si accede a questa proposta sistematica, possiamo (con qualche inevitabile approssimazione) ascrivere ad

##### a1)

- sulla barra superiore, le rubriche "Istituzione", "Composizione", la pagina "Biblioteca" nella rubrica (a questo punto, chiaramente residuale) "Documentazione", e, per evidenti le retroazioni democratiche sulla fisionomia dell'organo, anche la rubrica "Rapporti con i cittadini";

---

<sup>26</sup> A partire almeno dall'intervento del Presidente della Corte Baldassarre del 1995: A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. COSTANZO (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 17 ss.

<sup>27</sup> Nemmeno risultano al momento attivate significative interazioni con i principali *Social Network*.

- sulla barra inferiore, le rubriche “Costituzione della Repubblica italiana” e “Che cosa è la Corte costituzionale”;

e ad

a2)

- sulla barra superiore, le rubriche “Lavori” “Giurisprudenza” “Attualità” e le pagine non ancora evocate della rubrica “Documentazione” (“Relazioni annuali”, “Interventi dei Presidenti”, “Statistiche” e “Patrimonio documentario”;

- sulla barra inferiore, la Rubrica “Pubblicazioni”.

Non ostandovi, anche qui, un qualche squilibrio allocativo, risulta quindi assai agevole segnalare la pregevole qualità e la significativa quantità delle informazioni “postate” in questo secondo percorso comunicativo.

#### 11. *Brevi conclusioni (e proposte).*

Concludendo la nostra veloce e un po’ schematica ricognizione del sito *web* della Corte costituzionale, possiamo, intanto, rinviare alle valutazioni già diffusamente effettuate sia di tenore critico, sia soprattutto in termini di apprezzamento, talché non occorre spendere altre parole per accreditarne la sicura comparabilità con i siti di altre giurisdizioni costituzionali, ai quali il sito della Consulta si dimostra pienamente omologabile per accessibilità, struttura, contenuti e aggiornamento.

Ci si conceda, pertanto, di dedicare, infine, la nostra attenzione solo a due particolari profili di necessità tra loro collegati ed in merito ai quali, forse, il confronto con l’esterno è più suscettibile di produrre suggerimenti costruttivi, quali a) il trattamento delle decisioni e b) l’organizzazione editoriale.

Si è riferito della cura e della tempestività con cui la Corte fa fronte, talvolta anche “giocando d’anticipo”, all’imprescindibile pubblicità delle proprie decisioni, muovendosi, pertanto, su di un piano istituzionale che va oltre quello più specifico della presa di efficacia delle sue determinazioni. Il confronto con altre giurisdizioni costituzionali può, però, aver mostrato l’utilità generale della messa in linea anche di altra documentazione quale *ex ante* gli atti e i faldoni di causa, comprensivi di eventuali ricerche dottrinali, ed *ex post* di comunicati di accompagnamento tesi ad esplicitare e ad inquadrare nei diversi trends giurisprudenziali le decisioni adottate.

Per restare all’esempio forse più vicino a noi, quello, cioè, del *Conseil constitutionnel*, verificiamo come il trattamento riservato al prodotto giurisprudenziale sia, per così dire, polivalente. Alla classica pubblicazione delle decisioni, reperibili, peraltro, secondo una pluralità di chiavi, tra cui quella per argomenti (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-themes-tables-tables-analytiques.25838.html>), si affiancano, infatti:

- per le decisioni *QPC*, un *Communiqué de presse*, un *Dossier documentaire* ed un *Commentaire*;

e,

- per le decisioni *DC*, analogamente un *Communiqué de presse*, un *Dossier documentaire* ed un *Commentaire*, cui si aggiungono i *Dossiers législatifs* delle due Assemblee parlamentari ed il testo della normativa sottoposta a controllo nella sua versione consolidata a seguito dell’intervento del *Conseil*.

Tutto questo materiale, ovviamente, fa la gioia dei cultori della giustizia costituzionale francese e rende il sito in questione una tappa imprescindibile di ogni seria ricerca: si consideri come il *Communiqué de presse* costituisca un sintetico rendiconto del contenuto della decisione, il *Commentaire* coincida con una vera e propria nota di commento intesa a spiegare i percorsi argomentativi del *Conseil* in tutti i profili affrontati ed il *Dossier documentaire* dia conto delle indicazioni pertinenti di tipo parametrico e, soprattutto, dei trends giurisprudenziali già formati sui detti profili.

È ovvio (e veniamo al secondo punto) che un simile risultato non possa che conseguire all’attività di un apparato perfettamente attrezzato ed oliato. D’altro canto, si crede, così opinando, di collocarsi nel solco di una ben collaudata tradizione della stessa Corte, che, per prima, si è sempre mostrata sensibile all’innovazione tecnologica almeno a livello di *cd. intranet* (basti pensare all’istituzione,

ormai in tempi lontani, del cd. SIGICO (Sistema Giuridico Informatico Costituzionale)<sup>28</sup>, fino alla recente convenzione con la Corte di cassazione stipulata “al fine di agevolare l’interscambio dei dati e dei documenti in formato digitale”<sup>29</sup>). Ma, attualmente, anche per i rapporti comunicativi esterni, si pone l’esigenza che, tra gli apparati serventi di una giurisdizione costituzionale, vi sia una struttura dedicata alla Rete (per quanto risulta, al momento, dell’implementazione del sito della Corte resta onerato l’Ufficio Stampa, che è nato con una ben diversa vocazione).

E ciò, ci si permette di osservare, alla luce dell’analisi precedente, non foss’altro che per la migliore razionalizzazione dell’esistente<sup>30</sup>, dove qualche sovrapposizione, scoordinamento o impressione di estemporaneità già sembrano segnalare la necessità dell’allestimento di una struttura a cui attribuire in via esclusiva ed unitaria la responsabilità del coordinamento e dell’aggiornamento del sito web: un sito assunto ormai non solo (come suggerisce il titolo di quest’intervento) a rilevante nodo della Rete, ma anche ad inescapabile crocevia della dinamica istituzionale, e al quale, in ispirito del tutto costruttivo, sono state dedicate le precedenti impressioni.

(19 aprile 2015)

---

<sup>28</sup> Il SIGICO, presentato alla stampa il 26 ottobre 1989, si basa su una rete informatica mirata sia alla gestione integrata delle procedure giudiziarie sia all’interconnessione con banche dati esterne di rilievo costituzionale: cfr., *amplius*. P. COSTANZO, *Codice di giustizia costituzionale*, 9a ed., Torino, 2012, 298.

<sup>29</sup> Accordo di collaborazione tra la Corte costituzionale e il Ministero della Giustizia ([http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20150324125756.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20150324125756.pdf)).

<sup>30</sup> A stare ad un classifica, che ci cita qui con doverosa cautela, nel *Ranking* (realizzato in Armenia a cura del Database elettronico multilingue di “Hayknet” su internet) concernente la valutazione dei siti delle Corti costituzionali nel mondo ([http://www.iatp.am/arcaler\\_scorecard/xls/conc.htm](http://www.iatp.am/arcaler_scorecard/xls/conc.htm)), su di un totale di 58 soggetti analizzati, alla data del 14 novembre 2014, la Corte costituzionale italiana si collocava al ventottottesimo posto, registrando, peraltro, una tendenza in calo, e, in ogni caso, all’ultimo posto tra i siti esaminati nel testo.

**Antonio Ruggeri**

**Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a [Corte cost. n. 56 del 2015](#))**

Singolare, francamente sorprendente, l'affermazione fatta nella pronuncia cui si riferisce questo succinto commento, circoscritto al solo punto di diritto evocato nel titolo ad esso dato. Ci dice infatti il giudice delle leggi, al punto 3.1 del *cons. in dir.*, di poter far luogo al rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione alla sola condizione di essere investito di una questione di legittimità costituzionale che evochi in campo quali norme-parametro quelle di cui agli artt. 11 e 117, I c., cost. In altri termini, la questione pregiudiziale avrebbe bisogno di poggiare *sempre* su una previa questione di costituzionalità sollevata in relazione alle norme suddette e di essere *quodammodo* da essa veicolata, portata avanti. Parimenti singolare è la motivazione adottata a sostegno della tesi patrocinata dalla Corte. Poiché l'oggetto del giudizio di costituzionalità è determinato dai termini positivi indicati nell'atto introduttivo del giudizio stesso, se ne ha che ulteriori questioni addotte dalle parti non possono trovare accoglienza presso la Consulta: tra queste, appunto, quella che giustificerebbe il rinvio alla Corte dell'Unione.

Ora, tra la premessa e la conclusione del ragionamento fatto dalla Corte non c'è alcuna consequenzialità necessaria. Perché mai dovrebbe, infatti, escludersi in partenza che il giudice costituzionale possa sollevare una questione pregiudiziale alla Corte dell'Unione (non già in via generale bensì) in relazione alle stesse norme richiamate nell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*?

Il quesito è generalizzabile, riproponendosi anche per i giudizi in via principale e, in genere, per ogni competenza della Corte. E, invero, quand'anche l'atto di ricorso non contenga alcun richiamo agli artt. 11 e 117, nulla vieta – a me pare – alla Consulta di rivolgersi alla Corte dell'Unione in sede di rinvio pregiudiziale sia di validità che d'interpretazione, *laddove ciò sia indispensabile al fine della definizione del giudizio*.

Ma, restiamo al caso nostro. Con ogni probabilità, il giudice delle leggi ha qui ritenuto che fosse necessario il riferimento alle norme-parametro suddette (non è chiaro se ad entrambe o magari ad una sola di esse) nel presupposto che, ove la questione di “comunitarietà” (se così vogliamo ancora chiamarla, malgrado l'uscita di scena della Comunità) avesse rilievo per il giudizio in via principale, avrebbe dovuto essere lo stesso giudice di quest'ultimo a rivolgersi *in ogni caso* dapprima alla Corte dell'Unione e solo (ed eventualmente) in seconda battuta alla stessa Corte costituzionale, in applicazione della nota dottrina della necessaria precedenza delle questioni di “comunitarietà” su quelle di costituzionalità.

Non intendo qui rimettere in discussione la soluzione fatta propria dalla Consulta, come pure sarei tentato di fare non condividendola. Mi limito solo ad osservare che nulla vieta che possa essere la Corte *autonomamente* ad essere investita di un dubbio che potrebbe giustificare l'attivazione dello strumento del rinvio, un dubbio senza il cui scioglimento il verdetto non potrebbe essere a buon titolo emesso. Altrimenti opinando, dovremmo immaginare che la Corte che si ponga da se medesima una questione di "comunitarietà", dovrebbe rimandare gli atti al giudice *a quo*, sollecitandolo ad investire della questione stessa la Corte dell'Unione. Una ipotesi, tuttavia, che di tutta evidenza non sta in piedi, non essendo in potere della Corte insinuare dubbi all'autorità remittente che quest'ultima non ha avuto (o, realisticamente, talora non *voleva* avere...).

D'altro canto, non si vede come possa la Corte definire il giudizio sottopostole laddove reputi a ciò necessario adire il giudice dell'Unione, allo stesso tempo però considerando esserle preclusa questa facoltà.

Il vero è che qui ad essere distorta è la prospettiva dalla quale la Corte mostra, nella odierna pronunzia, di aver inquadrato il problema, non riuscendo a mia opinione a metterlo a fuoco come si conviene.

Contrariamente a quanto dichiarato nella pronunzia qui annotata, infatti, la Corte non si porterebbe oltre l'area materiale i cui confini sono segnati da oggetto e parametro indicati nell'ordinanza del giudice *a quo* nel momento in cui dovesse reputare necessario sollevare una questione di "comunitarietà" a vario titolo interferente coi termini normativi suddetti e sempre che si dia una oggettiva connessione (una sorta di "nesso funzionale") tra i termini stessi e norme dell'Unione rilevanti per la definizione del giudizio.

Sul fronte del parametro, ad es., potrebbe darsi il caso che le norme costituzionali evocate dall'ordinanza di rimessione, laddove inespressive di principi fondamentali dell'ordinamento, siano da considerare rimosse da norme dell'Unione e che, perciò, al fine di stabilire come stanno realmente le cose, la Corte abbia necessità di interrogare il giudice dell'Unione stessa, indipendentemente dalla circostanza che di questa necessità si sia, o no, mostrato avvertito il giudice *a quo*, secondo quanto si è peraltro al riguardo ripetutamente affermato nella stessa giurisprudenza costituzionale in ordine alle verifiche necessarie della "bontà" del parametro (ad es., in merito al rilievo interno della CEDU ed alla sua idoneità ad integrare il dettato costituzionale: da ultimo, v. [Corte cost. n. 49 del 2015](#)). Una ipotesi, questa, ovviamente valevole anche per il caso che il parametro sia dato da fonte interna "interposta" sospetta di essere incompatibile con fonte dell'Unione.

Sul fronte dell'oggetto, poi, la questione potrebbe rivelarsi inammissibile nel caso che la norma interna dovesse risultare meritevole di essere messa da canto ("non applicata") in quanto



incompatibile con norma dell'Unione *self-executing*; ed è francamente singolare che la Corte possa *motu proprio* constatare l'irrelevanza di questioni sollevate in relazione a norme di legge abrogate o a vario titolo inapplicabili nel giudizio *a quo*, mentre non possa farlo laddove a ciò osti l'osservanza del diritto dell'Unione.

Più complessa la questione con riferimento a norme interne incompatibili con norme sovranazionali insuscettibili d'immediata applicazione. Per un verso, infatti, si sarebbe tentati di dire che il rinvio qui non si giustifichi proprio per la ragione addotta dalla Corte. Giusta, infatti, la tesi patrocinata dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui la violazione di norme dell'Unione prive dell'attitudine ad essere portate ad immediata applicazione si tradurrebbe in violazione delle norme di "copertura", di cui agli artt. 11 e 117 cost., se ne avrebbe un indebito allargamento del parametro rispetto al modo con cui è posta la questione di costituzionalità.

Per un altro verso, però, nulla esclude che si dia una stretta, inscindibile correlazione tra la violazione della norma sovranazionale e quella delle norme-parametro indicate nell'ordinanza di rimessione, tale che la seconda possa dipendere dalla prima. Di modo che, nuovamente, il giudice delle leggi non potrebbe sciogliere il dubbio prospettatogli facendo a meno del previo interpello del giudice dell'Unione. Si tratta, insomma, di distinguere caso da caso: un'*autonoma* causa d'invalidità, per contrasto con norma sovranazionale non *self-executing*, non potrebbe giustificare l'utilizzo dell'arma del rinvio ma una invalidità – diciamo così – *per connessione*, a mia opinione, sì. D'altronde, la stessa giurisprudenza c'insegna che connessioni siffatte possono aversi; e basti al riguardo rammentare la nota giurisprudenza in ordine ai vizi denunciabili dalle Regioni, che portino appunto ad impugnare le leggi dello Stato anche nel caso che violino norme costituzionali diverse da quelle sulla competenza ma a queste legate. Ed allora ci si dovrebbe chiedere perché questa "logica" possa valere in un ambito di esperienza e non pure per l'altro.

Se, poi, la soluzione qui patrocinata di un ricorso diretto da parte della Corte allo strumento del rinvio dovesse considerarsi *in ogni caso* impraticabile, si potrebbe pensare di battere la via più lunga ed invero tortuosa che passa attraverso la previa autorimessione di una questione di legittimità costituzionale sulla quale si faccia quindi poggiare il rinvio stesso. Un'ipotesi, questa, che tuttavia mi parrebbe francamente artificiosa o, diciamo pure, barocca, in vista del raggiungimento di uno scopo che potrebbe invece – come si è venuti dicendo – essere centrato senza dover battere vie traverse ed impervie.

Sta di fatto che, a prendere per buona, alla lettera, l'affermazione ora fatta dalla Consulta, intendendola cioè come una sorta di dichiarazione d'intenti valevole di qui in avanti, si avrebbe una significativa contrazione dell'area materiale entro cui possono prendere corpo le questioni pregiudiziali per iniziativa della stessa Corte. Se poi si considera il fatto che il canale che mette in

diretto rapporto quest'ultima con la Corte dell'Unione si è ad oggi dimostrato estremamente asfittico, è facile previsione quella per cui le questioni pregiudiziali ad iniziativa dello stesso giudice costituzionale continueranno a contarsi sulle dita di una mano. Una conferma, quella venuta dalla decisione odierna, di certo non incoraggiante, che ripropone antichi ed irrisolti dilemmi circa le prospettive (temo, non rosee) per il prossimo futuro del giudizio in via incidentale, alla cui emarginazione la stessa Consulta purtroppo – come testimoniano taluni segni inquietanti avutisi di recente (e penso, ora, soprattutto a [Corte cost. n. 10 del 2015](#)) – non fa mancare il proprio apporto.

Lara Trucco

**Il sistema elettorale “*Italicum-bis*”  
alla prova della sentenza della [Corte costituzionale n. 1 del 2014](#)**

**(ATTO SECONDO)\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – I. IL SISTEMA DI VOTAZIONE. – 2. Circoscrizioni e collegi (multilivello), liste (variabili) di candidati e possibilità (parziale) di candidature multiple. – 3. Norme sulla preferenza di genere e voto “misto” (blindato e preferenziale). – II. IL SISTEMA DI ASSEGNAZIONE DEI SEGGI. – 4. Formula elettorale (proporzionale) e (eventuale) secondo turno (di lista). – 5. Premio di maggioranza (fisso), soglia dei voti (apparente) e *quorum* dei votanti (che non c’è). – 6. Livelli (molteplici) di assegnazione (e traslazione) dei seggi e proclamazione degli eletti.

*«...Come è stato più volte sollecitato dal Presidente Napolitano, un'altra priorità è costituita dall'approvazione di una nuova legge elettorale, tema sul quale è impegnato il Parlamento.*

*Nel linguaggio corrente si è soliti tradurre il compito del capo dello Stato nel ruolo di un arbitro, del garante della Costituzione. E' una immagine efficace. All'arbitro compete la puntuale applicazione delle regole.*

*L'arbitro deve essere - e sarà - imparziale.*

*I giocatori lo aiutino con la loro correttezza. Il Presidente della Repubblica è garante della Costituzione. ...»*

(Presidente della Repubblica Sergio Mattarella,

[Cerimonia di giuramento](#), Montecitorio, 3 febbraio 2015)

### **1. Premessa**

Signor Presidente, Onorevoli componenti della Commissione, nel formulare il mio saluto cordiale, desidero ringraziare vivamente per l'invito a questa audizione, nella speranza di fornire un qualche utile contributo ai lavori in corso.

In tal senso, è mio specifico intento proporre, alla luce della già memorabile sentenza della [Corte costituzionale n. 1 del 2014](#)<sup>2</sup>, una lettura della [proposta di legge](#) (A.C. 3-*bis*-B), recante “disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati”, approvata, con modifiche dal Senato, il 27 gennaio 2015 ed ora all'esame di questo ramo del Parlamento.

Cercherò, in particolare, di mettere a fuoco i principali elementi caratterizzanti il nuovo sistema elettorale della Camera (che denominerò “[proposta-bis](#)“ o “*Italicum-bis*”), di cui costituisce ora potente sintesi l'art. 1 del testo (introdotto, notoriamente, nel corso della discussione in Assemblea al Senato, dal cd. “emendamento Esposito”) in comparazione con la proposta (v. il [d.d.l. S. 1385](#)) approvata da questo stesso ramo del Parlamento, in prima lettura, il 12 marzo 2014 (che per comodità espositiva chiamerò “[prima proposta](#)“ o semplicemente “*Italicum*”)<sup>3</sup>.

Mi concentrerò, in realtà, solo sul sistema di elezione in senso stretto considerato (dunque, sui meccanismi, normativamente previsti, che regolano il procedimento di articolazione delle preferenze individuali in voti e la conversione dei voti in seggi), mentre resteranno fuori dalla mia

---

\* Il presente contributo costituisce una rielaborazione dell'audizione svolta, mercoledì 15 aprile 2015, presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla proposta di legge C. 3-35-182-358-551-632-718-746-747-749-876-894-932-998-1025-1026-1116-1143-1401-1452-14 53-1511-1514-1657-1704-1794-1914-1946-1947-1977-2038-bis-B, approvata, in un testo unificato, dalla Camera e modificata dal Senato, recante “disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati”.

<sup>1</sup> Un'ampia rassegna di dottrina sulla sent. n. 1 del 13 gennaio 2014 è reperibile, in particolare, a partire da [Consulta OnLine](#) alla pagina <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0001s-14.html>.

<sup>2</sup> Un'ampia rassegna di dottrina sulla sent. n. 1 del 13 gennaio 2014 è reperibile, in particolare, a partire da [Consulta OnLine](#) alla pagina <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0001s-14.html>.

<sup>3</sup> Per alcune prime riflessioni su quella versione dell'*Italicum*, sia consentito rinviare a L. TRUCCO, [Il sistema elettorale Italicum alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 \(note a prima lettura\)](#), in [Consulta OnLine](#), del 17 settembre 2014.

analisi altri profili, pure molto interessanti, contenuti nella “[proposta-bis](#)“ concernenti la materia elettorale più ampiamente considerata (come, ad es., le norme concernenti il “procedimento elettorale preparatorio” e quelle sul “voto dei cittadini temporaneamente all’Estero”), meritevoli di una trattazione a parte. Ancora più nello specifico, porterò la mia attenzione solo sul sistema per l’elezione della Camera dei deputati, dal momento che, com’è noto, quest’ultima Assemblea (nella [seduta](#) dell’11 marzo) ha stralciato il sistema di elezione del Senato dalla bozza di riforma elettorale, preso atto dell’avvio, nell’altro ramo del Parlamento, del d.d.l. cost. di riforma – particolarmente e proprio – del sistema di reclutamento dei senatori<sup>4</sup>; e considerato che, comunque, il [testo base](#) della riforma elettorale proponeva un sistema analogo per l’elezione di entrambe le Camere.

Inoltre, terrò presente il regime elettorale speciale previsto per il Trentino-Alto Adige e la Valle d’Aosta. Per diverso, ma connesso profilo, terrò conto della sola elezione dei 618 “rappresentanti dei cittadini italiani residenti in Italia”, dato che per l’elargizione dei 12 seggi “esteri” continuerà a valere un regime elettorale specifico, delle cui criticità s’è già ragionato in passato<sup>5</sup>, e la cui riforma, tuttavia, al momento, non risulta contemplata tra i punti all’ordine del giorno.

## I

### IL SISTEMA DI VOTAZIONE

#### **2. Circoscrizioni e collegi (multilivello), liste (variabili) di candidati e possibilità (parziale) di candidature multiple**

**2.1.** Tra le principali novità della “[proposta-bis](#)“ (*Italicum-bis*) di riforma del sistema di elezione della Camera dei deputati rispetto alla situazione vigente vi è certamente, sul versante del disegno di collegi e circoscrizioni e del sistema di votazione ad esso connesso, la previsione, ai fini della presentazione delle liste di candidati, della sostituzione delle attuali 27 circoscrizioni con la suddivisione del territorio nazionale in 20 circoscrizioni elettorali. Ciò da cui conseguirebbe (come rileva nello schema che segue)<sup>6</sup> un ampliamento dell’elemento circoscrizionale (il cui disegno verrebbe a corrispondere perfettamente coi confini delle regioni), rispetto alla situazione attuale (che vede la contestuale presenza di circoscrizioni regionali e di circoscrizioni “infraregionali” nelle sei regioni più popolate<sup>7</sup>), con un certo “allentamento” del rapporto di rappresentanza tra elettori ed eletti, a cui peraltro pone rimedio quanto si dirà appresso.

SITUAZIONE VIGENTE		PROPOSTA ITALICUM-BIS	
CIRCOSCRIZIONE	N. SEGGI	CIRCOSCRIZIONE	N. SEGGI
1. Emilia-Romagna	45	1. Lombardia	101
2. Lombardia 2	45	2. Campania	60

<sup>4</sup> Si è trattato, peraltro, di un intervento caldamente auspicato da parte della dottrina, considerate le gravi incongruenze che, altrimenti, sarebbero potute derivare, quali quelle di compromettere addirittura il funzionamento dell’organo parlamentare (cfr. per tutti, al riguardo, M. AINIS, [Legge elettorale, Ainis: “Italicum solo alla Camera? Incostituzionale e folle”](#), in *IlFattoQuotidiano.it* del 4 marzo 2014 e M. LUCIANI, [L’Italicum funziona solo se si riforma il Senato](#), in *Repubblica.it* del 5 marzo 2014, 11.

<sup>5</sup> Si rinvia, in particolare, volendosi, a L. TRUCCO, [Le nuove tecnologie salveranno il voto all’estero degli italiani?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 2013.

<sup>6</sup> Secondo quanto prevede l’art. 56 della Costituzione la ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni (fatto salvo il numero dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero) è stata effettuata “dividendo il numero degli abitanti della Repubblica”, quale risulta dall’ultimo censimento generale della popolazione (del 2011) “per seicentodiciotto e distribuendo i seggi in proporzione alla popolazione di ogni circoscrizione, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti”.

<sup>7</sup> Per la precisione, tre per la Lombardia e due per Piemonte, Veneto, Lazio, Campania e Sicilia.

3. Lazio 1	42		3. Lazio	57
4. Puglia	42		4. Sicilia	52
5. Lombardia 1	40		5. Veneto	51
6. Toscana	38		6. Piemonte	46
7. Campania 1	32		7. Emilia-Romagna	45
8. Veneto 1	31		8. Puglia	42
9. Campania 2	28		9. Toscana	38
10. Sicilia 2	27		10. Calabria	20
11. Sicilia 1	25		11. Sardegna	17
12. Piemonte 1	23		12. Liguria	16
13. Piemonte 2	22		13. Marche	16
14. Veneto 2	20		14. Abruzzo	14
15. Calabria	20		15. Friuli-Venezia Giulia	13
16. Sardegna	17		16. Trentino-Alto Adige	11
17. Lombardia 3	16		17. Umbria	9
18. Liguria	16		18. Basilicata	6
19. Marche	16		19. Molise	3
20. Lazio 2	16		20. Valle d'Aosta	1
21. Abruzzo	14			
22. Friuli-Venezia Giulia	13			
23. Trentino-Alto Adige	11			
24. Umbria	9			
25. Basilicata	6			
26. Molise	3			
27. Valle d'Aosta	1			
<b>TOTALE</b>	<b>618</b>		<b>TOTALE</b>	<b>618</b>
<b>MEDIA: 22,9</b>			<b>MEDIA: 30,9</b>	

Nell'ambito delle suddette 20 circoscrizioni, l'*Italicum-bis*, prevede il disegno di 100 collegi plurinominali, ciascuno corrispondente, in linea di massima, al territorio delle province (art. 1, c. 1, lett. a)). Questi ultimi andrebbero quindi a rimpiazzare i 120 collegi elettorali che secondo la "prima proposta" di *Italicum* avrebbero dovuto sostituire<sup>8</sup>, come si diceva, le attuali, 27 circoscrizioni elettorali<sup>9</sup>.

Come avremo modo di meglio vedere nel prosieguo (v., *infra*, il §6), la previsione di un tale duplice livello (circostrizionale-collegiale) incide indubbiamente – e, per certi versi, in maniera determinante – al momento, finale, dell'applicazione della formula elettorale e dell'effettiva assegnazione dei seggi; tuttavia, è opportuno mantenere ora la nostra attenzione sulle interrelazioni che il ridetto disegno dell'elemento circostrizionale intrattiene col (più ampio) sistema di votazione.

A questo riguardo, una delle principali novità di entrambe le versioni dell'*Italicum* rispetto al sistema dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale (con la [sent. n. 1 del 2014](#))<sup>10</sup> è data dalla previsione – proprio in forza, da un lato, della sostituzione delle precedenti grandi circoscrizioni con circoscrizioni più ridotte e, nel caso dell'*Italicum-bis*, di collegi elettorali di più piccole dimensioni e di una stretta interrelazione tra ammontare di seggi da assegnare e numero di candidature da mettere in lista – in luogo delle precedenti liste composte da decine di candidati (tanto da esser

<sup>8</sup> In numero massimo, nel senso che se ne sarebbero potuti prevedere anche di meno.

<sup>9</sup> La determinazione dei collegi dovrebbe avvenire con decreto legislativo del Governo, da emanare secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti dalla legge ed entro il termine di 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge stessa (art. 1, c. 1, lett. h)). I principi e criteri direttivi della delega sono enunciati all'art. 4, c.1, lett. da a) fino a g), del testo in esame.

<sup>10</sup> Per un'analisi del quale si veda, volendo, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, 71, *passim*; nonché, da ultimo, in *Contributo allo studio del diritto elettorale. Fondamenti teorici e profili normativi*, Torino, 2013, *passim*.



denominate “liste lenzuola”<sup>11</sup>), di liste tendenzialmente brevi (comunque più “corte” rispetto a quelle introdotte dalla legge n. 270 del 2005).

Detto ciò, dal confronto tra i testi approvati, in prima lettura, rispettivamente, dalla Camera e dal Senato, rileva (v. la tabella che segue) il fatto che mentre nella prima versione dell’*Italicum* (laddove si fosse optato per il numero più alto di collegi) ogni lista sarebbe risultata composta da un massimo di sei candidati (del resto, anche volendo fare un calcolo molto approssimativo:  $618/120=5,15$ ), nell’*Italicum-bis* le liste sarebbero più lunghe, potendo contare fino a nove candidature (anche qui, facendo un calcolo a spanne:  $618/100=6,18$ ).

CIRCOSCRIZIONE	ITALICUM (PRIMA PROPOSTA)			ITALICUM-BIS		
	N. SEGGI	N. COLLEGI PLURINOM.	N. MEDIO SEGGI PER COLLEGIO	N. SEGGI	N. COLLEGI PLURINOM.	N. MEDIO SEGGI PER COLLEGIO
1. Lombardia	101	20	5,1	101	17	5,9
2. Campania	60	12	5	60	10	6
3. Lazio	57	11	5,2	57	9	6,3
4. Sicilia	52	10	5,2	52	9	5,8
5. Veneto	51	10	5,1	51	8	6,4
6. Piemonte	46	9	5,1	46	8	5,8
7. Emilia-Romagna	45	9	5	45	7	6,4
8. Puglia	42	8	5,3	42	7	6
9. Toscana	38	8	4,8	38	6	6,3
10. Calabria	20	4	5	20	3	6,7
11. Sardegna	17	3	5,7	17	3	5,7
12. Liguria	16	3	5,3	16	3	5,3
13. Marche	16	3	5,3	16	3	5,3
14. Abruzzo	14	3	4,7	14	2	7
15. Friuli-Venezia Giulia	13	3	4,3	13	2	6,5
16. Trentino-Alto Adige	-	-	-	-	-	-
17. Umbria	9	2	4,5	9	1	9
18. Basilicata	6	1	6	6	1	6
19. Molise	3	1	3	3	1	3
20. Valle d’Aosta	-	-	-	-	-	-
<b>TOTALE</b>	<b>606</b>	<b>MAX 120</b>		<b>606</b>	<b>100</b>	

Coerentemente a quanto si è appena osservato, mentre nella “[prima proposta](#)” di *Italicum* si era stabilito che ai collegi fosse assegnato un “numero di seggi non inferiore a tre e non superiore a sei” (v. l’art. 1, c. 3), nell’*Italicum-bis* si trova che “i seggi spettanti a ciascuna circoscrizione [...] sono assegnati in collegi plurinominali, nei quali è assegnato un numero di seggi non inferiore a tre e non superiore a nove” (v. il “nuovo” art. 1, c. 3).

**2.2.** Su questa base, l’*Italicum*, in ambo le versioni, prevede che le liste (di candidati) siano formate “da un numero di candidati pari almeno alla metà del numero dei seggi assegnati al collegio plurinominale e non superiore al numero dei seggi assegnati al collegio plurinominale”, conseguendone (come rileva dalla tabella che segue) un diverso numero minimo e massimo di candidati nei due casi.

<sup>11</sup> Non sorprende, dunque, che proprio la “lunghezza delle liste” sia stata ritenuta «il più rilevante (e forse, anche, il più significativo) elemento di discontinuità che la [legge n. 270 del 2005](#) ha determinato, non solo nei confronti della normativa elettorale preesistente per l’elezione del Parlamento, ma anche rispetto all’intera legislazione elettorale che si è susseguita nel nostro paese, a tutti i livelli territoriali, dal 1993 ad oggi» (così G. ZAMPAGNI, *Una questione di metodo e di tempi. Quando e come si può approvare una riforma elettorale?*, in *I sistemi elettorali in Italia*, in *Sistemi elettorali e democrazie*, a cura di M. Oliviero e M. Volpi, Torino, 2007, 277).

<i>ITALICUM</i> (PRIMA PROPOSTA)				<i>ITALICUM-BIS</i>		
SEGGI	N. MIN	N. MAX		SEGGI	N. MIN	N. MAX
3	2	3		3	2	3
4	2	4		4	2	4
5	3	5		5	3	5
6	3	6		6	3	6
				7	4	7
				8	4	8
				9	5	9

Una tale differenza “quantitativa” comporta delle conseguenze tutt’altro che irrilevanti sul piano, per così dire, “qualitativo” del suffragio.




















La previsione (anche) da parte dell’*Italicum-bis*, di un numero variabile (da collegio a collegio) di candidature in lista, è, infatti, un meccanismo in grado di incidere sulle pari opportunità di voto degli elettori e, più in generale, sulla capacità di incidenza del voto individuale sull’esito finale dell’elezione, diversa essendo la possibilità di esprimere la propria scelta tra tre e sei, piuttosto che tra tre e nove persone. In particolare, si rileva problematicamente la possibilità, nei collegi in cui sono assegnati 3 o 4 seggi, di procedere alla presentazione di liste composte da due soli candidati, incluso il capolista, e, analogamente, la possibilità, nei collegi di 5 o 6 seggi, di indicare tre candidati, di cui uno capolista: va da sé, infatti, che, in tali contesti, il livello di personalizzazione del voto sarebbe indubbiamente elevato, a fronte, tuttavia, di un radicale assottigliamento dell’offerta elettorale disponibile, dato che, in sostanza, gli elettori sarebbero chiamati ad esprimere le proprie preferenze nei confronti di singole candidature (di sesso diverso).

Ciò, per diverso profilo, porta a riflettere sulla infungibilità dell’idea della “personalizzazione” del suffragio e della “portata preferenziale” del voto individuale stesso, trattandosi di aspetti la cui distanza meglio si apprezza proprio in quei casi in cui la gamma di scelte a disposizione sia talmente esigua da consentire all’elettore (un po’ come accade nei *referendum*) di scegliere nell’ambito di una sola alternativa (sì/no) concernente singole persone (approvo quel candidato/non lo approvo). In simili situazioni, infatti, a fronte di una valorizzazione massima delle elemento personalistico, si conferisce un rilievo minimo a quello preferenziale. In questo senso, potrebbe forse rilevarsi come, nell’*Italicum-bis*, in modo un po’ paradossale, l’elemento certamente migliorativo, sul lato “preferenziale” del voto, costituito dal tendenziale aumento del numero di candidature in lista, finisca per avere un impatto negativo sul lato, invece, della “personalizzazione”, in termini di conoscibilità dei candidati per i quali è possibile esprimere la preferenza da parte degli elettori (e viceversa)<sup>12</sup>.

Questo stato di cose, tuttavia (come rileva, tra l’altro, dalle tabelle che seguono) non desta particolari preoccupazioni. Ed infatti, le liste di candidati in questione risultano, comunque, tendenzialmente brevi ed in ogni caso nemmeno lontanamente paragonabili alle “liste lenzuola” della vecchia normativa (censurata nella [sent. n. 1 del 2014](#)), in vigenza della quale «*il cittadino [era] chiamato a determinare l’elezione di tutti i deputati e di tutti senatori, votando un elenco spesso assai lungo (nelle circoscrizioni più popolose) di candidati, che difficilmente conosce*», con un conseguente pregiudizio per la sua libertà di suffragio. Senza considerare, poi, non solo che il

<sup>12</sup> Controprova di questo, del resto, è data dal fatto che mentre l’“accorciamento” delle liste contenuto nella “[prima proposta](#)” di *Italicum* aveva reso possibile la stampa, sulle schede elettorali, “per ciascun contrassegno di lista”, dei nominativi dei candidati (per la precisione, del “cognome e del nome dei relativi candidati nel collegio plurinomiale”), nella proposta in discussione una tale soluzione è stata soppiantata dalla previsione dell’indicazione “accanto a ciascun contrassegno di lista”, a sinistra del contrassegno, solo “del cognome e del nome del relativo candidato capolista nel collegio plurinomiale”, mentre a destra sono riportate solamente “due linee orizzontali per l’espressione, rispettivamente, della prima e della seconda preferenza” (v. l’art. 2, c. 4).

venir meno, come si vedrà (*infra*, al §4) della componente “coalizionale” gioca a favore del “riavvicinamento” del soggetto votato al votante, a beneficio, proprio, di una maggiore personalizzazione della scelta, ma anche che, anche ad uno sguardo comparato, non sarebbe certamente il primo caso del genere e, soprattutto, che lo stesso Giudice costituzionale nell’affrontare, nella [sent. n. 1 del 2014](#), entrambi gli aspetti in questione (personalizzazione e preferenzialità del suffragio) non è parsa infine prediligere uno dei due in particolare<sup>13</sup>, lasciando così aperta la strada a varie soluzioni.

<p style="text-align: center;"><b>ITALICUM (PRIMA PROPOSTA)</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>ITALICUM-BIS</b></p>						
<div style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center;">    <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Villani Giovanna</li> <li>2. Marque Stefano</li> <li>3. Anniba Anna</li> <li>4. Mariallo Luigi</li> <li>5. Socorro Alessandra</li> <li>6. Annata' Monaco</li> </ol> </div>	<div style="border: 1px solid black; padding: 10px;"> <table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; padding: 5px;">                 ANNA ROSSI  _____             </td> <td style="width: 50%; padding: 5px;">                 MARIO ESPOSITO  _____             </td> </tr> <tr> <td style="padding: 5px;">                 GIOVANNI BIANCHI  _____             </td> <td style="padding: 5px;">                 ANGELA ROMANO  _____             </td> </tr> <tr> <td style="padding: 5px;">                 ROSA FERRARI  _____             </td> <td style="padding: 5px;">                 ANTONIO RUSSO  _____             </td> </tr> </table> <p style="text-align: right; color: blue; font-style: italic;">FAC SIMILE</p> </div>	ANNA ROSSI  _____	MARIO ESPOSITO  _____	GIOVANNI BIANCHI  _____	ANGELA ROMANO  _____	ROSA FERRARI  _____	ANTONIO RUSSO  _____
ANNA ROSSI  _____	MARIO ESPOSITO  _____						
GIOVANNI BIANCHI  _____	ANGELA ROMANO  _____						
ROSA FERRARI  _____	ANTONIO RUSSO  _____						

Ad ogni modo, la stampa, sulla scheda, dei soli nomi dei capilista, oltre ad assecondare il richiamato profilo della conoscibilità delle candidature, potrebbe ovviare ad altrimenti probabili incertezze (com’era avvenuto con riguardo alle schede della “[prima proposta](#)“ di *Italicum*) circa la possibilità (una volta assegnato il seggio ai capilista), di considerare bloccate, in forza di una sorta di “effetto trasferimento” della blindatura, anche le candidature successive (alla prima) in lista<sup>14</sup>. Rileva, poi, la perdurante assenza, nella scheda (in attesa, può pensarsi, di vedere cosa succederà sul versante della riforma istituzionale...), dei nomi dei candidati alla Presidenza del Consiglio (il cui nominativo potrà per vero continuare a comparire sui contrassegni), limitandocisi, al proposito, a proporre la cauta previsione di un “deposito”, da parte dei partiti o dei gruppi politici organizzati “che si candidano a governare”, contestualmente al deposito del proprio contrassegno, del

<sup>13</sup> La Corte, infatti, nell’occasione, si è rivelata certamente attenta nei confronti dell’elemento preferenziale del suffragio, tanto da dichiarare, nello stesso dispositivo della decisione, l’illegittimità costituzionale delle norme della legge elettorale “*nella parte in cui non consent[ivano] all’elettore di esprimere una preferenza per i candidati*”...così come si è dimostrata scrupolosa nel tener conto del rapporto tra libertà e personalizzazione del voto, nel senso di “conoscibilità” delle candidature da parte degli elettori, coll’evidenziare come le «*condizioni di voto*» introdotte dalla legge n. 270 del 2005 avessero finito per rendere «la disciplina in esame non comparabile né con altri sistemi» né, tanto meno «*con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l’effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l’effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)*».

<sup>14</sup> Peraltro, a fini di più generale chiarezza, stabilito che al secondo turno vanno le due liste più votate (v., *infra*, il §5), sarebbe auspicabile che si procedesse all’inserimento in allegato alla normativa elettorale anche del fac-simile delle schede elettorali per il ballottaggio (da svolgersi, com’è noto, se del caso, “nella seconda domenica successiva a quella di convocazione dei comizi”). La normativa stabilisce che, in caso di ballottaggio, debba essere predisposta un’unica scheda a livello nazionale recante, in due distinti rettangoli, i contrassegni delle due liste ammesse al ballottaggio medesimo. L’ordine delle liste è stabilito con sorteggio effettuato dall’Ufficio centrale nazionale (v. l’art. 2, c. 17).

“programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica” (art. 2, c. 8).

**2.3.** Portando ora l’attenzione su di un versante diverso ma pur sempre attinente al sistema di voto ed alla conoscibilità dei soggetti votati, benché la Corte, nella ridetta [sent. n. 1 del 2014](#), abbia additato come problematica la «*possibilità di candidature multiple*» e, con essa, «*la facoltà dell’eletto di optare per altre circoscrizioni sulla base delle indicazioni del partito*» (considerandone l’idoneità a mandare delusa l’aspettativa degli elettori «*relativa all’elezione in riferimento allo stesso ordine di lista*» che gli viene prospettato al momento del voto), un siffatto meccanismo<sup>15</sup> continua ad essere contemplato. Per la precisione, dopo essere stato inizialmente espunto dal [testo di base della riforma](#)<sup>16</sup>, e successivamente reintrodotta in quello approvato alla Camera (dandosi nuovamente modo a ciascun candidato di “essere incluso in liste con il medesimo contrassegno”, sia pur “fino ad un massimo di otto collegi plurinominali”), esso viene ripresentato, ancora da ultimo, dall’*Italicum-bis*, sia pur limitandone la sfera applicativa. Così, la proposta di legge in discussione consente solo ai capilista, a pena di nullità dell’elezione, di candidarsi in liste (con il medesimo contrassegno), in una o più circoscrizioni, fino ad un massimo di dieci collegi, mentre non conferisce un’identica facoltà ai candidati su cui gli elettori sono chiamati ad esprimere la propria preferenza (v. l’art. 2, c. 11)<sup>17</sup>.

Un simile congegno, insieme alla diversa tipologia (blindata/preferenziale) delle candidature in lizza (su cui porteremo l’attenzione nel prossimo paragrafo) introduce una disparità di trattamento tra candidati che, anche a volerne ricondurre gli esiti nell’ambito della sfera di discrezionalità del legislatore, risulta comunque problematica, specie se si considerano le alte probabilità che, in una fase come quella attuale – di debolezza del formato partitico, da un lato, e di conflittualità su quello politico, dall’altro – essa finisca per (ulteriormente) alimentare il contenzioso, anche di tipo costituzionale (peraltro, con tutte le incertezze del caso, non avendo, la Consulta, ancora avuto occasione di pronunciarsi su questo specifico profilo).

In particolare, se si condivide l’idea dell’attitudine, pure in questa versione “ultra-attenuata”, di un tale meccanismo, di rimescolare, comunque, le carte in tavola (scoperte al momento della presentazione delle liste di candidati), si deve parimenti acconsentire sulla sua perdurante capacità di disorientare l’elettore, continuando a risultare per questi difficile, se non addirittura impossibile (tenuto conto, altresì, dell’effetto cd. “flipper”, che esamineremo *infra*, al §6) in forza del gioco delle opzioni concatenate<sup>18</sup>, stabilire chi effettivamente beneficia del suo suffragio, a detrimento della libertà individuale di voto. Si osserva, peraltro, come a diverse conclusioni si potrebbe arrivare se, per i capilista, fosse riservato un conteggio a sé, privo di interrelazioni con le altre candidature e tale da dar vita ad una sorta di classifica “avulsa”, per l’appunto, dei capilista, magari valorizzandosi maggiormente la figura, attualmente, per vero, un po’ sfocata, dei quattro candidati supplenti che assistono (al)le elezioni (ex art. 2, c. 10), con la previsione di un ticket tra un supplente (dello stesso sesso) col capolista e l’eventuale sostituzione di quest’ultimo, in caso, per l’appunto, di opzione per la propria elezione in un altro collegio elettorale.

Comunque sia, fa riflettere il fatto che lo stesso Giudice costituzionale, pur, come si è detto, evidenziandone le criticità, non abbia, poi, infine, proceduto – forse considerandone l’inidoneità di

---

<sup>15</sup> Sul meccanismo per come previsto nel sistema elettorale precedente, cfr. G. GUZZETTA, *Un referendum elettorale per completare la transizione italiana in Rassegna parlamentare*, 2006, 961 e ss.

<sup>16</sup> “Espulsione” che, peraltro, è stata considerata da una parte della dottrina l’«unica novità rilevante (estremamente positiva)» dell’*Italicum* (così S. CECCANTI in <http://www.c3dem.it/wp-content/uploads/2014/01/Guida-alla-lettura.pdf>).

<sup>17</sup> Continua poi a valere per tutti i candidati indistintamente il divieto (come già oggi) di accettare la candidatura contestuale alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica e di essere inclusi in liste con diversi contrassegni nello stesso o in altro collegio.

<sup>18</sup> Ad un tale riguardo, l’art. 85 del *Testo unico* (d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361) recante le “norme per la elezione della Camera dei deputati” prevede che il deputato eletto in più collegi plurinominali, entro otto giorni dalla data dell’ultima proclamazione, dichiararsi alla Presidenza della Camera il collegio prescelto e che in mancanza di opzione si proceda mediante sorteggio.

per se sola a compromettere la sostanza del suffragio – a sollevare la questione dinnanzi a se stesso della possibilità di candidatura/opziona multipla, né tanto meno a dichiararne l'illegittimità in via consequenziale, lasciando (anche a questo riguardo) impregiudicata la situazione.

### **3. Norme sulla preferenza di genere e voto “misto” (blindato e preferenziale)**

**3.1.** È ormai pacificamente riconosciuta l'attitudine delle norme sulla cd. “preferenza di genere”<sup>19</sup>, per loro stessa natura ed in maniera variabile a seconda delle diverse tecniche adottate, a conformare l'elezione (secondo quanto indicato, del resto, dalle stesse norme costituzionali: v. spec. gli artt. 51, e 117 Cost.) ... e d'altro canto, è unanimemente condivisa l'idea dell'imprescindibilità, per la caratterizzazione di un sistema come democratico, della garanzia circa la sussistenza di una qualche aleatorietà dell'elezione. Stando così le cose, le suddette norme potrebbero funzionare un po' come delle scatole, il cui contenuto concreto, però, deve poter essere scelto, in ogni caso, dagli elettori. In questo senso, il pensiero non può che andare, ancora, alla giurisprudenza costituzionale, ossia alla [sent. n. 4 del 2010](#), in cui, si badi, proprio avendosi a che fare con un meccanismo elettorale di riequilibrio di genere – la Corte ha messo in guardia sulla necessità che il legislatore non «prefiguri», «in qualche modo», «il risultato elettorale, alterando forzatamente la composizione dell'assemblea elettiva rispetto a quello che sarebbe il risultato di una scelta compiuta dagli elettori in assenza della regola contenuta nella norma».

Nella “[prima versione](#)” dell’*Italicum*, si era lamentata (anche nel dibattito parlamentare<sup>20</sup>) non solo la sostanziale inattitudine a conseguire gli esiti voluti<sup>21</sup>, ma addirittura la possibile produzione di un effetto opposto rispetto a quello auspicato del riequilibrio di genere, considerandosi come, pure in presenza di una percentuale inusualmente alta di candidature femminili sarebbe, tuttavia, potuta uscirne un'assemblea composta in ampia parte di parlamentari del sesso opposto, nel caso in cui le candidate fossero state collocate agli ultimi posti delle liste (sicché se pure in quell'occasione i problemi non erano mancati, nondimeno, può dirsi che essi avessero toccato profili affatto diversi rispetto alla precostituzione dei risultati di voto).

Nell’*Italicum-bis* si è intervenuti con l'esplicito intento di rimediare a un simile inconveniente, introducendosi norme meglio in grado di garantire il conseguimento dell'obbiettivo. Per la precisione, da un lato, si continua a prevedere, “a pena di inammissibilità” della lista (v. l'art. 1, c. 1, lett. b) e l'art. 2, c. 9), che:

- nella successione interna delle liste nei collegi, i candidati debbano essere presentati in ordine alternato per sesso (in un tale riferimento alle liste e non all'elenco dei candidati è possibile dedurre, in via interpretativa, che l'ordine alternato includa pure il candidato capolista, anche se un elemento di tanto rilievo meriterebbe, ci pare, di essere meglio puntualizzato nella normativa).

Ma, dall'altro lato, la normativa risulta ora potenziata dalle ulteriori prescrizioni per cui:

- i capolista dello stesso sesso non possono eccedere il 60% del totale in ogni circoscrizione, “con arrotondamento all'unità più prossima”; e

- nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista, nessun sesso può essere rappresentato in misura superiore al 50%, “con arrotondamento all'unità superiore”.

Va inoltre ricordato che (ai sensi dell'art. 2, c. 11) anche

- l'elenco dei quattro candidati supplenti da allegare alla lista deve rispettare il principio di equilibrio di genere, dovendo a tal fine essere composto da due uomini e due donne.

---

<sup>19</sup> In argomento la bibliografia è piuttosto vasta: v. per tutti CARLASSARE L., *La legittimità della “preferenza di genere”: una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, in *Giur. cost.*, 2010, 81 e ss.,

<sup>20</sup> Cfr., al proposito, partic. C. SICCARDI, *Italicum: lo scontro sulla parità di genere*, in <http://www.voxdiritti.it/?p=2624>.

<sup>21</sup> Considerandosi come se si fosse conservata la *bad practice* di posizionare nelle prime posizioni candidati uomini, la presenza, ora, come si è visto, di una molteplicità di collegi porterebbe all'elezione, per lo più (solo) dei primi due candidati maschi della lista.



Nonostante la maggiore propensione del suddetto insieme di norme (rispetto quelle contenute nel testo licenziato dalla Camera dei deputati) al conseguimento dell'obiettivo del riequilibrio di genere non si rilevano comunque rischi effettivi di predeterminazione dei risultati (da parte di un simile meccanismo in quanto tale), la cui sussistenza, comportando la violazione dell'essenza stessa del voto, è certamente passibile di censura da parte del Giudice delle leggi.

**3.2.** Venendo ora ad esaminare, sul piano tecnico, il fondamentale profilo del voto individuale (in senso stretto considerato), nell'ottica, anche qui, di un non escludibile<sup>22</sup> nuovo intervento della Corte costituzionale, è necessario appurare l'attitudine dell'*Italicum* ad evitare il (ri)presentarsi della circostanza (su cui è calata, per l'appunto, la scure della Consulta nella [sent. n. 1 del 2014](#)), per cui «*alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, [manchi] il sostegno della indicazione personale dei cittadini*». Una simile evenienza, infatti, coll'«*alterare per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti*» ed «*[a]nzi, impedendo che esso si costituisca correttamente e direttamente*», finisce, nel pensiero della [Corte costituzionale](#), per «*coarta[re] la libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare*», ferendo, pertanto, «*la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione*», in contraddizione con lo stesso «*principio democratico*».

In quest'ottica, è possibile esplorare talune modifiche (almeno parzialmente) migliorative intervenute al Senato. In precedenza, infatti, era riproposto un voto unico, categorico, su liste blindate, seguitandosi, così, problematicamente<sup>23</sup> ad escludere «*ogni facoltà dell'elettore di incidere sull'elezione dei propri rappresentanti*», che continuava a dipendere in modo pressoché esclusivo «*oltre che, ovviamente, dal numero dei seggi ottenuti dalla lista di appartenenza, dall'ordine di presentazione dei candidati nella stessa [...] che è sostanzialmente deciso dai partiti*».

Una tale “tentazione” non, è per vero, del tutto scomparsa nel testo in discussione, dato che i capilista continuano ad essere blindati e che, a seconda di come si metteranno le cose (si noti come, in modo per certi versi paradossale, in questo caso, l'attivazione in tutti e dieci i collegi a disposizione delle candidature multiple dei capilista potrebbe giocare a favore delle preferenze...), ampia parte dei seggi potrebbero venire assegnati “in automatico”, finendo per rendere poco più che simbolica la legittimazione (di quanto di poco e residuale resta) da parte del voto popolare... Inoltre, pure in un'ottica realistica, è difficile immaginare che, in ogni caso (quindi, anche se si fosse previsto un voto completamente preferenziale), i capilista (specie delle forze politiche maggiori) non verrebbero eletti... mentre di ciò beneficerebbe la resa della nostra forma di governo e con esso l'intero circuito democratico.

Comunque sia, si propone ora un sistema di voto “misto”, in parte, come si è appena osservato, blindato ed in parte preferenziale: oltre al voto di lista, infatti, agli elettori è data facoltà di esprimere (*ex art. 1, c. 1, lett. c*); e *art. 2 c. 4*) fino a due preferenze per candidati, non capilista, di sesso diverso, secondo l'ormai noto meccanismo della “doppia preferenza di genere” (rilevando, come si vedrà *infra*, al §6, le preferenze di voto, dall'assegnazione dei seggi ai secondi eletti in lista in poi).

Più precisamente, nella [proposta-bis](#) (v. il comma 20 dell'art. 2), si prevede che “l'elettore, senza che sia avvicinato da alcuno, esprim[a] il voto tracciando con la matita, sulla scheda, un segno, comunque apposto, sul rettangolo contenente il contrassegno della lista prescelta” e che possa “anche esprimere uno o due voti di preferenza, scrivendo il nominativo del candidato prescelto, o quelli dei candidati prescelti, sulle apposite linee orizzontali” (v., *supra*, il “fac-simile”). Su questa base, si chiarisce, inoltre, opportunamente, che (v. il comma 21 dell'art. 2) se l'elettore

---

<sup>22</sup> Sul tema della giustizia elettorale (con particolare riguardo alle problematiche relative all'accesso alla Corte costituzionale) prima della *sent. n. 1 del 2014*, si fa rinvio ai contributi contenuti nel volume curato da E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013.

<sup>23</sup> Cfr., ad es., sul punto, M. AINIS, [Italicum: bene, con due dubbi](#), in *ilCorriere.it* del 21 gennaio 2014; e G. AZZARITI, [Troppa continuità col Porcellum, la costituzionalità è a rischio](#), in *MicroMega-online* del 12 marzo 2014.

- traccia un segno sul nominativo del candidato capolista, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato per la lista stessa;
- se traccia un segno su una linea posta a destra del contrassegno, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato per la lista stessa; e, ancora,
- se esprime uno o due voti di preferenza, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato anche per la lista stessa; mentre
- se traccia un segno sul contrassegno di una lista e scrive il nominativo di uno o più candidati sulle linee orizzontali poste a destra del contrassegno di altra lista o di altre liste, il voto è nullo; e, analogamente,
- se traccia un segno sul contrassegno di una lista e sul nominativo del candidato capolista di altra lista, il voto è nullo; e, ancora, che in caso di espressione della seconda preferenza (v. il comma 4 dell'art. 2) se l'elettore
- non sceglie un candidato di sesso diverso rispetto al primo, la medesima preferenza è nulla. Infine, è stabilito (v. il comma 21 dell'art. 2), in via residuale, che
- ogni altro modo di espressione del voto, determina la nullità del suffragio “nel caso in cui sia manifesta l'intenzione di annullare la scheda o di rendere riconoscibile il voto”.

In un tale quadro, non privo per vero, di chiaroscuri, frutto del contemperamento di interessi di parte, inclini a garantire una qualche certezza dei risultati, e valori di tipo democratico, legati all'esigenza di salvaguardare, comunque, una certa aleatorietà dell'esito stesso dipendentemente dalla scelta del corpo elettorale<sup>24</sup>, ci pare, dunque, (più) improbabile (rispetto alla “[prima proposta](#)” di *Italicum*) che la Corte costituzionale possa non riconoscere l'idoneità, in qualche misura, dei profili di riforma (nel senso, come si è detto, di una maggiore valorizzazione della “personalizzazione” e della portata “preferenziale” del suffragio) del sistema di votazione, a (contro)bilanciare i profili, invece, di conservazione del precedente sistema di voto (bloccato), dichiarandone l'incostituzionalità per “irragionevolezza” o a motivo della violazione del contenuto essenziale del diritto fondamentale di voto<sup>25</sup>. Mentre lo stesso giudice potrebbe decidere valorizzare quella propria giurisprudenza in cui ebbe “profeticamente” ad affermare che la circostanza che il legislatore abbia lasciato ai partiti il compito di indicare l'ordine di presentazione delle candidature non avrebbe leso in alcun modo la libertà di voto del cittadino, a condizione, però, che quest'ultimo restasse «*pur sempre libero e garantito nella sua manifestazione di volontà, sia nella scelta del raggruppamento che concorre alle elezioni, sia nel votare questo o quel candidato incluso nella lista prescelta, attraverso il voto di preferenza*» (v. la [sent. n. 203 del 1975](#)).

## II

### IL SISTEMA DI ASSEGNAZIONE DEI SEGGI

#### 4. Formula elettorale (proporzionale) e (eventuale) secondo turno (di lista)

**4.1.** Venendo all'esame della formula elettorale, tra le modifiche di maggior momento intervenute al Senato, v'è senz'altro la scelta – o, se si vuole, la “svolta”... – dell'abbandono di un

---

<sup>24</sup> Cfr., in argomento, già P. COSTANZO, *Riformare i riformatori?* in E. Cuccodoro (cur.), *Riforma di governo - riforma delle istituzioni*, Firenze, Nòccioli, 1983, 25 e ss.

<sup>25</sup> Per diverso profilo, potrebbe pensarsi che l'accostamento del voto blindato al voto preferenziale scontenterebbe sia chi delle liste blindate valuta positivamente l'idoneità a limitare in modo drastico la personalizzazione del conflitto elettorale (dato che questo verrebbe riaperto dal voto preferenziale), sia chi, invece, consideri la preordinazione degli eletti all'origine dell'aumento del livello di litigiosità, dal momento che accenderebbe lo scontro tra gli appartenenti alla medesima parte politica, tra i quali, in fondo, finirebbe per consumarsi la competizione (al fine di essere “meglio collocati” in lista) per l'accesso alla rappresentanza elettiva; sia, ancora di chi del voto preferenziale, a tacer d'altro, mette in luce la propensione a migliorare il risultato elettorale complessivo garantendo altresì, nel complesso, una maggiore coesione dei candidati intorno al programma del partito.

sistema incardinato sulla componente “coalizionale” (quale era quello contenuto nella “[prima versione](#)“ dell’*Italicum*) a favore, invece, di un sistema (come quello dell’*Italicum-bis*) in cui, invece, un ruolo centrale è assegnato alle liste di partito in quanto tali (secondo quanto rileva sin già all’art. 1, c. 1, lett. da *d*) a *f*) della proposta).

Una tale mutazione genetica ha comportato il contestuale venir meno dello strampalato meccanismo delle soglie di sbarramento multiple (che costituiva un *unicum* nel panorama comparato), e del connesso “effetto fotografico”<sup>26</sup>. Coerentemente è stata poi soppressa anche la previsione (tendente ad accentuare la convenienza delle forze politiche ad unirsi in coalizioni) dell’esclusione di tutte le liste che, andando da sole, non si fossero presentate in più “di un quarto dei collegi plurinominali”.

Eliminate dunque le soglie multiple, per accedere al riparto dei seggi è ora prevista (in linea, peraltro, con quanto comunemente accade nell’ambito di sistemi elettorali d’indole proporzionale) una soglia di sbarramento unica, a livello nazionale, del 3% “del totale dei voti validi espressi” (v. l’art. 2, c. 25). Dalla portata applicativa dello sbarramento continuano a rimanere estranee “le liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate esclusivamente in una regione ad autonomia speciale il cui statuto preveda una particolare tutela di tali minoranze linguistiche, che abbiano conseguito almeno il 20 per cento dei voti validi espressi nella regione medesima” (cd. “soglia salva-minoranze linguistiche”) ed il seggio della Valle D’Aosta.

Operativamente, è l’Ufficio centrale nazionale che individua le liste che hanno conseguito la soglia minima, a tal fine calcolando il totale dei voti validi espressi a livello nazionale (dato dalla somma dei voti validi conseguiti da tutte le liste in tutte le circoscrizioni) e la cifra elettorale nazionale di ciascuna lista (data dalla somma delle cifre elettorali circoscrizionali conseguite nelle singole circoscrizioni dalle liste aventi il medesimo contrassegno).

A questo punto, il computo dei voti esigerà un plurimo livello di calcolo (ora, però, non più, come avveniva nella “[prima versione](#)“ dell’*Italicum*, a livello “di ciascuna coalizione di liste collegate” e “di ciascuna lista”, ma), per così dire “a imbuto”, dal livello territoriale più “alto” a quello più “localizzato” (cfr. *infra*, il §6).

**4.2.** Volendo concentrarci, per il momento, sul livello nazionale, una volta individuate le liste ammesse al riparto dei voti, l’Ufficio procede ad una prima ripartizione provvisoria dei seggi tra le liste sulla base dei voti ottenuti, applicandosi, a tal fine (come già era previsto nella [prima versione](#)“ dell’*Italicum*), la formula proporzionale dei quozienti interi e dei più alti resti<sup>27</sup>.

Più nello specifico, l’Ufficio centrale individua la lista che ha ottenuto la maggior cifra elettorale nazionale, e verifica, contestualmente, se la sua cifra elettorale nazionale corrisponde ad almeno il 40% per cento del totale dei voti validi espressi. A questo punto,

- qualora la verifica abbia esito positivo, l’Ufficio accerta ulteriormente se tale lista maggioritaria, in base alla ripartizione provvisoria di cui s’è detto, ha conseguito almeno 340 seggi (pari al 55% dei seggi). Se risultasse non averli conquistati, alla stessa va attribuito il numero aggiuntivo di seggi necessario, comunque, per ottenerli;

alora, invece, la verifica abbia esito negativo, ossia nessuna lista abbia ottenuto il 40% dei voti, si procede ad un turno di ballottaggio fra le due liste più votate. Ed, infatti, sarà, questa volta, alla lista che risulterà vincente al secondo turno di voto che verranno assegnati i fatidici 340 seggi.

---

<sup>26</sup> Cfr, ad es., sul punto, R. BIN, G. PITRUZZELLA, «*Ma quanti sbarramenti!*», in *Diritto costituzionale*, XIV ed., 167.

<sup>27</sup> Il quoziente di ripartizione si ottiene dividendo il totale delle cifre elettorali delle liste ammesse per il numero di seggi da attribuire: la parte intera del risultato di tale divisione costituisce il quoziente elettorale nazionale. A ciascuna lista sono assegnati tanti seggi quante volte il quoziente così individuato è contenuto nella rispettiva cifra elettorale nazionale. I seggi eventualmente non attribuiti con i quozienti interi sono assegnati alle liste per le quali queste ultime divisioni abbiano dato i maggiori resti. In caso di parità di resti, i seggi sono assegnati alle liste con la maggior cifra elettorale nazionale e, in caso di ulteriore parità, a sorteggio. Nelle operazioni di ripartizione dei seggi non sono calcolati i seggi spettanti alle circoscrizioni Valle d’Aosta e Trentino-Alto Adige, attribuiti con diverso sistema ai sensi delle disposizioni speciali del Titolo VI TU (cui si rinvia). Pertanto, ai fini delle operazioni descritte, nelle cifre elettorali nazionali delle liste non sono considerati i voti ottenuti dalle liste in queste due circoscrizioni.

Pertanto, a differenza della “[prima versione](#)“ dell’*Italicum*, nella “[proposta-bis](#)“ in discussione, soppresso l’elemento coalizionale, è sopravvissuta, come s’è appena accennato, la previsione per cui, nel caso di mancato conseguimento di una certa percentuale di voti da parte della lista vincente, debba svolgersi un turno di ballottaggio tra le due più votate. Si tratta, all’evidenza, di un doppio turno *sui generis*, che, diversamente da quanto avviene in genere in questo tipo di sistemi, si svolge su base nazionale (invece che a livello di singoli, molteplici, collegi elettorali), per l’individuazione della lista vincente (laddove di norma è tra candidature individuali che si svolge il confronto), ed in vigenza del divieto di “ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione” (v. la lett. f) dell’art. 1) (possibilità, questa seconda, che, invece, caratterizza pressoché ovunque i sistemi a doppio turno).

Comunque sia, val la pena sin d’ora di osservare come l’applicazione congiunta (per vero, più unica che rara in ambito comparato) dei meccanismi del doppio turno di voto e del premio di maggioranza (su cui torneremo *infra*, al §5), tenda a conferire ad un sistema essenzialmente proporzionale ed inclusivo quale quello sin qui descritto, una torsione (più) maggioritaria e selettiva. Ciò che, in un’ottica pragmatica, può ritenersi idoneo ad amputare una delle principali censure formulate dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 1 del 2014](#): il fatto, cioè, che il premio, lungi dal costituire un semplice “correttivo”, avrebbe prodotto «una eccessiva divaricazione tra la composizione dell’organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto», dato che avrebbe finito per “rovesciare” «la ratio della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore del 2005» che era quella di «assicurare», secondo una logica proporzionale, «la rappresentatività dell’assemblea parlamentare».

È opportuno, peraltro, immediatamente considerare che il livello di selettività di un tale singolare congegno dipenderà da come si deciderà di comporre l’offerta elettorale (nulla impedendo, in particolare, di mettere mano a liste, per così dire, “pluripartitiche”). Inoltre, è possibile ritenere che esso impatterà sul formato politico forgiandolo non in senso bi-tripolare (e men che meno bipartitico), bensì, in una rinnovata direzione “centrista”, per cui si avrà un’imponente forza maggioritaria (quella, per l’appunto, che vincerà le elezioni) la quale (specie poi in presenza di un fronte non-maggioritario composito e frantumato), risulterà circondata da una molteplicità di forze di minoranza/opposizione (secondo l’efficace immagine del «gigante con tanti cespugli»<sup>28</sup>).

Il fatto che poi, una volta assegnato il premio, per la (ulteriore) assegnazione dei seggi si dovrà procedere (cfr., *infra*, il §6) con criterio proporzionale, può render ragione di una considerazione del sistema alla stregua di un “maggioritario-proporzionale”, o, più precisamente, di un “supermaggioritario di lista-proporzionale tra le liste”

## **5. Premio di maggioranza (fisso), soglia dei voti (apparente) e quorum dei votanti (che non c’è)**

**5.1.** Con la conferma, da parte dell’*Italicum-bis* del premio di maggioranza si confida, ancora una volta, nella capacità taumaturgica del meccanismo premiale (costituente già di per sé un *unicum* in chiave comparata) di rimediare agevolmente alle conseguenze della cronica debolezza della forma di governo italiana.

Delle problematicità che questo tipo di aspettativa presenta si è avuto modo altrove di portare l’attenzione e, pertanto, non torneremo qui sul punto<sup>29</sup>, se non per osservare come, a dispetto della vigenza, ormai da tempo, di un simile congegno, non si sia tuttavia registrato un miglioramento apprezzabile, per il suo tramite, sul versante della tenuta e dell’efficienza dell’azione di governo. Il

---

<sup>28</sup> Si tratta dell’espressione utilizzata da A. POLITO, [Un gigante con tanti cespugli](#), in [Corriere.it](#) dell’8 aprile 2015

<sup>29</sup> Al riguardo, ancora L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, cit., 446 e ss.

che, ci pare, nel giustificare la considerazione come di «un meccanismo demenziale<sup>30</sup>», dovrebbe bastare, altresì, a persuadere che, in vista dell'obiettivo della “governabilità” (reputato, peraltro, «*legittimo*» dalla Corte, nella stessa [sent. n. 1 del 2014](#)), siano altri i versanti su cui soprattutto ed improrogabilmente intervenire, a partire, «per un'ovvia esigenza logica<sup>31</sup>», dalle riforme istituzionali (includendovi i regolamenti parlamentari), senza lasciare indietro nemmeno il delicato tema del ruolo, nel sistema costituzionale, dei partiti politici...<sup>32</sup>; mentre al sistema di elezione dovrebbe domandarsi – e dal sistema di elezione dovrebbe pretendersi – semmai di dar forza al circuito democratico-rappresentativo, col garantire un'adeguata rappresentatività dell'assemblea e, dunque, una congrua incidenza del voto individuale<sup>33</sup>, sapendo funzionare, in ultima analisi, da “ponte di collegamento” tra istituzioni e società.

Vi è poi, quella problematicità, per così dire, “strutturale” del meccanismo premiale in quanto tale, data dal fatto che la sua applicazione finisce per lasciare ben poco al caso, assistendosi, in buona sostanza, ad una pianificazione *ex ante* della geografia politica delle Camere elettive (così, ad es., si sa già che in applicazione dell'[Italicum-bis](#) la Camera dei deputati risulterà sistematicamente composta da una maggioranza del 55% e da una opposizione del 45%) –, a detrimento dell'effettiva incidenza del voto individuale ed, in ultima analisi, dei reali rapporti di forza emersi dall'elezione. Né avrebbe molto pregio obiettare, trattandosi di un'ipotesi abbastanza remota, che, nel caso in cui una lista o coalizione abbia conseguito del tutto “naturalmente” più del 55% dei voti, anche il risultato non sarebbe alterato poiché il meccanismo premiale non opera più.



<sup>30</sup> Così G. SARTORI, [Legge elettorale, Sartori: «L'Italicum di Renzi è un pasticcio su un pasticcio, la minoranza diventa maggioranza»](#), in *IlMessaggero.it* del 21 gennaio 2014.

<sup>31</sup> Così A. PIZZORUSSO, *I nuovi sistemi elettorali per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica*, in *Riforme elettorali*, M. Luciani e M. Volpi (curr.), Roma-Bari, 1995, 129. È noto, del resto, come a livello regionale, la conformazione della “forma di governo” da parte degli statuti debba di necessità precedere quella del sistema di elezione da parte delle leggi elettorali regionali...nella consapevolezza, altrimenti del rischio di “disonomie” tra i due fondamentali versanti ordinamentali.

<sup>32</sup> Trattasi, del resto, a ben vedere, dei due principali “nodi” rimasti insoluti nel nostro sistema costituzionale dalla Costituente, sui cui la letteratura è assai copiosa (volendosi, *ex multis*, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, cit., 501 e ss.). Ci si limita qui a considerare come un potenziamento sul suddetto versante si sia registrato a seguito del cumulo nelle mani dello stesso Matteo Renzi, della duplice carica di Segretario Nazionale del partito di maggioranza e di Presidente del Consiglio dei Ministri (a differenza di quanto avvenuto sotto i due “governi Prodi” e coi governi “Monti” e “Letta”), nell'ambito, per di più, di un governo per così dire “di partito”, in cui marginale risulta essere il ruolo svolto dalle altre forze politiche di maggioranza (a differenza, qui, anche, oltre agli esecutivi che si sono menzionati, dei quattro “governi Berlusconi”).

<sup>33</sup> Per una posizione decisamente negativa sull'[Italicum](#) a motivo, tra l'altro, della mancanza di «equilibrio tra rappresentanza e governabilità», col ritenere l'[Italicum](#) «tutto sbilanciato su quest'ultima», cfr. G. AZZARITI, [Troppa continuità col Porcellum, la costituzionalità è a rischio](#), cit.



5.2. Con più specifico riguardo al premio previsto dall'*Italicum-bis*, è possibile, comunque, rilevarne una maggiore linearità di funzionamento rispetto a prima, in ragione del venir meno della “dinamica degressiva” che caratterizzava il precedente meccanismo premiale, mirandosi ad assicurare, ora, in tutti i casi, il comporsi di una maggioranza parlamentare (di una certa consistenza) pari ad almeno 340 seggi.

Tuttavia, talune delle principali criticità che un siffatto congegno presentava nella precedente versione sono rimaste identiche anche dopo le modificazioni che ne son state fatte al Senato, sicché nella prospettiva di un eventuale sindacato di costituzionalità del sistema, si tratterà, particolarmente, di accertarne la ragionevolezza, avendo, la Corte, nella [sent. n. 1 del 2014](#), messo in guardia sul fatto che il «*sistema elettorale [...] pur costituendo espressione dell'ampia discrezionalità legislativa, non è esente da controllo, essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalità quando risulti manifestamente irragionevole*».

Il riferimento va, in particolare, al fatto che i suddetti 340 seggi (pari, lo si ripete, al 55% dei seggi in palio) corrispondono, come s'è visto, all'ammontare dei seggi assegnati alla lista dimostratasi in grado di acquisire, sin già al primo turno e, pertanto, con le sole proprie forze, il 40% dei voti validi; la quale, dunque, sarebbe irrazionalmente ed ingiustamente penalizzata rispetto a chi lo stesso risultato se lo veda consegnato, in via del tutto artificiosa, a seguito del ballottaggio.

Proprio quest'ultimo rilievo getta luce sul vero e proprio *punctum dolens* di un tale meccanismo premiale: la mancata previsione, cioè, di una qualsiasi soglia di voti, anche e soprattutto, per così dire, “ai piani bassi” del sistema (proprio quelli, si badi, per i quali risulterebbe tanto più necessaria...), per cui come si diceva, per liste che restino anche ben al di sotto del 40% dei voti si rende comunque possibile acquistare l'accesso al ballottaggio e, ciò che più conta, per tramite di questo – dunque in via puramente matematica – al conseguimento del *quorum* necessario ad ottenere (il premio di) ben 340 seggi.

Una tale situazione, a cui in precedenza faceva forse da velo la componente “coalizionale”, ad oggi, in presenza di sole, singole, liste (di partito) rileva in tutta la sua problematicità, riportando alla mente, tra l'altro, un frangente drammatico della nostra storia elettorale e costituzionale, come il premio a favore della lista di maggioranza relativa previsto dalla “legge Acerbo” (il quale, peraltro, com'è noto, sarebbe potuto scattare solo col conseguimento della soglia al 25%...).

Il ricordo, poi, dell'insuccesso del premio previsto dalla cd. “legge truffa” del 1953, perché a nessuna forza politica riuscì di raggiungere la maggioranza (assoluta) dei voti necessaria a farlo scattare<sup>34</sup>, porta a riflettere sul fatto che l'effettiva sussistenza di un premio dovrebbe implicarne anche la possibile “non attivazione”. Il premio, cioè, deve anche poter non scattare (essendo lecito pensare, in questi casi, ad un'applicazione residuale, ad es., del cd. *Consultellum*, o, comunque, di un metodo proporzionale puro, in grado al possibile di riflettere la volontà di voto espressa dagli elettori). Detto ancora altrimenti, non sembra possibile sostenere l'esistenza di quella “ragionevole soglia di voti minima” ai fini dell'attribuzione del premio di maggioranza – la cui mancanza, lo si rammenta, è stata alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale nella ridetta [sent. n. 1 del 2014](#) – in quei casi in cui di un simile meccanismo premiale è prevista sempre e comunque l'attivazione, avendosi, a ben vedere, in tali ipotesi, a che fare con una soglia – e con un premio – attribuiti *ex lege*.

È quanto avviene, per l'appunto, con riguardo all'*Italicum-bis*, in cui è (solo) attraverso la previsione legislativa del meccanismo del ballottaggio che, in via dunque del tutto artificiosa, vengono create le condizioni per il conseguimento – in ogni caso – da parte di chi vince, di una soglia di almeno il 50% dei voti (dato che, come si è detto, al secondo turno di voto partecipano due sole forze politiche, le quali si spartiscono il 100% dei voti). Così, se, ad es., nella situazione data, i

---

<sup>34</sup> Il mancato conseguimento, alle elezioni politiche del 1953, della suddetta “soglia” di voti da parte della coalizione politico-governativa di centro (basata sull'apparentamento tra la DC ed i tre partiti laici minori, alleati di governo: PRI, PSDI, PLI), formatasi nell'occasione al 49,2%, avrebbe decretato la fine di tale normativa, con la sua abrogazione e sostituzione ad opera della legge 31 luglio 1954, n. 615 di “ripristino” delle norme del testo unico del 1948 di stampo più schiettamente proporzionalistico.

migliori piazzati si collocassero ad esempio intorno al 10%, ne risulterebbe, alla fine, che una forza che ha dato prova di godere di un relativamente modesto *appeal* tra gli elettori, fruirebbe comunque del cospicuo bottino appena detto (del 55% dei seggi).

Pertanto, dato che nella sostanza, per dirla con la Corte, «*le disposizioni in esame*» continuano a non subordinare l'elargizione del premio al «*raggiungimento di una soglia minima di voti alla lista*» – sembra difficile pronosticare un positivo superamento, da parte della normativa in discussione, di un eventuale sindacato di costituzionalità (senza che, peraltro, un'eventuale censura implichi necessariamente il travolgimento dell'intero impianto legislativo, che anzi, dovrebbe esser fatto dalla Corte al possibile salvo, come avvenuto nella [sent. n. 1 del 2014](#))...a meno che il Giudice costituzionale non decida di far proprio un approccio puramente formale alla questione, il quale, al momento di appurare la presenza della soglia, potrebbe portarla ad accontentarsi della vigenza di quel meccanismo di generazione fittizia, “per via legislativa”, di cui s'è detto, concludendo per l'infondatezza della questione.

Ad un tale esito potrebbe, peraltro, forse, giovare il precedente contenuto nella [sent. n. 275 del 2014](#)<sup>35</sup> (in cui la Corte, con riguardo, alla disciplina elettorale comunale, ha sostenuto la “non irragionevolezza” del premio di maggioranza e della «*conseguente alterazione della rappresentanza*», a motivo della sua funzionalità alle esigenze di governabilità, che nel turno di ballottaggio verrebbero «*più fortemente in rilievo*»). Anche se decisiva nel far propendere per l'incostituzionalità della norma potrebbe essere la constatazione di come, altrimenti, la Consulta finirebbe per contraddire se stessa, consentendo a quella compressione della «*rappresentatività dell'assemblea parlamentare, attraverso la quale si esprime la sovranità popolare, in misura sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito (garantire la stabilità di governo e l'efficienza decisionale del sistema), incidendo anche sull'eguaglianza del voto, in violazione degli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.*» ritenuta, dallo stesso Giudice delle leggi, ancora da ultimo, “manifestamente irragionevole” (v. la ridetta [sent. n. 1 del 2014](#); ed inoltre, in senso analogo, già in precedenza, le sentt. [n. 15](#) e [n. 16 del 2008](#), nonché la [sent. 13 del 2012](#))<sup>36</sup>.

**5.3.** La criticità da ultimo esaminata trascende, a ben vedere, il sistema elettorale in questione, per coinvolgere, più ampiamente, il meccanismo premiale di per se stesso considerato. Se, infatti, resta certamente valida l'idea, patrocinata dallo stesso Giudice costituzionale, della necessità, attraverso la fissazione di soglie, di porre un qualche limite alla possibilità di «*trasformare, in ipotesi, una formazione che ha conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi in quella che raggiunge la maggioranza assoluta dei componenti dell'assemblea*», ciò non toglie che è esclusivamente di “voti validi” che, in questi casi, si ragiona. Suffragi, questi, che potrebbero, pertanto, coincidere con un numero estremamente ridotto di votanti (ipotesi verosimile in presenza di un'alta percentuale di astensione); i quali, nondimeno, basterebbero a far scattare il meccanismo premiale (così, se, per ipotesi, nelle elezioni politiche italiane votassero solo 1000 persone, pari, all'incirca, allo 0,002% del corpo elettorale, ed il risultato fosse di 410 voti per una certa forza politica, 400 per un'altra e 190 per una terza, il premio scatterebbe comunque ed il vincente otterrebbe il 55% dei seggi...).

---

<sup>35</sup> Su cui, volendosi, L. TRUCCO, *Materia elettorale: la Corte costituzionale tiene ancora la regia, anche se cambia la trama del film (riflessioni a margine della sent. n. 275 del 2014)*, in *Rass. Parl.*, 2015, 171 e ss.

<sup>36</sup> Nelle sopramenzionate decisioni la Corte ha infatti invitato, a più riprese, il legislatore affinché, attraverso la fissazione effettiva di una soglia, scongiurasse il rischio che il premio risultasse «*foriero di una eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa*», consentendo «*ad una lista che abbia ottenuto un numero di voti anche relativamente esiguo di acquisire la maggioranza assoluta dei seggi*», potendosi, altrimenti, «*verificare in concreto una distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi che, pur essendo presente in qualsiasi sistema elettorale, nella specie assume[rebbe] una misura tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto*» (cfr., per un'analisi sul punto, G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, [Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sentenza 1/2014](#), in *federalismi.it*, del 22 aprile 2014).

Se si porta questo tipo di logica alle estreme conseguenze, si può dire, finalmente, ancora con la Consulta, che è il «*meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza*» in quanto tale a «*determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.)*», trattandosi di un congegno inidoneo per sua stessa natura e ragion d'essere a soddisfare l'esigenza «*che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi*». Il che, ci pare, risulta tanto più vero laddove all'assenza di soglie di voti validi si sommi la mancanza di *quorum* dei votanti che garantisca una certa condivisione – e, con essa, autorevolezza e credibilità – dell'iter che conduce all'attivazione del premio e, più ampiamente, allo stesso risultato elettorale, da parte della comunità politica di riferimento. Per cui anche a questo riguardo, se proprio si volesse far salvo il meccanismo premiale, sarebbe opportuno ed anzi necessario accompagnare la suddetta soglia dei voti validi con la previsione, altresì, di un *quorum* dei votanti (al cui mancato traguardo potrebbe conseguire, anche qui, un'applicazione residuale, ad es., del cd. *Consultellum*)<sup>37</sup>.

## **6. Livelli (molteplici) di assegnazione (e traslazione) dei seggi e proclamazione degli eletti**

**6.1.** Si diceva in precedenti paragrafi come nella “[proposta-bis](#)” di *Italicum* il conteggio si articola, per così dire, “ad imbuto”, nell'ambito cioè, di una molteplicità livelli “decrementi quanto ad ampiezza, tra i quali un ruolo centrale è svolto, come si è in parte anticipato dal (1) livello nazionale, anche se poi l'individuazione, in concreto, dei beneficiari dei seggi avviene ai successivi livelli, (2) circoscrizionale e (3) di collegi elettorali. A tutti questi vari livelli, al fine di operare concretamente il riparto dei seggi è prevista una dinamica indubbiamente macchinosa da descrivere (potrebbe dirsi “per progressive approssimazioni in senso proporzionale”) che, in sintesi estrema, vede, via via ad ogni livello (in senso decrescente), l'applicazione del criterio proporzionale e l'eventuale “aggiustamento” del riparto dei seggi che ne deriva, in modo tale da salvaguardare, al possibile, da un lato, il numero di seggi (cd. *magnitudo*) definita al momento del disegno delle circoscrizioni (v., *supra*, il §2) e, dall'altro, la volontà espressa dagli elettori espressa al momento del voto (v., *supra*, il §3).

Più nel dettaglio, è opportuno considerare come, a livello nazionale, una volta attribuiti i seggi del premio di maggioranza alla lista vincente al primo turno o a seguito del ballottaggio (v. *supra*, il §5), spetti ancora all'Ufficio centrale nazionale operare concretamente il riparto dei seggi fra le circoscrizioni stabilendo, innanzitutto, il numero di seggi spettanti alle liste a livello nazionale. A tal fine, esso calcola (il quoziente elettorale di maggioranza, derivante dalla divisione della cifra elettorale nazionale della lista di maggioranza per il numero di seggi ad essa attribuito e, corrispondentemente) il quoziente elettorale nazionale di minoranza, dato dalla divisione del totale delle cifre elettorali delle liste di minoranza per il numero di seggi rimasti da attribuire alle liste stesse. Esso procede, quindi, alla ripartizione dei tali seggi “residuali” tra le altre liste ammesse al

---

<sup>37</sup> Con apparente paradosso, non costituiscono la maggioranza gli ordinamenti che, ai fini della validità dell'elezione, richiedono che alle procedure di voto abbia preso parte un certo numero di “elettori” (c.d. “*quorum* dei votanti”), a garanzia della condivisione dell'iter che conduce al risultato elettorale di una certa parte della comunità politica di riferimento ed, in fondo, della stessa autorevolezza e credibilità dell'elezione. Più vasto è, infatti, l'assolvimento del *quorum* – in contesti, s'intende, dove sia garantita la libertà di voto –, e maggiore è la persuasione che alla scelta abbia contribuito la più ampia “volontà generale”; mentre più esso è basso, più elevato è il rischio che la scelta, presa da pochi, non rappresenti la volontà di tutti, fino a potersi proporre il c.d. “paradosso dell'uno determinante”, per cui, in linea teorica, anche un solo votante potrebbe essere decisivo ai fini dell'elezione ...

Tra le prime normative che si posero il problema deve certamente menzionarsi la legge elettorale francese del 1919 che, nel caso in cui il numero dei votanti in una determinata circoscrizione non superasse la metà degli iscritti, prescriveva che l'elezione dovesse ripetersi quindici giorni dopo (ex art. 13). Attualmente, le ipotesi di “*quorum* dei votanti” per le elezioni politiche, oltre ad essere, come si accennava, rare, possiedono di norma una portata parziale, come accade esemplarmente in Francia dove l'art. L 126 del *Code él.* (come inserito, da ultimo, dall'art. 1 della legge 11 luglio 1986, n. 86-825 40) solo per il conseguimento del seggio al primo turno richiede la partecipazione al voto di almeno un quarto degli iscritti nelle liste elettorali nel collegio di riferimento.

riparto “non vincenti”, rifacendosi, a tal fine, al metodo del quoziente, con riferimento, da un lato, al “numero di seggi pari alla differenza tra 618 e il totale dei seggi assegnati alla lista di maggioranza” e, dall’altro, al “quoziente di minoranza” testé menzionato (v. il c. 3 dell’art. 2).

Si noti, peraltro, come il *drafting* non del tutto perspicuo in punto di contabilizzazione dei risultati elettorali delle circoscrizioni Trentino-Alto Adige e Valle d’Aosta (in cui vengono assegnati 12 seggi “speciali”: 1 in VA ed 8 in collegi uninominali + 3 con metodo proporzionale in TAA) potrebbe far sorgere dei problemi in sede applicativa, col risultato di far mancare l’obiettivo dell’assegnazione di tutti i 630 seggi (fissati inderogabilmente dall’art. 56 della Costituzione). Il comma 6 dell’art. 83 dell’*Italicum-bis*, infatti, mentre si preoccupa di chiarire che i voti espressi in tali circoscrizioni debbono considerarsi in vista della verifica del raggiungimento della soglia di sbarramento e per l’individuazione della lista maggioritaria o delle liste ammesse all’eventuale ballottaggio, analogo zelo non pone con riguardo al loro conteggio nella successiva fase di assegnazione dei seggi, limitandosi, a questo riguardo, a prevedere che “Essi non concorrono alla ripartizione dei seggi assegnati nella restante parte del territorio nazionale”. Dal canto loro, le disposizioni specificamente dedicate (all’art. 2, c. 29 e ss.) ai sottosistemi di Trentino-Alto Adige e Valle d’Aosta, mentre prevedono che i seggi che le liste maggioritarie ottengono in tali circoscrizioni debbano essere detratti dai 340 seggi del premio, nulla dicono con riguardo ai seggi ottenuti dalle liste di minoranza nelle due regioni a disciplina speciale (segnatamente, non prescrivono che essi vadano defalcati dal totale dei 278 seggi destinati alle liste di minoranza). Su questa base, è stata gettata prontamente luce sulla possibilità che un’interpretazione strettamente letterale della normativa conduca a ritenere che i voti espressi nelle due circoscrizioni rilevino solo ed esclusivamente sul piano del sistema di votazione, ovvero con riguardo alle “modalità di considerazione dei voti delle due circoscrizioni con disciplina speciale nella determinazione delle cifre elettorali delle liste”, mentre gli stessi resterebbero estranei alle successive fasi di distribuzione dei seggi<sup>38</sup>. Pertanto, tali 12 seggi “speciali”, dopo essere stati conteggiati ai fini di cui s’è detto, andrebbero trattati del tutto autonomamente rispetto ai (618-340=) 278 seggi da elargire alle minoranze, con l’inammissibile fluttuazione (tra i 631 e i 640 seggi) dell’ammontare totale dei seggi di cui, deve e non può non essere composta la Camera dei Deputati<sup>39</sup>.

Va dunque da sé che, onde evitare una simile evenienza, la normativa in questione necessiterà di una interpretazione costituzionalmente conforme, fondata sull’assunto che il menzionato comma 6 non riguardi il sistema di voto ma, piuttosto, l’intera fase di assegnazione dei seggi (calcolo della soglia e del premio, ovviamente, inclusi) e che, pur presupponendosi che per i seggi di Trentino-Alto Adige e Valle d’Aosta viga una disciplina speciale, essi vadano, comunque, contabilizzati nell’ambito dei seggi, rispettivamente, “di maggioranza” e “di minoranza”. Più precisamente, per non sfiorare il totale di seggi previsto dalla Carta, la contabilizzazione dei seggi “di maggioranza” e “di minoranza” dovrà essere effettuata nell’ambito, da un lato, di tali 12 “seggi speciali” e, dall’altro, degli altri (630 totale – 12 esteri – 1 Valle d’Aosta – 11 Trentino-Alto Adige =) 606 “seggi ordinari” (v., *supra*, al §2 la 2<sup>a</sup> tabella). A questo punto, l’effettiva assegnazione dei seggi in Trentino-Alto Adige e Valle d’Aosta seguirà le “regole proprie” (stabilite dal comma 29 e ss. dell’art. 2 dell’*Italicum-bis*), in una sorta, analogamente a quanto avviene per i 12 “seggi esteri”, di “subclassifica”/assegnazione avulsa, idonea a mettere al riparo tali due “circoscrizioni speciali” da quanto avviene nel resto del territorio, per cui sarebbe in questo senso, che andrebbe intesa la disposizione più sopra richiamata che vuole che i voti espressi in tali circoscrizioni non concorrano

---

<sup>38</sup> Cfr. sul punto, L. SPADACINI, [L’Italicum e alcune sue ulteriori criticità: la disciplina per Valle d’Aosta e Trentino Alto Adige, la distribuzione dei seggi tra i collegi e il differimento dell’applicazione della riforma](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 2015, spec. 5 e ss.

<sup>39</sup> Per la precisione (v., sul punto, L. SPADACINI, cit., 5 e 6), se tutti i nove candidati vincenti nei collegi uninominali fossero collegati alla lista di maggioranza a livello nazionale, si avrebbe (340 seggi di maggioranza + 278 di minoranza + 1 di minoranza “speciale” + 12 esteri =) 1 solo seggio in esubero; mentre se la lista di maggioranza non vicesse in nessuno dei collegi uninominali ne conseguirebbe (340 seggi di maggioranza, di cui 2 assegnati nella quota cd. di recupero del Trentino-Alto Adige + 278 di minoranza + 10 di minoranza “speciale” + 12 esteri =) un totale di 640 deputati.



“alla ripartizione dei seggi assegnati nella restante parte del territorio nazionale” (v. il c. 6 dell’art. 83).

Comunque sia, va osservato come, una tale “ibridazione” del sistema presenti delle criticità di non trascurabile rilievo che vanno oltre l’interpretazione necessitata appena proposta (di cui, peraltro, la tecnica redazionale messa in campo può dirsi forse spia e riflesso). Ci si riferisce, in particolare, al fondamento costituzionale in grado di giustificare il descritto regime elettorale speciale di queste due Regioni (anche) rispetto alle altre Regioni a statuto speciale, nonché in considerazione del più ampio quadro di tutela delle minoranze linguistiche (ai sensi della [legge 15 dicembre 1999, n. 482](#)); si pensa, inoltre, per diverso ma connesso profilo, al (per certi versi, come s’è visto) analogo trattamento riservato a tali “seggi speciali” rispetto ai “seggi esteri”, mancando, nella Carta, per i primi, previsioni analoghe a quelle stabilite per i secondi (v. spec. il 2° comma dell’art. 56 della Costituzione)<sup>40</sup>.

D’altro canto, queste due regioni potrebbero lamentare un’indebita violazione della propria autonomia da parte del legislatore statale, a motivo del suddetto obbligo di collegamento delle proprie liste con le altre in sede nazionale, e, più in generale, a causa delle innovazioni rispetto a quanto stabilito dal [Testo unico](#) recante le “norme per la elezione della Camera dei deputati”. Mentre proprio il collegamento tra le liste di candidati “speciali” ed “ordinarie” potrebbe essere all’origine di una particolare ipotesi di “voto multiplo” se si dovesse appurare l’(ulteriore) incidenza dei voti espressi in tali circoscrizioni oltre che per l’assegnazione dei propri seggi (in applicazione delle proprie regole), altresì, sul calcolo dei quozienti elettorali di maggioranza e di minoranza sul piano nazionale (si ricordi, peraltro, come sia la stessa normativa a prevedere che essi debbano essere contati per il traguardo della soglia del 3% e per l’assegnazione del premio di maggioranza a livello nazionale).

E’ difficile pensare che, se mai la questione dovesse essere portata alla sua attenzione, la Corte costituzionale possa soprassedere a tali e tante criticità. Mentre sarebbe consigliabile porvi tempestivo rimedio, anche, se del caso e per quanto possibile, in sede attuativa (nonché, nel dar seguito alla delega al Governo prevista dall’art. 4 per la determinazione dei collegi plurinominali).

**6.2.** Al fine di proseguire idealmente nel percorso applicativo della formula elettorale, si deve ora considerare come, una volta compiuta l’assegnazione dei seggi alle liste a livello nazionale, l’Ufficio centrale nazionale debba procedere alla ripartizione dei seggi nelle varie circoscrizioni (v. il c. 25 dell’art. 2), in proporzione al numero di voti che ciascuna lista ha ottenuto in una determinata circoscrizione (qui, come si è detto, le circoscrizioni Trentino-Alto Adige e Valle d’Aosta fanno sistema a sé...), in modo tale, da rispettare al possibile quanto stabilito al momento del disegno della componente circoscrizionale stessa (v. *supra*, il §2).

A tal fine, in ciascuna circoscrizione l’Ufficio centrale nazionale determina, per ogni lista, un “indice proporzionale di lista” (che, in pratica, rappresenta la quota di seggi spettante in quella determinata circoscrizione alla lista, sulla base dei seggi ad essa assegnati in sede nazionale), dividendo la cifra elettorale circoscrizionale della lista per il quoziente elettorale nazionale della lista medesima, a sua volta ottenuto, quest’ultimo, dalla parte intera della divisione della cifra elettorale nazionale della lista per il numero di seggi ad essa assegnato in sede nazionale. Sulla base di tutti i vari “indici proporzionali di lista” è possibile quindi determinare un “indice complessivo circoscrizionale” di tutte le liste (costituito dalla somma degli indici proporzionali di lista). A questo punto, avendosi la disponibilità dei singoli “indici proporzionali di lista”, dell’“indice complessivo circoscrizionale delle liste”, e del “totale di seggi spettanti a tutte le liste nella circoscrizione”

---

<sup>40</sup> Può pensarsi dunque che sia stato proprio il fatto che il 2° comma dell’art. 56 della Costituzione stabilisce che il “numero dei deputati è di seicentotrenta, dodici dei quali eletti nella circoscrizione Estero”, senza nulla dire di più a portare il legislatore a fissare (v. *supra*) a 618 (e non a 606) il totale dei seggi da assegnare (v. il c. 3 dell’art. 2).



mettendo in rapporto tra loro (con una semplice proporzione) questi dati è possibile calcolare i “seggi spettanti a ciascuna singola lista”<sup>41</sup>.

Il passo successivo è di accertare se la somma dei seggi assegnati alle liste in tutte le circoscrizioni corrispondono o se, invece, la lista abbia ottenuto più seggi (lista eccedentaria) o meno seggi (lista deficitaria) di quelli alla medesima attribuiti a livello nazionale. In questa seconda evenienza la soluzione adottata riprende, fatte tutte le differenze del caso, il metodo “della più alta media”, per cui per approssimazioni successive si procede ad individuare il risultato “ottimale” (quello, cioè, che consente di attribuire i seggi in palio distortendo “al minimo” i rapporti di forza tra liste, pur, va detto, con tutte le imprecisioni del caso, in ragione della “forza dei numeri”, la quale però, essendo cieca, è anche imparziale, potendo giocare indifferente a favore o contro questa o quella forza politica).

Su questa base (secondo una dinamica destinata a replicarsi, pur con alcune non trascurabili, differenze, come si vedrà, a livello di collegio) l’Ufficio centrale opera, dunque, la “correzione” delle assegnazioni effettuate. A tal fine, si inizia dalla lista con il maggior numero di seggi eccedenti, e, in caso di parità, da quella con la maggior cifra elettorale nazionale, e si procede alla sottrazione dei seggi eccedenti nelle circoscrizioni nelle quali essa li ha ottenuti con le minori parti decimali dei quozienti di attribuzione, assegnandoli, nella medesima circoscrizione, alle liste deficitarie per le quali le parti decimali dei quozienti di attribuzione non hanno dato luogo all’assegnazione di un seggio. Qualora, poi, nella medesima circoscrizione due o più liste abbiano le parti decimali dei quozienti non utilizzate, il seggio è attribuito alla lista con la più alta parte decimale del quoziente non utilizzata o, in caso di parità, a quella con la maggiore cifra elettorale nazionale.

A questo punto, secondo la riformulazione proposta al Senato, prima di applicare meccanismi comportanti lo slittamento del numero di seggi attribuiti (nelle precedenti fasi della procedura) alle liste ed alle circoscrizioni (fatte salve, si badi, le due circoscrizioni “speciali”), si deve tentare al possibile di effettuare la compensazione nell’ambito delle medesime liste e circoscrizioni. In quest’ottica, dunque, si prevede che nel caso in cui non sia possibile attribuire il seggio sottratto alla lista eccedentaria nella medesima circoscrizione, in quanto non vi siano liste deficitarie con le parti decimali dei quozienti inutilizzate, l’Ufficio centrale debba proseguire, per la stessa lista eccedentaria, nell’ordine dei decimali crescenti, fino ad individuare un’altra circoscrizione in cui sia possibile sottrarre il seggio alla lista eccedentaria e assegnarlo alla lista deficitaria nella medesima circoscrizione. E’ a questo punto che, nell’ipotesi in cui non si sia ancora riusciti ad effettuare la compensazione, si applica la “norma di chiusura”, che prevede che i seggi vengano sottratti alla lista eccedentaria nelle circoscrizioni nelle quali essa li ha ottenuti con le minori parti decimali dei quozienti e che vengano assegnati alla lista deficitaria nelle altre circoscrizioni in cui abbia le maggiori parti decimali dei quozienti inutilizzate.

**6.3.** Completata la procedura pure a livello circoscrizionale, il metodo di riparto dei seggi nei vari collegi plurinominali, la cui applicazione è affidata (non più all’Ufficio centrale ma) ai vari Uffici centrali circoscrizionali, mutua per la più gran parte quello sopra descritto per la ripartizione dei seggi nelle circoscrizioni, potendosene omettere, dunque, la ripetizione (v. il c. 25 dell’art. 2). La differenza di rilievo, che, per ciò stesso, merita, invece, una qualche attenzione, la si deve alla riformulazione del testo proposta dal Senato, e concerne il sistema di compensazione fra liste eccedentarie e liste deficitarie nella ripartizione dei seggi spettanti alle liste di minoranza. Si tratta,

---

<sup>41</sup> I seggi che eventualmente residuano da assegnare sono attribuiti in ciascuna circoscrizione alle liste secondo l’ordine decrescente delle rispettive parti decimali dei medesimi quozienti in base ai quali è stata effettuata l’assegnazione di seggio per la parte intera. Al fine del calcolo degli indici di cui sopra, il quoziente elettorale nazionale è unico per tutte le liste nel caso in cui non si sia dato luogo all’attribuzione del premio di maggioranza. Nel caso in cui, invece, sia stato assegnato il premio di maggioranza, gli indici proporzionali di cui sopra sono calcolati utilizzando il quoziente elettorale nazionale di maggioranza per la lista maggioritaria e il quoziente elettorale nazionale di minoranza per le altre liste.

dunque, prima di tutto (v. l'art. 2, c. 1, n. 4) di accertare se il numero di seggi assegnati nei vari collegi a ciascuna delle liste di minoranza corrisponda o se, invece, le liste abbiano ottenuto più seggi (liste eccedentarie) o meno seggi (liste deficitarie) di quelli alle medesime attribuiti a livello circoscrizionale. In questo secondo caso, l'Ufficio determina la lista che ha il maggior numero di seggi eccedentari e, a parità di questi, la lista che tra queste ha ottenuto il seggio eccedentario con la minore parte decimale del quoziente; sottrae, quindi, il seggio a tale lista nel collegio in cui è stato ottenuto con la minore parte decimale dei quozienti di attribuzione e lo assegna alla lista deficitaria che ha il maggior numero di seggi deficitari e, a parità di questi, alla lista che tra queste ha la maggiore parte decimale del quoziente che non ha dato luogo alla assegnazione di seggio: il seggio è assegnato, quindi, alla lista deficitaria nel collegio plurinominale in cui essa ha la maggiore parte decimale del quoziente di attribuzione non utilizzata. Tali operazioni sono ripetute, dunque, in successione, sino alla assegnazione di tutti i seggi eccedentari alle liste deficitarie.

E' noto, peraltro, che i meccanismi di compensazione di cui s'è detto, come spesso accade quando si tratta di contemperare interessi vari e confliggenti, siano stati e siano tutt'ora oggetto di discussione. Al meccanismo previsto nella [prima versione](#) di *Italicum* va riconosciuto l'intento di aver mirato a salvaguardare al possibile il riparto dei seggi operato al momento del disegno dei collegi e delle circoscrizioni; nondimeno, un simile obiettivo veniva ricercato con l'applicazione di un meccanismo di sottrazione dei seggi alle liste eccedentarie (in genere, le più forti) a beneficio di quelle deficitarie (di norma, le meno forti) che rendeva possibile ed anzi probabile, specie per le liste più deboli "pescare" i seggi mancanti dove le liste eccedentarie esibivano la parte decimale più piccola, e non dove le liste deficitarie medesime presentavano la parte decimale maggiore, con una certa indifferenza, dunque, dei risultati di voto ottenuti nei diversi territori (cd. "flipper"), con tutte le incongruenze del caso (sino, al limite di attribuire alle liste più deboli alcun seggio, a motivo dell'impossibilità, per le stesse, di ottenere seggi attraverso i resti più alti, o, men che meno, grazie ai quozienti interi).

Al Senato, come si diceva, il meccanismo è stato modificato, con l'introduzione della cd. norma "antiflipper", con cui, al fine di scongiurare la possibilità di procedere all'assegnazione di seggi a determinate liste in collegi in cui queste presentavano risultati peggiori (rispetto ad altri collegi) è stata stabilita la cessione del seggio da parte delle liste eccedentarie nei collegi dove hanno la parte decimale minore, ed il loro acquisto, d'altra parte, da parte di quelle deficitarie nei collegi in cui queste presentano la parte decimale maggiore. Detto altrimenti, in base alle nuove regole, la lista eccedentaria (quindi quella che ha raccolto più voti) è tenuta a cedere il seggio a quella deficitaria (quindi quella più debole) dove questa ha ricevuto più consensi.

In questo modo si è ricondotta la normativa ad una maggiore coerenza, continuando però a scontarsi la possibilità che, fermo restando, tendenzialmente, il numero dei seggi attribuiti a livello di circoscrizione, il numero di seggi complessivamente assegnati nei vari collegi risulti variabile. Ma del resto, è nella fisiologia dei sistemi elettorali (si direbbe, anche qui, "nella forza dei numeri") che, nel momento in cui si scelga di operare il conteggio ad un più alto livello – sia esso a livello circoscrizionale o, a maggior ragione, nazionale – si possa e si debba accettarne le implicazioni ai livelli più bassi, anche se queste comportino un rimescolamento della carte in tavola (anche a scapito, in qualche misura, della "conoscibilità", da parte degli elettori, degli esiti del proprio suffragio) ...almeno sino a quando ciò non vada a detrimento dell'imparzialità dell'elezione.

Ad ogni modo, concluse le operazioni di attribuzione dei seggi nei collegi, le assegnazioni alle liste sono definitive e l'Ufficio centrale circoscrizionale procede alla proclamazione degli eletti. E' a questo punto che rilevano (anche) le preferenze espresse dagli elettori, dato che (secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lettera g) della [proposta-bis](#) di *Italicum*), in ciascun collegio lo stesso Ufficio proclama eletti "fino a concorrenza dei seggi che spettano a ciascuna lista in ogni circoscrizione, dapprima i candidati capolista nei collegi, quindi i candidati che hanno ottenuto il maggior numero di preferenze"<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Nell'ipotesi in cui in un collegio non sia possibile assegnare un seggio ad una lista perché la lista stessa ha esaurito il numero di candidati, l'Ufficio centrale circoscrizionale assegna il seggio alla lista in un altro collegio della

---

medesima circoscrizione in cui la lista stessa abbia la maggior parte decimale del quoziente inutilizzata, a partire dal capolista e, successivamente, in base alla graduatoria delle preferenze ottenute dagli altri candidati. Qualora residui ancora un qualche seggio da attribuire alla lista, l'Ufficio lo assegna in un altro collegio della medesima circoscrizione in cui la lista stessa abbia la maggior parte decimale del capolista e poi i candidati in ordine di preferenze ottenute. Se, poi, anche dopo tali operazioni residuino ancora seggi da assegnare alla lista, l'Ufficio centrale circoscrizionale ne dà comunicazione all'Ufficio centrale nazionale, il quale individua la circoscrizione in cui la lista stessa abbia la maggior parte decimale del quoziente inutilizzata e ne dà comunicazione a sua volta all'Ufficio centrale circoscrizionale competente. Quest'ultimo provvede all'assegnazione del seggio, sempre nell'ordine descritto. In tutte le operazioni in caso di parità della parte decimale, si procede mediante sorteggio (v. il c. 25 dell'art. 2).

**Antonio Ruggeri**

**Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile?  
(A prima lettura di [Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015](#))**

SOMMARIO: 1. Lo scarto tra la motivazione e il dispositivo presente in [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e la singolare regola dalla Cassazione estratta dal principio aggiunto dalla Consulta, con l’artificiosa invenzione di un istituto che... *non c’è: il matrimonio “a tempo”*. – 2. La torsione subita dal modello delle additive di principio, con l’estrazione di una regola qui giudicata come l’*unica* possibile, laddove il principio stesso, quando è davvero tale, si apre sempre a raggiera disponendosi ad esprimere plurime regole, tra le quali l’operatore è quindi chiamato a scegliere quella buona per il caso; ciò che qui non s’è fatto, il principio confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio e, allo stesso tempo, sollecitando una disciplina legislativa congrua alle peculiari esigenze dei soggetti componenti la coppia *divenuta* omosessuale, non già il mantenimento del matrimonio da essi contratto al tempo in cui avevano sesso diverso. – 3. Un problema non risolvibile dal giudice in via “sussidiaria” rispetto al legislatore ma unicamente da quest’ultimo e la conferma che se ne ha del fatto che il vizio, nel nostro come in altri casi, sta nell’uso da parte del giudice delle leggi di tecniche decisorie reciprocamente alternative e tuttavia sostanzialmente produttive dei medesimi effetti. – 4. Ragionando a riguardo dei rimedi astrattamente possibili avverso i “seguiti” infedeli dati dalla Cassazione e, in genere, dai giudici comuni alle decisioni del giudice costituzionale (dal ricorso per conflitto tra poteri sollevato da quest’ultimo avverso il provvedimento giurisdizionale che ne abbia menomato le attribuzioni a nuove questioni di costituzionalità proposte da altri giudici “ribelli” nei confronti del verdetto della Cassazione).

*1. Lo scarto tra la motivazione e il dispositivo presente in [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e la singolare regola dalla Cassazione estratta dal principio aggiunto dalla Consulta, con l’artificiosa invenzione di un istituto che... non c’è: il matrimonio “a tempo”*

Alle volte si hanno problemi, giuridici e non, che sembrano irrisolvibili, dal momento che gli unici esiti logicamente possibili, per l’una o l’altra ragione, sono da scartare. Se si è fatto buon uso della logica stessa, non resta che pensare che siano errate le premesse del ragionamento svolto, vale a dire che quest’ultimo sia fatto poggiare su basi teoriche inadeguate a reggerlo e a dargli modo di pervenire alle sue naturali e lineari conseguenze.

Vado subito al cuore del nostro problema. Le basi stesse non si devono alla Cassazione, che le avrebbe artificiosamente inventate e in modo maldestro poste, per quanto la decisione in esame non sia a mia opinione da condividere dal suo primo all’ultimo rigo; si devono, piuttosto, alla Consulta, resasi responsabile di un autentico pasticcio fatto con la [n. 170 del 2014](#), alla quale la odierna pronuncia della Cassazione vorrebbe funzionalmente raccordarsi, dandovi “seguito” (anzi, ci dice la pronuncia stessa, l’*unico*, necessitato “seguito” possibile), concludendo così il giudizio *a quo* rimasto sospeso in attesa del verdetto della Consulta stessa.

Il caso è noto e non occorre, dunque, rammentarlo neppure in sunto<sup>1</sup>. Mi limito solo a far notare, richiamando quanto ho avuto modo di scrivere a commento della [sent. n. 170](#), come la stessa abbia fatto un uso forzoso delle tecniche decisorie di cui la Corte dispone apportando una nuova norma di principio ad una legge “sbagliata”, secondo quanto ha altresì rilevato, con la sua consueta lucidità, R.

---

<sup>1</sup> L’antefatto della vicenda è accuratamente descritto da A. LORENZETTI, *Diritti “in transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, 105 ss.; v. anche i contributi che sono in [GenIUS](#), 1/2014.

Romboli<sup>2</sup>. La Corte infatti ci ha detto, con estesa argomentazione<sup>3</sup>, che la norma di legge che prevede lo scioglimento automatico del matrimonio del soggetto che sia transitato ad altro sesso non è affatto contraria a Costituzione; tutt'al' inverso, è l'*unica* soluzione normativa possibile, discendente “a rime obbligate” dall'art. 29 cost., che prescrive in modo inderogabile ed esclusivo il paradigma eterosessuale del matrimonio, nel mentre le coppie omosessuali – siano originarie ovvero sopravvenute, quale quella protagonista della vicenda oggetto della [n. 170](#) – rinvergono unicamente nell'art. 2 della Carta il fondamento della tutela delle loro aspettative. La *norma* impugnata davanti al giudice costituzionale, dunque, non è illegittima; è illegittima la *legge* (in realtà, un'*altra* legge, che non c'è...) nella parte in cui non prevede una peculiare disciplina che regoli la parimenti peculiare condizione della coppia in parola, che ha un “pregresso vissuto” – rileva la Corte – che altre coppie anche di omosessuali (*originari*...) non hanno<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> R. ROMBOLI ha argomentato il suo pensiero sul punto nel suo [La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” \(quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (1° luglio 2014); quanto al mio commento evocato nel testo, può vedersi in [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (13 giugno 2014).

<sup>3</sup> ... un'argomentazione – si faccia caso – che smonta punto per punto il ragionamento fatto dalla Cassazione nella ordinanza di rimessione (lo rileva P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 6 luglio 2014, § 2, rifacendosi ad un pensiero di C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.it](#), 27 giugno 2014, § 2, nel quadro nondimeno di una ricostruzione complessiva della vicenda diversamente orientata da quella che ne ho fatto nel commento sopra cit. e traendone conseguenze parimenti diverse). La qual cosa già di per sé la dice lunga a riguardo di quello scostamento dalla decisione della Consulta della pronunzia della Cassazione stessa che vi dà “seguito”, di cui si dirà subito appresso.

<sup>4</sup> Può non piacere, come a molti (e, tra questi, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in [www.articolo29.it](#), 26 giugno 2014, ult. §, e, della stessa, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in [Genius](#), 2/2014, 6 ss., e, pure *ivi*, B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'art. 29 Cost.*, 12 ss.) non piace, che possano darsi forme plurime e reciprocamente tipizzate di unioni intersoggettive, ciascuna dotata di connotati suoi propri non assimilabili nel trattamento a quelli riservati alle altre, a pena di disattendere il canone della ragionevolezza, ma la Costituzione è chiara nel pretendere dal legislatore tutele parimenti differenziate, congrue con ciascuna specie di unione, perlomeno fintantoché l'art. 29 avrà il tenore che ha. Tutele che non possono in tutto e per tutto coincidere con quella data alla coppia coniugata ma neppure, però, essere radicalmente diverse, a pena di sacrificare legittime aspettative dei componenti le coppie omosessuali. Ed è francamente singolare che da molti si lamenti l'intollerabile discriminazione patita dalle coppie omosessuali in conseguenza della preclusione loro fatta ad accedere al matrimonio, quando è proprio il principio di eguaglianza a volere – come si sa – che si abbiano trattamenti diversi per situazioni parimenti diverse, tali riconosciute dalla stessa Costituzione nella parte in cui, secondo l'interpretazione dell'art. 29 che proviene dal suo più autorevole interprete, il giudice delle leggi, definisce la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, quale unione esclusivamente fondata sul carattere eterosessuale della coppia. Che, poi, si reputi conveniente innovare alla Carta, con le procedure sue proprie, è una questione che non possiamo riprendere qui (sulla quale, v., spec., A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 345 ss.); pretendere, invece, che possa farvi luogo la Consulta a colpi di sentenze equivale a chiederle di farsi organo della revisione costituzionale; ed una deroga alla Carta ha, perciò, fatto – come si tenterà di argomentare – la stessa cassazione con la pronunzia qui annotata, legittimando un matrimonio che non c'è e non può esservi, pur se solo per un certo tempo.



È venuto così a determinarsi uno scarto tra la parte motiva e il dispositivo<sup>5</sup> o – il che è praticamente lo stesso – si è assistito ad una “doppia pronuncia”, a un tempo di rigetto e di accoglimento: solo che la prima componente è rimasta occulta, mascherata tra le pieghe della parte motiva, mentre è stata proiettata in primo piano dal dispositivo la seconda componente. Non si tratta, peraltro, di una novità, non pochi essendo i casi di pronunzie “miste”, come testimonia un approfondito studio monografico ad esse dedicato<sup>6</sup> e come peraltro conferma una recente, discussa e discutibile, decisione, la [n. 10 del 2015](#), la cui struttura “complessa” è stata prontamente evidenziata già dai suoi primi commenti<sup>7</sup>.

Rigetto, dunque, quanto alla questione concernente la norma sullo scioglimento del matrimonio; accoglimento di una omissione – si badi – “totale”, non “parziale”, a riguardo della disciplina della condizione della coppia *divenuta* omosessuale. È importante rilevare il carattere “totale” della omissione, proprio perché l’addizione normativa si è innestata – come si diceva – su una legge in realtà inadeguata ad accoglierla e portarla a frutto. E le conseguenze negative si vedono proprio con la pronunzia della Cassazione cui si riferisce questo breve commento.

Se ne vuole la prova? Detto fatto.

La Cassazione, rifacendosi ad una soluzione prospettata da una sensibile dottrina a commento della [n. 170](#)<sup>8</sup>, ritiene che l’unica soluzione possibile, al fine di chiudere in modo soddisfacente il caso, è quella di tenere in piedi il matrimonio del transessuale e del suo *partner* (lo chiamo così per non impegnarmi, dal momento che esso – come si vedrà a momenti – dovrebbe essere qualificato allo stesso tempo come *ex coniuge* e come... *coniuge*): in piedi, sì, e però *a tempo*, per quanto sia incerto il *dies ad quem*, legato all’alea del varo da parte del legislatore dell’auspicata disciplina che regoli la condizione della coppia suddetta e che lo faccia – si precisa – dando vita ad “uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul tema di diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale”<sup>9</sup>. Che, poi, *ope juris prudentiae* sia stato inventato

---

<sup>5</sup> Lo riconosce anche quella dottrina (tra gli altri, G. BRUNELLI, nel primo degli scritti sopra richiamati) che pure iscrive la propria qualificazione della decisione della Consulta in una cornice teorica non poco distante da quella delineata nel mio commento sopra cit. e qui pure confermata.

<sup>6</sup> C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

<sup>7</sup> Specificamente sul punto, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 3 aprile 2015.

<sup>8</sup> B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014, il cui pensiero sembra essere stato preso di peso e fedelmente trascritto nella pronunzia della Cassazione qui annotata. Una soluzione, quella caldeggiata da questa studiosa, definita da alcuni annotatori “audace” (P. VERONESI, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*, cit., § 7), da altri ancora (come G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 2) “ragionevole, rispettosa delle diverse competenze costituzionali e, soprattutto, idonea a tutelare le posizioni soggettive dei coniugi”.

<sup>9</sup> Invita a fermare l’attenzione su questo passo M. GATTUSO, nel suo commento uscito lo stesso giorno della pubblicazione della decisione, dal titolo *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all’entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in [GenIUS](#), 21 aprile 2015. Mi corre, nondimeno, l’obbligo qui di rammentare nuovamente un concetto sopra espresso, vale a dire che il regime complessivo delle unioni composte tra persone omosessuali, lo siano sin dall’inizio ovvero per effetto di successivo passaggio ad altro sesso, non può essere in tutto e per tutto eguale a quello proprio delle coppie coniugate, *ex art. 29 cost.*, avendosi altrimenti l’aggiramento del precetto costituzionale che – piaccia

un matrimonio “a tempo” ovvero lo si sia configurato come sottoposto a condizione risolutiva è cosa a dir poco singolare, pur se agli occhi dei giudici della legittimità essa appaia una conseguenza naturale, linearmente discendente dalla decisione della Consulta. E, invece, innaturale è quest’ultima e innaturale è del pari la decisione della Cassazione che vi dà “seguito”.

*2. La torsione subita dal modello delle additive di principio, con l'estrazione di una regola qui giudicata come l'unica possibile, laddove il principio stesso, quando è davvero tale, si apre sempre a raggiera disponendosi ad esprimere plurime regole, tra le quali l'operatore è quindi chiamato a scegliere quella buona per il caso; ciò che qui non s'è fatto, il principio confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio e, allo stesso tempo, sollecitando una disciplina legislativa congrua alle peculiari esigenze dei soggetti componenti la coppia divenuta omosessuale, non già il mantenimento del matrimonio da essi contratto al tempo in cui avevano sesso diverso*

Il punto cruciale è, però, che la soluzione in parola non è affatto quella che avrebbe dovuto, a mia opinione, imporsi al caso. Cosa ci insegna la giurisprudenza costituzionale sulle additive di principio? Ci insegna che il giudice *a quo*, unitamente agli altri giudici, in attesa dell'intervento regolatore del legislatore (con ogni probabilità, teoricamente doveroso ma praticamente incoercibile<sup>10</sup>), può (e deve) estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso; o, meglio, che può (e deve) farlo *fintantoché materialmente possibile*<sup>11</sup>, perché alle volte è invero richiesta allo scopo una complessa ed articolata attività di produzione “normativa” (e che tale, nella sostanza, resta, malgrado il carattere solo *inter partes* delle decisioni emesse dai giudici comuni<sup>12</sup>), un'attività che si presenta assai ardua da svolgere in modo adeguato, e pur con tutta la buona volontà e capacità di chi la ponga in essere.

---

o no – riserva la nozione di “matrimonio” unicamente ad unioni legali fondate sul paradigma eterosessuale e dunque tipizza la “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, rispetto ad unioni “parafamiliari”, comunque diverse da questa.

<sup>10</sup> Sta proprio qui la differenza, sottile come la lama di un rasoio, tra una pronunzia di rigetto con monito ed un'additiva di principio, solo dalla seconda e non pure dalla prima discendendo un obbligo giuridico di *facere* a carico del legislatore, per quanto non di rado anche i moniti contenuti nella prima specie di pronunzie siano dalla Corte presentati come espressivi di vincoli giuridicamente rilevanti per i loro destinatari.

<sup>11</sup> Trovo strano che anche autori (come G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 2) che considerano le additive di principio idonee ad essere comunque portate ad effetto nella pratica giuridica facciano richiamo di un pensiero di G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 403, laddove rilevano spettare “ai giudici comuni, caso per caso, *quando è possibile*, ... di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto, in attesa di un intervento legislativo puntuale” (mio il corsivo).

<sup>12</sup> In realtà, a riguardo del carattere della “normatività” posseduto dalle regole frutto di produzione giurisdizionale si dovrebbe fare un lungo discorso, di cui di tutta evidenza è altra la sede. Se esso si considera esclusivamente e necessariamente legato alla estensione degli effetti discendenti dalle regole stesse, generali quelli perché queste possano dirsi propriamente “normative”, ovviamente va escluso; se di contro, come a me pare, esso deve piuttosto riferirsi alla *vis* innovativa di cui le regole stesse sono provviste, allora non può negarsi che il carattere in parola ricorra in capo ad un'attività giurisdizionale siffatta. Ciò che, poi, per la sua parte conferma che, almeno in casi quale quello di cui ora si discute, il giudice sia chiamato a svolgere un'attività non meramente *applicativa*, quale sempre dovrebbe essere per una rigorosa dottrina [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*], bensì – e di più – *attuativa* nei riguardi degli atti che fa valere in giudizio, siano essi leggi come pure sentenze della Corte costituzionale comunque bisognose di ulteriore svolgimento “normativo”.

Questo è, a mio modo di vedere, proprio uno dei casi in cui ciò non può farsi. Il principio ci dice che le coppie di soggetti già coniugati e quindi *divenuti* dello stesso sesso hanno bisogno (aggiungo: urgente bisogno) di una disciplina congrua con la loro peculiare condizione (il loro “pregresso vissuto”, come si diceva). Può inventarsela il giudice? Mi pare che si debba convenire che non sia possibile<sup>13</sup>.

Sta di fatto che è da questo principio, *e solo da esso*, che il giudice deve (o, meglio, *dovrebbe*) estrarre la regola con cui definire il caso. Invece, la Cassazione sposta il tiro ed estrae una regola da un principio che la Consulta non solo non ha posto ma, anzi, ha categoricamente escluso: quello per cui persone (*divenute*) omosessuali possono restare coniugate, pur se eccezionalmente e, appunto, a termine<sup>14</sup>.

Che l'operazione posta in essere dalla Cassazione sia fuori centro lo dimostra un dato elementare, di lampante evidenza, che è dato dal fatto che la regola desunta è, per esplicito riconoscimento, il frutto di una “opzione ermeneutica ... costituzionalmente obbligata”, vale a dire è appunto – come si segnalava poc' anzi – l'*unica* norma desumibile, “a rime obbligate”, dal principio. Solo che, se le cose stessero davvero così, non si capirebbe perché mai la regola stessa non sia stata aggiunta dallo stesso giudice costituzionale. Di contro, come si sa, il principio si apre, per sua indeclinabile vocazione, a plurimi svolgimenti “normativi” da parte dei giudici e – manco a dirlo – del legislatore. È proprio per ciò che la Corte costituzionale ritiene di doversi arrestare e di non potersi spingere oltre nell'opera di rifacimento del tessuto normativo oggetto della sua manipolazione, assumendo che altrimenti inciderebbe sulle libere scelte la cui adozione è rimessa in via esclusiva al legislatore. È vero che l'incisione, in realtà, si consuma per mano del giudice comune; e, tuttavia, l'atto di quest'ultimo, diversamente da quello del giudice costituzionale, non è provvisto di effetti generali e, dunque, si giustifica o diciamo pure che *si tollera* l'oggettiva invasione del campo rimesso alla coltivazione del legislatore, quale soluzione comunque preferibile rispetto a quella che si avrebbe in assenza di regola alcuna, pur se valevole unicamente per il caso.

Sta in ciò – se ci si pensa – la ragione giustificativa delle additive di principio in vece delle decisioni di rigetto con monito, una volta riguardate dal punto di vista dei soggetti che al giudice chiedono tutela per aspettative comunque inappagate da parte del legislatore. E tuttavia qui pure sta il limite

---

<sup>13</sup> Anche altri autori convengono con quest'esito cui sono pervenuto nel mio commento alla 170, sopra cit.: tra gli altri, F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 24 giugno 2014, a cui opinione “il principio fissato dalla Corte è generico ed indeterminabile e, pertanto, attuabile dal legislatore, ma non anche utile per il giudice *a quo* a risolvere il caso concreto”.

<sup>14</sup> L'“incongruenza” tra il giudicato costituzionale e il verdetto della Cassazione è stata prontamente rilevata già dai primi commenti a quest'ultimo (così, V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); v., in specie, al § 4 il termine qui testualmente trascritto).

delle additive stesse che possono essere portate a frutto nelle vicende processuali nelle quali si fanno valere, a beneficio dei diritti costituzionali trascurati dal legislatore, unicamente alla condizione che dal principio somministrato dalla Consulta possano, sì, astrattamente desumersi plurime regole ma che sia sufficiente l'applicazione di *una sola* di esse per venire incontro alle aspettative soggettive neglette dalla legge, non già – come si viene dicendo – laddove si richieda l'adozione di un articolato complesso, risultante da plurimi ed organici disposti normativi<sup>15</sup>.

Quel che, ad ogni buon conto, è certo è che la Consulta ha sbarrato le porte al matrimonio tra persone omosessuali, sia *ab origine* che *ex post*, mentre la Cassazione considera i protagonisti della nostra vicenda ancora coniugi a tutti gli effetti e tali, peraltro, rimarranno chissà fino a quando. Insomma, *ex coniugi*, per l'una Corte, e coniugi per l'altra, allo stesso tempo. Un autentico pasticcio, si diceva.

*3. Un problema non risolvibile dal giudice in via “sussidiaria” rispetto al legislatore ma unicamente da quest'ultimo e la conferma che se ne ha del fatto che il vizio, nel nostro come in altri casi, sta nell'uso da parte del giudice delle leggi di tecniche decisorie reciprocamente alternative e tuttavia sostanzialmente produttive dei medesimi effetti*

D'altro canto, che il problema, per come impostato dalla Consulta e risolto dalla Cassazione, fosse in realtà insolubile, come si segnalava all'inizio di questa riflessione, è avvalorato dal fatto che, considerandosi ormai sciolto il matrimonio tra tali soggetti, le loro aspettative di tutela non verrebbero appagate: si avrebbe, sì, il *riconoscimento* del diritto costituzionale alla legalizzazione della unione tra i soggetti stessi (pur se in forma diversa da quella cui fa riferimento l'art. 29 cost.) ma non la sua effettiva *garanzia*.

Qui ha ragione – non può non convenirsi – la Cassazione, che riprende peraltro una preoccupazione avvertita dalla più sensibile dottrina<sup>16</sup>. Perché l'alternativa al mantenimento, pur se precario, del matrimonio non può che essere, ovviamente, che quella del suo scioglimento, che tuttavia in mancanza

---

<sup>15</sup> Così, per fare ora solo un paio di esempi tra i molti che potrebbero essere al riguardo adottati, per ciò che concerne il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita, una volta caduto (con la [sent. n. 162 del 2014](#)) il divieto di eterologa, o per ciò che riguarda il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche (dopo la [sent. n. 278 del 2013](#)). Nel primo caso, se non si stabilisce il numero massimo delle donazioni del seme, l'età massima della donna che si sottoponga alla tecnica di inseminazione, e via discorrendo, come far luogo alla fecondazione stessa? Nel secondo, che fare se non si definiscono previamente garanzie, condizioni e limiti in osservanza dei quali far luogo alla ricerca ed all'eventuale interpellato del genitore?

<sup>16</sup> Tra gli altri, ancora R. ROMBOLI, nello scritto sopra richiamato, e A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità “per mancanza di alternative”*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672 ss., spec. 674.

di disciplina legislativa della peculiare formazione sociale composta dai soggetti protagonisti della nostra vicenda sacrificherebbe senza riparo i loro diritti<sup>17</sup>.

Il vero è che v'era, e v'è, solo un modo per soddisfare le attese della coppia protagonista di questa anomala e sofferta vicenda: quella, appunto, di un intervento adeguato da parte del legislatore, alla cui mancanza il giudice – come si è venuti dicendo – non può in via “sussidiaria” ovviare, neppure a titolo precario. Il che vale come dover prendere atto che un'additiva, quale quella posta in essere con la [sent. n. 170](#), finisce col coincidere, quanto agli effetti, con una pronunzia di rigetto accompagnata da un monito, per vigoroso che sia, indirizzato al legislatore perché, rompendo ogni indugio, ponga finalmente mano alla regolazione della condizione della coppia suddetta<sup>18</sup>.

Si ha, perciò, conferma del fatto che alle volte – può non piacere ma è così – tecniche decisorie diverse (anzi, alternative) finiscono col produrre i medesimi effetti. È una constatazione, questa, che, peraltro, ha trovato (e trova) non pochi riscontri, specie nella più recente giurisprudenza e che appunto dimostra come un utilizzo non vigilato degli strumenti decisorii può far pervenire ad esiti abnormi, dando vita a situazioni aggrovigliate alle quali non si sa poi come far fronte.

È vero che – come si diceva –, a differenza delle pronunzie di rigetto con monito, le additive di principio che abbisognano del necessario e previo intervento del legislatore allo scopo di essere portate a frutto nelle vicende processuali alle quali si applicano esprimono un vincolo giuridico di cui le prime sono prive. Si comprende, dunque, la ragione per cui nella circostanza *de qua* la Consulta, sfiduciata a motivo dei non pochi casi in cui i propri moniti sono rimasti privi di ascolto (secondo quanto avvalorato proprio con riguardo alla disciplina delle coppie composte tra omosessuali dal mancato seguito dato alla [n. 138 del 2010](#)), si è con coraggio (o, ad esser franchi, temerarietà) alfine determinata a far luogo nella [n. 170](#) ad un'additiva di principio.

Non sappiamo se quest'ultima sortirà l'effetto sperato; forse, se lo si avrà, piuttosto lo si dovrà proprio all'originale soluzione escogitata dalla decisione della Cassazione qui annotata che, dando vita ad un effetto abnorme, sconosciuto al nostro ordinamento, il *matrimonio a tempo*, potrà far breccia nella colpevole inerzia che ha fin qui caratterizzato l'indirizzo di un legislatore ingiustificatamente

---

<sup>17</sup> Ad avviso di una sensibile dottrina (P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*, cit., § 8), non sarebbe nondimeno preclusa “la prosecuzione non giuridicamente indifferente della relativa convivenza”. Non è tuttavia chiaro sotto l'imperio di quale disciplina normativa possa ricadere una convivenza siffatta, in difetto della sua specifica ed adeguata regolazione in modo organico da parte della legge. Non sono dunque altri a dover provare che le rivendicazioni avanzate dai componenti la coppia e riferite proprio alla loro condizione di coppia sono escluse dalla legge, quanto quest'ultima ad addurre il fondamento legislativo che le giustifica, che però in tesi non c'è, perlomeno in un atto che in modo organico ed esaustivo lo appresti. Cosa diversa è, ovviamente, che riscontrati singoli e circoscritti vuoti legislativi, in ambiti materiali di esperienza parimenti delimitati, si possa fare domanda al giudice delle leggi perché li colmi con altre additive, di principio e non (su ciò, nuovamente, C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, cit., § 4). Com'è chiaro, si tratta ad ogni buon conto di una soluzione rabberciata, tollerabile unicamente per lo stretto necessario.

<sup>18</sup> Tengo – come si vede – oggi ferma una conclusione alla quale sono già pervenuto nel mio commento alla 170, sopra cit.



latitante. Forse, un'ulteriore spinta in tal senso potrebbe aversi qualora si raccogliesse uno spunto affacciato dalla procura nel giudizio svoltosi davanti alla Cassazione e ripreso da una indicazione data da una coraggiosa dottrina<sup>19</sup>, secondo cui la perdurante assenza di regolazione legislativa della condizione della coppia coniugata *divenuta* omosessuale sarebbe idonea a giustificare una chiamata a responsabilità patrimoniale dello Stato similmente a quanto si ha in caso d'inadempimento degli obblighi discendenti dall'Unione. Uno spunto non trascurabile, per quanto solo sfiorato dalla pronunzia della Cassazione qui annotata, su cui, per la mia parte, mi permetto di invitare a fermare l'attenzione, valutandolo senza alcun preorientamento di ordine ideologico o teorico, legato a schemi mentali a noi familiari ma bisognosi di urgente e profondo svecchiamento.

Insomma, se non si mettono gli organi della direzione politica con le spalle al muro, è improbabile che si risvegliano dal loro annoso letargo e pongano dunque mano a quella disciplina legislativa che da troppo tempo tarda a venire alla luce e che la vicenda qui annotata dimostra essere ormai non più procrastinabile.

*4. Ragionando a riguardo dei rimedi astrattamente possibili avverso i “seguiti” infedeli dati dalla Cassazione e, in genere, dai giudici comuni alle decisioni del giudice costituzionale (dal ricorso per conflitto tra poteri sollevato da quest'ultimo avverso il provvedimento giurisdizionale che ne abbia menomato le attribuzioni a nuove questioni di costituzionalità proposte da altri giudici “ribelli” nei confronti del verdetto della Cassazione)*

Un'ultima notazione, con specifico riguardo a questo caso e, però, allo stesso tempo dotata di generale valenza.

Come si è venuti dicendo, la Cassazione ha qui fatto luogo ad un “seguito” della [n. 170](#) che non rispecchia la genuina intenzione della Consulta, per come estesamente rappresentata nella parte motiva della decisione suddetta: insomma, il “seguito” si è rivelato infedele<sup>20</sup>, malgrado le attenuanti che – come si è veduto – vanno concesse al giudice cui esso si deve, a motivo del vizio di origine che inficia la pronunzia della Consulta stessa. Come allora – è questo il quesito che dobbiamo porci – porvi rimedio? E, più in genere, cosa possono fare, in una congiuntura siffatta, altri giudici che non si riconoscano nel verdetto della Corte della legittimità?

---

<sup>19</sup> R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, relazione alle Giornate di studio svoltesi a Messina il 21 e 22 novembre 2014, i cui Atti sono in corso di stampa, § 6.

<sup>20</sup> Profitto qui dell'opportunità offertami dalla vicenda ora annotata per segnalare quanto sia rilevante poter conoscere i “seguiti” dati dai giudici *a quibus* alla ripresa dei processi rimasti sospesi, al fine di verificare se ed in che misura si siano attenuti alle indicazioni date dalla Consulta. Se le Riviste specialistiche ed i siti *on line* che trattano di questioni di diritto costituzionale potessero offrirci questi dati assicurerebbero un servizio prezioso sia alla teoria che alla pratica giuridica.

In astratto, le soluzioni non mancano; che, poi, si diano le condizioni di contesto per la loro messa in atto è, ovviamente, un altro discorso.

In primo luogo, potrebbe immaginarsi una reazione della stessa Corte costituzionale che, considerando aggirato, frainteso, il proprio verdetto, potrebbe far ricorso a se stessa in sede di conflitto di attribuzioni, *sub specie* di conflitto da menomazione. Come sappiamo, il giudice costituzionale ha in più occasioni lamentato la lesione del giudicato costituzionale, in ispecie ad opera del legislatore che abbia riprodotto norme di legge dapprima dichiarate costituzionalmente illegittime, minacciando di conseguenza l'attivazione dell'arma del conflitto interorganico a salvaguardia del giudicato stesso. Nulla, naturalmente, vieta che lo stesso possa aversi sul versante dei rapporti col giudiziario.

Dubito tuttavia che nel caso nostro di ciò possa aversi riscontro. In fondo, come si accennava, le due Corti sono accomunate dall'intento di pungolare il legislatore affinché dia una buona volta luogo alla formazione di una legge che possa appagare le istanze delle unioni omosessuali: lo fanno entrambe forzando le tecniche decisorie di cui dispongono e le argomentazioni che le sostengono e giustificano ma, appunto, convergono nello scopo pur divergendo, a mia opinione, nei percorsi intrapresi per raggiungerlo. E, poi, immaginare una nuova "guerra tra le due Corti", malgrado il cruciale rilievo della posta in palio, sembra essere una ipotesi francamente remota e, forse, pure non auspicabile.

Più praticabile, pur se non poco impervia, è, invece, la strada di una reazione da parte dei giudici comuni che, investiti di analoghe istanze a quella che ha portato al verdetto odierno della Cassazione, si determinino in un senso diverso da questa. Non è, invero, probabile che avvenga ma, appunto, non impossibile. E così, nulla esclude che si assista alla presentazione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la regola desunta dalla Cassazione, pur se non scritta nel testo della legge a suo tempo fatta oggetto di manipolazione da parte della Consulta, assumendosi dunque la incompatibilità con la Carta costituzionale del matrimonio a tempo. In altri termini, si tratta di portare il punto di diritto enunciato dalla Cassazione oltre la specifica vicenda processuale che l'ha generato, dotandolo quindi di generale valenza per tutti i casi oggettivamente connotati allo stesso modo. Non è agevole argomentare questa manovra, sol che si pensi che la regola... *non c'è*, essendo frutto di pura invenzione da parte del giudice della nomofilachia, mentre c'è di sicuro il principio, indiscutibile nella sua conformità a Costituzione se non altro in quanto posto dallo stesso giudice delle leggi, fatto discendere "a rime obbligate" dalla Costituzione stessa.

È ovvio che il giudice che ponga la questione sulla regola in parola dovrebbe assumere che essa sia la *sola* desumibile dal principio, in linea peraltro con la dottrina dell'interpretazione conforme; e, poiché il principio stesso si deve ad una "invenzione" del giudice costituzionale, se ne ha che la

questione verosimilmente sarebbe rigettata. Tuttavia, il fatto stesso che sia posta offrirebbe l'opportunità alla Consulta, che la pensi diversamente dalla Cassazione, di escludere che la regola suddetta costituisca l'*unica* opzione interpretativa possibile, comunque quella correttamente desumibile dal principio. In altri termini, la questione sarebbe verosimilmente respinta per inammissibilità, trattandosi in realtà di una questione d'interpretazione mascherata da questione d'incostituzionalità; ciononostante, la sua presentazione darebbe il destro alla Consulta per mettere a nudo il procedimento ermeneutico errato posto in essere dal remittente. E così il giudice delle leggi potrebbe prendere le distanze dalla Cassazione in modo *soft*, senza dover ricorrere al gesto eclatante, espressivo di un'autentica dichiarazione di guerra, dell'esperimento del conflitto interorganico davanti a se stesso. Si tratta poi di vedere quale delle due Corti ha più tela da tessere, persuadendo i giudici comuni della bontà della tesi in cui ciascuna di esse si riconosce, sì da incoraggiare la formazione di un nuovo "diritto vivente" nel senso da esse auspicato. Come sempre, insomma, spetta poi proprio ai giudici comuni, in fin dei conti, assumersi le maggiori e dirette responsabilità, morali ancora prima che giuridiche, nei riguardi dei soggetti che ad essi si rivolgono per avere giustizia e, di riflesso, della intera collettività<sup>21</sup>.

Come si vede, si avrebbe una sostanziale dichiarazione di *fondatezza* della questione rivestita però delle forme della sua... *inammissibilità*, a motivo della "invenzione" di un istituto che non esiste (e non può esistere) nel nostro ordinamento, alla luce del combinato disposto degli artt. 29 ss., 2 e 3 della Carta, nelle mutue ed inscindibili implicazioni che tra di essi si intrattengono<sup>22</sup>: il *matrimonio "a tempo"*.

---

<sup>21</sup> Sulla delicatezza e centralità del ruolo giocato dai giudici comuni ha, a più riprese e con vigore, insistito una sensibile e raffinata dottrina: per tutti, R. CONTI, del quale, tra i suoi molti scritti, richiamo qui solo il suo *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*<sup>2</sup>, Aracne, Roma 2014.

<sup>22</sup> Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

**Stefano Agosta**  
**Il singolare destino del livello di area vasta nell'alternanza di  
 svuotamenti e riempimenti dell'esperienza siciliana\***

*Niente è più pericoloso di un'idea quando questa idea è l'unica che si ha.*  
 [É.A. CHARTIER, *Système des beaux-arts*, Parigi, 1920, 7].

SOMMARIO: 1. Il peculiare disegno delle autonomie locali siciliane: nel *modello* (complessivamente coerente) dello Statuto. – 2. (*Segue*): nell'alternanza di *vuoti e pieni* dell'esperienza. L'iniziale *riempimento* legislativo dell'ente di area vasta (nella forma delle Province regionali e a scapito dei liberi Consorzi di Comuni). – 3. La l.r. n. 14/2012 ed il successivo *svuotamento* del livello intermedio di governo. – 4. Il rinnovato *riempimento* dell'ente di area vasta (con l'abbandono della Provincia regionale siciliana ed il contestuale rilancio del Consorzio comunale): il cantiere aperto dalla l.r. n. 7/2013 ... – 5. ...e proseguito dalla l.r. n. 8/2014 fino alla brusca battuta d'arresto del 2015. L'ennesimo *svuotamento* e l'incertezza per il futuro.

1. *Il peculiare disegno delle autonomie locali siciliane: nel modello (complessivamente coerente) dello Statuto*

Discorrere dell'ordinamento degli enti locali siciliani – per come originariamente tratteggiato dallo Statuto speciale di autonomia – non può che inevitabilmente lasciare in bocca il sapore agrodolce e malinconico di quando si sfogliano gli ingialliti album di fotografie di famiglia. Oramai appassiti appaiono, difatti, occhieggiare gli scatti dell'esperienza regionale della Sicilia quale è andata tortuosamente sviluppandosi nel corso degli anni fino ai giorni nostri: a partire, cioè, dalle vigorose rivendicazioni di autogoverno energicamente avanzate dall'opinione pubblica siciliana alla fine del secondo conflitto bellico, allorché l'endemica depressione economica dell'isola – unitamente all'elefantiasi dell'apparato burocratico dell'epoca – non faceva che spargere benzina sul fuoco dei locali movimenti separatisti.

Come si sa, la vampata dell'autonomismo estremo – seppur improvvisa ed inaspettatamente rigogliosa – ha ben presto esaurito la propria foga, lasciando rapidamente il posto a correnti di pensiero più *soft* tese ad incorniciare la specialità regionale siciliana comunque nel più ampio quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico italiano. Poco utile, in questa sede, sarebbe soffermarsi sulla successione di passaggi tecnici che hanno condotto, nel breve lasso di tempo di appena un anno, alla genesi della Carta statutaria della Sicilia quale a tutt'oggi appare se non per rimarcare che si è, ad ogni modo, trattato di un “parto” assai faticoso e travagliato<sup>1</sup>. Nemmeno una porzione del suo originario contenuto, com'è noto, è stata mai davvero oggetto di seria ed approfondita revisione da parte dell'Assemblea Costituente (cui sarebbe invece spettato il delicato compito di coordinarne le norme con la nascita Costituzione del '48): troppo impegnato nel varo finale della Carta fondamentale – ed invero non poco preoccupato delle ripercussioni che eventuali modifiche statutarie avrebbero potuto produrre nella Regione – il Costituente ha frettolosamente esaminato il testo e si è limitato a ri-

---

\* Le considerazioni svolte nel presente contributo – destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri* (ed aggiornato alla data del 26 aprile 2015) – sono da considerarsi frutto dell'esperienza maturata dall'autore quale componente del I Gruppo di lavoro istituito con l.r. n. 27/2013 presso l'Assessorato delle Autonomie Locali e della Funzione Pubblica della Regione Siciliana su *Trasferimento delle funzioni delle province e del relativo personale-Delega di funzioni della Regione-Accorpamento Comuni*.

<sup>1</sup> Così, *ex plurimis*, G. TARLI BARBIERI, *Il regionalismo prima della Costituzione repubblicana: la sofferta genesi dello statuto siciliano*, in AA.VV., *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, a cura di N. Antonetti-U. De Siervo, Bologna, 1998, 195 ss. (ma v. pure i contributi di AA.VV., *La specialità siciliana dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, a cura di G. Verde, Torino, 2003, *passim*).

versarne acriticamente per intero il contenuto nella celebre l. cost. n. 2/1948 (convertendola di fatto in un *clone*, seppur di rango costituzionale, dell'originario Statuto siciliano)<sup>2</sup>.

Se dal punto di vista della "forma" la Carta statutaria semplicemente si presentava come una legge costituzionale di organizzazione – di quarantatre articoli e due disposizioni transitorie, tutti peraltro caratterizzati dalla sobrietà e complessiva eleganza della prosa – era tuttavia nella sua "sostanza" che essa per intero rivelava tutta la propria carica innovativa: tra le tante utilmente impiegabili per descriverla, in effetti, quella della vera e propria fucina costituzionale era senz'altro la metafora che, assai meglio di altre, pareva rappresentare – ed efficacemente sintetizzare – lo spirito, e la consistenza materiale, di quel risalente, eppure orgoglioso ed ambizioso, atto di rivendicazione autonomistica. Da questo punto di vista, il pensiero non poteva che andare, in primo luogo, al peculiare assetto della forma di governo regionale che lo Statuto speciale intendeva tratteggiare per l'isola, più somigliante a quella di un membro di un vero e proprio Stato federale, sebbene in scala per così dire "ridotta", che non all'ordinamento di un ente pur sempre facente parte, invece, di uno Stato comune regionale come quello italiano<sup>3</sup>: in tal senso, saltavano subito all'occhio, tra le tante, proprio l'istituzione dell'Alta Corte per la Regione Siciliana – una vera e propria mini-Corte costituzionale *ante litteram*, potrebbe dirsi – la quale avrebbe alacramente svolto la sua attività per quasi un decennio (prima di essere definitivamente spazzata via dalla Corte costituzionale per così dire *major* o, come che sia, "centrale") nonché la correlativa introduzione di un peculiare modello di controllo di legittimità costituzionale sulle leggi regionali siciliane<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> La qual cosa, lungi dal dimostrarsi irrilevante per gli esiti seguenti – quasi come una sorta di "peccato originario" – ha invece indelebilmente contrassegnato le sorti della Carta statutaria, negativamente condizionandone la successiva coesistenza con la Costituzione repubblicana.

<sup>3</sup> Sul piano delle competenze legislative, cfr. part. G. SILVESTRI, *La potestà legislativa primaria delle Regioni a statuto speciale nella giurisprudenza della Corte costituzionale dall'inizio degli anni '70 ad oggi: qualche osservazione*, in AA.VV., *Lo statuto siciliano dopo 40 anni*, a cura dell'Istituto Gramsci Siciliano, Padova 1990, 77 ss.; L. LORELLO, *La potestà legislativa esclusiva della Regione Sicilia ed il limite delle norme fondamentali di riforma economico-sociale. I recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove aut.*, 5-6/1999, 773 ss.

<sup>4</sup> Delineato dalla medesima Carta statutaria, esso era in particolare connotato da taluni, singolarissimi, caratteri tra i quali – oltre la competenza della citata Alta Corte a giudicare, rispettivamente, «sulla costituzionalità: a) delle leggi emanate dall'Assemblea regionale, b) delle leggi e dei regolamenti emanati dallo Stato, rispetto al presente statuto ed ai fini dell'efficacia dei medesimi entro la Regione» (art. 25 St. SI) e «dei reati compiuti dal Presidente e dagli Assessori regionali nell'esercizio delle funzioni di cui al presente Statuto, ed accusati dall'Assemblea regionale» (art. 26 St. SI) – spiccavano senz'altro: 1) la competenza del Commissario dello Stato a promuovere «presso l'Alta Corte» i giudizi su leggi e regolamenti dello Stato, sulle leggi regionali, sulle accuse a Presidente e Assessori regionali (art. 27 St. SI); 2) i termini assai brevi per il controllo delle leggi regionali [cinque giorni per l'impugnazione da parte del Commissario dello Stato e venti giorni per la decisione dell'Alta Corte, con facoltà di promulgazione, trascorsi trenta giorni dall'impugnazione, da parte del Presidente della Regione (artt. 28 e 29 St. SI) e termini più ampi (trenta giorni) per il Commissario dello Stato e il Presidente della Regione per impugnare le leggi e i regolamenti dello Stato (art. 30 St. SI)].

Proprio di recente tuttavia – con [sent. n. 255/2014](#) [su cui E. ROSSI, *Meglio tardi che mai: la Corte elimina la specialità del procedimento di controllo delle leggi siciliane (ovvero: la Sicilia si avvicina al continente...)* (commento a Corte cost. 13 novembre 2014, n. 255), in *forum di Quaderni Costituzionali* (dicembre 2014)] – la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 2, l. n. 87/1953, come sostituito dall'art. 9, comma 1, l. n. 131/2003, limitatamente alle parole «Ferma restando la particolare forma di controllo delle leggi prevista dallo statuto speciale della Regione siciliana» [a prima lettura dell'ord. con cui la Corte ha sollevato innanzi a se stessa la questione di legittimità ora cit. cfr. F. GIUFFRÈ, *Verso la fine della giustizia costituzionale "alla siciliana"*, in *Federalismi*, n. 10/2014, A. RUGGERI, [Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane \("a prima lettura" di Corte cost. n. 114 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 2014 (8 maggio 2014) e, [ivi](#), pure G. MOSCHELLA-A. RUGGERI, [Disapplicazione, in nome della clausola di maggior favore, delle norme sullo statuto siciliano relative all'impugnazione delle leggi regionali ed effetti sui ricorsi pendenti](#) (15 luglio 2014)]. Da tale pronuncia conseguirebbe la non operatività di quelle disposizioni statutarie relative alle competenze del Commissario dello Stato nel controllo delle leggi siciliane, similmente a quanto già affermato – con [sentt. nn. 38/1957](#) e [545/1989](#) – a proposito di quelle, rispettivamente, di Alta Corte e Commissario relativamente al ricorso avverso leggi e regolamenti statali. «Cicché gli artt. 27 (per la perdurante competenza del Commissario dello Stato ad impugnare le delibere legislative dell'Assemblea regionale siciliana), 28, 29 e 30 dello statuto di autonomia non trovano più applicazione, per effetto dell'estensione alla Regione siciliana del controllo successivo previsto dagli artt. 127 Cost. e 31 della legge n. 87 del 1953 per le Regioni a statuto ordinario, secondo quanto già affermato dalla (...) giurisprudenza di questa Corte per le altre Regioni ad autonomia differenziata e per le Province autonome»: così, [sent. n. 255 cit.](#), punto 5 *cons. dir.*



Ma è ovviamente sul piano della “forma di Regione” che il volto della Carta statutaria siciliana si mostrava nelle sue sembianze, maggiormente comuni e note, di saliente e più genuina pretesa di autonomia che l’esperienza repubblicana italiana avesse *ab origine* conosciuto<sup>5</sup>: «nell’ambito della Regione e nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato, senza pregiudizio delle riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente del popolo italiano» (art. 14, comma 1, St. SI), l’Assemblea regionale siciliana poteva difatti disciplinare in via esclusiva il «regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative» [art. 14, comma 1, lett. o), St. SI]. La qual cosa peraltro – «entro l’unità politica dello Stato Italiano, sulla base dei principi democratici che ispirano la vita della Nazione» (art. 1, comma 1, St. SI) – lo stesso Statuto neppure delegava in bianco all’ARS ma, al contrario, a chiare lettere preorientava col successivo art. 15 su cui adesso converrà più approfonditamente soffermare l’attenzione.

2. (Segue): *nell’alternanza di vuoti e pieni dell’esperienza. L’iniziale riempimento legislativo dell’ente di area vasta (nella forma delle Province regionali e a scapito dei liberi Consorzi di Comuni)*

Nel modello statutario, l’art. 15 tratteggiava un sistema di relazioni comunità regionale/apparato complessivamente articolato su tre principali livelli di governo nei quali, interposto tra la Regione ed i Comuni, spiccava senz’altro quello c.d. intermedio: con riferimento ad esso, si disponeva in particolare che fossero soppresse «le circoscrizioni provinciali e gli organi ed enti pubblici che ne deriva[va]no» (comma 1) e sostituite appunto dai «liberi Consorzi comunali, dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria» (comma 2). Era «nel quadro di tali principi generali», quindi, che alla Sicilia spettava «la legislazione esclusiva e l’esecuzione diretta in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli enti locali» (comma 3), lo Statuto lasciando insomma il grosso della disciplina «alla fantasia dei politici e degli amministratori, alla loro capacità di produrre idee, programmi di azione, nuovi moduli operativi»<sup>6</sup>.

Quale pionieristico esperimento di vera e propria “ingegneria costituzionale”<sup>7</sup> la Carta statutaria esibiva insomma la prima ed embrionale dialettica separazione/integrazione tra i vari livelli territoriali di governo<sup>8</sup> attribuendo al Consorzio di Comuni il delicato compito di “cerniera” tra il territo-

A distanza di più di dieci anni veniva così ricomposta, insomma, l’inopinata frattura determinata dalla stessa Corte cost. con [sent. n. 314/2003](#) tra il controllo di legittimità costituzionale siciliano e quello impiantato nelle rimanenti Regioni italiane: sul punto, *ex multis*, E. ROSSI, *La Sicilia resta un’isola (anche giuridicamente). Il procedimento di controllo delle leggi siciliane resiste alla riforma dell’art. 127 Cost.*, e F. BENELLI, *Lunga vita o giorni contati per il meccanismo di impugnazione delle leggi siciliane?*, entrambi in *Giur. cost.*, n. 5/2003, rispettivamente, 3032 ss. e 3043 ss.; N. VICECONTE, *La Corte costituzionale “salva” il sistema d’impugnazione delle leggi regionali siciliane*, in *Giur. cost.*, n. 6/2003, 3969 ss., nonché F. TERESI, *La inaspettata cristallizzazione del sistema di sindacato costituzionale delle leggi siciliane previsto dallo statuto speciale in una discutibile sentenza della Corte costituzionale (nota a Corte cost. sent. n. 314 del 2003)* (senza data), A. RUGGERI, *Il controllo sulle leggi siciliane e il “bilanciamento” mancato (nota a Corte cost. n. 314 del 2003)* (5 novembre 2003) e C. PADULA, *L. cost. n. 3/2001 e statuti speciali: dal confronto fra norme al (mancato) confronto fra “sistemi”*, (senza data), tutti in *forum di Quaderni Costituzionali*.

<sup>5</sup> ... al punto che – in seno alla stessa Costituente – pure i partiti più diffidenti ed ostili al disegno regionalista (come le sinistre) non ritennero più *politicalmente* possibile revocare le Carte statutarie già all’epoca adottate per la Sicilia e la Valle d’Aosta: in oggetto, ad esempio, cfr. i contributi di AA.VV., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, a cura di V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, Milano, 1976, part. 366 ss. (ma v. pure F. CATALANO, *Il dibattito politico sulle autonomie dalla Resistenza alla Costituente*, Bologna, 1975, 225 ss.).

<sup>6</sup> Così, già G. PITRUZZELLA, *Lo statuto siciliano, lezione per il federalismo*, in AA.VV., *L’alba della Sicilia*, a cura di A. Calabria, Palermo, 1996, 18.

<sup>7</sup> In oggetto, cfr. le prime dense riflessioni, rispettivamente, di F. PIERANDREI, *Prime osservazioni sull’«autonomia finanziaria» delle Regioni e sull’esperienza siciliana*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1949, 252, e G. GUARINO, *Illegittimità della legge statale per violazione dello Statuto siciliano e sindacato del giudice ordinario*, in *Foro it.*, 1952, I, 1503 nonché di T. MARTINES, *Lo statuto siciliano oggi*, (1983), ora in *Opere*, III, Milano, 2000, 830 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, *ex plurimis*, A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in AA.VV., *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Bettinelli-F. Rigano,

rio (l'elemento oggettivo dell'ente, in pratica) e le frammentate comunità locali dell'isola che su di esso insistevano (costituenti, invece, quello personale). Con un certo anticipo sulla stessa Repubblica – cui pur sempre doveva appartenere – la Sicilia in altre parole già avvertiva la centralità del territorio non solo quale ambito spaziale sopra cui esercitare le competenze che le erano proprie ma, soprattutto, come centro di riferimento di interessi generali che avevano nello stesso il luogo e la fonte della loro materiale emersione<sup>9</sup>: istanze, quelle di partecipazione alle scelte politico-amministrative della Regione prepotentemente emergenti dalle singole comunità locali, delle quali l'ente consortile avrebbe dunque dovuto rappresentare il fisiologico collettore affinché l'attività di governo regionale non fosse percepita come qualcosa di ultroneo e calato dall'alto da parte dell'apparato autoritario bensì emergente dal basso, dall'insieme dei governati.

Per quanto elaborato in un periodo assai drammatico e burrascoso della storia siciliana (e del paese intero), il modello statutario delle autonomie locali si dimostrava, pertanto, internamente coerente e complessivamente rispettoso della Costituzione: sia sul piano formale delle fonti (possedendo, come si diceva, la “forma” di legge costituzionale) che su quello assiologico-sostanziale dei valori (avendo ritenuto indispensabile mantenere, seppur nella diversa foggia del Consorzio, il livello di governo di area vasta). Restava, quindi, da vedere come nell'esperienza avrebbe scelto di implementare tale disegno il legislatore ordinario. Pur ben congegnato e confezionato, invero, un beffardo destino attendeva sardonicamente al varco il sistema “a rete” siciliano: evidentemente non più ritenuto meritevole del trattamento e considerazione iniziali, difatti, nella prassi degli anni successivi esso avrebbe malinconicamente alternato la più totale indifferenza da parte della classe politica isolana con una (non meno esiziale) poco fedele ed approssimativa attuazione ad opera della stessa.

Piombata in un invernale letargo protrattosi ininterrottamente per quasi un quarantennio – nel corso del quale è stata da molti considerata più un'arrugginita spoglia di remote epoche che non un istituto ancora effettivamente vigente e parimenti degno di precipua attuazione – anche alla disposizione di cui al citato art. 15, specularmente a quanto è accaduto alla *bella addormentata* del celebre racconto di Charles Perrault, capitava di essere infine “ridestata” agli albori della primavera del 1986 dall'Assemblea regionale siciliana: a farlo era infine sopraggiunta, difatti, la l.r. n. 9, istitutiva del libero Consorzio dei Comuni denominato «Provincia regionale»<sup>10</sup>. Peccato solo che – come già chiaramente ben si evinceva dal titolo che essa portava – per restare nella metafora si sarebbe purtroppo trattato di un risveglio assai più amaro di quanto non fosse avvenuto invece alla protagonista dell'omonima fiaba, se sol si consideri che tale disciplina non solo non intendeva minimamente dar seguito al comando nell'art. 15 contenuto ma persino ne aggirava, neanche poi troppo velatamente, lo stesso disposto: atteso, invero, che l'attività degli enti locali territoriali, della Regione e di quelli da essi dipendenti fosse ispirata ai principi di autonomia, di decentramento, di partecipazione ed al metodo della programmazione (art. 1, comma 1, l.r. n. 9 cit.), disinvoltamente si stabiliva (art. 3) che l'amministrazione locale territoriale siciliana fosse articolata, «ai sensi dell'art. 15 dello Statuto regionale», in Comuni e Consorzi comunali appunto denominati «Province regionali»; quest'ultime – in quanto costituite dall'aggregazione dei Comuni siciliani in liberi Consorzi – erano perciò dotate della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria.

Da tale inopinata previsione in poi veniva, così, formalmente inaugurato – e proseguito per oltre un lustro fino alla futura l.r. n. 14/2012 – il progressivo *riempimento* legislativo del livello di area vasta siciliano a favore delle Province regionali ma a spese dell'ente consortile: lungi dal dare attuazione concreta allo Statuto, tale operazione sembrava casomai pretendere di riscriverne il contenuto senza neppure passare per il necessario viatico della revisione costituzionale. E ciò a partire dal conseguente riconoscimento alle neonate Province di funzioni essenzialmente distinguibili in delegate dallo Stato o dalla Regione ovvero proprie (art. 4, comma, 3): queste ultime, in particolare, tra-

---

Torino, 2004, 416 ss. (non per caso, peraltro, l'esigenza di raccordi Stato-Regione venendo alla luce contestualmente alla nascita della prima delimitazione della potestà legislativa regionale).

<sup>9</sup> Così, per tutti, T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2012, 15.

<sup>10</sup> ... in qualche misura, precorritrice di taluni spunti che sarebbero poi stati sviluppati dalla stessa disciplina nazionale di riforma delle autonomie locali, l. n. 142/1990.

dizionalmente riconducibili alla programmazione economico-sociale<sup>11</sup> ed alla pianificazione territoriale<sup>12</sup> (di cui agli artt. 9 e 12) nonché – ovviamente nella cornice delle funzioni di programmazione, indirizzo e coordinamento della Regione – a tre macro-settori fondamentali per la cura e la sopravvivenza stesse delle popolazioni locali corrispondenti, rispettivamente, ai servizi sociali e culturali<sup>13</sup>, allo sviluppo economico<sup>14</sup> ed all'organizzazione del territorio e tutela dell'ambiente<sup>15</sup> (senza dire, in via residuale, di ogni altra attività di *interesse provinciale* e della funzione di organo di decentramento regionale per la realizzazione di interventi per la difesa del suolo e per la tutela idrogeologica, di cui all'art. 13).

Con gioco di prestigio degno del più esperto degli illusionisti (sfrontatamente cambiando, cioè, il *nome alla cosa*) era così che l'ARS faceva dire alla Carta statutaria ciò che espressamente non voleva, rilegittimando *ex post* l'ente provinciale alla luce dell'originario Titolo V della Costituzione: pur perpetrata quindi *in fraudem Statuti*, tale consacrazione *a posteriori* delle Province regionali siciliane non solo sopravviveva indenne a qualsivoglia, seppur minimo, controllo di legittimità costituzionale ma persino – appena una manciata di anni più tardi – teneva a sua volta a battesimo un'altra disciplina che idealmente ne portava ad ulteriore avanzamento l'opera di trasfigurazione.

---

<sup>11</sup> Nel rispetto degli indirizzi della programmazione regionale di sviluppo economico-sociale – ed in armonia con i relativi obiettivi e priorità – alla Provincia regionale sarebbe, difatti, spettato, di adottare un proprio programma poliennale, articolato in piani o progetti settoriali e territoriali, allo scopo di definire obiettivi, priorità, interventi ed opere da realizzare in relazione alle complessive esigenze di sviluppo della comunità provinciale.

<sup>12</sup> Ferma restando la competenza comunale, la Provincia regionale avrebbe potuto, quindi, adottare un piano relativo, rispettivamente, alla rete delle principali vie di comunicazione stradali e ferroviarie ed alla localizzazione di opere ed impianti di interesse sovracomunale.

<sup>13</sup> ... a loro volta ricomprendenti un paniere eterogeneo e non certo secondario di attribuzioni quali: *a*) realizzazione di strutture e servizi assistenziali di interesse sovracomunale, anche mediante la riutilizzazione delle istituzioni socio-scolastiche permanenti *ex art.* 2, l.r. n. 93/1982; *b*) distribuzione territoriale, costruzione, manutenzione, arredamento, dotazione di attrezzature, funzionamento e provvista del personale degli istituti di istruzione media di secondo grado; promozione, negli ambiti di competenza, del diritto allo studio (le suddette funzioni dovendo essere esercitate in collaborazione con gli organi collegiali della scuola); *c*) promozione ed attuazione, nell'ambito provinciale, di iniziative ed attività di formazione professionale, in conformità della legislazione regionale vigente in materia, nonché realizzazione di infrastrutture per la formazione professionale; *d*) iniziative e proposte agli organi competenti in ordine all'individuazione ed al censimento dei beni culturali ed ambientali ricadenti nel territorio provinciale, nonché alla tutela, valorizzazione e fruizione sociale degli stessi beni, anche con la collaborazione degli enti e delle istituzioni scolastiche e culturali; *e*) promozione e sostegno di manifestazioni e di iniziative artistiche, culturali, sportive e di spettacolo, di interesse sovracomunale.

<sup>14</sup> ... quest'ultimo da intendersi come: *a*) promozione dello sviluppo turistico e delle strutture ricettive (*ivi* compresa la concessione di incentivi e contributi) nonché realizzazione di opere, impianti e servizi complementari alle attività turistiche, di interesse sovracomunale; *b*) sostegno alle attività artigiane (inclusa la concessione di incentivi e contributi); *c*) vigilanza sulla caccia e la pesca nelle acque interne; *d*) autorizzazione all'apertura degli esercizi di vendita al dettaglio di cui all'art. 9, l.r. n. 43/1972.

<sup>15</sup> ... come tali estese, dunque, a non pochi né irrilevanti compiti, tra i quali: *a*) costruzione e manutenzione della rete stradale regionale, infraregionale, provinciale, intercomunale, rurale e di bonifica e delle ex trazzere (rimanendo assorbita ogni competenza di altri enti sulle suindicate opere, fatto salvo quanto previsto dall'art. 16, l.r. n. 1/1979); *b*) costruzione di infrastrutture di interesse sovracomunale e provinciale; *c*) organizzazione dei servizi di trasporto locale interurbano; *d*) protezione del patrimonio naturale, gestione di riserve naturali, anche mediante intese e consorzi con i Comuni interessati; *e*) tutela dell'ambiente ed attività di prevenzione e di controllo dell'inquinamento, anche mediante vigilanza sulle attività industriali; *f*) organizzazione e gestione dei servizi, nonché localizzazione e realizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti e di depurazione delle acque, quando i Comuni singoli o associati non avessero potuto provvedervi.

### 3. La l.r. n. 14/2012 ed il successivo svuotamento del livello intermedio di governo

Nel medesimo solco scavato dalla precedente, nel 2000 toccava quindi alla l.r. n. 10<sup>16</sup> – come poc’anzi si accennava – donare nuova linfa vitale ad un ente statutariamente non facente parte dell’ordinamento locale della Sicilia eppure in esso riabilitato con previsione di rango ordinario: avendo ad esempio fatto afferire, tra quelle delegate alla Provincia dallo Stato o dalla Regione, tutte quelle funzioni d’interesse provinciale che riguardavano vaste zone intercomunali (o l’intero territorio provinciale) salvo quanto espressamente attribuito dalla legge regionale ad altri soggetti pubblici» (art. 33, comma 1). Premesso difatti che – in armonia con il principio di sussidiarietà di cui all’art. 4, l. n. 59/1997 – tutte le funzioni amministrative non richiedenti l’unitario esercizio a livello regionale fossero conferite agli enti locali (art. 31), la Regione siciliana, ai sensi degli originari artt. 117, commi 1 e 2, e 118, comma 1, Cost., doveva organizzare l’esercizio delle funzioni amministrative a livello locale attraverso Comuni e Province (art. 32 cit.).

Dopo aver ribadito ogni più ampia facoltà delle Province di assumere iniziative in materia di programmazione che non esulassero dalla loro competenza o che non fossero attribuite ad altra autorità (art. 32, comma 1), ad esse il Parlamento siciliano affidava competenze complete ed integrali messe in causa, o limitate ad un’altra autorità, solamente nell’ambito della legge (art. 32, comma 2). A ciò si aggiungevano, infine, l’obbligo a carico di ciascun Comune di attuare forme di decentramento e di cooperazione con le medesime «per l’esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati» (art. 34, comma 3) nonché la possibilità per le Province – allo scopo di esercitare le funzioni amministrative e tecniche trasferite – di utilizzare, nel rispetto dei relativi profili professionali, il personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato già assunto in esecuzione di specifiche disposizioni legislative regionali per le esigenze riconnesse alle articolate attività delegate (art. 34, comma 4). Alla mano di successivi decreti del Presidente della Regione – da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge, previo parere della Conferenza Regione-autonomie locali, della Commissione affari istituzionali e della Commissione bilancio dell’Assemblea Regionale Siciliana – veniva poi lasciato il compito di individuare i procedimenti di competenza delle medesime (art. 35, comma 1).

Nell’arco di un quindicennio insomma – a cavallo tra la metà degli anni ‘80 e la fine di quelli ‘90 – la disciplina che poteva rappresentare il fiore all’occhiello dell’attuazione statutaria (paradossalmente) di realmente esecutivo dello Statuto aveva ben poco, tratteggiando il livello territoriale intermedio nella sostanziale *indifferenza* per l’ordine costituzionale delle fonti<sup>17</sup>. L’apparente equilibrio così problematicamente raggiunto non è che fosse, ad ogni modo, destinato a durare a lungo: se le ultime riforme si erano distinte, infatti, per un’operazione di sostanziale introduzione e *riempimento* dell’ente provinciale, ecco nel volgere di pochi anni si assisteva invece ad un complessivo intervento legislativo di segno assai diverso, inopinatamente volto all’opposto scopo di *svuotare* più o meno gradualmente ciò che, con tanta pervicace insistenza, fino a poco prima ci si era piuttosto affannato a *colmare*. La novella costituzionale del 2001 d’altro canto, mentre aveva riservato alla potestà esclusiva statale [art. 117, comma 2, lett. p), Cost.] la disciplina dell’ordinamento degli enti locali nelle Regioni ordinarie (almeno per ciò che riguardava la legislazione elettorale, gli organi di governo e le funzioni c.d. fondamentali)<sup>18</sup>, era in capo a quelle speciali che aveva mantenuto la me-

<sup>16</sup> ... contenente *Norme sulla dirigenza e sui rapporti di impiego e di lavoro alle dipendenze della Regione siciliana. Conferimento di funzioni e compiti agli enti locali. Istituzione dello Sportello unico per le attività produttive. Disposizioni in materia di protezione civile. Norme in materia di pensionamento.*

<sup>17</sup> ... sul cui cruciale punto, comunque, si tornerà *infra*, al par. 5, in conclusione delle presenti notazioni.

<sup>18</sup> Su tale ultimo oggetto, peraltro, è tornata molto di recente a pronunziarsi la Corte costituzionale rigettando – con [sent. n. 50/2015](#) – le molteplici censure sollevate da Lombardia, Veneto, Campania e Puglia sulla presunta incostituzionalità della l. n. 56/2014 (c.d. Delrio) nella parte in cui ha minutamente disciplinato le Città metropolitane di cui all’art. 114, comma 1, Cost.



desima competenza, in attuazione della clausola di maggior favore di cui all'art. 10, l. cost. n. 3/2001<sup>19</sup>.

A parte quindi lo scopo di prolungare sino al 31 marzo 2013 il commissariamento delle Province regionali di Ragusa e Caltanissetta<sup>20</sup>, fine precipuo delle *Norme concernenti le funzioni e gli organi di governo delle province regionali* di cui alla l.r. n. 14 cit. pareva invero quello di avviare un complesso *iter* riformatore volto a circoscrivere le funzioni dell'ente provinciale al solo indirizzo e coordinamento delle attività comunali (art. 1, comma 1): nelle originarie intenzioni dell'ARS, tale progetto di revisione doveva completarsi, entro il 31 dicembre 2012, con un secondo intervento legislativo che definisse materie e limiti di suddetto restringimento.

A tale scopo, il legislatore del 2012 non si sottraeva certo al compito di predefinire *ex ante* un reticolato di criteri di massima destinati a preorientare il futuro riordino degli organi di governo delle Province regionali, in particolare disponendo (art. 1, comma 2): 1) che da esso derivassero significativi risparmi di spese per il funzionamento dei sopradetti organi; 2) che la futura disciplina individuasse gli organi della *governance* provinciale regolamentandone modalità di elezione e composizione<sup>21</sup>. Di fatto un vero e proprio *clone* – sebbene in “scala ridotta” – meramente riproduttivo della normativa statale di cui al D.L. n. 201/2011, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici* (c.d. salva Italia)<sup>22</sup>, tale normativa regionale dunque stava plasticamente a dimostrare la volontà dell'allora Esecutivo Lombardo di spogliare di molte delle sue prerogative il tanto vituperato livello di area vasta in Sicilia.

#### 4. Il rinnovato riempimento dell'ente di area vasta (con l'abbandono della Provincia regionale siciliana ed il contestuale rilancio del Consorzio comunale): il cantiere aperto dalla l.r. n. 7/2013...

Uno *svuotamento* legislativo del livello territoriale intermedio alla stregua di quello cui, un momento fa, si accennava, nondimeno, rischiava di dar luogo ad un non secondario problema, innanzi tutto *teorico* e, in secondo luogo, *pratico*: teorico, in quanto si prevedeva un sostanziale prosciugamento del livello sovracomunale senza che un contestuale rimpiazzo potesse adeguatamente garantire al cittadino quel *minimum* di tutela dei diritti costituzionalmente stabilito; pratico, giacché esso difettava di qualsivoglia coordinamento (quando non rischiava di ritrovarsi in acuto e stridente contrasto...) con la complessiva *ratio* che aveva animato invece le precedenti l.r. nn. 9 e 10 cit. sul medesimo campo<sup>23</sup>. Tuttavia – nell'accertata difficoltà (se non radicale impossibilità) di *reductio ad unum* in via interpretativa di testi legislativi tra di loro talmente dissonanti – non poteva che concludersi per l'orientamento, per così dire, *hard* dell'abrogazione implicita<sup>24</sup> di quelle porzioni delle

<sup>19</sup> Riguardata attraverso il prisma offerto da siffatta ultima previsione, la tradizionale potestà primaria della Sicilia resisteva dunque al sopravvenuto mutamento costituzionale, *apparendo* in materia più vantaggiosa per l'autonomia dell'isola: se in materia di enti locali la potestà residuale delle Regioni di diritto comune soffriva quindi la sforbiciata, *quoad obiectum*, a favore dello Stato, le Regioni ad autonomia differenziata continuavano a disporre di potestà esclusiva, almeno fino all'adeguamento dei rispettivi Statuti i quali, volendo, avrebbero com'è ovvio potuto innovare rispetto all'assetto risultante dalla riforma del 2001 (in tal senso, ad esempio, già [sent. n. 48/2003](#)).

<sup>20</sup> ... nelle quali si sarebbe dovuto altrimenti tornare a votare entro il 31 dicembre 2012.

<sup>21</sup> ... quest'ultima, in particolare, dovendo essere «determinata in rapporto alla popolazione residente e comunque in misura tale da garantire una riduzione di almeno il 20 per cento rispetto ai limiti previsti dalla legislazione vigente».

<sup>22</sup> In effetti, non si è mancato di far notare come – ricorrendo ad una vera e propria tecnica di copia/incolla – il legislatore regionale siciliano abbia *ex abrupto* riprodotto lo svuotamento dell'ente provinciale di cui all'art. 23 del D.L. n. 201, cit. nel menzionato art. 1, comma 1, l.r. n. 14, cit., di fatto appiattendo le specificità che connotavano il peculiare modello siciliano: così, ad esempio, M. GRECO, *Anche la Regione Sicilia avvia il riordino delle proprie “Province Regionali”*, in *forum di Quaderni costituzionali* (3 aprile 2012).

<sup>23</sup> Dalla lettura combinata di queste ultime pareva, del resto, emergere una sorta di pregresso nucleo duro, assai composito ed articolato, di funzioni della Provincia non facilmente armonizzabile con disposizioni meramente riduttive delle medesime fino al semplice indirizzo/coordinamento delle attività comunali di cui alla l.r. n. 14 cit.

<sup>24</sup> Su cui, per tutti, R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, spec. 244 s.



sudette discipline per contrasto successivo col sopravvenuto art. 1, comma 1, l.r. n. 14 cit., istitutivo appunto della mera funzione programmatrice delle Province<sup>25</sup>.

Assai più difficile era, com'è ovvio, sostenere la sicura non abrogabilità dei suddetti articolati normativi sulla scorta di una dubbia "copertura" costituzionale offerta dall'originario art. 15 St. SI dal momento che, come mostrato *supra*, il Parlamento del 1986 aveva deliberatamente optato per enti territoriali molto diversi da quelli formalmente previsti – come appunto le Province regionali – dotandoli non solo dell'autonomia amministrativa e finanziaria ma, pure, di quella politica<sup>26</sup> ed infliggendo così il vero «colpo mortale al concetto di libero consorzio»<sup>27</sup>: la ritenuta abrogazione implicita, d'altro canto, non avrebbe escluso *in nuce* la possibilità – stavolta *soft* – di una sorta di equibristica "coesistenza" tra il vecchio ed il nuovo regime<sup>28</sup>. A dimostrazione che il riassetto degli enti locali siciliani fosse dunque nato – come suole forse coloritamente, ma efficacemente, dirsi – sotto una *cattiva stella* sarebbe probabilmente bastata la pur succinta disamina che si è tentato di fare nelle pagine che precedono<sup>29</sup>: ulteriori – non previsti né prevedibili – rivolgimenti nel fronte politico attendevano nondimeno l'operazione di revisione così frettolosamente imbastita, accompagnandone nel corso del tempo la genesi e, verosimilmente, segnandone il futuro destino.

Non priva di brusche frenate ed improvvise ripartite – e neppure di cinematografici colpi di scena – nel 2013 tale singolare vicenda pareva infine contraddistinguersi per l'ennesimo *riempimento* del livello territoriale di area vasta, seppure con l'altalenante atteggiamento proprio dell'organo che, sopra ogni altro, avrebbe dovuto invece più fortemente volere e sostenere un riordino complessivamente coerente e duraturo nel tempo: così, non può che obiettivamente spiazzare una Giunta regionale siciliana che, dopo le prospettive di *svuotamento* legislativamente predisposte nell'anno precedente, prima fissava<sup>30</sup> la data delle successive elezioni amministrative di Presidenti e Consiglieri delle nove Province dell'isola<sup>31</sup> – peraltro, in palese controtendenza rispetto alle scelte dell'Esecutivo nazionale che, nel frattempo, decideva di commissariarle in vista della futura riforma – salvo poi cedere alle pressioni di una parte della maggioranza (part. Movimento 5 Stelle) e ritor-

<sup>25</sup> Soluzione, questa, peraltro neanche poi tanto velatamente suggerita dallo stesso TAR Palermo – con la pronuncia n. 1276 del 19 giugno 2012 – in occasione del ricorso della Provincia regionale di Ragusa avverso il decreto col quale l'Assessorato Regionale alle Autonomie Locali revocava il proprio precedente atto di indizione dei comizi elettorali e contestualmente disponeva il commissariamento provinciale fino al 31 marzo 2013 (data in cui sarebbero dovute essere chiamate al rinnovo dei propri organi tutte le altre Province Regionali): rigettando l'eccezione di legittimità costituzionale della suddetta l.r. n. 14 per ritenuto contrasto con l'art. 15 St. SI perché essa «non sopprime[va] in alcun modo le province regionali, ma rinvia[va] solo ad una legge successiva (da adottarsi entro il 31/12/2012) il riordino degli organi di governo delle stesse», il giudice amministrativo siciliano non perdeva difatti l'occasione per rimarcare come il menzionato art. 15 attribuisse, «evidentemente, una diversa configurazione all'assetto istituzionale sovracomunale rispetto a quello attualmente esistente e scaturito dalla l.r. 6/5/1986, n. 9 e s.m.i. che [aveva] attuato la norma costituzionale solo apparentemente *secundum legem* nel momento in cui [aveva] determinato l'organizzazione delle province nella Regione siciliana, come nel resto dell'Italia, quali enti locali territoriali dotati di autonomia anche politica e non solo amministrativa e finanziaria» (in tal modo *di fatto* riconoscendo una sorta di attuazione *in fraudem Statuti* operata dalla l.r. n. 9 allorché aveva inteso istituire i liberi Consorzi di Comuni di cui all'art. 15 con il fuorviante appellativo di «Province Regionali»). Sul punto cfr., per esempio, M. GRECO, *La temuta incostituzionalità della legge istitutiva delle "Province Regionali" in Sicilia*, in *Diritto.it* (22 giugno 2012).

<sup>26</sup> In oggetto, tradizionalmente, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, 112 ss.; M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss.; ID., *Autonomia pubblica (teoria gen. e dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, IV (1959), 356 ss.; T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., ora in *Opere*, cit., 293 ss.

<sup>27</sup> Così part. G. SILVESTRI, *Profili costituzionali della nuova Provincia regionale: i liberi consorzi dello Statuto siciliano*, in *Nomos*, 1988, 89.

<sup>28</sup> ... a voler considerare ad esempio le l.r. nn. 9 e 10 cit. quali normative speciali rispetto alla più organica ed innovativa l.r. n. 14 cit. (in questo secondo caso, però, fortemente ridimensionata, al limite della sostanziale *inutilità*, uscendone la tanto sbandierata previsione di cui all'art. 1, comma 1, l.r. n. 14 cit.).

<sup>29</sup> In tal senso, volendo, S. AGOSTA, *Quando una riforma nasce sotto una cattiva stella*, in AA.VV., *Il Governo Locale in Sicilia. Materiali per la riforma*, a cura di R. D'Amico-A. Piraino, Milano, 2014, 259 ss.

<sup>30</sup> ... con delib. n. 31 del 31 gennaio 2013.

<sup>31</sup> ... per i giorni di domenica 21 e lunedì 22 aprile (e del 5 e 6 maggio per l'eventuale ballottaggio).

nare inopinatamente sui propri passi appena una manciata di giorni dopo, varando un ddl<sup>32</sup> per sostituire le Province regionali coi liberi Consorzi comunali di cui all'art. 15 cit.<sup>33</sup>.

Immediatamente trasmesso alla I Commissione Affari Istituzionali dell'ARS per l'inserimento nell'ordine del giorno<sup>34</sup>, un disegno di legge così repentinamente immaginato non poteva non spaccare l'aula del Parlamento siciliano<sup>35</sup>: quasi per intero riscritta per mano dei tre capigruppo di maggioranza (Gucciardi, Leanza e Malafarina)<sup>36</sup>, con non poco travaglio la proposta in questione approdava in Sala d'Ercole per concludere infine la sua anabasi il 19 marzo 2013 quando il consesso dell'Assemblea Regionale<sup>37</sup> la trasformava finalmente nella l.r. n. 7/2013, *Norme transitorie per l'istituzione dei liberi Consorzi comunali*, così fortemente voluta dal neo eletto Esecutivo Crocetta<sup>38</sup>.

L'art. 1, l.r. n. 7 cit. – composto di quattro commi varati dopo quasi quarantott'ore di dibattito appassionato in aula – in pratica sospendeva il rinnovo elettorale (comma 3) degli organi di governo delle Province (già calendarizzato per il successivo maggio) ed attribuiva ad una legge regionale successiva, da approvarsi entro il 31 dicembre 2013, il compito di istituire i Consorzi di Comuni per l'esercizio delle funzioni di governo di area vasta, in sostituzione delle Province regionali (comma 1, primo periodo) nonché, nel territorio della Regione, le Città metropolitane (comma 2): stabilito che gli organi di governo consortili dovevano essere eletti con sistema indiretto di secondo grado, era alla predetta futura disciplina che sarebbe dunque spettato di prevedere modalità di elezione, composizione e funzioni di essi (comma 1, secondo periodo)<sup>39</sup>. Saltato il turno elettorale provinciale previsto per metà primavera, nelle more della gestione commissariale il Parlamento siciliano si concedeva insomma un altro mucchio di mesi – e la collaborazione di taluni istituendi gruppi di lavoro composti da professionisti, giuristi e docenti universitari – per approvare un riassetto, sino a quel punto, evidentemente *dichiarato* ma ben lungi dall'essere *praticato*<sup>40</sup>.

5. ... e proseguito dalla l.r. n. 8/2014 fino alla brusca battuta d'arresto del 2015. L'ennesimo svuotamento e l'incertezza per il futuro

---

<sup>32</sup> N. 278 del 5 marzo 2013.

<sup>33</sup> Sul punto, L. CATANIA, *La Sicilia dice addio alle province regionali*, in *Blog Sicilia* (5 marzo 2013).

<sup>34</sup> ... assieme a ben dodici altri ddl sopra lo stesso oggetto.

<sup>35</sup> ... con la strenua difesa da parte dell'allora PdL del mantenimento delle elezioni provinciali del maggio 2013 ed il non meno agguerrito ed inedito asse Pd/Movimento 5 Stelle altrettanto fermo nella decisione dell'abolizione secca delle Province regionali entro il successivo 27 marzo (ultima data utile per l'indizione degli eventuali comizi elettorali). Ma quello della prevedibile opposizione in Assemblea regionale non doveva essere l'unico (né l'ultimo...) ostacolo sulla strada della tormentata iniziativa governativa se – pochi giorni prima della discussione dell'aula – le cronache giornalistiche dell'isola informavano di un (invero eterodosso ed inconsueto) incontro informale tra il Presidente della I Commissione cit. ed il Commissario dello Stato volto a limare almeno i più aspri profili di eventuale illegittimità costituzionale del ddl in discorso: in argomento, L. CATANIA, *Abolizione Province Siciliane. Approvato il ddl*, in *Blog Sicilia* (21 marzo 2013).

<sup>36</sup> In realtà, non è che stupiva più di tanto che la sbandierata abolizione del livello provinciale – quasi per effetto di un magico sortilegio – cambiasse natura all'ultimo momento, anzi: «c'era chi proponeva di cancellare, al posto delle Province, le prefetture; una volta la soppressione divenne trasformazione in area metropolitana; più spesso è stata proclamata e subito insabbiata in attesa di una futura legge attuativa». Insomma, tale iniziativa «si è sempre fermata davanti all'egoismo della politica»: così, F. MERLO, *Perché le province non muoiono mai*, in *Blog Sicilia* (4 luglio 2013).

<sup>37</sup> ... con la schiacciante maggioranza di cinquantatre voti a ventotto (ed un astenuto) espressi a scrutinio segreto, come richiesto dall'opposizione di centrodestra.

<sup>38</sup> Affatto secondaria, peraltro, la novità rappresentata dalla decisione del Presidente dell'ARS (G. Ardizzone) di trasmettere ai cronisti parlamentari l'elenco dei deputati presenti in aula al fine di rendere maggiormente trasparente il voto (erano ottantadue su novanta).

<sup>39</sup> Per gli organi provinciali prossimi alla cessazione per scadenza naturale (ovvero anticipata, nel 2013) fino alla fine dell'anno avrebbe trovato perciò applicazione (comma 4) nuovamente l'art. 145, D.Lgs. Pres. n. 6/1955 (OREL) il quale attribuiva l'amministrazione della Provincia ad un Commissario straordinario scelto dal Presidente della Regione su proposta dell'Assessore regionale alle Autonomie Locali ed alla Funzione Pubblica.

<sup>40</sup> ... se non per la parte di presunto risparmio di circa dieci milioni di euro l'anno che sarebbe dovuto derivare, appunto, dalla cancellazione delle indennità di Presidenti, Assessori e Consiglieri provinciali.

Già a prima lettura non poteva sfuggire come il testo così approvato nel 2013 non desse in effetti risposta a nessuna delle scottanti questioni squadernate sul tappeto dopo la sostituzione delle Province: non sull'incerto destino dei circa seimilacinquecento dipendenti, orfani dell'ente provinciale e drammaticamente "sospesi" nel limbo improvvisamente apertosi tra Comuni e Regione, né sui dettagli di un eventuale trasferimento di essi in deroga ai vincoli di legge in materia di costo del personale (e, particolarmente, al patto di stabilità); ma, neppure, sul nebuloso futuro di talune articolazioni sovracomunali di fondamentali uffici statali come Prefetture e Questure; per non dire, infine, della destinazione delle *vecchie* funzioni provinciali (sopra tutte, la manutenzione di scuole e strade) ovvero delle *nuove* attribuzioni dei nascenti Consorzi comunali<sup>41</sup>.

Singolare, dunque, che il primo *riempimento* legislativo del livello territoriale intermedio a più di un lustro di distanza da quello voluto nel lontano 1986 fosse, in realtà, meramente fittizio: assai diversa dalle sembianze di una vera e propria svolta epocale, la revisione del 2013 rischiava infatti di apparire (non solo agli occhi degli addetti ai lavori ma, soprattutto, dell'opinione pubblica) una scatola drammaticamente vuota, approvata al solo precipuo scopo d'impedire il rinnovo degli organi delle Province col conseguente commissariamento.

Per dare un minimo di consistenza al riordino in parola – ed aversi un *riempimento* non meramente di facciata ma realmente degno di questo appellativo – bisognava attendere quindi un altro anno, fino all'approvazione della successiva l.r. n. 8/2014 (emblematicamente rubricata *Istituzione dei liberi Consorzi comunali e delle Città metropolitane*). Senza potersi ora più di tanto diffondere sui dettagli dell'ulteriore tassello aggiunto nel 2014<sup>42</sup>, dal mosaico congiuntamente composto col *tandem* delle l.r. nn. 7 ed 8 quello consortile emergeva come ente di coordinamento, pianificazione, programmazione e controllo su aree da almeno centottantamila abitanti ed aventi continuità territoriale tra di esse con competenza su territorio, ambiente, trasporti e sviluppo economico.

Alla luce della complessiva riforma, a capo di ciascun libero Consorzio stavano, rispettivamente, un Assemblea, un Presidente ed una Giunta: quale organo di indirizzo politico-amministrativo, la prima era composta dai Sindaci dei Comuni del Consorzio e – oltre ad esercitare le funzioni già attribuite all'*ex* Consiglio provinciale – adottava a maggioranza assoluta dei componenti lo Statuto consortile, un regolamento per il proprio funzionamento interno e la mozione di sfiducia al Presidente del Consorzio comunale; eletto a maggioranza assoluta dei voti dai Consiglieri comunali e dai Sindaci dei Comuni consorziati fra gli stessi Sindaci dei Comuni appartenenti al libero Consorzio, il Presidente lo rappresentava, convocava e presiedeva l'Assemblea e la Giunta ed esercitava le funzioni già attribuite all'*ex* Presidente della Provincia regionale, sovrintendendo al funzionamento dei servizi e degli uffici; composta, infine, dal Presidente e da un numero massimo di otto Assessori, nominati da quest'ultimo fra i componenti dell'Assemblea del Consorzio, la Giunta non poteva che rappresentare infine l'organo esecutivo, esercitando le funzioni già attribuite alla sua omologa provinciale e, *pro futuro*, dallo stesso Statuto consortile.

Proprio quando il Governo siciliano avrebbe dovuto intessere l'ultimo e definitivo filo nell'intreccio così faticosamente (e, invero, confusamente...) realizzato nel corso dell'ultimo biennio, una sonora bocciatura del ddl cui, ai sensi dell'art. 2, commi 6 e 7, l.r. n. 8 cit., spettava di individuare i territori, rispettivamente, dei liberi Consorzi e delle Città metropolitane nonché di ridefinirne le funzioni, è nondimeno venuta proprio di recente da parte di una maggioranza trasversale dell'ARS<sup>43</sup>. Non pochi, né irrilevanti, appaiono invero i nodi critici sin dal principio della sua gesta-

<sup>41</sup> ... a proposito delle quali la legge appena approvata ancora si limitava laconicamente a riprodurre – come si è visto – le non meglio precisate funzioni di governo di area vasta: con riferimento alla definizione di tali ultime, ad ogni modo, un'utile indicazione poteva già discendere dall'art. 17, D.Lgs. Pres. n. 6 cit. il quale – proprio a proposito dei «liberi Consorzi costituiti a norma dei precedenti articoli» – disponeva che essi attuassero «il decentramento dell'Amministrazione regionale a mezzo dei loro organi», svolgessero «le funzioni amministrative delegate dalla Regione, nonché i compiti ed i servizi demandati dallo Stato».

<sup>42</sup> ... cui ci si ripromette di dedicare una riflessione ricomprendente pure il livello metropolitano in altra, e più ampia, sede.

<sup>43</sup> Dello scorso 8 aprile 2015 era, difatti, l'inopinata approvazione (a scrutinio segreto) dell'emendamento del Movimento 5 Stelle radicalmente soppressivo dell'art. 1, ddl n. 833 del 10 febbraio 2015, *Disposizioni in materia di liberi*

zione gravanti sulla disciplina in esame e che, non per caso, hanno portato ad un così vistoso affossamento della proposta avanzata: sopra di essi, nondimeno, non è ora possibile *funditus* intrattenersi se non per una conclusiva notazione di metodo (ed indipendentemente da quelle che non mancheranno di essere le future oscillazioni di una vicenda politica e giuridica tutt'altro che conclusa).

Giocando di strettissimo anticipo rispetto a quello centrale, l'Esecutivo siciliano nel 2014 ha chiaramente preferito approvare la propria riforma dell'autonomia locale senza attendere il varo di quella nazionale di cui alla l. n. 56 cit. (di appena una manciata di giorni successiva) con cui la prima avrebbe dovuto, comunque, necessariamente coordinarsi: così – in luogo di una legge regionale meramente riproduttiva (ovvero parzialmente modificativa) di quella statale – l'Assemblea Regionale Siciliana ha dunque assecondato le velleità di una disciplina *ad hoc* di revisione organica a più riprese espresse dal Governo regionale. Anziché ridimensionarle, tuttavia, siffatta scelta non ha fatto altro che esponenzialmente moltiplicare le questioni già tradizionalmente poste sul tappeto dal livello di area vasta: innanzitutto, andando macroscopicamente in controtendenza rispetto al diffuso depotenziamento del livello provinciale che ha invece guidato la mano dello Stato<sup>44</sup>. Attribuite ai singoli Comuni talune funzioni che la l.r. n. 9 cit. originariamente riconosceva alle Province regionali<sup>45</sup>, difatti, i liberi Consorzi sarebbero stati destinatari *ex ddl* n. 833 cit., tra le altre, dell'approvazione degli strumenti urbanistici dei Comuni, della pianificazione dei servizi di trasporto pubblico, del sostegno e sviluppo dei Consorzi universitari, dell'organizzazione dello sviluppo turistico e dell'organizzazione e gestione dei servizi (senza contare la localizzazione e realizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti e di depurazione delle acque, qualora l'ente comunale non fosse stato in grado di attendervi)<sup>46</sup>. Sembrano in secondo luogo aggravarsi i problemi di integrazione interpretativa con la legge Delrio (ad esempio, in materia di diversa perimetrazione delle Città metropolitane derivante dalla coesistenza, nella sola Sicilia, con i neonati Consorzi di Comuni) la quale, pure, con forza ha richiesto di essere applicata in quanto espressiva di principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario *ex art.* 119, comma 2, Cost.

Il vero quindi è che forse – ed in conclusione alle presenti, sparse, notazioni – ai medesimi fini di riordino non fosse affatto necessario scomodare ben quattro testi consecutivi di riforma<sup>47</sup> in altrettanti anni, più semplicemente bastando una ragionevole novella alla l.r. n. 9/1986 che distribuisse le nuove funzioni e rimpiazzasse con la nuova Assemblea dei Sindaci il vecchio Consiglio provinciale. *Regole costituzionali e regolarità della politica* – come da tempo ha peraltro avvertito una sensibile dottrina<sup>48</sup> – non sempre vanno quindi d'accordo: ed anche la vicenda oggi all'esame, col suo tormentato ed affatto concluso periplo, a tale insegnamento sembra fare tutt'altro che eccezione.

---

*Consorzi comunali e Città metropolitane*: trattandosi della letterale “decapitazione” dal testo in discussione della propria disposizione di apertura – avente ad oggetto l'ampia autonomia (statutaria, regolamentare, organizzativa, amministrativa, impositiva e finanziaria) dei liberi Consorzi comunali e delle Città metropolitane, l'elezione dei loro organi di governo con il sistema indiretto di secondo grado nonché la titolarità di funzioni «proprie», «speciali» ed «ulteriori» conferite con legge regionale – era ovvio che essa rendesse di fatto inutile la prosecuzione dell'esame sui restanti cinquantaquattro articoli dell'articolato in commento.

<sup>44</sup> Sui profili che seguono, ad esempio, F. ANTOCI, *Luci ed ombre del progetto di Riforma delle Province in Sicilia*, in *Leggi oggi* (7 aprile 2015).

<sup>45</sup> Spec. in materia di istituti scolastici di secondo grado, servizi sociali, promozione e sostegno a manifestazioni artistiche, culturali, sportive e di spettacolo.

<sup>46</sup> Entro dodici mesi dall'entrata in vigore dell'ultimo ddl in cantiere, peraltro, con decreto presidenziale sarebbero state conferite all'ente consortile ulteriori funzioni relative a IACP, vigilanza sui Consorzi di bonifica e motorizzazione civile.

<sup>47</sup> ... dei quali l'ultimo – come *supra* si diceva – soppresso, per così dire, nella culla.

<sup>48</sup> Dell'incessante e travagliata contesa tra *regole* della Costituzione e *regolarità* della politica ha in particolare discorso, da plurimi punti di vista, A. RUGGERI (di cui, a tal proposito, v. almeno *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli, 2012, e *Quali insegnamenti per la riforma costituzionale dagli sviluppi della vicenda regionale?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014).



**Bruno Brancati**

**Alcune osservazioni di carattere preliminare sull'influenza dottrinale degli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale**

SOMMARIO. 1. *Premessa*. – 2. *Considerazioni di carattere generale sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale*. – 3. *Sull'influenza degli avvocati-costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale*. – 4. *Limiti e condizioni della penetrazione della dottrina nel ragionamento della Corte per il tramite dell'attività difensiva degli avvocati professori*.

1. *Premessa*

Lo spunto per questo contributo nasce da una ricerca relativa all'influenza degli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale<sup>1</sup>. L'obiettivo del contributo non è, qui, esibirne i risultati conclusivi<sup>2</sup>; ma, più semplicemente, svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare, atte a mettere a fuoco taluni, tra gli elementi di fondo, cui la ricerca s'impronta. Si svolgeranno, pertanto, dapprima, alcune considerazioni di carattere generale, volte a tratteggiare alcuni profili fondamentali con cui una ricerca sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale deve di necessità confrontarsi. Successivamente, si affronterà il tema più specifico del ruolo degli avvocati costituzionalisti.

2. *Considerazioni di carattere generale sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale*

Lo svolgimento di una ricerca sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale si espone a diverse difficoltà, soprattutto se l'esperienza di giustizia costituzionale che si prende in considerazione è quella italiana, caratterizzata dal fatto che il giudice costituzionale non cita la dottrina. Questa circostanza comporta che l'influenza della dottrina non sarà mai dichiarata e resa manifesta, e, pertanto, sarà necessario formulare metodi di indagine per rintracciare l'influenza della dottrina “al di là della superficie”. Ciò che non appare del tutto scontato.

Trattando il tema, occorre tenere in considerazione un dato importante, tale che il riferimento ad esso potrebbe risultare ovvio. Vi si farà, comunque, riferimento. Una delle distinzioni classiche che gli studiosi di diritto comparato operano nell'ambito delle fonti è quella tra fonti politiche e fonti culturali<sup>3</sup>, nel novero delle quali rientrano anche la dottrina e la giurisprudenza. Le fonti culturali si

---

<sup>1</sup> Ricerca presentata alle “Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato. I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina”, Pisa, 6-7 marzo 2015.

<sup>2</sup> Per cui si rinvia, alle conclusioni della ricerca di cui alla nt. 1 (in corso di pubblicazione).

<sup>3</sup> Sul punto, v., esemplarmente, A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1998, 263 s.: «Altra distinzione è quella che tende a mettere in evidenza la differenza che esiste fra le fonti mediante le quali possono venir introdotti nell'ordinamento giuridico precetti corrispondenti al programma di cui si è fatto portatore un movimento politico o un gruppo sociale, che in tal modo tendono a rendere accetti all'intera collettività nazionale le proprie opinioni ed i propri progetti, e le fonti mediante le quali viene invece assicurata l'osservanza di regole dedotte dall'esperienza del passato o dall'analisi teorica dei fenomeni sociali. Le prime, qualificabili da questo punto di vista come “fonti politiche”, rappresentano il risultato conclusivo di un dibattito nel corso del quale le forze contrapposte si sono scontrate al fine di influire sulla manifestazione di volontà dello stato realizzata dalla legge, dettandone il contenuto; le seconde, qualificabili come “fonti culturali”, si realizzano quando le norme giuridiche vengono desunte dall'esperienza del passato (consuetudine, precedente) oppure dall'analisi razionale dei fenomeni giuridici (dottrina, giurisprudenza) sul presupposto che il diritto non costituisca soltanto l'attuazione della volontà del sovrano - sia questo il popolo, un'assemblea o un tiranno - ma risponda altresì ad un bisogno di giustizia razionalmente determinata».



caratterizzano per essere il prodotto non di una manifestazione di volontà politica, ma dell'elaborazione di un bagaglio di conoscenze legate al ragionamento. Pertanto, una ricerca sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza (quindi anche sulla giurisprudenza costituzionale) andrebbe svolta, innanzi tutto, alla luce di questa "essenza comune": il "ragionamento" dovrebbe, cioè, costituire il piano naturale di confronto tra dottrina e giurisprudenza, il canale attraverso il quale l'una può influire sull'altra<sup>4</sup>. Il fatto che in diversi ordinamenti, come quello italiano, la dottrina non sia considerata una fonte del diritto<sup>5</sup> non deve far dimenticare che in altri ordinamenti, e soprattutto in altre epoche, essa si atteggia come tale<sup>6</sup>, e non deve oscurare, quindi, la già richiamata "essenza comune" che dottrina e giurisprudenza condividono.

Tra dottrina e giurisprudenza esiste un rapporto che potrebbe essere definito "a doppio senso": da un lato, l'influenza della giurisprudenza sulla dottrina; dall'altro, l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza. Il primo verso di questo rapporto è alquanto scontato - anzi, si potrebbe dire necessitato - in quanto la giurisprudenza costituisce inevitabilmente e sicuramente uno degli oggetti di studio della dottrina. È, per così dire, "mestiere" della dottrina cercare di chiarire e sistematizzare

---

<sup>4</sup> Quando si parla di "diritto giurisprudenziale" in senso lato, ci si riferisce tanto alla dottrina quanto alla giurisprudenza. Per Pizzorusso, il diritto giurisprudenziale «si può distinguere in tre sottospecie comprendenti rispettivamente il diritto di origine dottrinale, il diritto di origine giudiziaria e il "diritto transnazionale". Il primo si fonda, oltre che sulla forza di convincimento che è propria delle argomentazioni razionali compiute dagli studiosi del diritto, sull'autorità che essi possono assumere per il ruolo svolto in precedenti occasioni o per la posizione assunta dai giuristi che lo esprimono nel foro, nell'università o più in generale nell'ambito della cultura nazionale ed internazionale. Il secondo si fonda invece, oltre che sulla forza di convinzione propria dei ragionamenti svolti nelle motivazioni dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria (che è tendenzialmente analoga a quella delle opinioni dottrinali), sull'autorità di "precedente" che le decisioni giudiziarie possono assumere (ed in quest'ultimo aspetto si avvicina al criterio che sta alla base della consuetudine, pur senza confondersi con esso). Il terzo si fonda invece su una diversa fonte di autorità che deriva dal fatto che la circostanza che una regola sia stata osservata in altri paesi in relazione a situazioni più o meno analoghe può consentire ad essa di presentarsi come una forma di "diritto comune" suscettibile di applicazione generale, in virtù della propria forza culturale, anche fuori dai limiti territoriali dell'ordinamento o degli ordinamenti nell'ambito dei quali essa è stata dapprima adottata oppure è stata esplicitamente recepita» (ivi, 269 s.). «Carattere comune a queste forme di creazione del diritto è quella che deriva dal fatto che esse si propongono tutte di "trovare", mediante procedure razionali, le norme da applicare ai casi che si presentano ai giudici ed agli altri operatori pratici, nonché i principi sistematici in cui inquadrare i vari problemi, anziché di "dettare" precetti in base all'autorità di cui un determinato soggetto si trovi ad essere investito (dove la differenza principale che esse presentano rispetto al diritto divino ed al diritto politico) (ivi, 288-289). Il criterio di giustificazione della potestà normativa esercitata dal diritto giurisprudenziale è «il principio secondo cui le norme giuridiche debbono assumere carattere eminentemente razionale» (ivi, 269). Il diritto giurisprudenziale «si fonda sull'autorità derivante dalla ragione» (ivi, 287).

<sup>5</sup> Tra l'altro, anche la giurisprudenza non è considerata (tendenzialmente) una fonte del diritto nel nostro ordinamento. A tal riguardo, ci si rifà all'impostazione di Pizzorusso per cui «le decisioni costituzionali che producono come loro effetto diretto ed immediato la cessazione di efficacia *erga omnes* delle norme dichiarate incostituzionali vengono a costituire una fonte del diritto la quale, pur essendo una fonte culturale [...], non è però esposta a quel tipo di obiezioni che nelle aree di *civil law* rendono in qualche misura incerta la natura di fonte del precedente e del diritto giurisprudenziale in genere. Esse infatti operano mediante tecniche del tutto simili a quelle proprie della legge, come risulta ad esempio dal fatto che la loro efficacia è generalmente condizionata alla pubblicazione del dispositivo della sentenza in un periodico ufficiale, che esse sono suscettibili di interpretazione secondo le tecniche normalmente proprie della legge e così via (ivi, 314). «Quanto si è detto per le decisioni che dichiarano l'incostituzionalità delle leggi che assumono efficacia immediata ed *erga omnes* vale corrispondentemente anche per le decisioni dei giudici amministrativi che annullano con analoghe modalità atti amministrativi aventi contenuto normativo ed operanti come fonti secondarie [...]

<sup>6</sup> Questo significa che la dottrina è di per sé idonea a costituire una fonte del diritto, a prescindere dal fatto che in un dato ordinamento questo ruolo le venga riconosciuto. «Nella situazione attuale il diritto giurisprudenziale esercita un ruolo importante in tutti gli ordinamenti giuridici statali, indipendentemente dal fatto che tale ruolo sia ufficialmente previsto, così da includere la dottrina e/o la giurisprudenza nel catalogo delle fonti; anche ove ciò non accade, infatti, è ovvio che dottrina e giurisprudenza costituiscono comunque quanto meno degli "strumenti d'interpretazione" dei fatti ed atti normativi riconosciuti come fonti ed in tale veste esse esercitano un ruolo sostanzialmente non dissimile da quello che altrove è esercitato da fatti o atti qualificati come fonti» (ivi, 290). Se è vero che nei tempi moderni, in occidente, la dottrina è per lo più uno strumento d'interpretazione dei fatti o atti normativi qualificati come vere e proprie fonti, bisogna ricordare che in epoche più lontane essa poteva avere un valore giuridicamente vincolante (ivi, 291 ss.).

la giurisprudenza, che è, appunto, uno dei materiali dell'elaborazione dottrinale, uno dei suoi "nutrimenti". Quindi, prima ancora di dire che la giurisprudenza influisce sulla dottrina, si dovrebbe dire che la giurisprudenza costituisce un oggetto di discussione su cui deve necessariamente esprimersi la dottrina: questa deve occuparsi di tutte le manifestazioni del diritto, e quindi anche della giurisprudenza. Evidentemente, poi, la giurisprudenza è in grado anche di influire sulla dottrina, sia perché può addivenire a dei risultati "convincenti" che riscuotono successo in dottrina per il loro grado di persuasività, sia perché, in ogni caso, la dottrina dovrà sempre tenere conto delle decisioni giurisprudenziali: ciò che, in maniera più o meno diretta, influisce sull'elaborazione dottrinale.

Il secondo verso della relazione tra dottrina e giurisprudenza, invece, è senz'altro meno scontato, in un ordinamento in cui la dottrina non costituisce fonte del diritto. Considerando in maniera del tutto astratta il ruolo della giurisprudenza, si potrebbe dire che essa non ha necessariamente bisogno della dottrina per svolgere la sua funzione: il giudice deve applicare il diritto sulla scorta di conoscenze e del ragionamento giuridico, per cui, se la dottrina non rappresenta "diritto", essa potrebbe benissimo non avere alcuna parte nell'elaborazione della decisione giudiziale<sup>7</sup>. In realtà, questa considerazione, come si è appena detto, è del tutto teorica, perché, nella concretezza dell'esercizio della funzione giurisdizionale, l'apporto dottrinale è di fondamentale importanza. L'attività di interpretazione e applicazione del diritto risulta, spesso, molto complessa, sicché può essere molto utile per il giudice attingere al prezioso giacimento di conoscenze e riflessioni costituito dalla dottrina; per non dire del fatto che l'adozione di decisioni senza avere contezza dell'elaborazione dottrinale potrebbe addirittura essere una manifestazione di presunzione o di scarsa preparazione da parte del giudice. Si può, quindi, immaginare agevolmente che la dottrina entri di norma nel procedimento decisionale del giudice, anche se il relativo apporto non emerge all'esterno.

Il fatto stesso, tuttavia, che il giudice non citi la dottrina - e che, quindi, non faccia constare, come appena rilevato, l'apporto dottrinale - sembra non essere privo di conseguenze sul modo e sull'intensità con cui lo stesso fa ricorso alla dottrina per giungere alle sue decisioni. Potremmo dire che l'"apparenza" ha alcune ripercussioni sulla "realtà". Infatti, se il giudice abbia espressamente fatto ricorso alla dottrina nella motivazione delle sue decisioni, egli sarebbe, allora, esposto a valutazioni e controlli circa l'appropriatezza del richiamo dottrinale<sup>8</sup>. Del resto, una mera adesione a una tesi dottrinale non sarebbe particolarmente persuasiva, se non manifestasse anche la piena consapevolezza dell'articolazione del dibattito sul tema. Ciò che si vuol dire, insomma, è che se il richiamo dottrinale fosse contenuto nel testo ufficiale della sentenza, allora sarebbe possibile effettuare su di esso un controllo esterno da parte dell'opinione pubblica, degli operatori del diritto in genere e, ovviamente, della dottrina<sup>9</sup>. Nel momento, invece, in cui il giudice non richiama espressamente la dottrina, diminuiscono di conseguenza gli oneri istruttori e argomentativi, e non solo da un punto di vista formale, dal momento il controllo esterno diventa alquanto impraticabile, se non impossibile in partenza. Non v'è modo, infatti, di sapere se il giudice ha vagliato tutte le posizioni dottrinali sul tema, visto che non effettua citazioni e non fonda la propria competenza in argomento sull'apporto dottrinale. Pertanto, sembra legittimo domandarsi: *quis custodiet custodes?* Ma, a questo punto, un'altra considerazione s'impone: il fatto che il giudice non citi la dottrina non soltanto rende meno trasparente l'eventuale influenza della dottrina sulla decisione giudiziale, ma diminuisce anche gli stimoli ad un ricorso approfondito, critico e intenso alla dottrina.

---

<sup>7</sup> La tradizione culturale dei paesi di *civil law* pare aver contribuito a radicare, nella storia, l'immagine di un giudice autosufficiente, non debitore nei confronti della dottrina, che fonda la sua legittimazione unicamente nell'essere *bouche de la loi*.

<sup>8</sup> Per esempio, ci si potrebbe legittimamente domandare: se il giudice abbia dimostrato di aver compreso veramente il pensiero dell'autore citato; se abbia dimostrato di avere contezza della pluralità di posizioni dottrinali sul tema; se abbia mostrato le ragioni che rendono preferibile una tesi alle altre, etc.

<sup>9</sup> Sull'importanza della motivazione delle decisioni, ai fini del controllo su di esse, v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 4a ed., Giappichelli, Torino, 2013, 143 ss.

Un altro aspetto, nient' affatto secondario (ed, anzi, peculiare per una giurisdizione costituzionale), al fine di poter valutare l' influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale riguarda la composizione stessa del collegio giudicante. Da questo punto di vista, si può, infatti, ad esempio, supporre che, tra i giudici costituzionali, siano i professori universitari i soggetti maggiormente sensibili alla dottrina. Pertanto, ci si può aspettare che l' influenza della dottrina sulle decisioni della Corte accresca con la presenza di professori universitari, in particolare dei costituzionalisti, che sono coloro che possono sentirsi più "chiamati in causa"<sup>10</sup>, quand' anche le questioni richiedano conoscenze specialistiche in campi diversi dal diritto costituzionale<sup>11</sup>.

### 3. Sull' influenza degli avvocati-costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale

Fatta questa rapida premessa relativa al ruolo della dottrina, s' intende, ora, concentrare l' attenzione sulla figura degli avvocati costituzionalisti e sull' azione maieutica che essi possono esercitare nel "parto" delle decisioni della Consulta.

Anche in relazione a questo tema più specifico, vanno, peraltro, messe avanti le difficoltà d' indagine. Innanzi tutto, non ci si può avvalere del supporto derivante dalla prospettiva storica. Come è stato evidenziato, non solo mancano studi sui rapporti passati tra avvocatura e giurisdizione costituzionale, ma sono anche abbastanza rare ricostruzioni storiche organiche dei vari filoni giurisprudenziali della Corte. Un quadro lacunoso, questo, che andrebbe, d' altro canto, inquadrato nella carenza di fondo, nel nostro Paese, di una tradizione di studi di storia giudiziaria<sup>12</sup>. Un altro ostacolo potrebbe essere rappresentato dal fatto che il costituzionalista sia restio a commentare in sede scientifica una decisione che lo ha visto coinvolto come avvocato. Ciò si può agevolmente comprendere, a causa del coinvolgimento personale e professionale dello studioso nella vicenda giudiziaria, da cui potrebbe sorgere anche solo il sospetto di una riflessione dottrinale condizionata<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Afferma Pace: «Per uno studioso di diritto costituzionale ciò che rende particolarmente gratificante discutere una causa alla Consulta è che nel collegio decidente siedono invariabilmente alcuni (talvolta svariati) colleghi professori universitari dai quali non ci si aspetta certo un trattamento di favore, ma la cui comune provenienza accademica fa almeno presumere che gli *ex* colleghi staranno a sentirlo, quanto meno per curiosità». Continua l' autore: «e poiché non di rado anche i difensori della controparte sono colleghi universitari ovvero avvocati dello Stato di grande prestigio, la discussione ne trae vantaggio e si svolge in modo intelligente e garbato, come pervaso da uno spirito proprio di quel luogo» (A. PACE, *La Corte costituzionale nell' esperienza di un avvocato*, in questa *Rivista*, 2006, 3).

<sup>11</sup> Il discorso, tuttavia, ancora una volta, non risulta semplice: chi sono i "costituzionalisti"? Certo, il criterio formale per rispondere alla domanda consiste nel verificare se sia stata praticato un insegnamento rientrante nei settori scientifico-disciplinari del diritto costituzionale. Ma, da un punto di vista sostanziale, un docente di altra materia, un magistrato od un avvocato, non potrebbero vantare, anch' essi, una vasta e approfondita cultura costituzionalistica?

<sup>12</sup> V. M. LUCIANI, *La Corte costituzionale vista "di là dal banco"*, in *Giorn. storia costit.*, n. 11/ 2006, 113 s. L' autore evoca, tra le possibili cause dell' assenza di studi storici ricostruttivi dell' evoluzione giurisprudenziale, l' eccesso di dogmatismo e, soprattutto, la sotterranea e radicata concezione della giurisdizione come attività di meccanica applicazione della legge, in base alla quale il mutamento della giurisprudenza è visto semplicemente come il mutamento del diritto positivo.

<sup>13</sup> Evidentemente, decidere se commentare o meno una decisione in cui si è stati coinvolti come avvocati dipende da considerazioni strettamente personali, in cui possono giocare diverse variabili. Talvolta, anche i professori inclini, in genere, al "no comment" possono fare qualche eccezione. Per esempio, a seguito delle cosiddette sentenze gemelle [nn. 87 e 88/2012](#), la direzione della rivista *Legislazione penale* ha chiesto a Federico Sorrentino e Massimo Luciani di commentare le decisioni. La peculiarità è rappresentata proprio dal fatto che entrambi questi soggetti avevano esercitato il ministero di difensore nell' ambito di uno dei due casi, su fronti contrapposti. In tale circostanza Luciani ha ritenuto opportuno dare una spiegazione del perché avesse accettato l' invito della rivista: «La cosa può creare qualche imbarazzo, perché in casi di questo genere sia gli accenti critici indirizzati alle pronunce negative che gli apprezzamenti rivolti a quelle positive potrebbero apparire condizionati da un diretto coinvolgimento nella vicenda che – qualcuno potrebbe maliziosamente pensare – offuscherebbe la capacità critica e di analisi. È per questo che, in genere, mi astengo dal proporre commenti. Stavolta, però, come mi è capitato in poche altre occasioni, ritengo giusto fare un' eccezione, sia

Anche se, al contempo, ciò costituirebbe senz'altro un vantaggio, perché il professore che ha "seguito il caso" come avvocato gode di una posizione privilegiata per individuare le possibili influenze dottrinali sulla Corte<sup>14</sup>.

Dati questi ostacoli della ricerca, può essere fruttuoso - per cogliere l'influenza esercitata dagli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale - attingere direttamente al "pozzo" costituito dal bagaglio di esperienze degli stessi avvocati costituzionalisti<sup>15</sup>. Ma che cosa si può dire, in generale, su simili influenze, a prescindere da quello che potrebbe risultare dalle concrete esperienze degli stessi?

Se, dunque, la non ostensione di citazioni dottrinali nel testo delle decisioni (l'apparenza) ha delle ripercussioni negative sul ricorso alla dottrina da parte del giudice (la realtà), vi sono anche ulteriori implicazioni di tale "apparenza" che pesano nel rapporto che si instaura tra avvocati e giudici. Se la Corte costituzionale, infatti, non cita la dottrina, allora il richiamo dottrinale avrà necessariamente uno scarso rilievo nell'ordine delle tecniche argomentative della Corte stessa al cospetto dei precedenti giurisprudenziali o di determinati *test* atti a verificare la costituzionalità delle disposizioni (per esempio, il *test* di proporzionalità). Dal momento che gli avvocati devono cercare di adeguare l'ordine delle proprie tecniche argomentative a quello utilizzato dal giudice, se vogliono avere successo, si deve supporre che essi tenderanno a far emergere in misura limitata la dottrina nella loro attività difensiva, essendo costretti ad assecondare l'ordine di prevalenza con cui la Corte dispone i precedenti giurisprudenziali (propri e di altre corti) e la dottrina. Se la Corte mostra di dare maggior peso ai precedenti e un rilievo marginale alla dottrina, gli atti difensivi non potranno far altro che riflettere questa sorta di "gerarchia". Si noti come la relazione che s'instaura tra Corte e avvocati è circolare, ma il senso della relazione lo detta la Corte: la Corte usa poco la dottrina nel testo delle decisioni, quindi gli avvocati usano poco la dottrina nell'attività difensiva, di conseguenza, ancora, la Corte non si troverà a fronteggiare molti argomenti "dottrinali" portati avanti dagli avvocati.

Per valutare l'influenza della dottrina attraverso l'esercizio dell'attività difensiva occorre, poi, tenere presente il particolare punto di vista prodotto dalla tensione tra le due anime dell'avvocato costituzionalista. Si può immaginare che l'avvocato sia esposto al rischio di un'"incoerenza" della sua attività di difensore con le posizioni sostenute in sede "scientifica", rischio che potrebbe derivare dall'eventuale mancanza di profitto, per la causa, di un atteggiamento scientificamente coerente. Il discorso potrebbe complicarsi se si partisse dall'assunto che il costituzionalista non debba limitarsi ad essere semplicemente uno studioso neutrale di una materia fredda e inerte, ma debba essere sempre animato da una tensione ideale connotata in un senso ben preciso: per esempio, il contrasto ad ogni forma di arbitrio del potere. Milita, dunque, in questa direzione l'idea per cui, sulla base di una

---

perché la questione che sono chiamato a trattare è ampia e di interesse generalissimo, sia perché la riflessione che ci viene proposta è collettiva ed è organizzata in contraddittorio anche con chi, in sede giurisdizionale, ha sostenuto posizioni opposte alle mie» (M. LUCIANI, *Chi decide sulle garanzie costituzionali della politica*, in *Legisl. pen.*, n. 3-2012, 747; lo scritto a cui si allude è F. SORRENTINO, *Tra regola ed eccezione: eguaglianza e immunità*, *ibid.*)

<sup>14</sup> Non tutti i professori ritengono però di doversi limitare sempre ad un atteggiamento astensionista. Per esempio, un professore che ha talvolta commentato le decisioni che lo hanno coinvolto da avvocato è Alessandro Pace: nell'ambito della sua produzione, possiamo ricordare lo scritto *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., in cui lo studioso ripercorre la sua esperienza di avvocato dinanzi alla Corte, commentando molte decisioni in cui era stato coinvolto; un'altra opera importante del medesimo studioso è il volume "Stampa, giornalismo, radiotelevisione", che raccoglie i materiali relativi alle cause trattate da Pace dalla metà degli anni settanta al 1983, affiancandoli con dei commenti. Un'esperienza assimilabile molto recente è quella che ha riguardato il volume "*L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*". *Analisi critica e materiali* ", in cui Marilisa D'Amico (una delle curatrici del volume) ripercorre la vicenda del divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40/2004, fino alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, riportando estratti degli atti giudiziari (la D'Amico ha fatto parte del Collegio nazionale di avvocati che ha difeso le coppie davanti alla Corte costituzionale nell'ambito dei due giudizi di legittimità costituzionale che hanno portato alle sentenze nn. 151/2009 e 162/2014).

<sup>15</sup> La ricerca a cui si faceva riferimento all'inizio si è avvalsa, per l'appunto, di interviste ad alcuni avvocati costituzionalisti. Di queste si darà conto nel contributo destinato agli atti del convegno.



concezione oppositiva o polemica del costituzionalismo, «le controversie nelle quali l'avvocato "costituzionalista" può dar prova del suo impegno civile sono soprattutto quelle nelle quali egli ha modo di utilizzare le sue conoscenze professionali per combattere le manifestazioni arbitrarie di potere»<sup>16</sup>.

Al riguardo, si potrebbero ravvisare due atteggiamenti diversi: per alcuni, la coerenza dello studioso non esigerebbe il rifiuto di un mandato, qualora le tesi difensive fossero incompatibili con le convinzioni scientifiche, visto che il compito dell'avvocato è "semplicemente" quello di difendere un interesse altrui; per altri, invece, la coerenza dello studioso dovrebbe spingersi fino al punto estremo. È indubbio, peraltro, che un avvocato accetta un mandato, egli è tenuto deontologicamente a scegliere sempre gli argomenti più utili per la difesa del cliente.

Ciò che preme, insomma, sottolineare è che la possibilità di uno scollamento tra quanto sostiene il costituzionalista e quanto sostiene l'avvocato è reale. Gli scritti difensivi conterranno sempre gli argomenti e le tesi più utili per difendere le ragioni e gli interessi del cliente: queste tesi e questi argomenti potrebbero avere un fondamento dottrinale, ma questa è un'eventualità che non sempre (o non per tutti gli avvocati) si verifica. Anche alla luce di questa considerazione la presenza della dottrina pare svolgere un ruolo "eventuale" negli scritti difensivi: essa sussiste nella misura in cui è funzionale alla miglior difesa degli interessi del cliente. Ciò non esclude che, in nome di un'assoluta coerenza, alcuni avvocati possano pregiudizialmente rifiutare un mandato, se la sua accettazione implichi un'abiura delle proprie convinzioni scientifiche.

Le predette considerazioni sembrerebbero, dunque, giustificare una certa perplessità in ordine all'influenza dottrinale degli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale. Questa osservazione non vale, però, ad oscurare il fatto che l'influenza dell'avvocato in quanto tale sulla Corte costituzionale (come su qualsiasi giudice) può essere notevolissima. Non c'è bisogno, infatti di sottolineare come gli avvocati si sforzino di trovare gli argomenti più persuasivi ed efficaci per convincere il giudice, e quest'ultimo possa farne tesoro per la sua decisione<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 12.

<sup>17</sup> Ci si potrebbe domandare se la funzione dell'avvocato dinanzi alla Corte costituzionale sia diversa da quella svolta dinanzi a qualsiasi altro giudice. A questa domanda, Luciani dà una risposta tendenzialmente negativa (v. M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, in *Foro it.*, V, 2006, 333), con alcune precisazioni. Per esempio, una peculiarità significativa è quella che contraddistingue il ruolo dell'avvocato nel giudizio in via incidentale, in cui la vicenda particolare che interessava le sole parti del giudizio *a quo* diventa una "questione di tutti". Pertanto, l'avvocato si trova nella situazione di dovere cogliere ed evidenziare i profili di interesse generale della questione, al fine di curare gli interessi particolari dell'assistito: «non distanzia dagli interessi della parte, ma visione degli interessi della parte dalla distanza» (ivi, 334). Altra peculiarità è costituita dal fatto che in taluni giudizi (ammissibilità del *referendum* e alcuni conflitti interorganici) è molto frequente che l'avvocato del libero foro si trovi lasciato solo, senza un contraddittore, cosa che, lungi dal semplificare le cose, aumenta le responsabilità dell'avvocato (*ibidem*). A proposito delle peculiarità della funzione dell'avvocato nel giudizio in via incidentale, si deve considerare anche l'elaborazione dottrinale e la posizione della Corte sul ruolo delle parti private in questo processo. Com'è noto, le posizioni della dottrina sul punto sono essenzialmente tre: tutela dell'interesse specifico e concreto coincidente con quello del giudizio principale; "*amici curiae*", in virtù di un interesse generale alla legittimità delle leggi; tutela di un interesse "tipico". Per la Corte, il fondamento della presenza della parte nel giudizio incidentale pare trovare giustificazione sia nella tutela di un interesse proprio, sia nell'interesse generale alla costituzionalità della legge (sul punto, v. E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 112 s.). Per quanto riguarda i possibili confronti tra il processo costituzionale e altri processi, Pace sottolinea che «a prima vista non vi sono, dal punto di vista dell'avvocato, rilevanti differenze tra la Corte costituzionale e le altre magistrature superiori nella trattazione orale della causa. Il giudizio viene infatti celebrato dinanzi ai quindici giudici costituzionali (la stessa composizione numerica che originariamente caratterizzava le Sezioni unite della Corte di Cassazione) press'a poco con le stesse modalità seguite dinanzi a tutte le supreme magistrature» (A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 1). Pace ricorda anche la "novità" nella trattazione orale inaugurata dall'allora recentemente eletto giudice prof. Sabino Cassese, il quale, anziché leggere quello che sarà il "Ritenuto in fatto" della decisione, si limitava a richiamare i punti nodali della causa e invitava gli avvocati a chiarire dei punti che meritavano maggiore approfondimento. Effettivamente, tale impostazione è sospinta da uno spirito maggiormente dialogico, che esalta le potenzialità di interrelazione tra giudici e avvocati.



Qualcosa di più delle interrelazioni tra avvocati e giudici potrebbe forse inferirsi, se le pronunce della Corte potessero essere lette insieme con gli scritti difensivi delle parti<sup>18</sup>. La lettura della sola decisione, infatti, rischia di fornire una visione incompleta della questione, sia perché certe affermazioni si possono comprendere appieno solo se considerate alla luce degli scritti difensivi, sia perché non sempre la decisione si fa carico di rispondere a tutti gli argomenti avanzati negli scritti difensivi<sup>19</sup>. Comunque sia, sembra innegabile un certo «debito della Corte nei confronti della difesa dell'una o dell'altra parte, testimoniato dalla continuità tra argomentazioni e svolgimento logico della motivazione della pronuncia finale»<sup>20</sup>.

#### 4. Limiti e condizioni della penetrazione della dottrina nel ragionamento della Corte per il tramite dell'attività difensiva degli avvocati professori

La presenza della dottrina nell'attività difensiva è, peraltro, esposta a limiti e condizionamenti. Essa, infatti, è percettibile nella misura in cui è astrattamente favorevole alla difesa del cliente e può fungere da argomento convincente nei confronti della Corte. Solo entro questi limiti e a queste condizioni, la dottrina può corrispondentemente penetrare nel ragionamento della Corte.

Una simile penetrazione, tuttavia, può avvenire solo se funziona il dialogo tra l'avvocato e il giudice. A tale riguardo, merita d'essere richiamato il suggerimento secondo cui, tra avvocati e Corte, l'«interlocuzione potrebbe essere ancora più viva e feconda se ai difensori delle parti fosse consentito prendere visione delle ricerche predisposte dagli assistenti di studio per la preparazione delle cause»<sup>21</sup>.

Le condizioni del dialogo tra avvocati e Corte costituzionale, dunque, sono anche tra le condizioni delle possibilità di successo dell'influenza della dottrina sulla Corte, per il tramite degli avvocati professori. Quali sono in genere queste condizioni? Senza alcuna pretesa di esaustività, se ne richiamano ancora due, peraltro, interconnesse. La prima si potrebbe chiamare «cultura della giustificazione»: si tratta di quell'atteggiamento che spinge il giudice a motivare ogni sua decisione (anzi, ogni aspetto di questa) *imperio rationis*. Ciò avviene, soprattutto, se la Corte evita atteggiamenti «autoritari», adottando, al contrario, atteggiamenti dialogici e persuasivi. In questo senso, non proprio commendevole si appalesa l'eventuale mancata risposta ad un argomento della parte. La fisiologia (forse ideale) del rapporto esigerebbe che la Corte rispondesse a tutti gli argomenti dell'avvocato, ovviamente in sede di motivazione. Quando, invece, capita che la Corte eviti di rispondere, non

---

<sup>18</sup> V. M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, cit., 335.

<sup>19</sup> «Per la verità, almeno l'esame degli scritti difensivi delle parti sarebbe sempre molto utile, per non dire doveroso, per comprendere la vera sostanza degli interessi e della posta in gioco nei vari giudizi costituzionali. È proprio leggendo quelle difese, poi, che è possibile capire se e dove la Corte sia stata reticente o audace; se e quanto abbia risposto a tutti gli interrogativi postisi nel corso del giudizio; se e in che misura abbia replicato agli argomenti delle parti. [...] Anche se vi è qualche segno di una più chiara consapevolezza dell'importanza della questione [...], tuttavia, l'attenzione per la posizione e per gli argomenti delle parti resta alquanto occasionale e costituisce meno la regola che l'eccezione. Sarebbe quindi molto utile far maturare la consapevolezza che le questioni di costituzionalità non si capiscono soltanto leggendo le pronunce che le hanno definite, così come sarebbe molto utile una storia del rapporto tra Corte e avvocatura» (M. LUCIANI, *La Corte costituzionale vista «di là dal banco*, cit., 114).

<sup>20</sup> Ivi, 116. La «collaborazione» degli avvocati con la Corte costituzionale assume, poi, un significato peculiare se si pensa al giudizio in via incidentale, dove le parti svolgono (anche) il ruolo di *amici curiae* e sono chiamate a costituirsi «per collaborare con la Corte ad un risultato di interesse più generale» (R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, 114).

<sup>21</sup> «In quelle ricerche si trova (lo dico per esperienza personale, quale assistente di studio di Alberto Malagugini e di Ugo Spagnoli, ormai più di vent'anni or sono) l'inquadramento generale delle questioni sottoposte alla corte, assieme a i principali materiali di studio (legislazione, giurisprudenza, dottrina). Conoscere il loro contenuto permetterebbe, dunque, specialmente in udienza, di ragionare su una base di lavoro comune a quella messa a disposizione del collegio, con vantaggio per tutti gli attori del processo costituzionale» (M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, cit., 335).

giustificando la mancata condivisione del percorso argomentativo svolto dall'avvocato<sup>22</sup>, siamo probabilmente in presenza del maggiore motivo di sconforto per l'avvocato<sup>23</sup>. Quando la Corte non risponde, o non risponde con argomentazioni persuasive, essa sta, in ultima analisi, erigendo una barriera, che non lascia "passare" argomenti che potrebbero essere stati ricavati anche dall'elaborazione dottrinale.

Il secondo fattore, che può incidere sulla penetrazione della dottrina, per il tramite dell'attività difensiva, è il grado di condizionamento della Corte da parte della politica. È stato persuasivamente argomentato come la sensibilità alla politica sia sempre ingiustificabile dal punto di vista dell'avvocato, il quale deve pretendere che il torto e la ragione siano assegnati semplicemente sulla base del diritto, perché di solo diritto "sono fatte" le armi dell'avvocato<sup>24</sup>. A tale proposito, vengono citati casi in cui la Corte costituzionale avrebbe compiuto (o sembrerebbe aver compiuto) valutazioni politiche, pur senza abusare in senso proprio delle sue attribuzioni. Un esempio sarebbe costituito dalla sentenza n. 202/1976, in cui la Corte dichiarò l'incostituzionalità del monopolio statale delle trasmissioni radiotelevisive via etere terrestre su scala locale<sup>25</sup>. In altri casi, invece, il condizionamento politico sarebbe stato determinante: vengono additate le sentenze n. 420/1994 e n. 466/2002<sup>26</sup>, con cui venne sottratta alla parte vittoriosa la possibilità di beneficiare nel giudizio *a quo*

---

<sup>22</sup> La mancanza o l'incompleta giustificazione di una decisione assume – pare – maggiore gravità se viene imputata ad un giudice costituzionale, anche in considerazione del fatto che nel diritto costituzionale si assisterebbe, a livello globale, ad un passaggio epocale da una "cultura dell'autorità" ad una "cultura della giustificazione" (v. M. COHEN-ELIYA - I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, 474 ss.). Un caso di insufficienza e criticabilità della risposta fornita dalla Corte in una sua decisione è costituito dalla sentenza n. 325/2010, relativa al servizio idrico integrato. La Corte pare essere stata particolarmente insoddisfatta nella motivazione, mostrandosi addirittura approssimativa nella definizione e chiarificazione del *thema decidendum*. Cecchetti ha commentato questa sentenza definendola "colosso dai piedi d'argilla". Per esempio, l'autore afferma che la Corte, nel *Considerato in diritto*, avrebbe stravolto il senso della censura prospettata dalla Regione Marche, peraltro correttamente ricostruita nel *Ritenuto in fatto*. Sempre in relazione alla citata sentenza, Cecchetti afferma che "lascia a dir poco sconcertati" la decisione della Corte sulle questioni che constatavano la violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost., per la mancata garanzia della proprietà pubblica regionale e locale dei beni del demanio idrico infrastrutturale. Per Cecchetti, malgrado la chiarissima formulazione delle questioni all'interno del ricorso della Regione Marche, la Corte avrebbe costruito un'unica questione dimenticando del tutto il *petitum* della prima, e modificando pure il *petitum* della seconda (correttamente riportato nel par. 10.1.4.2 del *Ritenuto in fatto*), da cui risulta scomparsa la specifica e puntuale indicazione della norma legislativa della cui mancanza dalla previsione censurata si doleva la ricorrente (17.1.1 del *Considerato in diritto*) (v. M. CECCHETTI, *L'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni. Un colosso giurisprudenziale dai piedi d'argilla*, disponibile su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5 dicembre 2012, 33 ss.).

<sup>23</sup> «Quel che maggiormente delude il difensore è la mancanza di una risposta ai suoi argomenti. Da questo punto di vista, quello che lascia l'amaro in bocca è soprattutto la (non) motivazione *ex auctoritate*. Si pensi ad una questione che sia "coperta" – come in gergo si dice – da qualche, eventualmente saldo, precedente. Può succedere che la Corte si limiti a ribadire quei precedenti senza replicare agli argomenti del difensore, che magari aveva cercato di dimostrare come quei precedenti fossero da disattendere perché inconferenti, o non (più) condivisibili. Questo, credo, costituisce un cortocircuito in quel rapporto dialogico tra giudice e difensore che gli stessi Presidenti della Corte hanno tante volte enfatizzato nelle loro conferenze stampa di fine anno e mette in dubbio l'effettiva sussistenza della häberliana società aperta degli interpreti della Costituzione, che in tanto può vivere e svilupparsi, in quanto sia costantemente nutrita dal confronto, anche critico, fra tutti gli appartenenti alla comunità degli esegeti del testo costituzionale. Il confronto, insomma, può anche essere duro. Ma non deve mancare» (M. LUCIANI, *La corte costituzionale vista "di là dal banco"*, cit., 117).

<sup>24</sup> Laddove, si sostiene, invece, il costituzionalista potrebbe essere più o meno propenso a giustificare l'influenza della politica, a seconda del tipo di costituzionalismo professato: v. A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 5.

<sup>25</sup> Secondo Pace, la Corte prese questa decisione anche nel timore di un futuro sorpasso elettorale del PCI sulla DC (A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 3)

<sup>26</sup> Si assume, infatti, che entrambe le questioni siano state decise quando maggior beneficiario delle norme dichiarate incostituzionali era anche Presidente del Consiglio dei Ministri: si trattava, in particolare, di norme che consentivano al maggior gruppo televisivo privato di possedere tre reti nazionali con impianti via etere terrestre in tecnica analogica.

dell'accoglimento della questione. Con ciò, la Corte avrebbe, tra l'altro, disatteso il suo stesso importante precedente (sentenza n. 232/1989) in cui era stato stabilito che il diritto di difesa esige che la declaratoria d'incostituzionalità abbia effetti anche nel giudizio *a quo*. Ad altri casi analoghi ci si riporta, evocando il c.d. lodo Schifani (sentenza n. 24/2004), e la questione sulla "Villa la Certosa-Procura di Tempio Pausania", in cui la dichiarazione della cessazione della materia del contendere contrasterebbe con il precedente costituito dalla sent. n. 150/1981)<sup>27</sup>. In altri casi, infine, la politicità risiederebbe semplicemente nel rilievo istituzionale e ordinamentale della questione<sup>28</sup>.

Non potrebbe, del resto, non convenirsi almeno sul fatto che, se l'influenza della politica è forte, la Corte si trova costretta a prendere decisioni che non è in grado di giustificare, o di giustificare adeguatamente, in punto di diritto, trascurando, oltre ai propri stessi precedenti, anche qualsiasi argomentazioni di origine dottrinale proposta dagli avvocati.

---

<sup>27</sup> V. A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 118.

<sup>28</sup> V. A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 8.

**Massimiliano Mezzanotte**  
**La reviviscenza e i limiti finalistici del referendum abrogativo**

SOMMARIO: 1. L'oggetto referendario; 2. L'interpretazione finalistica; 3. In quale sede giudicare i limiti teleologici del *referendum*? 4. Riflessioni conclusive

1. *L'oggetto referendario*

La [decisione n. 5 del 2015](#) della Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili i tre *referendum* che investivano, con diversa intensità, l'art. 1, comma 1, del d.lgs. 155 del 2012, intitolato "Riduzione degli uffici giudiziari ordinari". Le tre richieste riguardavano profili leggermente differenti. La prima mirava all'abrogazione della normativa che disponeva la soppressione di trenta tribunali ordinari, delle corrispondenti procure della Repubblica e di duecentoventi sezioni distaccate di tribunali<sup>1</sup>. Con la seconda si chiedeva l'eliminazione delle stesse norme, con la particolarità che restavano escluse le duecentoventi sezioni distaccate di tribunale<sup>2</sup>. Infine, la terza aveva lo stesso oggetto della seconda ma, a differenza di questa, interessava le modifiche apportate alla tabella riguardante la geografia giudiziaria<sup>3</sup>.

Le richieste interessavano allora un tema particolarmente caldo, quello della soppressione dei Tribunali e delle Procure; la questione appariva di particolare delicatezza per alcuni territori, tant'è che i promotori erano proprio quelle Regioni che risentivano maggiormente di questi tagli<sup>4</sup>.

Sotto il versante più propriamente giuridico, invece, risulta nodale quanto asserito dalla Corte al punto 5 del *Considerato in diritto*, ove osserva che «le tre richieste di *referendum* sono inammissibili perché sono dirette allo scopo della reviviscenza, in tutto (1° quesito) o in parte (2° e 3° quesito), delle disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi, nonché di quelle (3° quesito) che stabilivano i circondari dei tribunali soppressi – e, quindi, al ripristino dei detti uffici e circondari – scopo che non può essere conseguito mediante lo strumento referendario».

Tale profilo, però, merita qualche ulteriore considerazione, sia in termini generali, che con riferimento al caso di specie.

2. *L'interpretazione finalistica.*

In sostanza, sottolinea il Giudice costituzionale, come «l'unico significato attribuibile all'abrogazione di una disposizione meramente abrogativa, che si limiti, pertanto, a prevedere che un'altra disposizione è abrogata, sia quello di rimuovere tale ultima abrogazione, di stabilire, cioè, che ciò che era stato abrogato non è più abrogato e che, quindi, viene ripristinato, tornando ad essere efficace»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> In sostanza, si chiedeva l'abrogazione del comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 155 del 2012, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 14 del 2014 e della Tabella A allegata al d.lgs. n. 155 del 2012, come sostituita dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2014.

<sup>2</sup> La richiesta interessava quindi sempre il 1 comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 155 del 2012, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014, nella parte in cui disponeva la soppressione dei tribunali ordinari e delle procure della Repubblica di cui alla Tabella A, nonché quest'ultima, come sostituita dal d.lgs. n. 14 del 2014, «limitatamente alle righe - e, per ciascuna di esse, alle parole, relative per ogni riga, rispettivamente, al distretto, al circondario, all'ufficio ed alla località – che menzionano tribunali e procure della Repubblica» (punto 4.2 del *Considerato in diritto*).

<sup>3</sup> In più, si chiedeva anche l'abrogazione delle disposizioni del d.lgs. n. 14 del 2014 con le quali era stata disposta la sostituzione della Tabella A allegata al regio decreto n. 12 del 1941, limitatamente alla parte in cui quest'ultimo prevedeva i circondari dei tribunali soppressi.

<sup>4</sup> Basti ad esempio pensare all'Abruzzo, che a seguito della nuova geografia avrà solo quattro Tribunali, allocati nei rispettivi capoluoghi di provincia.

<sup>5</sup> *Considerato in diritto*, punto 5.2.

La Corte, come aveva già fatto in precedenti pronunce<sup>6</sup>, giunge ad ampliare ulteriormente gli strumenti ermeneutici, affiancando all'interpretazione logico-sistematica, che aveva visto il battesimo con la [decisione n. 16 del 1978](#), una di natura finalistica, diretta a valutare *ex ante* lo scopo del *referendum*.

In realtà, già da tempo, dietro lo schermo delle leggi costituzionalmente necessarie, essa aveva evidenziato come le finalità perseguite non erano completamente indifferenti; in quelle ipotesi, infatti, il garantire l'operatività di una normativa significava anche ammettere quelle richieste che avevano come scopo la permanenza in vita di disposizioni che non provocavano la paralisi dell'organo interessato. Ma in quei casi, però, il ragionamento della Corte appariva principalmente incentrato sulla natura del quesito e delle leggi costituzionalmente necessarie; il fine appariva in controtuce.

Nel caso di abrogazione di norme a loro volta abrogatrici, invece, è evidente l'uso di un criterio ermeneutico del tutto nuovo, legato all'essenza del *referendum* ed ai limiti che vanno considerati geneticamente collegati alla *ratio* dell'istituto.

A differenza di un criterio logico-sistematico, allora, il ricorso ad uno strumento teleologico, già in *nuce* contenuto nel limite delle leggi costituzionalmente necessarie, rappresenta un'indubbia sterzata, in senso limitativo, in termini di ammissibilità del *referendum* abrogativo.

In realtà, il ricorso a tale tecnica ermeneutica non solleva particolari perplessità. Anzi, il momento teleologico rappresenta sicuramente una fase importante nell'ambito dell'attività dell'interprete, che deve tramite esso valutare la coerenza dell'ordinamento. È stato ampiamente evidenziato come il momento logico e quello finalistico sono fondamentali, dovendosi valutare il contenuto normativo sia in relazione al caso concreto che alla *ratio iuris*; ne consegue che nel processo interpretativo «sono giustificati tanto il criterio dogmatico e sistematico diretti a mettere in luce il senso tecnico-giuridico della norma in discussione ed il suo inquadramento della totalità del sistema..., quanto quegli indirizzi che hanno sede nel momento teleologico»<sup>7</sup>.

La logica seguita dalla Corte, volta a valutare sia il significato dell'istituto nell'ambito del sistema, sia il fine specifico in base alle disposizioni ordinamentali, si ispira ad un rigido rigorismo interpretativo, che valuta lo strumento sia con riferimento alle altre norme dell'ordinamento, che in ragione delle finalità per cui è stato posto.

Il criterio finalistico trova peraltro una sua precisa giustificazione nella peculiare attività interpretativa del testo costituzionale, che comporta il superamento di qualsiasi altro canone ermeneutico, in ragione del testo oggetto di analisi e dei principi che esso stabilisce. Detto in altri termini, «la costituzionalizzazione dei valori fondamentali in principio di diritto positivo è nella sostanza una positivizzazione degli scopi fondamentali delle norme appartenenti ad un sistema giuridico dato»<sup>8</sup>. Secondo tale ricostruzione, il criterio teleologico diviene il metodo fondamentale, di natura normativa, che l'interprete utilizza.

Nel contempo, però, l'aver fissato in un testo normativo gli scopi costituzionali, comporta anche un'indagine che va al di là del mero dato letterale, volto cioè alla ricerca di un significato che tenga in considerazione le ragioni ultime della norma.

La Corte ha fatto ampiamente uso di questo *modus interpretandi*, anche in presenza di *referendum* che miravano alla reviviscenza di normative abrogate, come ad esempio nella decisione [n. 13 del 2012](#) ove, richiamando i suoi precedenti<sup>9</sup>, ha rilevato come tale effetto non

---

<sup>6</sup> Il riferimento è in particolare alle decisioni [n. 13 del 2012](#) e [n. 12 del 2014](#); in realtà «questa posizione è venuta maturando attraverso *obiter dicta*, incidentalmente o solo apoditticamente ([sent. nn. 40 del 1997](#); [31 del 2000](#); [15 e 16 del 2008](#); [31 del 2010](#); [24](#) e [28 del 2011](#)), prima di essere fissata nella sentenza n. 13» (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 499).

<sup>7</sup> E. BETTI, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II<sup>a</sup> ed. riveduta e ampliata, a cura di G. Crifò, Milano, 1971, 289.

<sup>8</sup> F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminazione della regola giuridica*, in *Diritto privato*, VII-VIII, 2001-2002, 54.

<sup>9</sup> In tal senso, M. RUOTOLO, *Un'inammissibilità annunciata. Commento a prima lettura a Corte cost., sent. n. 13/2012*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).



possa essere ricondotto allo strumento referendario<sup>10</sup>. Sul punto la dottrina si è dimostrata ampiamente critica. E' stato infatti sostenuto, sotto il profilo formale, che l'abrogazione di una norma in ogni caso incide sull'interpretazione di quelle rimaste in vita, fa ricadere la fattispecie sotto la disciplina di altra norma e, nel caso di abrogazione parziale, altera completamente il senso o la portata di una disposizione, «assoggettando una data fattispecie ad una norma completamente diversa»<sup>11</sup>.

Il ragionamento appare sicuramente condivisibile in merito agli effetti abrogativi di un atto; un po' meno se riferito al *referendum*, ove andrebbero forse distinti gli effetti diretti da quelli indiretti. Ove infatti il risultato indiretto è quello comunque di creare un vuoto (e quindi direttamente abrogativo), lo strumento è utilizzato correttamente e le eventuali lacune che si verrebbero a creare potrebbero essere colmate dall'interprete. Di contro, laddove l'effetto fosse indirettamente abrogativo e direttamente deliberativo, ossia volto a far tornare in vita una normativa abrogata, l'istituto risulterebbe essere utilizzato per un fine diverso da quello stabilito nella Costituzione.

E' stato anche sostenuto che se il *referendum* può «togliere» come fa il Legislatore, non è dato comprendere perché non possa condurre agli stessi esiti prodotti con legge, e ciò in considerazione del fatto che «la carica innovativa dell'effetto ripristinatorio è nettamente inferiore a quella di effetti che pacificamente si ritengono alla portata del legislatore referendario». Il riferimento è ai *referendum* manipolativi, mediante i quali, «usando le parole legislative residue come semplice materiale di costruzione, non si limitano ad eliminare una norma esistente (sia pure a contenuto abrogativo o sostitutivo), ma danno vita a prescrizioni assolutamente nuove, ben più difficilmente compatibili con il ruolo meramente abrogativo che si pretenderebbe assegnare al *referendum*»<sup>12</sup>.

Anche sul punto però andrebbe forse valutato che, mentre il *referendum* manipolativo espande concetti già implicitamente contenuti in una norma, il *referendum* ripristinatorio è come se ponesse in essere direttamente una disciplina, ormai non più vigente nell'ordinamento, contraddicendo quindi il suo spirito. Il togliere in questo caso non significa solo eliminare o parzialmente modificare norme esistenti, ma introdurre una disciplina che è effettivamente nuova, sebbene vigente in passato. Per tale ragione, si tratterebbe di un nuovo disporre, sebbene richiamando in vita una precedente normativa, tramite l'esercizio di un potere deliberativo, attività che è preclusa allo strumento referendario<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Nella decisione [24 gennaio 2012, n. 13](#), cit., la Corte rileva come «la volontà di far «rivivere» norme precedentemente abrogate, d'altra parte, non può essere attribuita, nemmeno in via presuntiva, al *referendum*, che ha carattere esclusivamente abrogativo, quale «atto libero e sovrano di legiferazione popolare negativa» ([sentenza n. 29 del 1987](#)), e non può «direttamente costruire» una (nuova o vecchia) normativa ([sentenze nn. 34 e 33 del 2000](#)). La finalità incorporata in una richiesta referendaria non può quindi andare oltre il limite dei possibili effetti dell'atto. Se così non fosse, le disposizioni precedentemente abrogate dalla legge oggetto di abrogazione referendaria riviverebbero per effetto di una volontà manifestata presuntivamente dal corpo elettorale. In tal modo, però, il *referendum*, perdendo la propria natura abrogativa, diventerebbe approvativo di nuovi principi e «surrettiziamente propositivo» ([sentenze n. 28 del 2011, n. 23 del 2000 e n. 13 del 1999](#)): un'ipotesi non ammessa dalla Costituzione, perché il *referendum* non può «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento» (sentenza n. 36 del 1997)»; analogo principio è stato poi richiamato nella [decisione 29 gennaio 2014, n. 12](#), cit..

<sup>11</sup> R. GUASTINI, *Senza argomenti. La Corte sulla reviviscenza (e dintorni)*, in *Giur. cost.*, 2012, 115-116.

<sup>12</sup> A. D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*, in *Giur. cost.*, 2012, 119.

<sup>13</sup> Critico sul punto A. MORRONE, *Abrogazione e "reviviscenza" nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 121 e segg., in particolare 126, che sottolinea come la concezione indicata nel testo, «facendo un uso "discriminatorio" della dottrina del *referendum* come "legislazione negativa", porta a semplificare enormemente il valore della normativa della decisione popolare», rilevando come «anche nel *referendum* abrogativo...è possibile individuare una chiara volontà normativa diretta a realizzare l'effetto di "ripristino" delle norme abrogate...» (127); di contrario avviso, V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, 2013, 58, in particolare la dottrina richiamata alla nota 19; sottolinea l'autrice che «la mera abrogazione legislativa esplicita di disposizioni meramente abrogatrici può comportare, se sottintende la volontà di colmare la lacuna, il ripristino della disposizione precedentemente abrogata; l'abrogazione referendaria, seppur di norme meramente abrogatrici, non comporta alcun ripristino, in quanto essa non contiene l'espressione di altra

### 3. In quale sede giudicare i limiti teleologici del referendum?

Sullo sfondo resta però la problematica, più che dei criteri ermeneutici, che paiono sicuramente corretti, dello strumento in cui svolgere il controllo delle finalità del *referendum*.

A partire dalla [sentenza n. 16 del 1978](#), infatti, ci si è sempre chiesti se il giudizio sull'oggetto non sconfinasse in una sorta di controllo sulla normativa di risulta. In sostanza, tale sindacato poteva trasformarsi in una sorta di giudizio di costituzionalità, ma effettuato in sede di controllo di ammissibilità<sup>14</sup>; per tale ragione, esso fu escluso dal Giudice delle leggi<sup>15</sup>. La differenza è posta in evidenza da un'attenta dottrina, la quale ha sottolineato come le differenze attengono sia all'oggetto (un atto perfetto uno, un'iniziativa, qual è la richiesta referendaria, l'altro) che ai limiti; in merito a quest'ultimo profilo, si può dire che essi, in quanto relativi ad atti-richieste, si configurano come limiti riguardanti classi normative, e non propriamente disposizioni o norme<sup>16</sup>.

Ma in realtà, tale metamorfosi è avvenuta; il controllo infatti è scivolato su quelli che sono gli esiti referendari e ciò è avvenuto soprattutto attraverso il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato che si caratterizza per un controllo di tipo sostanzialistico incentrato sulla normativa di risulta.

Da qualche anno si sta avendo un secondo stadio della metamorfosi; il controllo si è progressivamente esteso anche all'uso distorto del *referendum*, volto cioè a perseguire fini che non gli sono concessi, come è avvenuto nella sentenza in commento. In sostanza, si è passati da un controllo parametrato su limiti di carattere oggettivo, ad una verifica sui risultati ed infine sull'utilizzo dell'istituto.

Tale ultimo passaggio comporta quindi un ulteriore slittamento del controllo verso quello che dovrebbe essere un vero e proprio conflitto tra poteri dello Stato. Tale carattere emerge in modo chiaro anche nella sentenza in esame. Sottolinea la Corte, infatti, che le richieste referendarie hanno natura deliberativa «in quanto esse mirano non alla mera demolizione di una normativa ma ad introdurre una determinata disciplina della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari, tra le tante possibili, segnatamente quella anteriore alle soppressioni di uffici previsti dalle disposizioni delle quali è richiesta l'abrogazione»; deve quindi concludersi per l'inammissibilità «attesa l'inidoneità dello strumento referendario dello strumento referendario a raggiungere il fine, insito nei relativi quesiti, di fare “rivivere”, in tutto o in parte, le disposizioni che prevedevano gli uffici giudiziari soppressi, nonché quelle (3° quesito) che stabilivano i circondari dei tribunali aboliti». In sostanza, non può il *referendum* perseguire un effetto (la reviviscenza) che non gli è proprio, difettando di una espressa volontà di far rivivere una norma precedentemente abrogata. Ma con tale statuizione, si giunge a riconoscere che solo l'atto legislativo, con un'esplicita dichiarazione di volontà in tal senso, può far rivivere una precedente normativa; ove posto in essere per il tramite dello strumento referendario si avrebbe allora non un contrasto con un limite oggettivo, bensì un'invasione di competenza.

---

volontà, diversa da quella meramente abrogativa, cioè limitativa»; a riguardo anche 80 e segg. Sul “profilo soggettivo” della reviviscenza, L. TRUCCO, *Note minime sul “prima” e il “dopo”. La sentenza della Corte costituzione n. 13 del 2012 di inammissibilità dei referendum in materia elettorale*, su <http://www.forumcostituzionale.it>.

<sup>14</sup> In tema, T.F. GIUPPONI, *Il “giudizio di legittimità” del referendum e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, 307 e segg.

<sup>15</sup> Tale profilo emerge anche nella [sentenza n. 13/2012](#), come ricordato da A. RUGGERI, *Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di “reviviscenza” della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? (A prima lettura di Corte cost. n. 13 del 2012)*, in questa *Rivista*, 2012 (17.12.12).

<sup>16</sup> In tal senso, P. CARNEVALE, *Può il giudizio di ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativo divenire la sede di controllo di costituzionalità sulla legislazione elettorale? Osservazioni preliminari*, consultabile sul sito <http://archivio.rivistaaic.it>, il quale sottolinea come «per dirla in estrema sintesi, il controllo di ammissibilità deve accertare quel che la richiesta può fare e non quel che il referendum può dire!».

Tale ragionamento porta a ritenere che il Giudice delle leggi abbia in realtà svolto un controllo non sui limiti dell'atto ma sull'esercizio del potere, andando a sindacare quella che è la sfera di attribuzioni delle Regioni promotrici. Ecco perché forse i quesiti proposti, ad eccezione del terzo<sup>17</sup>, andavano ritenuti ammissibili; sarebbe spettato poi al Parlamento valutare l'eventuale invasione di campo e sollevare, in caso affermativo, un conflitto nel caso in cui il *referendum* avesse effettivamente comportato la reviviscenza della normativa.

Qualche dubbio potrebbe peraltro residuare in merito alla capacità dei promotori di poter essere parti del conflitto a seguito della conclusione del procedimento referendario. E' nota infatti la decisione del Giudice delle leggi ([ordinanza n. 9 del 1997](#)), secondo la quale la legittimazione verrebbe meno con il compimento dell'iter referendario<sup>18</sup>. Sul punto forse, questa giurisprudenza andrebbe forse considerata sotto una differente angolatura. Infatti, giova rilevare come la decisione appena richiamata si riferisse solo al caso in cui fossero i promotori a sollevare il conflitto; di contro, qualora assumessero la veste di resistenti, la loro capacità processuale dovrebbe comunque permanere. Si verificherebbe quindi una scissione tra legittimazione attiva (che si esaurisce ovviamente a seguito dello svolgimento del *referendum*, conclusosi positivamente o negativamente) e legittimazione passiva, che invece permane nel caso di uso distorto del *referendum*.

Alla luce di quanto detto, allora, si può concludere che forse la sede più idonea per valutare il corretto uso del *referendum*, ossia quando lo stesso assuma il ruolo di strumento deliberativo, non debba essere il giudizio di ammissibilità, bensì il conflitto di attribuzione da esperire solo nel caso di avvenuta abrogazione e riconoscendo, comunque, in capo ai promotori o ai Consigli regionali<sup>19</sup> il diritto di essere parti.

#### 4. Riflessioni finali

Il giudizio di ammissibilità ha ormai perso i suoi connotati originari, giungendo ad attrarre altre forme di controllo ed a delineare un quadro di estrema fluidità con gli altri giudizi azionabili avanti la Corte. Questo risultato è il frutto della copiosa giurisprudenza costituzionale in materia e la sentenza in esame, come già detto, si pone in linea con tale parabola evolutiva. Resta però sullo sfondo, oggi più che mai, un interrogativo di fondo. Lo strumento referendario appare sicuramente datato e la forma di controllo non più idonea a verificare tutti i casi in cui lo strumento travalichi i limiti imposti dalla Costituzione o comunque da essa desumibili. Ecco perché, al fine di evitare la sovrapposizione dei giudizi, bisognerebbe individuare con attenzione i poteri della Corte, in modo da far coincidere il diritto vivente con quello scritto. Ciò eviterebbe

---

<sup>17</sup> Corretto appare il rilievo della Corte in base al quale il quesito era privo del requisito della chiarezza; questo infatti aveva ad oggetto "il comma 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 14 del 2014 e l'Allegato II allo stesso decreto «nella parte in cui hanno sostituito la tabella A del Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, limitatamente alla parte in cui quest'ultimo prevedeva i circondari dei tribunali di Acqui Terme, Alba, Ariano Irpino, Avezzano, Bassano del Grappa, Camerino, Casale Monferrato, Chiavari, Crema, Lanciano, Lucera, Melfi, Mistretta, Modica, Mondovì, Montepulciano, Nicosia, Orvieto, Pinerolo, Rossano, Sala Consilina, Saluzzo, Sanremo, Sant'Angelo dei Lombardi, Sulmona, Tolmezzo, Tortona, Vasto, Vigevano, Voghera»"; così facendo, però, esso non indicava "il testo letterale delle parti delle dette disposizioni delle quali è proposta l'abrogazione – come è invece richiesto dall'art. 27, terzo comma, della legge n. 352 del 1970 – ma soltanto significati normativi, da queste espressi, oggetto della richiesta abrogativa". Ciò comportava che, "pure nel caso di accoglimento della proposta referendaria, resterebbero interamente vigenti le disposizioni oggetto della richiesta di abrogazione", andando così a "pregiudicare la stessa chiarezza del quesito, necessaria al fine di garantire il libero esercizio del diritto di voto".

<sup>18</sup> Su tale problematica, con particolare riferimento anche alla sindacabilità della normativa in caso di ripristino di leggi abrogate, G. TARLI BARBIERI, *Il 'modello' italiano di finanziamento dei partiti*, in *Associazione e studi ricerche parlamentari. Quaderno n. 20. Seminario 2009*, Torino, 2010, 111 e segg.

<sup>19</sup> Com'è stato rilevato, i delegati sono dei semplici rappresentanti, spettando ai Consigli regionali la qualifica di organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere; in tal seno, F. SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1971, n. 14, 44.

anche di comprimere eccessivamente le scelte referendarie, permettendo nel contempo l'individuazione con certezza ed *a priori* dei limiti che incontra questo istituto.

Residua anche un'ulteriore esigenza, ossia la necessità di modificare lo strumento referendario<sup>20</sup>, una problematica che da anni si trascina e che si manifesta soprattutto allorquando vengono prese scelte impopolari e sulle quali si dovrebbe permettere al popolo di esprimersi. Ecco perché si potrebbe pensare all'introduzione di un istituto che si ponga sulle orme del modello previsto in Francia in cui il Presidente può sottoporre a *referendum* popolare un progetto di legge, previa richiesta del Parlamento e del Governo<sup>21</sup>. Si tratta di uno strumento "condiviso" che si innesta nel procedimento di formazione dell'atto normativo e che permette al popolo di prender parte al procedimento di formazione delle leggi. Ma soprattutto, garantisce una partecipazione alle decisioni, come può essere quella della soppressione delle sedi di Tribunali oggetto della sentenza in commento, che hanno sicuramente un certo rilievo sugli interessi e sulla vita di tutti i cittadini.

---

<sup>20</sup> Sottolinea P. COSTANZO, *Nota a Corte Costituzionale n. 5/2015*, in *Nuova giur. ligure*, 1/2015, 63, come vani siano «stati, peraltro, finora, i tentativi di una miglior razionalizzazione dell'istituto referendario (riproporzionamento del numero di firme occorrenti rispetto all'attuale consistenza demografica, anticipazione del controllo di ammissibilità rispetto alla raccolta delle firme stesse, ecc.), né pare che, in questa direzione, si stia muovendo in maniera incisiva la cd. riforma Renzi. Caduta, infatti, anche qui, l'ipotesi dell'elevazione a un milione del numero di sottoscrizioni necessario, ci si è limitati a prevedere che se, di fatto, esse superassero le 800.000, non sarebbe più necessario, per l'approvazione dei quesiti (cioè per l'eventuale abrogazione dei testi sottoposti alla consultazione popolare), il *quorum* strutturale (fisso) della maggioranza assoluta degli iscritti a votare, ma la maggioranza del numero dei votanti (*quorum* strutturale mobile!) che hanno partecipato all'ultima tornata elettorale».

<sup>21</sup> Il riferimento nel testo è solo all'istituto previsto nella prima parte dell'art. 11 della Costituzione francese; quest'ultimo stabilisce infatti che "Il Presidente della Repubblica, su proposta del Governo durante le sessioni o su proposta congiunta delle due assemblee, pubblicata sul *Journal Officiel*, può sottoporre a *referendum* ogni disegno di legge concernente l'organizzazione dei pubblici poteri, le riforme relative alla politica economica, sociale o ambientale della Nazione ed ai servizi pubblici che vi concorrono, o tendente ad autorizzare la ratifica di un trattato che, senza essere contrario alla Costituzione, potrebbe comunque incidere sul funzionamento delle istituzioni"; differente è invece l'istituto introdotto con la riforma del 2008, che prevede un potere analogo previa richiesta di un quinto dei membri del Parlamento, sostenuto da un decimo degli elettori iscritti nelle liste elettorali, trattandosi, com'è stato osservato (E. GROSSO, *La Francia*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, Roma-Bari, 2010, 164), di un'iniziativa mista, popolare e parlamentare.

**Anna Maria Nico**

**La legge Pinto nuovamente all'esame della Corte costituzionale: l'effettività del diritto alla ragionevole durata del processo nella crisi economica**

1. *Premessa.* – 2. *L'integrazione europea e la certezza del diritto quale criterio per la tutela più intensa: effettività vs. certezza o effettività e certezza?* – 3. *L'effettività del diritto alla ragionevole durata nel vigente ordinamento.* – 4. *Il diritto alla ragionevole durata del processo tra (in)effettività e limite delle risorse finanziarie disponibili.*

1. *Premessa.*

La problematica che investe la lunga durata dei processi in Italia è divenuta *d'antan* e rimane tuttora irrisolta nonostante i diversi interventi legislativi e giurisprudenziali abbiano provato a fornire una, almeno parziale, soluzione. Com'è noto, infatti, dopo le prime condanne della Corte di Strasburgo sono seguite, nell'ordine, la revisione dell'art. 111 della Costituzione, con la previsione espressa della garanzia costituzionale della durata ragionevole del processo, il rimedio indennitario interno introdotto con la legge Pinto, le sue successive modifiche e integrazioni, questa volta quasi tutte finalizzate, in realtà, a frenare i ricorsi interni attraverso l'aggravio delle attività processuali per giungere, infine, a quella intervenuta con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134) che ha introdotto la fissazione di un tempo limite del processo oltre il quale esso diventa irragionevole, il *quantum* indennizzabile per ogni periodo eccedente il tempo previsto e la relazione di esso con il valore della causa<sup>1</sup>, la preclusione alla proposizione della domanda di equa riparazione durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata<sup>2</sup> e così via.

Ultimo atto, almeno al momento, del legislatore sulla legge Pinto è stato quello di conservare (o, forse, di omettere di abrogare) la formula contenuta nell'art. 3, comma 7 della stessa legge, ormai divenuta lo scudo di ogni inefficienza dell'apparato statale, dei "limiti delle risorse disponibili" per ottenere almeno un "ristoro" derivante dalla violazione accertata con sentenza passata in giudicato di un diritto fondamentale. Si tratta di una disposizione che, come si evidenzierà più avanti, non solo appare convenzionalmente e costituzionalmente illegittima, ma anche in contrasto con quei principi di diritto interno (che vanno dalla separazione dei poteri alla effettività dei diritti) che, conferendo forza e valore alla *res iudicata*, assicurano la certezza dei rapporti giuridici nelle sue più diverse accezioni.

Dinanzi a tale scenario possono individuarsi almeno tre differenti prospettive di osservazione: la prima riguarda i riflessi sull'integrazione europea dei diritti fondamentali a seguito del loro riconoscimento giuridico formale anche in ambito eurolunitario<sup>3</sup>; la seconda, di natura dinamica, va riferita alla reale tutela dei diritti nella giurisprudenza europea e interna; la terza, infine, riguarda l'effettività dei diritti, cioè come e quanto i diritti, sebbene siano stati ampiamente positivizzati e siano tutelabili<sup>4</sup>, possano "recedere" o "affievolirsi" o essere "condizionati", anche *sine die*, dinanzi alle esigenze della crisi economica dello Stato<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sul punto cfr. le ordinanze della Corte costituzionale [nn. 124 del 2014](#) e [204 del 2014](#).

<sup>2</sup> Su tale profilo si è pronunciata la Corte costituzionale con la [sentenza n. 30 del 2014](#), commentata da SORRENTI G., *Gli emendamenti alla legge Pinto al primo vaglio di legittimità costituzionalità, ovvero di convenzionalità: un contrasto inesplorato ma sussistente*, in [www.federalismi.it](#), 30.4.2014.

<sup>3</sup> Sia consentito il rinvio alle osservazioni già formulate con riguardo ai controlimiti a NICO A.M., *Tutela dei diritti fondamentali: primauté, diritto più favorevole e controlimiti*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, 893 ss.

<sup>4</sup> Per LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 10.10.2014, 12, è opportuno operare delle precisazioni allorché si parla di "effettività della tutela giurisdizionale". "Come è noto, nel linguaggio giuridico, "effettività" è carattere che si predica, in genere, dell'ordinamento nel suo complesso, mentre quando ci si riferisce ad un elemento singolo (in genere ad una norma) si parla di "efficacia". Mi sembra evidente,



2. *L'integrazione europea e la certezza del diritto quale criterio per la tutela più intensa: effettività vs certezza o effettività e certezza?*

Sul primo versante è di palmare evidenza che il diritto vigente sia caratterizzato anche da un ampio ventaglio di norme europee, scaturenti in particolare dalla CEDU e dalla Carta di Nizza, che si connota nell'aver un'attenzione altissima nei confronti dei diritti fondamentali.

Sebbene sia ampiamente nota la differenza formale attribuita dall'ordinamento interno alle due Carte, la prima "comunitarizzata", la seconda che continua a mantenere il rango di "fonte interposta", sul piano sostanziale entrambe si prefiggono di raggiungere la medesima ed auspicata "comunità integrata dei diritti"<sup>6</sup>.

Alle garanzie "esterne" (se si aderisce alla concezione dell'ordinamento duale) si deve aggiungere quella, si potrebbe dire, interna proveniente *in primis* dal testo costituzionale e poi da tutte le altre fonti sub costituzionali. Sono proprio queste ultime, oggi, e in special modo quelle di rango primario che, come si vedrà nel prosieguo, disciplinano le fattispecie in maniera tale da porre anche solo a livello interpretativo, dei forti limiti all'attuazione dei diritti, anche disattendendo la consolidata giurisprudenza delle Corti europee.

Un tale sistema normativo può determinare livelli elevati di criticità, quanto non veri e propri conflitti, anche frequenti, per quel che concerne la tutela dei diritti fondamentali.

Ci si trova, in sostanza, dinanzi al paradosso dell'ordinamento integrato europeo che, da un lato ha arricchito *per tabulas* le garanzie e gli strumenti di tutela dei diritti, ma, dall'altro fatica ad offrire certezza a quei diritti di cui si fa portavoce.

Si creerebbe, in definitiva, un conflitto strutturale perché se un sistema integrato, in questo caso europeo, si connota per avere una particolare attenzione nei confronti dei diritti fondamentali, al contempo gli ordinamenti nazionali appartenenti a quel circuito frappongono ostacoli alla concretizzazione dei medesimi con la conseguenza che le corti o, in senso lato, i giudici, divengono i veri protagonisti della effettività del diritto<sup>7</sup>. In sostanza il giudice, qualunque esso sia, viene adito per ripristinare l'ordine giuridico violato (legale, costituzionale o europeo) nella duplice veste di giudice del diritto sostanziale<sup>8</sup> e di vero arbitro dell'integrazione degli ordinamenti<sup>9</sup>.

---

dunque, che la locuzione utilizzata dal nostro diritto positivo dovrebbe essere tradotta come "efficacia della tutela giurisdizionale" (tanto che solo per un doveroso ossequio al linguaggio normativo si deve continuare ad utilizzare la formula legislativa). È proprio perché si tratta di *efficacia* della tutela che si può porre, in astratto, un problema di *efficienza* della giurisdizione che l'assicura, visto che uno dei sensi in cui il lemma efficacia viene utilizzato nel linguaggio giuridico è "l'attitudine di una norma di realizzare il valore dell'efficienza economica in generale, o di realizzare lo scopo specifico dell'atto normativo stesso nel modo più «economico» possibile (vale a dire con l'uso ottimale delle risorse disponibili)".

<sup>5</sup> Come efficacemente posto in rilievo da GABRIELE F., *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile"!) della Costituzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 13.9.2013, esiste una categoria di diritti condizionati due volte, "cioè "condizionati" dalla necessità di attuazione della previsione costituzionale innanzitutto da parte del legislatore ordinario ("interpositio legislatoris"), la seconda dalla "possibilità" della erogazione della prestazione da parte di chi vi sarebbe tenuto a favore di chi ne avrebbe diritto".

<sup>6</sup> *Ex multis*, si rinvia alle decisioni della Corte costituzionale [nn. 317 del 2009](#), [191 del 2014](#) e [233 del 2014](#).

<sup>7</sup> Cfr. LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 25.

<sup>8</sup> Nel senso, anche, di supplente del Parlamento. In proposito TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, [www.archivio.rivistaaic.it](http://www.archivio.rivistaaic.it), 2009, 4, spiega il fenomeno chiarendo come "la delegittimazione della politica, per tale via, si è tradotta in un rinvio delle decisioni più complesse ad istanze apparentemente tecniche ed imparziali, a poteri ritenuti «neutri» in quanto estranei al circuito democratico-rappresentativo. La crisi della rappresentanza, in altri termini, si è risolta nell'elusione della responsabilità politica e nella parcellizzazione delle decisioni, spostate verso gli organi giurisdizionali (il «governo dei giudici»), le autorità amministrative indipendenti, le amministrazioni pubbliche, i sindacati, secondo modalità estranee al circuito politico tradizionale".

<sup>9</sup> Cfr. POLI T., *Diritti sociali ed eguaglianza nello spazio giuridico europeo*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 28.1.2014, 23.

Sotto il primo profilo, il fatto che il giudice sia sempre più attento alla sostanza del diritto e meno alla forma lo si può ricondurre in parte alla c. d. “mondializzazione giurisdizionale”<sup>10</sup>, intesa come rete giudiziaria globale caratterizzata “da richiami alle sentenze straniere, scambio di argomentazioni, formazione comune, dialogo tra giurisdizioni, creazione di associazioni transnazionali e di circoli giudiziari”<sup>11</sup> e, in parte, nello specifico ambito d’esame, alle Carte europee che per regolare il rapporto tra norme hanno previsto un criterio basato sul “livello di protezione più favorevole per l’individuo” (artt. 53 della CEDU e della Carta di Nizza), così determinando che in materia di diritti fondamentali si debba valutare il contenuto della norma e non il profilo formale-astratto della fonte.

Un criterio, questo, più volte posto in luce non solo dalla dottrina<sup>12</sup>, ma anche dallo stesso giudice delle leggi, il quale ha evidenziato come “l’accertamento dell’eventuale *deficit* di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell’art. 117 Cost. È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che *il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie* (corsivo aggiunto) anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”<sup>13</sup>.

Quanto al secondo profilo, il giudice diventa anche il vero arbitro della integrazione degli ordinamenti europei<sup>14</sup>, soprattutto nelle ipotesi in cui nel ripristinare la legalità violata venga a trovarsi dinanzi a degli ostacoli che in alcun modo non consentono la dichiarata integrazione. Ciò avviene nel caso in cui l’ordinamento da un lato riconosce il diritto e, dall’altro, senza che vi sia “un valido motivo imperativo di interesse generale” tale da giustificare la inapplicabilità “della massima espansione della garanzia dei diritti”, ne compromette la effettività<sup>15</sup>. In tale contesto, quindi, al giudice spetta il compito di accertare che la norma impeditiva della massima espansione del diritto tenda a realizzare un interesse generale e, esclusa tale ipotesi, verificare quale norma offra la massima garanzia, qualunque essa sia (nazionale, pattizia o eurounitaria).

Ove non procedesse nei termini sopra descritti, si verificherebbe proprio il caso del giudice *a quo* che ha rimesso alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale-convenzionale chiedendo la dichiarazione di illegittimità della norma interna (legge Pinto) più favorevole rispetto

---

<sup>10</sup> L’efficace espressione è di TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, cit., 4.

<sup>11</sup> Ancora TONDI DELLA MURA V., *Op. cit.*, 4.

<sup>12</sup> Su tale profilo si rinvia al recente contributo di RUGGERI A., *Note introduttive ad uno studio sui diritti e doveri costituzionali degli stranieri*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3.6.2011.

<sup>13</sup> Secondo la interpretazione “autentica” della sentenza in questione (SILVESTRI G., *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 3411), tale ultimo criterio sostanziale (assicurare la massima espansione della garanzia) deve sempre tener conto dei criteri formali ordinatori delle fonti (gerarchia e competenza) non potendo il primo sostituirsi al secondo e la cui eliminazione (o sostituzione con altri criteri) comporterebbe il venir meno della struttura portante dello Stato e, quindi, della stessa Costituzione e dei principi della stessa (rigidità costituzionale, principio democratico, separazione dei poteri).

<sup>14</sup> Sui pericoli derivanti da un sistema di tutela multilivello dei diritti, cfr. TROILO S., *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 13.4.2011.

<sup>15</sup> Nel caso esaminato dal giudice delle leggi con la [sentenza n. 191 del 2014](#) la legge impugnata determinava la “violazione dell’art. 111, primo comma, Cost., insieme con quella dell’art. 117, primo comma, Cost. in relazione all’art. 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, i quali, secondo un consolidato orientamento, devono essere fatti valere congiuntamente per consentire a questa Corte di effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento”.

alla Convenzione. E' stata questa una occasione per il giudice delle leggi ([ordinanza n. 223 del 2014](#)) per precisare che “i livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali prefigurati dalla CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., un limite inderogabile per il legislatore italiano solo “verso il basso”, non anche “verso l'alto”” e che quindi “in materia di diritti fondamentali, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa: vale, in altre parole, il principio della massima espansione delle tutele e della conseguente prevalenza della fonte che conferisce la protezione più intensa”.

La decisione citata, come può leggersi, per un verso risolve, ribadendo, quale debba essere il punto nodale intorno al quale deve svolgersi la tutela dei diritti (tutela più intensa), dall'altro lascia irrisolta la questione relativa alla individuazione del canone o del criterio “che consente di misurare l'intensità della tutela”<sup>16</sup>. Un canone<sup>17</sup> che, col tempo, diventa sempre più necessario in presenza di diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali<sup>18</sup> e del fenomeno, sopra citato, della “mondializzazione della giurisdizione”.

Invero, in qualunque modo si affronti la questione (nel senso di auspicare, come prospettato da autorevole dottrina<sup>19</sup>, che sia ormai maturo il tempo per affidare al giudice comune il compito di applicare direttamente le norme convenzionali incompatibili con il diritto interno, ovvero che sia ancora necessario l'intervento della Corte costituzionale per sgombrare il campo dai dubbi sulla illegittimità costituzionale-convenzionale del diritto interno), rimane comunque ancora aperto il problema dei limiti della interpretazione (convenzionalmente o costituzionalmente) conforme da parte del giudice comune<sup>20</sup>, specie sotto il profilo del rischio di incorrere in operazioni di “c.d. ortopedia interpretativa”, nonché, aspetto altrettanto delicato, quello della individuazione della norma in grado di garantire la tutela più intensa<sup>21</sup>.

In quest'ultimo caso, infatti, l'applicazione diretta da parte del giudice della norma più favorevole a detrimento di altre consentirebbe al soggetto di ottenere un tutela più rapida e diretta, connaturale alla risoluzione del caso concreto<sup>22</sup>, e determinerebbe conseguentemente un ampliamento degli elementi di “diffusione” del controllo di costituzionalità-convenzionalità.

---

<sup>16</sup> Così RUGGERI A., [Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti \(apparenti...\) tra norme di diritto interno e norme della CEDU](#), in questa *Rivista*, 2014 (01.09.14).

<sup>17</sup> Problematica che si è già avuto modo di evidenziare in altre occasioni e da ultimo nel mio *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Bari, 2012, 125 ss.

<sup>18</sup> Secondo SILVESTRI G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 17, “nessuna delle norme contenute nella CEDU, nella Carta dei diritti e nella Costituzione nazionale può trovare applicazione a preferenza di un'altra che assicuri una tutela maggiore, altrimenti la cosiddetta tutela multilivello si trasformerebbe in un gioco a ribasso –come pure taluni temono- e lo spazio compreso nell'incrocio delle competenze delle tre Corti diverrebbe una sorta di “triangolo delle Bermude”, con un esito finale di sotto-tutela, che diverrebbe più vistoso in riferimento ai diritti sociali”. Sullo stato dell'arte nell'ordinamento italiano del rapporto tra Carte e Corti si rinvia a CARTABIA M., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona -*, in [www.cortecostituzionale.it](#), 2014.

<sup>19</sup> Cfr. le note alla [sentenza n. 317 del 2009](#) di RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 2009; POLLICINO O., *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle decisioni nn. 311 e 317 della Corte costituzionale?* in [www.forumcostituzionale.it](#), 16.12.2009 e di recente ancora RUGGERI A., [Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti \(apparenti...\) tra norme di diritto interno e norme CEDU](#), cit., 9.

<sup>20</sup> Va rammentato con riguardo alla interpretazione costituzionalmente conforme che la Corte costituzionale ha avuto occasione di precisare, anche di recente con la [sentenza n. 232 del 2013](#), che “il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale” è segnato dall'univoco tenore della norma (cfr. RUOTOLO M., *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 [www.rivistaaic.it](#), 6.3.2015).

<sup>21</sup> In merito discetta di interpretazione “intercostituzionale” GUSMAI A., *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in [www.rivistaaic.it](#), 2014, 15 ss.

<sup>22</sup> Sul punto SILVESTRI G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, cit., 20.

Ciò, di per sé, si osservi, non costituisce un elemento di negatività qualora l'allargamento della cognizione della legge a qualsiasi giudice<sup>23</sup> individui un adeguato sistema di contrappesi<sup>24</sup>. In altre parole, va bene la diffusione, ma non *sic et simpliciter* in quanto ad ogni mutamento del sistema posto a garanzia della Costituzione deve correlarsi l'individuazione di un canone ermeneutico al quale il giudice deve attenersi per non minare la certezza del diritto e per garantire una effettività e una tutela piena dei diritti<sup>25</sup>.

### 3. *L'effettività del diritto alla ragionevole durata del processo nel vigente ordinamento.*

Viene in evidenza, a questo punto, l'altro profilo segnalato, cioè quello della difficoltà di rendere effettivi i diritti come riconosciuti dall'ordinamento. Alla dichiarazione di principio o all'enunciazione di un diritto, infatti, non sempre corrisponde una protezione reale, cioè, per l'appunto, effettiva; in realtà, *mutatis mutandis*, sarebbe più corretto affermare che, nel caso che ci occupa, nonostante il riconoscimento di un diritto, si registrino frequenti sue violazioni o, se non altro elusioni, da parte dello stesso soggetto istituzionale che lo ha previsto e, si potrebbe dire, conseguentemente, si è incaricato di proteggerlo, cioè lo Stato<sup>26</sup>.

L'esemplificazione di taluni casi appare d'una certa utilità, perché, se è vero che, da un lato, si riscontra la reiterata mancata attuazione dei diritti, è altrettanto vero, dall'altro, che ciascuna delle cause di tale inattuazione rivela una propria natura, presenta una propria eziologia, cagiona peculiari conseguenze.

In altre parole, occorrerebbe procedere con metodo empirico ed analizzare partitamente, caso per caso, di quale diritto si contesta la violazione, quali ne sono le cause, quali i possibili scenari.

Il tema della ragionevole durata del processo può, sotto quest'angolo visuale, assumere valore paradigmatico.

Da più parti e da tempi remoti (si pensi, solo per citarne alcuni, a Chiovenda e Calamandrei) è stata propugnata la necessità che per avere un processo giusto, principio fondamentale dello Stato di diritto, questo dovesse concludersi in un tempo ragionevole in quanto una decisione che arriva in ritardo è di per sé ingiusta.

Dalla prospettiva codificata nel 1950 dalla CEDU alla costituzionalizzazione espressa del giusto processo sono trascorsi quasi cinquant'anni.

In tale arco temporale si sono susseguiti appelli, moniti, per lo più inascoltati, e condanne da parte della Corte di Strasburgo affinché l'Italia adottasse strumenti legislativi in grado di risolvere effettivamente e fattivamente il problema della lentezza della giustizia e di portare innanzi ai giudici interni le cause instaurate a fini risarcitori dalle "vittime italiane" della irragionevole durata dei "processi italiani".

Dopo la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. il legislatore ordinario oltre che pensare a risolvere le inefficienze della macchina giudiziaria, compito affidatogli attraverso la riserva di legge, ha adottato unicamente una disciplina, peraltro lacunosa<sup>27</sup>, finalizzata soltanto ad

---

<sup>23</sup> ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *forum quaderni costituzionali*, 2013, 19, prospetta, *de iure condendo*, una trasformazione di un modello misto, quale quello oggi vigente, in un modello "duale", con previsione di un modello diffuso accanto a quello accentato.

<sup>24</sup> La valorizzazione del ruolo dei giudici ha tuttavia necessità di essere controbilanciata, altrimenti un eventuale uso distorto dell'interpretazione conforme potrebbe tradursi in "ortopedie interpretive" (come lo stesso consiglio di Stato le definisce nella ordinanza in esame), nelle quali l'individuazione della tutela più favorevole potrebbe essere il risultato di criteri e valutazioni ingiustificati. Sul punto cfr. D'ALLOIA A., *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu), 2015.

<sup>25</sup> Sul punto le ampie e persuasive argomentazioni di LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 35.

<sup>26</sup> Cfr. LUCIANI M., *Op. ult. cit.*, 30.

<sup>27</sup> In proposito con la [sentenza n. 30 del 2014](#) la Corte costituzionale ha messo in risalto la inadeguatezza della legge Pinto, evidenziando che "la Convenzione accorda allo Stato aderente ampia discrezionalità nella scelta del tipo di rimedio interno tra i molteplici ipotizzabili, ma nel caso in cui opti per quello risarcitorio, detta discrezionalità incontra



*indennizzare* la violazione del principio costituzionale. In tal modo, però, la durata dei processi in Italia non è diminuita e per converso sono aumentati i ricorsi per l'indennizzo con enormi ripercussioni economiche per lo Stato, sia per il pagamento degli stessi, sia perché, in generale, l'inefficienza dell'apparato giudiziario ha contribuito a rallentare la crescita economica del Paese.

In sostanza, ad un formale e corretto riconoscimento del diritto alla ragionevole durata del processo, è seguita, in più di dieci anni di applicazione della legge Pinto, soltanto una (forse prevedibile) proliferazione dei ricorsi interni finalizzati all'ottenimento dell'indennizzo.

Com'è noto, la citata normativa è stata prevista come strumento rimediabile allorché il processo sia risultato "eccezionalmente" lungo e la quantificazione patrimoniale delle lungaggini processuali è divenuta la soluzione "normalizzata" dell'irragionevole durata. Fino a quando lo Stato ha potuto disporre delle risorse da destinare agli indennizzi, infatti, non si è riscontrato il dovuto interesse a combattere "in radice" il problema dell'irragionevole durata del processo e i pochi mezzi finanziari sono stati destinati agli indennizzi piuttosto che investiti in progetti di riforma strutturale del sistema giudiziario.

In sostanza, la costituzionalizzazione del giusto processo non avendo avuto il corrispondente seguito quanto alla riforma dei procedimenti giurisdizionali, perché attuata, per lo più solo marginalmente e per profili di carattere settoriale<sup>28</sup>, ha, in definitiva, dato luogo alla creazione di uno "spazio vuoto", quello cioè della ineffettività del diritto "in senso ordinario"<sup>29</sup>, nel quale, nel caso di specie, si colloca il "diritto della persona" ad ottenere un processo in un tempo ragionevole<sup>30</sup>. Il diritto all'equo processo, ivi compreso quello alla ragionevole durata, infatti, è stato pensato per tutelare la dimensione umana di chi si vede coinvolto in un processo e muove dal rispetto dell'individuo anche nell'ambito della dimensione giudiziaria. In sostanza è un diritto fondamentale che guarda a se stesso prima ancora che alla sua valutazione patrimoniale.

Di questa prospettiva soltanto economicistica, però, si è preso atto solo di recente e in un momento fin troppo noto di difficile congiuntura economico-finanziaria. La crisi, infatti, non ha soltanto inciso, in generale, sugli aspetti connessi alla finanza e all'impresa, ma anche su quelli inerenti le funzioni statali, fra cui l'amministrazione della giustizia, che, come altri settori dello Stato, è stata "vittima" di sensibili tagli fra i quali anche quello degli indennizzi da irragionevole durata del processo. E' per tale ragione che si è ritenuto di dover "valorizzare", per così dire, l'inciso previsto dall'art. 3, co. 7, della legge Pinto che accorda l'erogazione degli indennizzi da parte dello Stato "nei limiti delle risorse disponibili", riservandosi, sostanzialmente, la possibilità di corrispondere un ristoro in un momento futuro e, viste le attuali condizioni della finanza pubblica, incerto.

Il D.L. n. 83/2012 (c.d. decreto *Crescitalia*) convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134, del resto, non ha neppure provato a colmare il *vuoto strutturale* di cui si è detto, essendosi limitato a riformare

---

il limite dell'effettività, che deriva dalla natura obbligatoria dell'art. 13 CEDU, secondo il quale: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale [...]». È specificamente sotto tale profilo – peraltro oggetto di censura da parte del rimettente – che il rimedio interno, come attualmente disciplinato dalla legge Pinto, risulta carente. La Corte EDU, infatti, ha ritenuto che il differimento dell'esperibilità del ricorso alla definizione del procedimento in cui il ritardo è maturato ne pregiudichi l'effettività e lo renda incompatibile con i requisiti al riguardo richiesti dalla Convenzione. Il *vulnus* riscontrato e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio effettivo a fronte della violazione della ragionevole durata del processo, se non inficiano – per le ragioni già esposte – la ritenuta inammissibilità della questione e se non pregiudicano la «priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario», impongono tuttavia di evidenziare che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al problema individuato nella presente pronuncia».

<sup>28</sup> In proposito si rinvia a NICO A.M. *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Bari, 2012, 77 ss. e SORRENTI G., *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2013, 249 ss.

<sup>29</sup> In proposito SILVESTRI G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, cit., 10, tiene distinta la legalità ordinaria dalla "macrolegalità", cioè il dover essere costituzionale attraverso il quale si esige che l'ordinamento vigente dia effettività ai principi ed ai diritti costituzionalmente sanciti.

<sup>30</sup> Cfr. TROCKER N., *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in CIVINNINI M.G., VERARDI C.M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 37.



solo alcuni profili della legge Pinto. In particolare, il provvedimento *de quo* ha positivizzato i termini di durata “ragionevole” (tre anni in primo grado, due anni in secondo e uno nel giudizio di legittimità); ha modificato il procedimento (non più la Corte d’appello in composizione collegiale, ma un giudice monocratico con procedimento quasi di tipo monitorio, quindi più celere); ha ridotto i tempi di decisione (da quattro mesi a trenta giorni dal deposito del ricorso); ha dato rilevanza alla condotta processuale della parte (si dispone, ad esempio, che la parte che sia stata condannata *ex art. 96 c.p.c.*, per lite temeraria, non possa ottenere un indennizzo).

Si è trattato di modifiche, dunque, che, pur se in qualche misura necessarie e comunque integrative della disciplina, non hanno spinto nella direzione di ricondurre il processo ad una dimensione più ragionevole e ad una funzione più “umana”. In realtà, si è in presenza di interventi normativi adottati sempre in ragione della logica economica (e, in particolare, quale effetto della crisi), piuttosto che l’esito di scelte compiute alla luce di una rinnovata presa di coscienza sul diritto della persona ad un processo giusto. Tale *modus procedendi* è confermato anche dalla circostanza che la legge ha lasciato invariato quell’inciso relativo all’erogazione all’indennizzo nei limiti delle risorse statali disponibili.

Una limitazione di tal fatta, in sostanza, colloca, seppur indirettamente (cioè attraverso la sospensione del pagamento degli indennizzi riconosciuti per la violazione di un diritto costituzionalmente tutelato) il diritto ad un processo equo e ragionevole nella logica dei diritti finanziariamente condizionati, dunque, diritti derogabili in situazioni in cui il ciclo economico non consente il loro effettivo soddisfacimento.

#### *4. Il diritto alla ragionevole durata del processo tra (in)effettività e limite delle risorse finanziarie disponibili.*

Proprio con riferimento a quanto accennato con riguardo ai diritti finanziariamente condizionati, il Consiglio di Stato, Sez. IV, ha sollevato, con ordinanza n. 754/2014<sup>31</sup>, una questione di legittimità convenzionale-costituzionale con riferimento all’art. 3, comma 7, della legge Pinto, il quale, come si è detto, condiziona il pagamento dell’indennizzo, giudizialmente riconosciuto, alle risorse disponibili dello Stato, in quanto in contrasto con l’art. 117, I comma, della Costituzione per il tramite dell’art. 6 CEDU.

*In limine litis*, il giudice *a quo* ha preso in esame, preliminarmente, taluni profili che in questa sede si possono solo richiamare succintamente in quanto strettamente connessi ai dubbi di legittimità costituzionale affiorati nel giudizio.

In breve, ed in via esemplificativa, il primo di questi ha riguardato il rapporto intercorrente tra il diritto pattizio e il diritto interno *ex art. 117 Cost.*, il secondo i limiti dell’interpretazione conforme al diritto eurounitario, l’ultimo, infine, la portata ed i limiti del giudicato formale.

a) Per quanto concerne il primo, il Consiglio di Stato ha tenuto a sottolineare di volersi discostare da quell’orientamento fatto proprio da alcuni giudici amministrativi i quali hanno fatto ricorso, anche in questi casi, alla disapplicazione<sup>32</sup>. Ha invece ritenuto – aderendo alla giurisprudenza della Consulta – di non poter ricorrere a tale istituto<sup>33</sup>, in quanto il diritto convenzionale non può essere assimilato al diritto dei Trattati dell’Unione Europea e trovare in questi il fondamento di quello,

<sup>31</sup> Atto di promovimento n. 94 del 17.2.2014 (G.U. n. 25 dell’11.6.2014).

<sup>32</sup> Cfr. per tutte TAR Lazio, sez. seconda bis, n. 11984 del 18.5.2010 e C.d.S., sez. quarta, n. 1220 del 2.3.2010, (con nota critica di CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 21.5.2010 e la nota di G. COLAVITTI G, PAGOTTO C., *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?* in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2.7.2010).

<sup>33</sup> Si rinvia in proposito alle note sentenze gemelle della Corte nn. 348 e 349 del 2007 e alla corposa bibliografia sul punto.

come invece hanno tentato di fare alcuni giudici per disapplicare il diritto interno incompatibile con quello della Cedu<sup>34</sup>.

b) Accantonata ogni possibilità di fare ricorso alla disapplicazione, il passaggio successivo per il giudice *a quo* è stato, quindi, quello di ricorrere alla interpretazione conforme del diritto interno al diritto pattizio. Nel procedere in tale direzione, però, il Consiglio di Stato ha preventivamente indicato i limiti di siffatta interpretazione escludendo, in prima battuta, le ipotesi che ha metaforicamente definito di “ortopedia interpretativa”<sup>35</sup>.

A suo avviso, infatti, le argomentazioni dedotte in giudizio dalle parti appellanti – secondo le quali interpretando conformemente la normativa nazionale al diritto della Cedu, si verrebbe in ogni caso a configurare un “*termine perentorio*” di sei mesi oltre il quale il ritardo dello Stato nella corresponsione dell’indennizzo non sarebbe più giustificato – costituiscono una “*operazione di ortopedia della previsione normativa*” interna, che va “*ben oltre i limiti della normale attività ermeneutica, finendo non già per ricavare un significato fra i tanti astrattamente possibili del precetto, ma [...] una vera e propria nuova disposizione*” (Considerato in diritto n. 15.3)<sup>36</sup>.

c) Da ultimo, e non per questo meno importante, è stata affrontata la questione della forza e del valore del giudicato sostanziale. Anche se il Consiglio di Stato ha esaminato tale aspetto solo al fine di motivare la rilevanza della questione proposta (applicabilità al caso di specie della penalità di mora di cui all’art. 114, comma 4, del c.p.a.) e, quindi, non si è soffermato sui profili generali che involgono la natura e il valore della *res iudicata*, sembrano necessarie sul punto alcune brevi riflessioni.

Nella ordinanza in parola è, infatti, sotteso anche un aspetto che riguarda il bilanciamento tra due norme ed in particolare quella della legge Pinto, della quale si discute, e quella del giudicato sostanziale, di cui all’art. 2909 c.c. Ove si accedesse alla tesi secondo cui il dato economico condiziona sempre e comunque qualsiasi diritto riconosciuto dalla fonte costituzionale, anche quest’ultimo precetto potrebbe incorrere nella “cattiva” sorte di essere “superato”, “affievolito”, “disapplicato”, “condizionato” dalla previsione dei “*limiti della disponibilità delle risorse*”. Un siffatto esito, però, suscita delle perplessità in ordine al corretto componimento in quanto non terrebbe conto, per un verso, che nei rapporti fra potere legislativo e giudiziario “il principio della separazione dei poteri è tradizionalmente tracciato dalla Corte nel necessario rispetto da parte del primo della *res iudicata*”<sup>37</sup>; per un altro, che nel caso delle sentenze passate in giudicato<sup>38</sup> che

---

<sup>34</sup> Precisazioni che la Corte costituzionale ha operato con la [sentenza n. 80/2011](#).

<sup>35</sup> Non mancano decisioni del C.d.S., anche della medesima sezione in cui si è proceduto ad una interpretazione convenzionalmente conforme della normativa nazionale, aderendo, in sostanza, all’orientamento della Corte costituzionale (cfr. C.d.S, sez. VI, n. 3760 del 15.6.2010, con nota di POLLICINO O., in [www.diritticomparati.it](#), 16.3.2011).

<sup>36</sup> In dottrina, invita, da ultimo, a non abusare del canone dell’interpretazione conforme, LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 27-41. Secondo l’A., infatti, poiché ruolo centrale nell’ordinamento assume la “*forma/forza di legge*”, indispensabile a garantire “*certezza*” nei rapporti giuridici, “*si dovrebbe rifuggire dalla svalutazione del criterio dell’interpretazione letterale [...]; si dovrebbe applicare con parsimonia il canone dell’interpretazione conforme [...]; si dovrebbe rivalutare il canone dell’intenzione del legislatore*”. Ritengono, in ogni caso, l’interpretazione conforme una mera *species* dell’interpretazione c.d. sistematica, MODUGNO F., *In difesa dell’interpretazione conforme a costituzione*, in [www.rivistaaic.it](#), n. 2/2014 (18.04.2014), spec. 8 ss.; RUGGERI A., *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in [www.rivistaaic.it](#), 30.5.2014, 1 ss.; LANEVE G., *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, Bari, 2014, 229 ss. In prospettiva “realistica”, invece, ossia in una visione attenta non soltanto al testo delle disposizioni ma anche al “contesto” in cui le stesse operano, e, dunque, alle *norme concrete* che in esso si producono, si vedano, almeno, i contributi di BOGNETTI G., *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, in [www.rivistaaic.it](#), 2012, 10 ss.; BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, 105 ss.; GUSMAI A., *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015.

<sup>37</sup> Così CACACE E., *Tutela giurisdizionale dei creditori ed esigenze finanziarie degli enti pubblici: il diritto di difesa valore irrinunciabile*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 30 Settembre 2013, 8 ss. (nota alla sentenza della Corte

riconoscono un indennizzo per irragionevole durata del processo, queste costituiscono il ristoro per la lesione di un diritto della persona<sup>39</sup> che non potrebbe o dovrebbe consentire un condizionamento, nemmeno temporaneo, di tipo economico.

Chiariti i suindicati aspetti preliminari, il *punctum crucis* della questione sulla quale il giudice *a quo* ha focalizzato la sua attenzione è stato, quindi, il seguente: verificare se nell'ambito dell'ordinamento costituzionale non esistano già, *ex se*, dei principi che possano in qualche modo rendere legittima la legge interna "suscettibile di escludere l'idoneità della previsione della CEDU a fungere da 'norma interposta' del parametro ex art. 117, comma 1, Cost." (punto 15.4 della ordinanza).

Più in particolare, premettendo che, ove si tenesse conto solamente dell'art. 117 Cost., ci sarebbe un conclamato contrasto tra la legge Pinto e la Cedu (nella parte in cui la Corte di Strasburgo ha chiarito che la mancanza di risorse finanziarie non può costituire idonea giustificazione all'inadempimento degli obblighi indennitari) non risolvibile mediante disapplicazione, il Consesso si è spinto oltre, ritenendo possibile saggiare la legittimità della legge Pinto direttamente a livello costituzionale, ossia alla luce dell'art. 81<sup>40</sup>, nella parte in cui la disposizione in parola prevede l'equilibrio di bilancio e i limiti alla "eccezionalità" della sua deroga ("*che soltanto la Corte costituzionale è abilitata ad individuare*"). A questo punto i giudici si sono interrogati sulla possibilità che il principio dell'equilibrio di bilancio possa rivelarsi dirimente per sciogliere i dubbi di legittimità della legge Pinto. In altre parole, se si dovesse ritenere che tale principio possa tradursi in una legittimazione costituzionale ai ritardi o ai mancati pagamenti rivenienti dalle condanne dello Stato, non si potrebbe non riconoscere la legittimità costituzionale delle norme interne. All'inverso, invece, qualora tale possibilità non fosse rinvenibile, i dubbi sulla legittimità costituzionale della legge Pinto rimarrebbero fondati sul contrasto con la Cedu in virtù dell'interpretazione offerta all'art. 6 dalla Corte di Strasburgo. Da qui la necessità della richiesta alla Consulta di definire la portata effettuale dell'art. 81 della Costituzione.

Il Consiglio di Stato, infatti, nel *considerato in diritto* n. 15.4, ritiene possibile "*escludere l'idoneità della previsione della CEDU a fungere da "norma interposta" del parametro ex art. 117, comma 1, Cost.*", alla luce di "*un principio fondamentale del diritto interno, di rango costituzionale*", ossia quello del c.d. equilibrio di bilancio previsto dall'art. 81 Cost., introdotto con L. c. n. 1/2012. Ora, al di là della discutibile espressione che adottano i giudici nel definire l'equilibrio di bilancio (lo elevano – *sic*, del tutto impropriamente – a "*principio fondamentale*"!), l'ordinanza del C.d.S., nel cercare di far prevalere l'ordinamento costituzionale sulle norme Cedu, sembra ignorare del tutto un aspetto di primaria importanza nel prospettare una "gerarchia" normativa tra le Carte a favore della Costituzione. Difatti, avrebbe forse meglio potuto argomentare evidenziando un altro aspetto, ovverosia quello che l'acclarato contrasto tra norma convenzionale e norma legislativa non porti sempre all'annullamento della seconda in quanto la disposizione nazionale ben "*potrebbe avere la meglio, a condizione [...] che si dimostri che essa offra un'ancora più intensa tutela ai diritti fondamentali e, più largamente, ai beni costituzionalmente protetti, visti nel loro fare "sistema" (dovendosi, cioè, in buona sostanza, fare riferimento all' "insieme" delle*

---

costituzionale [n. 186/2013](#)). Cfr. TONDI DELLA MURA V., *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»*), cit., 6.

<sup>38</sup> La Corte costituzionale con la recente [sentenza n. 10 del 2015](#) ha chiarito con riferimento alla efficacia retroattiva delle proprie sentenze che "i limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito". Al contempo ha tenuto a ribadire che "è pacifico che l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le «situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili» ovvero i «rapporti esauriti». Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza dei rapporti giuridici".

<sup>39</sup> Secondo SANDULLI A.M., *Il tempo del processo come bene della vita*, in [www.federalismi.it](#), 1.10.2014, 14, "la deriva verso un'eccessiva prevalenza degli interessi economici rispetto a valori primari della persona, come quello alla piena ed effettiva garanzia di un adeguato diritto di difesa, è però indubbiamente pericolosa".

<sup>40</sup> Cfr. LUCIANI M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in [www.astrid-online.it](#), 2013, 42.

*norme costituzionali, per come evocato in campo dal caso)*<sup>41</sup>. In altri termini, la circostanza che nell'ordinanza di rimessione i giudici facciano – peraltro, come visto, impropriamente – esclusivo riferimento al principio dell'equilibrio di bilancio (evidentemente preoccupandosi di tutelare in tal guisa soltanto le casse dell'Erario), sembra trascurare il fatto che la più intensa tutela dei diritti degli individui (in questo caso ad ottenere il risarcimento del danno subito per eccessiva durata del processo) non può che essere vagliata in un'ottica di “sistema”, ovvero sia leggendo la Costituzione nel suo insieme, non già per compartimenti stagni. A ben vedere, infatti, ritenere l'art. 81 Cost. o, meglio, la regola di equilibrio di bilancio, da sola sufficiente ad escludere l'idoneità della CEDU a fungere da “norma interposta” del parametro *ex art. 117, comma 1 Cost.*, oltre a non dire nulla su dove si collochi la tutela più “intensa” del diritto all'indennizzo, costituisce soprattutto una lettura parziale della Costituzione, come tale debole e difficilmente condivisibile per la sua *asistematicità*<sup>42</sup>.

Potrebbe essere questa l'occasione giusta per ridare voce al ruolo dei diritti fondamentali e per sostenere l'esigenza di una loro effettività anche in periodi di congiuntura negativa<sup>43</sup>. A conforto di questa visione milita la giurisprudenza della CEDU, nella quale la Corte di Strasburgo ribadisce che la crisi economica non può (per lo meno, non ancora) giustificare quella clausola di deroga degli obblighi statuiti in Convenzione<sup>44</sup>.

Al contrario, un *favor* assoluto verso i vincoli di stabilità renderebbe sempre più difficile lo sviluppo di una politica di attuazione dei diritti in periodi di crisi economica<sup>45</sup>. All'idea di affermare la protezione di un diritto potrebbe accompagnarsi la preoccupazione di non essere in condizione di sostenerne i costi. Seguirebbero, da un lato, una regressione normativa rispetto agli strumenti formali raggiunti e, dall'altro, inevitabili istanze di chiusura degli ordinamenti.

---

<sup>41</sup> Così RUGGERI A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013, 3.

<sup>42</sup> Del resto, in dottrina, parlava di “interpretazione come intero” della Costituzione già SMEND R., *Staatsrechtliche Abhandlungen* (1928), trad. it., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, spec. 211 ss.

<sup>43</sup> Sul punto GRIMALDI L. *Costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio e possibile “rilancio” del ruolo dello Stato nell’ “ordinamento composito” europeo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2015.

<sup>44</sup> Cfr. per tutte sent. Cedu, sez. II, 21.12.2010, Gaglione c. Italia.

<sup>45</sup> GABRIELE F., *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella “intoccabile”) della Costituzione*, cit.

**Roberto Romboli**

**La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c. (\*)**

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. I presupposti della “incidentalità” e della “pregiudizialità” nell’accesso in via incidentale e la “irrelevanza” del richiamo alla “rilevanza”. – 3. La “pregiudizialità”: l’indirizzo giurisprudenziale circa la necessità per il giudizio principale di un *petitum* distinto da quello del giudizio costituzionale e la incidenza sul medesimo della [sentenza n. 1 del 2014](#). – 4. Segue: la richiesta di un *petitum* separato allo scopo di evitare le “liti finte”. Le possibili risposte della Corte costituzionale alla questione sollevata. – 5. La “incidentalità”: la nozione di “giudizio” e la natura giurisdizionale del procedimento ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. La possibilità di una dichiarazione di ammissibilità “ai limitati fini” del giudizio costituzionale.

*1. Il caso*

La decisione alla quale si riferiscono le osservazioni che seguono è rappresentata da una [ordinanza di rimessione proposta davanti alla Corte costituzionale dalla Corte di cassazione](#) <sup>(1)</sup>, nell’ambito di un “giudizio” iniziato d’ufficio dallo stesso giudice allo scopo di pronunciare un principio di diritto, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c., dovendosi dichiarare inammissibile il ricorso proposto e ritenendo la questione decisa di particolare importanza.

Il giudizio di merito riguardava la lesione del diritto di non discriminazione, lamentata da un cittadino pakistano, da parte della disposizione dei bandi di ammissione al servizio civile nazionale, per la parte in cui, in attuazione di quanto prescritto dall’art. 3 d. lgs. 5 aprile 2002 n. 77, prevedevano il requisito del possesso della cittadinanza italiana.

I giudici di primo e di secondo grado avevano ritenuto di poter superare il carattere discriminatorio del bando attraverso una interpretazione dello stesso e del d. lgs. costituzionalmente conforme ad una lettura evolutiva della nozione di “difesa della patria” di cui all’art. 52 Cost., tale da poter ritenere ammessi al servizio civile pure gli stranieri.

La Cassazione, davanti alla quale il presidente del consiglio dei ministri aveva fatto ricorso, avrebbe dovuto concludere il giudizio nel senso della inammissibilità per sopravvenuto difetto di interesse, dal momento che, nel frattempo, il ricorrente aveva ottenuto la cittadinanza italiana ed il bando impugnato aveva ormai perduto qualsiasi efficacia.

Per la particolare importanza del tema, la Corte di cassazione ha ritenuto che, di fronte ad contrasto di giurisprudenza fra giudici di merito in ordine alla interpretazione della normativa in questione, ricorressero le condizioni per pronunciare d’ufficio il principio di diritto, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c., nell’ambito della propria funzione di nomofilachia. La questione viene infatti ritenuta dalla corte nuova e relativa ad un settore nevralgico della vita sociale di molti giovani.

Esclusa una possibile interpretazione conforme della disposizione normativa, la Cassazione ha ritenuto quindi di dover sollevare una questione di costituzionalità, giudicando la stessa rilevante, in quanto la norma appare destinata a trovare applicazione in sede di legittimità ai fini della formulazione del principio di diritto, ai fini cioè di una regola di giudizio che, sebbene non influente nella concreta vicenda processuale, serve tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi.

Anche il requisito della pregiudizialità è ritenuto sussistente, dal momento che ove la questione fosse dichiarata non fondata dovrebbe ritenersi legittima l’esclusione degli stranieri, mentre in caso

---

(\*) Relazione al Convegno “Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale” (Roma 12 febbraio 2015), destinata, con alcune aggiunte ed integrazioni, agli *Scritti in ricordo di Paolo Cavalieri*.

<sup>1</sup> [Cass., ord. 1° ottobre 2014, n. 20661](#).



di incostituzionalità, ne seguirebbe la enunciazione, ad opera della Cassazione, di un principio di diritto di segno opposto, nel senso della sussistenza della discriminazione.

Un primo elemento che vale la pena di sottolineare – il quale, seppure di carattere generale, potrebbe anche aver esercitato una certa influenza sulla determinazione della Cassazione di proporre la questione di costituzionalità – è l'utilizzo all'evidenza improprio e fuori dai limiti riconosciuti o riconoscibili al potere interpretativo del giudice, dello strumento dell'interpretazione conforme da parte dei giudici di merito milanesi.

Tale conclusione risulta di tutta evidenza dalla semplice lettura della formulazione letterale dell'art. 3 d. lgs. 77/2002, secondo cui “sono ammessi a svolgere il servizio civile, a loro domanda, senza distinzioni di sesso, i *cittadini italiani*...”.

Una lettura della disposizione nel senso che la stessa ammetta al servizio anche gli stranieri risulta chiaramente più che una interpretazione, una sostanziale disapplicazione della medesima <sup>(2)</sup>, quasi un caso di scuola per indicare quando un giudice supera in maniera inammissibile il testo della legge, come correttamente hanno posto in rilievo sia la Corte di cassazione con l'[ordinanza](#) in discorso <sup>(3)</sup>, sia il Consiglio di Stato nel parere di cui si dirà tra un attimo.

Il comportamento dei giudici di merito, i quali sono pervenuti ad una inammissibile sostanziale disapplicazione della disposizione normativa, può essere in qualche misura giustificato dalla sovrapposizione fra due modelli di controllo delle leggi che, nel nostro Paese, è venuta a realizzarsi negli ultimi anni.

Accanto infatti al più risalente controllo accentrato, nell'ambito del quale al giudice viene riconosciuto il compito di “portiere” della Corte costituzionale, la progressiva realizzazione dell'ordinamento eurounitario ha dato luogo ad un controllo di tipo diffuso che riconosce al giudice la possibilità di disapplicare il diritto interno allorché questo si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

La vicenda che stiamo esaminando mostra in maniera particolarmente evidente tale sovrapposizione di modelli, che possono risultare applicabili anche allo stesso caso.

Nell'appena ricordato parere, il Consiglio di Stato <sup>(4)</sup> ha pure ritenuto l'art. 3 d. lgs. 77/02 non suscettibile di interpretazione conforme, ma sostenendo che lo stesso, in occasione della emanazione dei bandi per il servizio civile, deve essere disapplicato nella parte in cui limita l'accesso al servizio civile ai cittadini italiani, per contrasto con il diritto dell'Unione europea.

A parte ogni considerazione circa le ragioni poste dal giudice amministrativo a fondamento del suo parere <sup>(5)</sup>, non può farsi a meno di sottolineare come, qualora i giudici milanesi avessero fatto riferimento ai principi dell'Unione europea, anziché a quelli della nostra Costituzione, la disapplicazione della disposizione in questione sarebbe risultata, a giudizio del Consiglio di Stato, addirittura doverosa.

La stessa soluzione (disapplicazione), a seconda della motivazione e dei parametri di riferimento scelti dal giudice, risulta quindi suscettibile di passare da un caso di scuola di inammissibile superamento dei limiti riconosciuti al giudice comune nazionale ad un atteggiamento doveroso per lo stesso, quando indossa il cappello di “giudice eurounitario”.

---

<sup>2</sup> Nel senso che l'interpretazione appare “in stridente contrasto” con la lettera della legge interpretata, v. GORI, *Il servizio civile, i giudici comuni e l'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 482.

<sup>3</sup> La Cassazione ha infatti rilevato come l'interpretazione adeguatrice deve muoversi nel rispetto delle potenzialità obiettive del dato testuale e non può essere condotta oltre i limiti estremi segnati dall'univoco tenore della norma interpretata: “tale circostanza segna il ‘confine’, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (...). Nel caso in esame il dettato normativo (...) è, per l'appunto, univoco e si muove in una direzione opposta a quella – inclusiva, aperta e non discriminatoria – ritenuta possibile dal giudice del merito con la sua esegesi”.

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. II, 9 ottobre 2014, n. 1091, *Foro it.*, 2014, III, 701.

<sup>5</sup> Per le quali si può far rinvio alle convincenti osservazioni di DAL CANTO, *Il servizio civile nazionale e gli stranieri, tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2014, III, 707 ss.

2. *I presupposti della “incidentalità” e della “pregiudizialità” nell’accesso in via incidentale e la “irrelevanza” del richiamo alla “rilevanza”.*

Le mie riflessioni avranno ad oggetto non il merito, ma la ammissibilità della questione sollevata dalla Corte di cassazione, sia sotto l’aspetto della “pregiudizialità”, vale a dire la presenza nel giudizio principale di un *petitum* differente da quello oggetto del giudizio costituzionale, sia sotto quello della “incidentalità”, a proposito della possibilità di riconoscere nel procedimento per la pronuncia del principio di diritto i caratteri della giurisdizione, richiesti per la proposizione di una eccezione di costituzionalità attraverso la via incidentale.

Iniziando con un chiarimento circa il significato da attribuire ai termini utilizzati, la “incidentalità” indica la via di accesso alla Corte costituzionale da parte di un “giudice” il quale può in tal modo sottoporle un dubbio di costituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge, purché lo faccia nell’ambito di un “giudizio” e purché questo non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione del dubbio di costituzionalità (c.d. rilevanza).

Da ciò discende che la “rilevanza” risulta essere uno dei caratteri del giudizio incidentale, che ne determina la concretezza, ma che certamente non esaurisce la “incidentalità”, che risulta dalla presenza di altri e ulteriori caratteri e condizioni.

La “pregiudizialità” attiene invece più specificamente al rapporto che viene a porsi tra il giudizio comune ed il giudizio costituzionale.

Tale rapporto è stato, nel tempo e nelle varie “stagioni” percorse dalla nostra giustizia costituzionale, inteso in vario modo, nel senso di autonomia oppure di maggiore o minore dipendenza dell’uno dall’altro, soprattutto in ragione del prevalere di quella che viene indicata come l’“anima oggettiva” del giudizio incidentale, vale a dire l’esigenza di eliminare leggi contrarie a Costituzione oppure di quella indicata come l’“anima soggettiva”, ossia il fine di fornire tutela ai diritti fondamentali, garantiti dalla Costituzione.

Prevalendo la prima, il caso concreto è ritenuto strumentale alla questione di costituzionalità, mentre, prevalendo la seconda, è la questione di costituzionalità ad essere vista come strumentale al caso concreto.

Con riguardo alla pregiudizialità costituzionale, e prima che la Corte iniziasse a funzionare ed addirittura che fossero approvate le leggi di attuazione del 1953, Virgilio Andrioli aveva precisato come in questo caso si trattava di una pregiudizialità logica, ma non giuridica, “della quale manca l’elemento indefettibile dell’autonomia” ovvero “la possibilità di elevare la questione ad oggetto di giudizio *ab initio* autonomo, che nella specie non sussiste” (6).

Lo stesso rilievo viene, dopo oltre mezzo secolo, ripreso da Gustavo Zagrebelsky, il quale sottolinea la specificità della pregiudizialità costituzionale rispetto alla nozione ordinaria di pregiudizialità e sostiene che le questioni pregiudiziali vere e proprie hanno oggetto diverso tra giudizio pregiudicato e pregiudicante (tanto che possono svolgersi autonomamente), mentre la pregiudiziale costituzionale ha la caratteristica che la questione che ne è il contenuto non può porsi autonomamente, ma è sempre in funzione ausiliaria di altro giudizio. Si tratta di una pregiudizialità non occasionale, ma strutturale e necessaria (7).

Una prima conclusione che mi pare possa derivarsi fin da ora è che, con riguardo alla questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione con l’[ordinanza](#) da cui abbiamo preso le mosse, l’elemento della rilevanza, nelle sue diverse accezioni (8), risulta del tutto “irrelevante”, vale a dire non viene minimamente in considerazione in quanto nel nostro caso risulta all’evidenza sussistere (9), appare cioè *in re ipsa*.

---

6 ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale sulle leggi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1950, I, 36.

7 ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2967.

8 Per una loro puntuale ricostruzione v. L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012.

9 Diversamente si esprime DE SANTIS, *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare “ex officio” il principio di diritto nell’interesse della legge*, in *Foro it.*, 2014, I, 346.

In altri termini è assolutamente pacifico che la Corte di cassazione, per fissare il principio di diritto, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., dovrà necessariamente fare applicazione della normativa della cui costituzionalità dubita. Al proposito nessun peso svolge, almeno sotto l'aspetto della rilevanza, il fatto che questo giudizio si svolga in astratto e che la pronuncia della corte non abbia alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito. Non è questa infatti la nozione di concretezza cui risulta legata la nozione di rilevanza <sup>(10)</sup>.

A venire in considerazione, per valutare la ammissibilità della questione, sono invece gli altri due aspetti prima ricordati, vale a dire quello relativo alla “pregiudizialità” e l'altro alla “incidentalità”.

3. La “pregiudizialità”: l'indirizzo giurisprudenziale circa la necessità per il giudizio principale di un *petitum* distinto da quello del giudizio costituzionale e la incidenza sul medesimo della [sentenza n. 1 del 2014](#).

Il primo aspetto concerne la sussistenza nel giudizio principale di un *petitum* distinto da quello del giudizio costituzionale, che quindi non si esaurisca in esso.

Con riguardo alla necessaria pregiudizialità della questione di costituzionalità, la Corte ha infatti affermato che essa presuppone che il *petitum* del giudizio non coincida con la proposizione della questione stessa <sup>(11)</sup>, precisando che il giudizio *a quo* deve avere, da un lato, un *petitum* separato e distinto dalla questione di costituzionalità sul quale il giudice remittente sia legittimamente chiamato, in ragione della propria competenza, a decidere e, dall'altro, un suo autonomo svolgimento, nel senso di poter essere indirizzato ad una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è soltanto eventuale, per cui, affinché, pur in presenza della prospettazione della incostituzionalità di una o più norme legislative, quale unico motivo di ricorso dinanzi al giudice *a quo*, la questione possa essere ammissibile, occorre che sia individuabile, nel giudizio principale, un *petitum* che presenti i requisiti sopra indicati, sul quale l'autorità giudiziaria remittente sia chiamata a pronunciarsi <sup>(12)</sup>.

In assenza di tali condizioni l'eccezione “si presenta impropriamente come azione diretta contro una legge, dal momento che l'eventuale pronuncia di accoglimento di questa Corte verrebbe a concretare di per sé la tutela richiesta al rimettente e ad esaurirla” <sup>(13)</sup>

---

secondo cui l'art. 363, 3° comma, c.p.c. non si presterebbe a consentire il rinvio alla Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, in quanto la sua applicazione esclude ab origine l'esistenza di una controversia e quindi la rilevanza della questione, intesa come concreta utilità per le parti.

<sup>10</sup> In merito al rapporto tra concretezza e rilevanza nel giudizio costituzionale incidentale v., in maniera approfondita, DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI, ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, 145 ss.

<sup>11</sup> Di conseguenza ha dichiarato la manifesta inammissibilità di una eccezione di costituzionalità la quale risultava non preordinata all'applicazione di una norma necessariamente da applicare nel giudizio, ma esauriva immediatamente il *petitum* dello stesso, presentandosi quindi impropriamente come azione diretta contro la norma censurata, in quanto l'eventuale pronuncia di accoglimento avrebbe esaurito la richiesta nel giudizio *a quo*, non essendo possibile individuale, una volta venuta meno la norma censurata, quale provvedimento ulteriore avrebbe dovuto essere emesso dal giudice per realizzare la tutela della situazione giuridica fatta valere dal ricorrente ([Corte cost., ord. 23 maggio 2003, n. 175](#), *Giur. cost.*, 2003, 1373, con nota di CUPELLINI, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*).

<sup>12</sup> Così ad esempio [Corte cost. sent. 13 febbraio 2009, n. 38](#), *Foro it.*, 2009, I, 2617, con cui la Corte ha ritenuto la questione di costituzionalità priva del carattere di pregiudizialità, in quanto in presenza di una impugnazione diretta, ad opera dei ricorrenti, di norme legislative regionali, con esclusiva deduzione di vizi di legittimità costituzionale a tutela non già di propri interessi legittimi, presuntivamente lesi dal provvedimento amministrativo regionale, ma – per loro stessa ammissione – al solo scopo di far valere il generale principio della laicità dello Stato, nella sua accezione di principio costituzionale fondamentale, rilevando come la sollevata questione di costituzionalità esauriva immediatamente il *petitum* del giudizio principale e l'eventuale pronuncia di accoglimento sarebbe venuta a consumare *ex se* la tutela richiesta al giudice remittente, nella residua parte del processo principale, con la conseguenza di far mancare il carattere della incidentalità della questione, come prescritto dall'art. 23 l. 87/1953.

<sup>13</sup> Così [Corte cost., ord. 5 febbraio 1999, n. 17](#), in *Giur. cost.*, 1999, 148, con nota di DELLO SBARBA, *L'inammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale*.

Con riferimento a questa linea giurisprudenziale della Corte pare opportuno svolgere almeno due considerazioni, la prima delle quali per sottolineare, come esattamente è stato rilevato <sup>(14)</sup>, che le conclusioni cui essa perviene non sono tratte da specifiche disposizioni normative, ma sono al contrario frutto della stessa giurisprudenza costituzionale, la quale pare, tra l'altro, far riferimento più alla nozione "classica" di pregiudizialità che alle caratteristiche della pregiudizialità costituzionale.

La seconda osservazione concerne la incidenza che può derivarsi dalla recente [decisione n. 1 del 2014 sulla richiamata giurisprudenza. In tale pronuncia infatti la necessità della presenza di un distinto \*petitum\*](#) viene, almeno a parole, ribadita in una parte della motivazione, anche se nella sostanza difficilmente individuabile, come ha dimostrato la decisione con cui la cassazione ha provveduto a dare applicazione alla dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale del 2005 <sup>(15)</sup>.

Di maggior impatto la parte della motivazione, introdotta dall'espressione "per di più", attraverso la quale la Corte fonda invece le ragioni della ammissibilità sulla peculiarità ed il rilievo costituzionale del diritto fondamentale oggetto dell'accertamento. Il Giudice costituzionale afferma infatti che leggi quale quella elettorale, che definisce le regole essenziali per il funzionamento di un sistema democratico, non possono essere immuni dal sindacato della Corte, pena il determinarsi di una zona franca e quindi di un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato.

E' soprattutto facendo richiamo a quest'ultima parte della motivazione che si è parlato di un superamento del carattere pregiudiziale della questione e della conseguente modificazione del modello di controllo incidentale disegnato dal legislatore costituzionale e ordinario, attraverso la introduzione di una sorta di "azione popolare" <sup>(16)</sup>.

Nei modelli di giustizia costituzionale, ciò che caratterizza principalmente il giudizio in via incidentale e lo distingue dall'accesso diretto al Giudice costituzionale è la necessità per il primo di passare attraverso il filtro di un'autorità giudiziaria, la quale è chiamata a svolgere un primo esame della questione di costituzionalità proposta.

Il controllo di costituzionalità viene così ad essere, in qualche misura, ripartito tra due soggetti: il giudice *a quo* e la Corte costituzionale ed è in base a tale caratteristica che sistemi come il nostro sono comunemente inseriti tra i c.d. modelli "misti", in quanto accentrati, ma ad iniziativa diffusa e in una via mediana tra astrattezza e concretezza.

Per questo non può essere condiviso il giudizio di quanti ritengono che la [sent. n. 1 del 2014](#) abbia modificato le vie di accesso alla giustizia costituzionale e quella in via incidentale in particolare, essendo invece più appropriato parlare di una via di accesso (quella incidentale appunto) resa maggiormente "accessibile", senza stravolgerne i caratteri qualificanti, attraverso una interpretazione più elastica dei suoi presupposti <sup>(17)</sup>.

In questo senso potremmo dire "niente di nuovo sotto il sole", se guardiamo alla storia della nostra giustizia costituzionale nei suoi quasi sessanta anni di funzionamento. Basti pensare alla interpretazione delle nozioni di "giudice-autorità giudiziaria", di "giudizio" o di "rilevanza",

---

<sup>14</sup> REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, in *Riv. AIC*, 21 settembre 2013, n. 3.

<sup>15</sup> Cass. 4-16 aprile 2014, n. 8878, *Foro it.*, 2014, I, 3225, la quale, pur ribadendo ovviamente che l'accertamento della effettiva lesione del diritto di voto giuridicamente rilevante spetta solo al giudice di merito, giunge ad una conclusione totalmente già contenuta e derivata dalla [sent. n. 1/2014](#), nel senso che il diritto di voto è stato effettivamente leso nel periodo di vigenza della legge 270/2005 e che l'intervento della Corte può ritenersi pienamente satisfattivo per il futuro, avendo ripristinato la legalità costituzionale.

<sup>16</sup> Così G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 27 ss., secondo cui è del tutto evidente che il meccanismo costruito dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale è un'azione popolare, "qualunque elettore lo può usare e in tal modo ottenere, se ricorre la incostituzionalità, un rimedio di portata generale, che coinvolge tutti gli elettori".

<sup>17</sup> Parla di una via "semi-incidentale" BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via "semi-incidentale" sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D'AMICO, CATALANO (curr.), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, 27 ss.

diversamente intesa allorché si è trattato di dover giudicare sulle norme penali di favore oppure con riguardo ai giudizi cautelari.

Tornando ai possibili riflessi sul nostro caso, potremmo vedere le affermazioni contenute nella [sent. n. 1 del 2014](#) come un primo, importante segnale della volontà della Corte costituzionale di modificare la propria, finora consolidata, giurisprudenza in ordine alla necessaria presenza di un distinto *petitum* nel giudizio principale rispetto a quello costituzionale.

Infatti, come molto bene è stato posto in rilievo da Giorgio Repetto <sup>(18)</sup>, la necessaria differenza di oggetto pare richiamare una necessaria distinzione di competenza tra il giudice comune e la Corte costituzionale, espressione del prevalere di quella che abbiamo chiamato l'“anima oggettiva”.

Questa posizione, senza potermi dilungare in questa sede sul punto, parrebbe porsi in linea con la giurisprudenza costituzionale del primo periodo e molto meno con quella più recente certamente più orientata a valorizzare l'“anima soggettiva”.

A partire infatti dallo smaltimento dell'arretrato (1987-1989) e successivamente con l'affermazione della possibilità (1996), e poi dell'obbligo (1998), della interpretazione costituzionalmente conforme, è apparso evidente come la distinzione di competenza tra il giudice comune e quello costituzionale si sia progressivamente fatta sempre meno evidente e sempre maggiori siano gli spazi rilasciati al giudice comune, tanto che la Cassazione, in certi casi, ha come noto giudicato gli stessi financo eccessivi e non sopportabili dal giudice comune.

4. *Segue: la richiesta di un petitum separato allo scopo di evitare le “liti finte”. Le possibili risposte della Corte costituzionale alla questione sollevata.*

Una volta ritenuto che la necessaria differenza di *petitum* non è imposta da alcuna specifica disposizione normativa, ma frutto della giurisprudenza costituzionale, pare opportuno porsi la domanda di quali siano la *ratio* e le finalità perseguite attraverso tale giurisprudenza.

Per le ragioni appena dette lo scopo non può essere quello di evitare che si realizzino sostanziali ricorsi diretti al Giudice costituzionale, mentre parrebbe più convincente indicare lo stesso nell'escludere la possibilità di *lites fictae* <sup>(19)</sup>.

Certamente non sembrano porre problemi di sorta – nel senso che dovrebbero risultare certamente di nessun rilievo per l'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale – quelle che sono state definite liti finte “in senso lato” <sup>(20)</sup>, vale a dire allorché la lite è in realtà finta, ma tutte le forme processuali (interesse a ricorrere ecc.) sono state rispettate oppure nell'ipotesi in cui un soggetto si rifiuti di obbedire ad una legge ritenuta incostituzionale “provocando” così la sua applicazione nei propri confronti al solo scopo di poter poi chiedere al giudice di sollevare la questione di costituzionalità <sup>(21)</sup>.

La possibilità che la giurisprudenza costituzionale sulla necessaria differenza di *petitum* conduca ad una mancanza di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti coinvolti, era stata sottolineata già dai primi commentatori, tra cui Paolo Barile, il quale considerò paradossale la insindacabilità di tutte

---

<sup>18</sup> REPETTO, *Il divieto di fictio litis* cit.

<sup>19</sup> Analogamente REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità* cit.

<sup>20</sup> Per tale definizione v. DELLO SBARBA, *L'inaammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale* cit., 1301 ss., la quale distingue la lite finta in senso lato, da quelle “in senso sostanziale”, che ricorrono allorché una controversia, pur coinvolgendo interessi dei singoli, in realtà abbia come unica ragione quella di sollevare una questione di costituzionalità.

<sup>21</sup> Cfr. in proposito IMARISIO, *Lites fictae e principio di incidentalità: la dedotta incostituzionalità quale unico motivo del giudizio* a quo, in *Giur. it.*, 2001, 588 ss., il quale distingue l'ipotesi richiamata nel testo da quella di una legge direttamente lesiva di una posizione giuridica costituzionalmente tutelata di un soggetto, il quale si rivolge al giudice per chiedere tutela, previa dichiarazione di incostituzionalità della legge.



le leggi *in privos latae* e la paralisi della Corte costituzionale proprio quando l'illegalità commessa dal legislatore è maggiore perché colpisce direttamente i singoli <sup>(22)</sup>.

In ogni caso, se quella indicata è la finalità, potremmo chiederci a chi spetti in concreto vigilare in proposito, ossia controllare che non si tratti di liti finte e credo di condividere quanto scriveva in proposito lo stesso Barile, secondo cui “la competenza sull'incidentalità spetta al giudice *a quo*: la chiave della Corte costituzionale è nelle sue mani; aperta la porta della Corte, non può la Corte stessa richiuderla, così come non potrebbe aprirla contro la volontà del giudice *a quo*” <sup>(23)</sup>.

Questa conclusione è stata condivisa dieci anni dopo altresì da Aldo Mazzini Sandulli, il quale ha sostenuto che spetta al giudice risolvere il problema dell'accertamento della natura artificiosa del processo inscenato in vista della proposizione di una questione di legittimità costituzionale <sup>(24)</sup>, nonché più di recente da Zagrebelsky, secondo cui la valutazione dell'interesse ad agire è questione di giurisdizione comune e non costituzionale <sup>(25)</sup>.

Il controllo circa la esistenza di liti finte dovrebbe pertanto rientrare tra i compiti del giudice *a quo* nell'ambito del giudizio principale, mentre con riferimento al giudizio costituzionale la relativa problematica dovrebbe inserirsi in quella dei vizi del giudizio *a quo* e dei limiti della loro rilevanza da parte della Corte, limitata, per giurisprudenza costante, ai casi di palese evidenza.

Per tentare quindi una conclusione su questo primo aspetto relativo alla pregiudizialità, potremmo augurarci che la Corte costituzionale, anche sulla scia di quanto affermato nella [sentenza n. 1 del 2014](#) e prendendo atto della evoluzione dei rapporti tra giudizio comune e giudizio costituzionale, proceda ad un esplicito mutamento della propria giurisprudenza in ordine alla necessità di un distinto *petitum* <sup>(26)</sup>.

Più realisticamente credo sia da attendersi che la Corte costituzionale, anche in questo caso, sostenga che esiste un *petitum* distinto e proprio del giudizio principale, anche se nella specie l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge pare debba valere in sostanza a risolvere un conflitto che si è venuto a creare in giurisprudenza tra i giudici di Milano e quelli di Brescia in ordine alla “non manifesta infondatezza” della questione di costituzionalità dell'art. 3 d. lgs. 64/2001.

Per i primi infatti la norma si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza (anche se poi il contrasto è superato attraverso l'interpretazione conforme), per il secondo invece la scelta del legislatore di limitare i bandi per il servizio civile ai cittadini italiani dovrebbe ritenersi ragionevole.

La soluzione della questione di costituzionalità da parte della Corte costituzionale parrebbe risolvere ogni dubbio e potrebbe rappresentare una soluzione della quale la Cassazione non avrebbe altro da fare che prenderne atto e farne applicazione.

Sotto questo aspetto – ed a favorire una pronuncia di ammissibilità della Corte attraverso la individuazione di un distinto *petitum* – la [ordinanza](#) di rimessione, in maniera assai abile, distingue il piano dei rapporti tra legge e Costituzione (aspetto di competenza ovviamente del giudizio costituzionale) rispetto a quello dei rapporti tra legge e legittimità dei bandi per la selezione dei

---

<sup>22</sup> BARILE, *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1957, 679.

Secondo LENER-SALMÉ (*Foro it.*, 1983, I, 268) si dovrebbe ritenere che la carenza di un differente oggetto non è ravvisabile qualora l'asserita incostituzionalità costituisca l'unico fondamento giuridico della pretesa diretta a conseguire un diverso bene della vita.

<sup>23</sup> BARILE, *Competenza della Corte costituzionale* cit., 677.

<sup>24</sup> A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 5 ss.

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori* cit., 2972.

In senso contrario BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via “semi-incidentale”* cit., 32.

<sup>26</sup> Non convince invece la tesi sostenuta da ZAGREBELSKY (*La sentenza n. 1 del 2014* cit., 2967 ss.), il quale propone di distinguere a seconda che la questione sia sollevata d'ufficio dal giudice oppure ad istanza della parte, ritenendo che la distinzione di *petitum* possa valere solo nel primo caso, dal momento che l'esigenza di sottrarsi dall'obbligo di applicare una legge incostituzionale vale solo per il giudice e non per le parti. Nel caso di questione ad istanza di parte, il giudice funge solo da “filtro” ed allora perderebbe di significato la distinzione di oggetto, essendo sufficiente la titolarità del diritto di azione e la concretezza dell'interesse che è fatto valere.

volontari da impiegare in progetti di servizio civile in Italia e all'estero (aspetto che costituirebbe il distinto *petitum* del giudizio comune) <sup>(27)</sup>.

5. La “*incidentalità*”: la nozione di “giudizio” e la natura giurisdizionale del procedimento ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. La possibilità di una dichiarazione di ammissibilità “ai limitati fini” del giudizio costituzionale.

Il secondo aspetto concerne invece più propriamente la “*incidentalità*” o meglio un aspetto qualificante della stessa, quale quello della nozione di “giudice nel corso di un giudizio”.

Il dubbio concerne la possibilità di ritenere sussistente tale condizione nell’ipotesi del procedimento, attivato d’ufficio dalla Cassazione, per la pronuncia del principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi.

Nel corso del primo quindicennio di funzionamento la Corte costituzionale, ispirandosi al principio della massima espansione del controllo di costituzionalità, aveva ritenuto sufficiente allo scopo la sicura sussistenza dell’elemento soggettivo, cioè che la questione venisse sollevata da un soggetto qualificabile come “giudice”. Con ciò accogliendo la tesi avanzata in dottrina da Virgilio Andrioli, secondo cui il presupposto in base al quale riconoscere la legittimazione a proporre questioni di costituzionalità è che “la questione gli venga, per così dire, incontro nell’esercizio delle sue funzioni, quali che esse siano” <sup>(28)</sup>.

Appare evidente come, qualora la suddetta giurisprudenza fosse stata confermata anche negli anni successivi, nessun dubbio si sarebbe potuto nutrire circa la legittimazione della Corte di cassazione a sollevare questioni nell’ambito del procedimento ai sensi dell’art. 363 c.p.c.

A partire dal 1971 la Corte ha invece mutato giurisprudenza, richiedendo, accanto al requisito soggettivo, pure la condizione oggettiva dell’esercizio di funzioni giurisdizionali.

Oggi la giurisprudenza costituzionale è, come noto, consolidata nel ritenere che non è sufficiente il solo requisito soggettivo, in quanto l’intervento di un magistrato, di per sé solo, non è idoneo ad alterare la struttura di un procedimento ed a connotarlo per ciò stesso quale “giudizio”, restando escluso che ciò accada nel caso in cui tale intervento consista nello svolgimento di una funzione di carattere formale, per una finalità garantistica, e sia preordinato alla verifica della regolarità della documentazione necessaria per ottenere una determinata iscrizione ovvero per ordinarla d’ufficio. Affinché la questione possa ritenersi sollevata nel corso di un “giudizio”, l’applicazione della legge da parte del giudice deve essere caratterizzata da entrambi gli attributi dell’obiettività e della definitività, nel senso dell’idoneità (del provvedimento reso) a divenire irrimediabile attraverso l’assunzione di un’efficacia analoga a quella del giudicato, poiché è in questo caso che il mancato riconoscimento della legittimazione comporterebbe la sottrazione delle norme al controllo di costituzionalità.

Il problema quindi si risolve nel valutare se al procedimento *ex art. 363, 3° comma, c.p.c.* possa o meno riconoscersi natura giurisdizionale, come ritiene la Cassazione nella [ordinanza](#) di rinvio, dove si legge: “il primato della Costituzione rigida, assistito dal controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale implica che anche nell’esercizio della funzione giurisdizionale cui il giudice di legittimità può essere chiamato a norma dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. vi sia il potere-dovere di provocare l’incidente di costituzionalità” (corsivo aggiunto).

---

<sup>27</sup> Secondo DAL CANTO, *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare “ex officio” il principio di diritto nell’interesse della legge*, in *Foro it.*, 2014, I, 3450, si tratterebbe “di due oggetti sostanzialmente omogenei, ma formalmente ben distinti”.

In proposito si vedano, in termini generali, le osservazioni di IMARISIO, *Lites fictae e principio di incidentalità* cit., 591, secondo il quale nella lite finta accettata dalla Corte la finzione non concerne la posizione giuridica dedotta nel giudizio principale, ma l’oggetto del giudizio stesso, il quale sarà costituito sostanzialmente da una fonte normativa primaria, ma formalmente da un atto o provvedimento applicativo della stessa.

<sup>28</sup> ANDRIOLI, *Questioni d’incostituzionalità e affari non contenziosi*, in *Giur. cost.*, 1958, 403.

I dubbi in proposito potrebbero essere fondati, come rilevato da parte della dottrina processualcivilistica, sul rilievo che si tratta di un procedimento del tutto sganciato dalla composizione di interessi di parte e rivolto all'interesse pubblico alla corretta ed uniforme interpretazione della legge e non quindi alla risoluzione di una controversia e che concerne solo una stretta finalità nomofilattica e quindi un'attività rivolta solamente al futuro, senza alcun possibile riflesso sul provvedimento del giudice di merito.

Sulla base anche di questi rilievi, alcuni hanno qualificato come "paranormativa" la funzione nomofilattica esercitata dalla Cassazione attraverso il procedimento di cui all'art. 363 c.p.c., sollevando addirittura dubbi in ordine alla conformità dell'istituto all'art. 102, 1° comma, Cost. che assegna alla magistratura funzioni solo giurisdizionali e non normative <sup>(29)</sup>.

Secondo altri la modifica della disciplina, intervenuta nel 2006, la quale ha soppresso i riferimenti al "ricorso" ed alla "cassazione della sentenza", avrebbe rafforzato la tesi, già sostenuta in dottrina sulla base del vecchio testo, della natura non giurisdizionale dell'istituto, nel senso di un autonomo procedimento finalizzato solo all'esercizio della nomofilachia, quale funzione distinta che non può farsi rientrare in quella giurisdizionale, ancorché ad essa collegata <sup>(30)</sup>.

Altri ancora, pur senza esprimersi esplicitamente sulla natura del procedimento, hanno sottolineato l'ampia discrezionalità nell'utilizzo dell'istituto da parte della Corte di cassazione <sup>(31)</sup>.

Al di là della complessa questione della natura del procedimento ex art. 363 c.p.c., ampiamente discussa e controversa nella dottrina processualcivilistica, per le strette finalità del processo costituzionale mi pare opportuno sottolineare la possibilità, per il Giudice costituzionale, di ricorrere, come già accaduto in precedenti casi, ad una pronuncia di ammissibilità "ai limitati fini" del giudizio costituzionale.

In altre occasioni infatti la Corte costituzionale ha evitato di addentrarsi nella difficile analisi della natura giurisdizionale del soggetto rimettente, limitandosi ad affermarne la legittimazione, a prescindere dai possibili esiti di tale analisi.

Basti pensare al caso della stessa Corte costituzionale, autolegittimata a sollevare davanti a sé questioni di costituzionalità "a prescindere dalla possibilità di essere qualificata come 'autorità giudiziaria'" oppure al più recente caso della legittimazione degli arbitri nell'ambito dell'arbitrato rituale. In questa ultima occasione – forse allo scopo di non porsi in rotta di collisione con la giurisprudenza della Corte di cassazione, che aveva negato il carattere giurisdizionale dell'attività svolta dagli arbitri rituali, sostenendo che essi non svolgono funzione sostitutiva di quella del giudice ordinario, ma disimpegnano attività privata, nell'ambito di un procedimento ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale <sup>(32)</sup> – la Corte ha tenuto a precisare che le proprie osservazioni venivano svolte "ai limitati fini che qui interessano e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale" <sup>(33)</sup>.

Ragionando sulla vicenda oggetto di queste osservazioni, è stato sostenuto che la Corte dovrebbe abbassare lo scudo del "non possumus", facendo prevalere presunte ragioni formali sulla esigenza sostanziale del "rendere giustizia costituzionale", sul presupposto che "sono le regole processuali che

<sup>29</sup> Così AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, 151 ss.

<sup>30</sup> Cfr. REALI, *Principio di diritto nell'interesse della legge*, in Cipriani (cur.), *La riforma del giudizio di cassazione*, Padova, 2009, 331 ss.

<sup>31</sup> BARGIS, BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, 264 ss.; BRIGUGLIO, *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, Padova, 2009, vol. III/1, 110 ss.

<sup>32</sup> Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403 e 3 agosto 2000, n. 527/SU, *Foro it.*, 2001, I, 838.

<sup>33</sup> [Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376](#), *Foro it.*, 2002, I, 1648.

Da ultimo può essere segnalata la vicenda relativa alla possibilità di sollevare questioni di costituzionalità da parte del Consiglio di Stato nell'ambito del procedimento per la risoluzione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. La legittimazione è stata dapprima esclusa in ragione del carattere non giurisdizionale del giudizio espresso dal giudice amministrativo e successivamente ammessa, a seguito di una modifica in senso giurisdizionale della natura del giudizio. Per una ricostruzione della vicenda, v. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 51 ss.

si devono piegare alle (...) esigenze del diritto costituzionale sostanziale del ‘rendere giustizia costituzionale’ e non viceversa”<sup>(34)</sup>.

Senza poter riprendere quanto, anche di recente<sup>(35)</sup>, ho avuto modo di sostenere a proposito del significato e della natura vincolante, anche per la Corte, delle regole del processo costituzionale, mi limito a rilevare come interpretare, anche in maniera “creativa” quando il testo lo consenta, queste ultime alla luce delle esigenze sostanziali sottese al processo costituzionale è cosa assai diversa dal “piegare” le regole processuali alle esigenze sostanziali e la prima attività pertanto non può essere ritenuta una semplice specificazione della seconda.

Per questo, mentre ritengo di non poter condividere l’affermazione di Marco Ruotolo sopra riportata, considero invece corretto quanto sostenuto dallo stesso Autore, allorchè sostituisce, seppure sotto forma di specificazione, la necessità di “piegare” le norme processuali con la opportunità che queste “siano lette in funzione delle esigenze del diritto costituzionale sostanziale” e sostiene che “non si tratta (...) di mettere in discussione i ‘limiti’ previsti dalla normativa riguardante l’accesso in via incidentale alla Corte costituzionale, ma di essere consapevoli della possibilità di una loro diversa ‘lettura’ che tenga conto del segmento di storia (anche giurisprudenziale) che stiamo vivendo”<sup>(36)</sup>.

In conclusione penso che la Corte costituzionale, con riguardo alla questione di costituzionalità proposta dalla Cassazione nell’ambito del procedimento attivato ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c., possa giungere ad una pronuncia di ammissibilità sotto entrambi gli aspetti considerati (quello relativo alla “pregiudizialità” e quello concernente la “incidentalità”), utilizzando il proprio potere interpretativo delle regole del processo costituzionale, certamente più ampio di quello riconosciuto al giudice comune.

In sintesi in questo caso si tratta di un corretto “uso” del processo costituzionale e non, come invece in altri casi, di un “abuso” dello stesso<sup>(37)</sup>.

---

<sup>34</sup> 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 Riv. AIC 6 marzo 2015, n. 1, 7-8.

<sup>35</sup> ROMBOLI, *L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4/2015

<sup>36</sup> RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge* cit., 8

<sup>37</sup> Per le espressioni “uso” ed “abuso” delle regole del processo costituzionale v. PIZZORUSSO, *Usò ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in BESSONE (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 140 ss.

**Giovanna Spanò\***

***Il Conseil constitutionnel e la dottrina: spunti di riflessione offerti dalle [citazioni bibliografiche](#) presenti nei commentaires delle decisioni sui (Nouveaux) Cahiers du Conseil constitutionnel***

Il fine a cui mira il presente lavoro consiste nel ricercare, ove sussistenti, i contributi offerti dalla dottrina in relazione all'operato del *Conseil constitutionnel* francese. In questa sede, si cercherà di tratteggiare il dialogo virtuale instaurato, in tempi recenti, con il mondo accademico e, più in generale, con la dottrina. Sono stati, a questo scopo, analizzati i *commentaires* alle decisioni rese nel corso degli ultimi (quasi) tre lustri di attività, con l'obiettivo di verificare l'*an* e il *quomodo* di una potenziale influenza degli studiosi sui consiglieri. In un ordinamento di *civil law* la circostanza che un organo giurisdizionale elegga la dottrina ad uno dei parametri di riferimento per giustificare e motivare la *ratio decidendi* o semplicemente il sillogismo implicito in ogni decisione è assai rara. Con riferimento al *Conseil* francese, se mai tale circostanza possa rinvenirsi, l'aggettivo implicito è quello maggiormente consono a descrivere un dato ovvio, e cioè l'assenza di qualunque citazione nel corpo delle *décisions*. Considerazioni a sé possono e devono essere svolte, tuttavia, in relazione ai *Cahiers*, ormai "*nouveaux*" per inaugurare il quinquennio trascorso dall'entrata in vigore della QPC nell'ordinamento costituzionale, ovvero una rivista "quasi-ufficiale" edita (ormai) trimestralmente e concernente lo studio approfondito delle questioni di maggiore interesse scaturenti dai diversi oggetti delle decisioni. Pensati per rendere noto ai tecnici del diritto e ai giuristi lo "stato dell'arte" di alcune tematiche, non possono, ovviamente, assurgere al ruolo di veri e propri portavoce delle opinioni dei membri componenti il *Conseil*, nonostante sia evidente che la loro stessa provenienza non può non avere un qualche significato nel senso di indicare gli orientamenti dell'istituzione. Ciò che deve essere sottolineato, per quanto riguarda la nostra indagine, è la presenza, nei *commentaires*, di chiari influssi dottrinali, fenomeno che, nella sua novità, impone non soltanto una valutazione sostanziale ed empirica, ma anche una serie di operazioni definitorie in merito a ciò che possa intendersi per "dottrina", nonché all'*occasione* da cui scaturisce la sua menzione.

Preliminare ed irrinunciabile premessa di tale analisi risulta essere la scelta definitoria del concetto di "dottrina". La necessità è senz'altro più pragmatica che teoretica: in base a ciò che possa delinearsi come tale, infatti, il numero di interlocutori scelti, per autorevolezza o per conoscenza della materia "sul campo", può dilatarsi o restringersi notevolmente, consegnando, quindi, risultati piuttosto variabili, in base all'approccio eletto per la ricerca. Giova, allora, sin da subito evidenziare che, in [queste pagine](#), è stata adottata una concezione estensiva, facendovi rientrare, oltre agli studiosi più accreditati, tecnici e alti funzionari della Repubblica francese: non tutti gli autori citati, infatti,

---

\* Dottoranda in *Fundamental rights in the global society*, presso la *School of Advanced Studies*, Università di Camerino.



esercitano la professione di giurista a tempo pieno e il contributo di coloro che applicano il diritto *cotidie* è considerato altrettanto prezioso.

Il torno di tempo analizzato, che si protrae [dal 2000 fino a tutto il 2014](#), consente di cogliere alcune linee di tendenza non prive di interesse. In primo luogo, il progressivo incremento numerico delle citazioni parrebbe confermare una contestuale evoluzione qualitativa e quantitativa della dottrina richiamata e, dunque, presumibilmente del ruolo che quest'ultima assume in relazione ai *commentaires*. Le materie, in favore delle quali giunge "in soccorso" il supporto definitorio o esplicativo degli autori selezionati, evidenziano una peculiare eterogeneità, muovendosi tra le più classiche fino a toccare temi nevralgici e discussi nel dibattito giurisprudenziale (e dottrinale stesso): utilizzo di cellule staminali, ospedalizzazione psichiatrica senza consenso, proprietà intellettuale, diritto e diritti nella rete. Dagli *anciens droits* si passa attraverso i diritti cd. fondamentali per culminare in quelli di terza (e forse quarta) generazione. Si è notato, d'altronde, che non vi è una stretta equivalenza tra la pregnanza dell'argomento trattato e l'oggetto della decisione da cui origina il *commentaire*, potendo una questione, in ipotesi meno intricata e articolata, richiedere prese di posizione in senso definitorio anche piuttosto complesse. Allo stesso modo, non sempre si presenta rigoroso il collegamento tra la materia e la citazione dottrinale, trovando quest'ultima giustificazione, talvolta, in ordine a specificazioni di singole questioni, logicamente implicate dalla principale. Per quanto le QPC abbiano avuto un innegabile impatto sulla frequenza statistica con cui si rende necessario definire "meglio" o "di più" alcuni temi, è possibile notare come molti *commentaires* riguardanti decisioni di *questions prioritaires* ricerchino, spesso, un registro ancorato a dati piuttosto oggettivi, cercando, probabilmente, di raggiungere un grado maggiore di certezza della definizione *de qua* e limitando, se possibile, l'eccessiva discrezionalità che potrebbe derivare da uno studio più teorico che sostanziale. Le questioni prioritarie possono facilmente coincidere con temi di forte interesse generale ma, ciononostante, nel caso di specie, la locuzione diritti fondamentali-dibattito teorico non risulta così assodata. Si privilegia, insomma, un approccio meno propenso all'esegesi e alla divagazione analitica, a favore di un atteggiamento tutto rivolto a dare voce se non univoca, almeno unisona, alla questione. Il vero obiettivo, dunque, sembrerebbe quello di rendere un commento sistematico e organico poco incline all'astrazione. Come conseguenza di quanto affermato potrebbe darsi anche lo scrupolo avvertito quando entrano in gioco gli antichi vessilli dello stato sociale e di quello costituzionale di diritto, quali il diritto alla salute, il diritto-dovere al lavoro e l'*habeas corpus*, anche se altrettanta urgenza sembra sorgere in materie particolarmente settoriali e specialistiche (*i.e* diritto fallimentare, procedure espropriative per pubblica utilità, diritto tributario, diritto della navigazione, statuto delle autonomie locali e materia doganale), dovuta forse, in questo caso, alla tecnicità che le questioni medesime richiedono e che mal si presta a forzate interpretazioni.

Per ciò che concerne l'analisi circa l'*an* della presenza dottrinale, [è possibile riscontrare](#), come detto *supra*, un intensificarsi delle citazioni: da rari afflitti nel primo decennio del 2000, il 2011 ne serba un numero decisamente consistente, fino ad arrivare al biennio 2013-2014, in cui la novità pare diventare piuttosto una costante abitudine e una prassi acclarata. Non sempre i giuristi e gli studiosi sono stati citati (espressamente) all'interno dei *commentaires*, rinvenendosi, piuttosto, una forma di accettazione preventiva e una convalida, manifesta e successiva, "in tempi maturi". Questo passaggio da un velato pudore a una maggiore consapevolezza e volontarietà denota il carattere tutto *in fieri* del nuovo fenomeno, permettendo di cogliere abbastanza nitidamente una *climax* ascendente delle citazioni nel periodo a noi più vicino. Parallelamente, per caso o a ragione, i nomi degli autori conquistano un posto "in nota", accanto alle precedenti decisioni del *Conseil* stesso, ma anche a pronunce particolarmente decisive della Corte di cassazione e delle Corti sovranazionali. Che si tratti di definitiva consacrazione o, invece, di mera scelta stilistica nella redazione del *commentaire*, è interrogativo di ardua soluzione. Certo è che una (non) sottile differenza può ravvisarsi tra un "adde" nel corpo del testo, inserito *en passant* come approfondimento consigliato sulla questione e un preciso riferimento bibliografico posto a piè di pagina<sup>1</sup>.

[Le materie sulle quali si focalizza l'attenzione presentano contenuti variegati](#). È chiaro che queste non sono scelte dai membri del *Conseil constitutionnel* e risulterebbe, fuor di dubbio, improprio richiamare il fenomeno della *case selection*. Se una forma di selezione si può intravedere, essa si collocherebbe, piuttosto, nel momento in cui *si decide di non inserire* alcuna citazione dottrinale all'interno del commento alla decisione. Tentando di operare una sintesi, anche attraverso una lettura orientata alle categorie generali, emerge che la dottrina è invocata in questioni riguardanti il diritto amministrativo con una certa frequenza negli anni 2009, 2011, 2012 e 2014; ad analoghi esiti si giunge per il diritto civile, mentre la materia penalistica pare proporsi con una lieve prevalenza rispetto ai primi. Valutando il dato empirico più immediato e deducendo le *species*, gli oggetti delle decisioni sui cui si operano i "commenti" consistono in: misure di adattamento della giustizia alle evoluzioni della criminalità organizzata, autorità amministrative indipendenti, retroattività della legge penale più mite, i c.d. "*delits de bandes*", condotta sotto effetto di stupefacenti, *ivresse publique*, servitù amministrative, definizione del reato di incesto, diffamazione ed *exceptio veritatis*, matrimonio (anche tra persone dello stesso sesso) e disciplina testamentaria. La lista delle materie potrebbe, certamente, continuare ma evitando di stilare una sterile rassegna compilativa, pare più proficuo constatare come del diritto penale si tratti con pari interesse anche ciò che concerne il versante processuale e non solo sostanziale, così come ampio spazio è dedicato al diritto

---

<sup>1</sup> Non è forse da escludersi che questo passaggio possa essere messo in relazione alle diverse impostazioni seguite dai *secrétaires généraux*, che dei (*Nouveaux*) *Cahiers* sono i principali responsabili. Nel 2007, a Jean-Éric Schoettl, è succeduto, infatti, Marc Guillaume.

penitenziario, soprattutto per ciò che concerne lo *status* dei detenuti. Il *favor* verso le categorie protette si apprezza anche in relazione all'istituto matrimoniale, in cui specificazioni dottrinali sono chiamate a integrare alcuni punti del *commentaire* in riferimento ai soggetti incapaci e ai vizi della volontà. Si rileva, anche dalle citazioni, l'ondivago atteggiamento del *Conseil* che dapprima esprime un netto divieto verso i matrimoni *same-sex* nel 2011 per poi aprire uno spiraglio nel 2013. La dottrina in materia è assai vasta, potendo aggiungere anche il dato (per la verità abbastanza ripetuto) di un ricorso maggiore a "saggi" e ad articoli accademici piuttosto che a definizioni *tout court* manualistiche. Ciò potrebbe essere foriero di un'osservazione complementare: parrebbe insomma che il *commentaire* ricerchi definizioni in situazioni ancora "in corso d'opera", piuttosto che fornirne una che valga perentoriamente per tutte nel rappresentare l'oggetto della *querelle*. Di una vasta gamma di posizioni teoriche, insomma, non se ne privilegia alcuna, offrendo un ventaglio di opzioni che, con qualche anno e definizioni in più, potranno magari affermarsi su altre.

Argomentazioni diverse devono essere illustrate, infine, in ordine a precise questioni che, volutamente, si tenta di analizzare separatamente per sottolineare l'ancora diverso atteggiamento scorto nei *commentaires*. In particolare, si tratta delle materie afferenti al diritto tributario e alle nuove frontiere verso cui i diritti fondamentali sono spinti, nell'ottica, chissà, di un superamento e ripensamento. In quest'ultimo senso può essere letto l'insieme delle posizioni dottrinali registrate in materia di proprietà intellettuale, nonché di diritti e doveri nella rete. Proprio in relazione a ciò, si noterà, come l'era di internet ponga una congerie di questioni irrisolte, in cui, sovente, le tematiche "pure" del diritto si confondono e si mescolano a un *quid novum*, spronate e incoraggiate dalla magmatica evoluzione della realtà contemporanea: dalla responsabilità dei fornitori di siti internet, all'urgenza di preservare e riconoscere *in nuce* una forma di diritto all'oblio, fino a un'estensione del concetto dei reati compiuti a mezzo stampa. Nel 2009, ad esempio, si evidenziano citazioni dottrinali in un *commentaire* relativo a una decisione concernente le misure di sviluppo e protezione della proprietà intellettuale in rete, mentre in uno del 2010 l'ausilio degli studiosi è invocato per esaminare un puro problema inerente al diritto dell'informatica e, più precisamente, quello riguardante i nomi e i domini. Analoga esigenza si avverte in un *commentaire* del 2011, in cui si analizzano i profili penalistici correlati alla libertà di manifestazione del pensiero *online*, mentre il 2014 ci consegna la problematica afferente al reato di divulgazione e conservazione dei dati sensibili, nonché, nuovamente, lo sfruttamento telematico della proprietà intellettuale. Scorrendo le altre materie enucleabili, il diritto tributario e quello fiscale si presentano con insistenza soprattutto a partire dal 2011 e la medesima considerazione può essere azzardata per il ripetersi e il riproporsi dei problemi legati alle procedure espropriative, talvolta evidenziando la componente indispensabile del giusto indennizzo, talaltra occupandosi il *commentaire* di spiegare la procedura *stricto sensu* connessa a

situazioni d'urgenza. Per chiosare l'elencazione delle materie in cui le citazioni risultano maggiormente ricorrenti, non ci si può esimere dal compiere un rapido *excursus* di alcune questioni che, *sic et simpliciter*, faticano ad essere inserite in categorie (eccessivamente) generali, vuoi per la particolarità di esse, vuoi per l'unicità del loro presentarsi. Si segnalano, quindi, il *commentaire* contenente un riferimento dottrinale relativo al diritto d'asilo, in una ormai vetusta decisione del 2003 e un altro relativo al c.d. *pacte budgétaire* nel 2012, sebbene il diritto comunitario fosse già stato tenuto in considerazione nel 2003 e successivamente nel 2013, in ordine al mandato di arresto europeo. Procedendo, si segnala il *commentaire* di una decisione del 2013 riguardante discusse questioni di bioetica o di biodiritto, quali la ricerca sulle cellule embrionali, affrontate, a onor del vero, già nel 2012, a proposito del prelevamento di cellule staminali. Conclusivamente, degno di nota è il commento occasionato da una decisione nella quale "si discute" di laicità. Esso si distingue, in primo luogo, per la quantità di citazioni dottrinali, contandone all'incirca 35 e permette di riconfermare l'attenzione mai sopita verso tale delicato argomento. Secondariamente, abbondano le fonti provenienti dal mondo accademico e da esponenti della classe politica, essendo il massimo impegno profuso nel mostrare ciascun aspetto nella sua poliedricità, per via della quale ogni problematica ne ingloba in sé una miriade di ulteriori, in una sorta di effetto a "cascata"<sup>2</sup>.

A questo punto dell'analisi è opportuno "esplicitare" alcuni nomi degli studiosi più frequentemente richiamati o di soggetti particolarmente autorevoli in determinati campi del sapere (non solo relativi al diritto, peraltro). Tra i classici, nell'ambito di interesse del diritto amministrativo, si segnalano René Chapus<sup>3</sup>, Yves Gaudemet<sup>4</sup>, Marcel Waline<sup>5</sup> e De Laubadère<sup>6</sup>; per quanto concerne la disciplina penalistica, invece, attuali e indiscussi riferimenti sembrano essere Henri Angevin, il manuale curato da Desportes e Le Gunehec, Albert Maron, sebbene non difetti la menzione di un classico come il *traité de droit criminel* di Merle e Vitu. Parimenti, come rappresentati più autorevoli della dottrina *lato sensu* civilistica, vengono citati classici quali Gerard Cornu e Jean Carbonnier, mentre tra i contemporanei si evidenziano i nomi di Serge Guinchard (in particolare per la procedura civile), il lavoro congiunto di Terré e Simler, Philippe Malaurie, e Jean Hauser (quest'ultimo per il diritto di famiglia). Nel settore del diritto commerciale e delle società, spiccano i lavori di Paul e Philippe Didier nonché quelli di Cozian, Viandier, Deboissy con il loro *Droit des sociétés*. Diverse le citazioni

---

<sup>2</sup> Per fare degli esempi, dalla storia della laicità francese al suo concetto giuridico, si esplorano tutte le implicazioni teoriche e sostanziali della nozione con il pluralismo, la democrazia, il principio d'uguaglianza, la tradizione e l'innovazione, nonché le sue evoluzioni.

<sup>3</sup> "*Droit administratif général*", tome 2, Paris, Montchrestien, 2001, 15e édition ; "*Droit du contentieux administratif*", Montchrestien, 13ème éd., 2008, n° 624.

<sup>4</sup> "*Traité de droit administratif, t2, Droit administratif des biens*", 13e éd. LGDJ 2008, n° 562 ; "*Droit administratif des biens*", in *Traité de droit administratif*, t. 2, 14ème éd., LGDJ, 2011, n° 846 ; "*La gratuité du domaine public*", in *Mélanges en l'honneur de M. le professeur Paul Marie Gaudemet*, Economica, 1984.

<sup>5</sup> "*Traité de droit administratif*", Sirey, 9e éd., 1963 ; "*La ratification législative des décrets*", RDP 1957.

<sup>6</sup> "*Traité élémentaire de droit administratif*", 2e éd., 1957.

in materia di diritto dell'informatica, diritto della rete e *media*, di cui si occupano Jean Frayssinet, Féral-Schuhl e Sardain; un contributo si registra, inoltre, da parte di Beigner, de Lamy e Dreyer. Non rimane nell'ombra il diritto costituzionale, in generale, e parlamentare, in particolare, potendosi segnalare, tra l'altro, la presenza di opere contemporanee come il manuale di diritto parlamentare di Avril e Gicquel e gli studi di Bertrand Mathieu. Nomi illustri di cui merita accennare la "presenza" sono, certamente, quelli di Jean-Étienne-Marie Portalis, François-André Isambert<sup>7</sup>, Lucien Peytraud, Emile Durkheim<sup>8</sup>, Joseph Chailley-Bert, nonché Eugène Pierre, Maurice Hauriou, Giard e Brière<sup>9</sup>. Non è forse scontata la menzione di (ex) membri del *Conseil*, ma soprattutto dei precedenti *secrétaires généraux* Bruno Genevois, Olivier Schrameck, Jean-Éric Schoettl e Marc Guillaume (appena sostituito da Laurent Vallée). Si è tentato di evitare, anche in questo caso, di (s)cadere nella tentazione di uno schematico elenco, optando per una sintesi paradigmatica più che per una certosa annotazione (a detrimento, senza dubbio, di molti altri autorevoli nomi).

La stragrande maggioranza degli autori citati è, ovviamente, francese; tra gli stranieri, non certo numerosi, chiamati in causa, si rilevano contributi resi in "contesti" francesi e scritti in lingua francese o comunque tradotti. Tra questi, a titolo esemplificativo, possono menzionarsi Chaïm Perelman, e i contemporanei Jan E. Goldstein, José Luis de La Cuesta e Gustavo Zagrebelsky. Senza voler tacciare i *commentaires* di scarsa esterofilia, sembra da evidenziare una netta preferenza e un orgoglio tutto francese per le proprie menti e i propri studiosi.

E per il futuro? Quale sarà il percorso scelto dal *Conseil* è difficile da prevedersi. Se ci si dovesse basare esclusivamente sul dato empirico, il *trend* dovrebbe essere quello di un potenziale aumento proporzionale e inesorabile del fenomeno delle citazioni nel corso degli anni. Si tratta di comprendere se la prassi si sia trasformata in consuetudine o se, invece, vedrà un riassorbimento. Restiamo, dunque, in attesa di ulteriori sviluppi.

---

<sup>7</sup> "Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789", Tome XIX, insieme con Decrusy, Taillandier, Belin-Le Prieur 1827.

<sup>8</sup> "De la division du travail social", Livre Ier, chapitre II.

<sup>9</sup> "Éléments de droit public et administratif", 1910.



**Tavola sinottica delle citazioni dottrinali nei *commentaires* delle decisioni contenuti nei  
(Nouveaux) Cahiers du Conseil constitutionnel (2000-2014)**

**-2002**

• Décision du 22 mai 2002 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et l'association DÉCLIC.

- **Chapus, « Droit du contentieux administratif », n° 576, 2°.**

**-2003**

• Décision n° 2003-485 DC du 04 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

- **Michel Combarrous in « La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, 50 ans après », Bruylant, 2001 (p. 386 et suiv.) ».**

• Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

- **« Schengen et Maastricht », revue française de droit administratif, n° 2, 1992.**

**-2004**

• Décision n° 2004-506 DC du 02 décembre 2004, Loi de simplification du droit.

- **Marc Fornacciari, « Une nouvelle forme de partenariat public privé : les contrats de partenariat », Lettre d'actualité de droit général des affaires, Cabinet Jeantet et associés - octobre 2004].**

- **Dossier consacré aux PPP par la Semaine juridique JCP, n° 48, 24 novembre 2004.**

• Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

- **Guillaume Drago, « La nécessaire consécration constitutionnelle d'un pouvoir fiscal des collectivités territoriales », Mélanges Jacques Moreau, Economica 2002.**

- **Robert Hertzog « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », AJDA, 24 mars 2003.**

• Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

- **commentaire approuvé des Professeurs Avril et Gicquel dans leur chronique constitutionnelle française parue dans le numéro 8 de «Pouvoirs » en 1978.**

• Décision n° 2004-492 DC du 02 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

- **Henri Angevin, Jurisclasseur pénal, fascicule mis à jour au 1er juillet 2000, paragraphes 12 à 60.**

**-2005**

• Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, Loi relative à la création du registre international français.

- **G. Apollis, " L'emprise maritime de l'Etat côtier ".**

- **R. Rodière, " Droit maritime ", Dalloz 1996 (12ème éd.) p. 64.**

- **L. Lucchini et M. Voelckel, " Droit de la mer ", Pedone 1990 p. 285.**

• Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

- **Pierre Avril et Jean Gicquel, Droit parlementaire, Ed. 1996, page 157.**

**-2006**

• Décision n° 2006-542 DC du 09 novembre 2006, Loi relative au contrôle de la validité des mariages.

- **Bruno Genevois**, *RFD adm.* 9, sept.-oct. 1993, p. 877.
  - Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances.
  - **J.E. Schoettl**, " *La législation anti-terroriste à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité* ", Gazette du Palais du 5 au 7 février 2006.
- 2007**
- Décision n° 2007-209 L du 24 mai 2007, Nature juridique de certaines dispositions du code rural et de la loi n° 91-1407 du 31 décembre 1991 modifiant et complétant les dispositions du code rural.
  - **Bruno Genevois**, « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs* », Ed. STH, 1988, n° 155.
  - Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.
  - **Jean-Jacques Dupeyroux**, « *Les lois peuvent-elles pénaliser financièrement l'exercice d'un droit ?* », *Le Monde*, 30 juin 1987.
  - Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.
  - **Bruno Genevois**, « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel* », STH, 1988, n° 111 .
  - **Jean-Eric Schoettl** « *La ratification du « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » appelle-t-elle une révision de la Constitution française ?* », In *Petites affiches* – 29 novembre 2004 – n° 238, p. 22.
- 2009**
- Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010.
  - **Conférence des experts sur la contribution climat et énergie présidée par M. Michel Rocard**, *Rapport de la Conférence des experts et de la table ronde sur la contribution Climat et Énergie*, 28 juillet 2009.
  - **Rapport de la commission présidée par M. Alain Quinet**, *La valeur tutélaire du carbone*, Centre d'analyse stratégique, La documentation française, mars 2009.
  - **Conférence des experts sur la contribution climat et énergie présidée par M. Michel Rocard**, *Rapport de la Conférence des experts et de la table ronde sur la contribution Climat et Énergie*, 28 juillet 2009, p. 3.
  - Décision n° 2009-588 DC du 06 août 2009, Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.
  - **Ferdinand Mélin-Soucramanien**, contribution publiée dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 12 (2002).
  - Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.
  - **Commission de concertation présidée par M. Gérard Larcher**, *Les missions de l'hôpital, rapport au président de la République, au Premier ministre et au ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative*, Paris, La documentation française, avril 2008.
  - Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.
  - **Mattias Guyomar** *Les Petites Affiches*, 12 janvier 2006, n° 9, p. 7.
  - **F. Desportes et F. Le Gunehec**, *Droit pénal général*, Economica, 14e édition, § 526.
  - **Jean Frayssinet**, *Légipresse*, 2004 (216), p. 119 -123.
  - Décision n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

- « Groupe de travail interministériel présidé par M. Dieudonné Mandelkern, *La qualité de la réglementation*, Paris, La documentation française, 2002.
- Groupe de travail présidé par M. Bruno Lasserre, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Paris, La documentation française, 2004.
- *La Constitution*, Paris, Le Seuil, Points, 2009, p. 163.
- Décision n° 2009-215 L du 12 février 2009, Nature juridique de dispositions de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion.
- Conseil d'État, « Les autorités administratives indépendantes », *Rapport public 2001, Études et documents n° 52*, 2001, page 302.
- Olivier Schrameck, « Décision n° 95-177 L du 8 juin 1995 », *L'Actualité juridique Droit administratif*, 20 juillet-20 août 1995, page 519.
- 2010
- Décision n° 2010-76 QPC du 03 décembre 2010, M. Roger L. [Tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS)].
- P.-Y. Verkindt, « Les droits de la défense dans le contentieux de sécurité sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, 2004, p. 406 .
- Décision n° 2010-74 QPC du 03 décembre 2010, M. Jean-Marc P. et autres [Rétroactivité de la loi pénale plus douce].
- M. Guy Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix. Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce, rapport au ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, octobre 2004, p. 55.
- Bertrand Mathieu et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris Dalloz, Grandes Délibérations, 2009, pp. 377 et 397.
- Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement].
- Gladys Swain, in *Le sujet de la folie : naissance de la psychiatrie*, Calmann-Lévy, 1997.
- Jan Goldstein, *Consoler et classier, l'essor de la psychiatrie française*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, 1997, p. 360.
- *Rapport sur les problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement*, IGA, IGPN, IGGN, mai 2004, n° 04-023-01.
- T. Fossier, « Contrôle de légalité et responsabilité en matière d'internement des aliénés : le désordre des deux ordres ? », *RDSS* 2005, 450.
- C. Landais et F. Lenica, commentaire de la décision du CE du 1er avril 2005, *Chron. AJDA* 2005, 1231.
- Décision n° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, M. Claude F. [Communication d'informations en matière sociale].
- A. Cerf-Hollender, « *Travail dissimulé* », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2007, n° 97.
- Décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010, M. Thibaut G. [Confiscation de véhicules].
- F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *Economica*, § 281.
- Décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie [Représentativité syndicale].
- J.-E. RAY, *Droit du travail, doit vivant*, Éditions Liaisons, 2006/2007, p. 405-406.
- Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, M. Pierre B. [Mur mitoyen].
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri-Capitant, Vo Mitoyenneté.

- **G. Paisant**, *JurisClasseur Civil Code*, Art. 653 à 662, Fasc. 10, Servitudes, « Notion de mur mitoyen ».
- **P.-A. Fenet**, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XI, 1827, p. 308, par Berlier.
- **Ch. Atias**, *Droit civil. Les biens*, n° 535.
- **H. Capitant**, « La mitoyenneté et les nouveaux matériaux de construction », *D.H.* 1929, chron. p. 81.
- **G. Goubeaux**, note sous Civ. 3e, 8 mars 1972 : *JCP* 1972, II, 17248.
- **G. Liet-Veaux**, «Un anachronisme : la mitoyenneté des murs », *JCP* 1966, I, 1991.
- **J.-F. de Montgolfier**, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée », cycle de conférences de l'ordre des avocats aux conseils, 18 novembre 2009, in *Justice et cassation*, Dalloz, 2010, p. 259 et s.
- **G. Paisant et L. Tranchant**, *JurisClasseur Civil Code*, Art. 653 à 662, Fasc. 20, Servitudes, « Régime juridique de la mitoyenneté des murs », n° 3.
  - Décision n° 2010-58 QPC du 18 octobre 2010, PROCOS et autres [Taxe sur les surfaces commerciales].
  - « fascicule des *Voies et moyens*, annexé au projet de loi de finances pour 2010, tome I, p. 39 ».
  - Décision n° 2010-57 QPC du 18 octobre 2010, Société SITA FD et autres [Taxe générale sur les activités polluantes].
  - **Robert Hertzog**, « La taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) : un revirement dans la fiscalité de l'environnement », *Droit et Ville*, n° 47, 1999, p. 115.
    - Décision n° 2010-42 QPC du 07 octobre 2010, CGT-FO et autres [Représentativité des syndicats].
  - **DARES**, *Mythes et réalités de la syndicalisation en France, premières informations, premières synthèses*, octobre 2004.
  - Décision n° 2010-45 QPC du 06 octobre 2010, M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet].
  - **F. Sardain**, « *Noms de domaine* », *Jurisclasseur Communication*, fasc. 4660, avril 2009, n° 4.
  - **G. Loiseau**, « Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », *D.* 1999, p. 245 ; « Protection et propriété des noms de domaine », *D.* 2001, p. 1379.
  - **Ch. Caron**, « À la recherche de la nature juridique du nom de domaine », *CCE* 2001, comm. n° 60.
  - **J. Larrieu**, *Droit de l'internet*, Ellipses, 2005, p. 33.
  - **A. Mendoza**, *Les noms de l'entreprise*, PUAM, 2003, n° 158.
  - **A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet**, *Droit de l'informatique et de l'internet*, Puf, 2001, n° 638.
  - **J.-C. Galloux**, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2003, n° 1379.
  - **C. Féral-Schuhl**, *Cyberdroit*, Dalloz, 2000, p. 220.
  - **F. Sardain**, fasc. préc., n° 92 et s.
  - Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, M. Samir M. et autres [Retenue douanière].
  - **Sébastien Rideau Valentini** : « Les droits de la défense en matière douanière », *AJ Pénal*, n° 5/2009, mai 2009, p. 206.
    - Décision n° 2010-24 QPC du 06 août 2010, Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres [Cotisations sociales des sociétés d'exercice libéral].
  - **Mme Anne Courrèges**, conclusions sous Conseil d'État, 14 novembre 2007, n° 293642, *Revue de jurisprudence sociale*, n° 4/0, 2008, p. 283.
  - Décision n° 2010-20/21 QPC du 06 août 2010, M. Jean C. et autres [Loi Université].
  - **B. Teyssié**, entretien in *JCP G*, 2007, I, 183.
  - **A. Legrand**, « La démocratie de délégation, un pari pour l'université », *AJDA* 2007, p. 2135.





- Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.
  - **Anne Levade (dir.)**, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité en Europe*, CERCO-CDE EA n° 3485, 2007.
- Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.
  - **Hubert Lesaffre**, « De la constitutionnalité du délit de bandes », *Les Petites affiches*, 7 août 2009, p. 8.
- 2011
- Décision n° 2011-204 QPC du 09 décembre 2011, M. Jérémy M. [Conduite après usage de stupéfiants].
  - **B. Laumon, B. Gadegbeku, J.-L. Martin**, *Stupéfiants et accidents mortels, Analyse épidémiologique*, OFDT, avril 2011, p. 29-30. Étude consultable sur le site de l'Observatoire français des drogues et des toxicomanies ([www.ofdt.fr](http://www.ofdt.fr)).
- Décision n° 2011-641 DC du 08 décembre 2011, Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.
  - **Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard**, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, rapport au garde des sceaux*, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008
- Décision n° 2011-203 QPC du 02 décembre 2011, M. Wathik M. [Vente des biens saisis par l'administration douanière].
  - **E. Camous**, « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique éparpillé », *Droit pénal* n° 2, février 2010, étude 5, n°19.
- Décision n° 2011-201 QPC du 02 décembre 2011, Consorts D. [Plan d'alignement].
  - **Yves Gaudemet**, *Traité de droit administratif, t2, Droit administratif des biens*, 13e éd. LGDJ 2008, p. 291, n° 562.
  - **N. Foulquier**, « La procédure d'alignement à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, n°51, 18 décembre 2006, 1311, n°7.
  - **Dimitri Lavroff**, « Domaine de la commune (Biens affectés à l'usage du public), janvier 2010 in *Répertoire Dalloz Droit immobilier*, n°296.
  - **Maurice Hauriou**, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4e éd., 1900, p.655.
  - **M.-O. Avril et J.-F. Joye**, « Voiries routières-alignement », *Jurisclasseur Géomètre Expert – Foncier*, fasc.50, n°89 et s.
  - **Yves Gaudemet**, *op.cit.*, p. 292, n°564.
  - **Dimitri Lavroff**, « Domaine de la commune (Biens affectés à l'usage du public), art.préc., n°298.
  - **Christophe Guettier**, *Droit administratif des biens*, PUF, coll. Thémis, p. 94, n° 138.
- Décision n° 2011-200 QPC du 02 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire].
  - **M. Guyomar**, « Article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme. La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque et droit* n° 127, sept.-oct. 2009, p. 3 et s., spéc. p. 8.
- Décision n° 2011-198 QPC du 25 novembre 2011, M. Albin R. [Droits de plaidoirie].
  - **Jean-Michel Darrois**, *Vers une grande profession du droit, rapport au président de la République*, Paris, La documentation française, avril 2009, p. 114.

- Décision n° 2011-193 QPC du 10 novembre 2011, Mme Jeannette R, épouse D. [Extinction des servitudes antérieures au 1er janvier 1900 non inscrites au livre foncier].
  - **Éric Sander**, « Le sort des servitudes foncières conventionnelles publiées avant le 1er janvier 1900 à l'ère de l'informatisation du livre foncier », *Revue du droit local*, mars 2000, p. 28.
  - **François Terré, Philippe Simler**, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 8e éd., 2010, n° 865.
  - **Éric Sander**, « Le sort des servitudes foncières conventionnelles publiées avant le 1er janvier 1900 à l'ère de l'informatisation du livre foncier », *Revue du droit local*, mars 2000, p. 28.
- Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense].
  - **Bertrand Warusfel**, *Le secret de la défense nationale. Protection des intérêts de la Nation et libertés publiques dans une société de l'information*, thèse, université de Paris V, 1994, pp. 9 et s.
  - **Marc-Antoine Granger**, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 138, 2011, pp. 71 et s.
- Décision n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, M. Pierre T. [Servitude administrative de passage et d'aménagement en matière de lutte contre l'incendie].
  - **Pierre Sablière**, « La décision du Conseil constitutionnel du 13 décembre 1985 : vers une théorie générale des servitudes administratives? », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1986, p. 109.
  - **Jean Dufau**, « "L'amendement Tour Eiffel" et le régime des servitudes administratives », *La Semaine juridique, Éd. G.*, 1986, 3237.
  - **Gilles Godfrin**, « Servitudes civiles et servitudes administratives : des relations complexes », *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme*, 3/2010, p. 162.
- Décision n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011, Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent].
  - **S. Théron**, « Réflexion autour d'une institution singulière : l'infirmier psychiatrique de la Préfecture de police de Paris », *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 1061.
- Décision n° 2011-172 QPC du 23 septembre 2011, Époux L. et autres [Accès aux propriétés privées pour l'étude des projets de travaux publics].
  - **Recueil Duvergier 1892**, p. 415-423.
  - **René Chapus**, *Droit administratif général*, tome 2, Paris, Montchrestien, 2001, 15e édition, p. 627.
  - **G. Advenier**, « Des modalités d'application de la loi du 29 décembre 1892 sur l'occupation temporaire en matière de travaux publics », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1957, p. 71-77.
- Décision n° 2011-167 QPC du 23 septembre 2011, M. Djamel B. [Accident du travail sur une voie non ouverte à la circulation publique].
  - **G. Viney**, « De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation qui est en même temps un accident du travail », *D.* 1989, chron. p. 231.
- Décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne].
  - « *Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ?* », *Forum des droits sur internet*, Recommandation du 8 juillet 2003.
  - **B. Beigner, B. de Lamy et E. Dreyer**, *Traité du droit de la presse et des médias*, LGDJ, 2009, § 1121.

- **J. Francillon**, «Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)», *Revue de science criminelle*, 2010 p. 635-640.
- **E. Dreyer**, « Droit de la presse et droits de la personnalité », *Dalloz*, 2011, p. 780 ; voir également « Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers », *Dalloz*, 2010, p. 2206-2210.
- **P. Chaumont, A. Leprieur, E. Degorce**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Chambre criminelle », *Dalloz*, 2010, p. 1663 s.
- **B Beigner, B. de Lamy, E. Dreyer**, *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis, 2009, § 1121.
- **F. Desportes et F. Le Gunehec**, *Droit pénal général*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 2009, p. 432.
  - Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux].
- **C. Estrosi**, *Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? Mission parlementaire*, La Documentation française, juillet 2005, p. 42-43.
- **S. Detraz**, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gazette du palais*, 4 mars 2010, n° 63, p. 10.
- **A. Montas et G. Roussel**, «La pénalisation explicite de l'inceste, nommer l'innommable», In *Archives de politique criminelle*, n° 32, 2010, p. 301.
- **I. Corpart**, « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le code pénal », *Revue juridique personnes et familles*, n° 6, juin 2010, p.10.
  - Décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, M. Jean-Jacques C. [Attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire].
- **Bénabent**, « Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la CEDH ? », *Recueil Dalloz*, 2001, 1036.
- **A. Cheynet de Beaupré**, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP* 2005, I, 144, spéc. n° 26 et s.
  - Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, Association pour le droit à l'initiative économique [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales].
- **Th. Renoux et M. de Villiers** (dir.), *Code constitutionnel*, Litec, 2011, p. 35.
- **G. Carcassone**, *La Constitution*, Le Seuil, Points Essais, 2009, p. 427.
- **Régis Fraisse**, «*La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre* », *RJEP* 2011.
  - Décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, Association Vivraviry [Recours des associations].
- **Philippe Billet**, «La loi Engagement national pour le logement et le droit de l'urbanisme», *JCP A* 29 janvier 2007, p. 2020.
- Décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres [Réorientation professionnelle des fonctionnaires].
- **Emmanuelle Marc**, «La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *Actualité juridique Droit administratif*, 2011, p. 162.
  - Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans].

- **J.-P. Doucet**, « Note sous TC Saint-Denis de la Réunion, 15 mai 1984 », *Gazette du palais* 1984, jurisp. 472.
- **A. Chavanne**, *Jurisqueur Communication*, fasc. 3130, 2002, n° 190.
- **G. Levasseur**, «Réflexions sur l'exceptio veritatis », *Mél. Chavanne*, Litec, Paris, 1990, p. 111, spéc. p. 128.
- **N. Mallet-Poujol**, «Diffamation et histoire contemporaine», *Légipresse*, septembre 1996, *Chronique*, n° 134, p. 97, spéc. p. 101.
- **J-P Le Crom**, « Juger l'histoire », *in Droits et société*, n° 38, 1998, p. 38-39.
- Décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat [Actes internes des Assemblées parlementaires].
- **Eugène Pierre** *Traité de droit parlementaire*, 2e édition, 1902, p. 1348.
- **Bertrand Delcros**, *L'unité de la personnalité juridique de l'État (Étude sur les services non personnalisés de l'État)*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1976, p. 171.
- **Claude Bonéfant**, «L'autonomie financière et administrative des assemblées parlementaires en France (1789-1960) », *Revue de science financière*, 1961, p. 293.
- **Xavier Pinon**, « La personnalité de fait des assemblées parlementaires, un cadavre bien vivant », *Revue du droit public*, 2003, p. 283.
- **M.Renaud Denoix de Saint Marc**, « Le Conseil d'État et les "actes parlementaires" », *in Juger l'administration, administrer la justice, mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 277.
- Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence].
- **Marie-Dominique Hagelsteen**, *La négociabilité des tarifs et conditions générales de vente, rapport remis au ministère de l'économie, des finances et de l'emploi et au secrétaire d'État chargé de la consommation et du tourisme*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 19.
- Décision n° 2011-127 QPC du 06 mai 2011, Consorts C. [Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins].
- **R. Achard**, « De la faute lourde ou inexcusable de l'armateur français en matière d'accident du travail maritime », *Droit maritime français* 1977, pp. 631 et s. et pp. 695 et s.
- Décision n° 2011-124 QPC du 29 avril 2011, Mme Catherine B. [Majoration de 10 % pour retard de paiement de l'impôt].
- «Conseil d'État, 10 mai 1952, Société X., *Jurisqueur Périodique*, 1952.II.7151, cité par **Stéphane Austry**, « Les sanctions administratives en matière fiscale », *Actualité juridique Droit administratif*, 2001, pp. 51 et s. Confirmé ultérieurement, notamment par Conseil d'État, section, 5 octobre 1973, Société X., n° 82836.
- Décision n° 2011-117 QPC du 08 avril 2011, M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité].
- **Pierre Mazeaud**, *Proposition de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives, rapport au président de l'Assemblée nationale*, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2009, p. 18.
- **Rony Abraham**, « Le champ d'application de la loi du 15 janvier 1990 relative au financement des activités politiques », *Revue française de droit administratif*, 1993, pp. 469 et s.
- Décision n° 2011-116 QPC du 08 avril 2011, M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement].

- **Y. Trémorin**, « Le bénéfice de pré-occupation et la réparation des troubles de voisinage. Examen critique du droit de nuisance consacré par l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation », *JCP N* 2004, 1327 (1re Partie), 1340 (2e Partie) et 1371 (3e Partie).
- **F. Terré et Y. Lequette**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2007, n° 67, p. 435.
- **F. Terré et Ph. Simler**, *Droit civil. Les biens*, Précis Dalloz, 8e éd., 2010, n° 321 et s., p. 266 et s.
- **B. Mathieu**, «Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement», *CCC* 2003, n° 15, p. 146.
- **S. Beaugendre**, «*Responsabilité pour troubles du voisinage et responsabilité délictuelle pour faute personnelle* », *D.* 1999, jurisp. p. 529.
  - Décision n° 2011-113/115 QPC du 01 avril 2011, M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises].
- **Caroline Renaud-Duparc**, « Motivation des arrêts d'assises : les exigences européennes en recul », *AJ pénal*, n° 1, janvier 2011, p. 37.
- **Chaïm. Perelman**, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 420.
- **Bernard Fayolle**, «La procédure criminelle entre permanence et réforme», *in* Association française pour l'histoire de la justice, *La cour d'assises, Bilan d'un héritage démocratique*, Paris, La documentation française, 2001, p. 88.
- **Emile Durkheim**, *De la division du travail social*, Livre Ier, chapitre II.
  - Décision n° 2011-112 QPC du 01 avril 2011, Mme Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation].
- **Frédéric Desportes et Laurence Lazerges**, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, Corpus droit privé, 2009, p. 622.
- **Albert Maron**, «Relaxé, mais pas content quand même... », *Droit pénal*, n° 1, janvier 2007, comm. 12, p. 24.
- **Olivier Mouysset**, «La charge des frais de défense de la personne renvoyée des fins de la poursuite», *Droit pénal*, janvier 2006, p. 7.
  - Décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale].
- **IGAS**, «Les institutions sociales face aux usagers», *Rapport annuel 2001*, La documentation française, p. 272.
- **Conseil d'État**, *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social*, La documentation française, 2004.
- **Alexis Frank**, «Réflexion sur les spécificités du contentieux de l'aide sociale», *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p.921.
- **Pascale Fombeur**, «Le principe d'impartialité et les juridictions d'aide sociale», *Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 6 décembre 2002, Maciolak et Trognon, RFDA*, 2003, p. 694.
  - Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants].
  - «Pension», *in* Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, p. 630.
  - Décision n° 2010-101 QPC du 11 février 2011, Mme Monique P. et autre [Professionnels libéraux soumis à une procédure collective].
- **Thierry Tauran**, «Incidences d'une remise en redressement judiciaire sur les majorations de retard afférentes aux cotisations impayées», *JCP S*, n° 20, 12 mai 2009, 1218.



- Décision n° 2010-96 QPC du 04 février 2011, M. Jean-Louis de L. [Zone des 50 pas géométriques].
  - **M. Durand-Mollard**, *Code de la Martinique*, tome troisième, Saint-Pierre, Martinique, 1810, page 444.
  - **Joseph Chailley-Bert**, *Les compagnies de colonisation sous l'ancien régime*, Paris, A. Colin, 1898, p. 36 et s.
  - **Lucien Peytraud**, *L'esclavage aux Antilles avant 1789*, Paris, Hachette, 1897, p. 146.
  - **Isambert, Decrusy, Taillandier, Belin**, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Tome XIX, Paris, Belin-Le Prieur 1827, p. 152.
  - **Isambert**, précité, tome XVIII, p. 182 (mentionné par **Anne Rousselet**, *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne : étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien régime*, Paris, LGDJ, Travaux et Recherches Panthéon Assas Paris II, Histoire du droit 1997.
- Décision n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général].
  - **G. Liet-Veaux**, «Projets d'intérêt général et opérations d'intérêt national», *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 446-11, janvier 2009, n° 1.
- Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe].
  - **B. Weiss-Gout**, « Le Pacs, dix ans déjà », *Gazette du Palais*, 10 novembre 2009, n° 314, p. 2.
  - **Ph. Malaurie**, « Le mariage à la Française », *Petites affiches*, 29 juin 2009, n° 128, p. 6.
  - **J.-F. de Montgolfier**, «Du PACS au mariage et retour », *Commentaire* n° 123, automne 2008, pp. 777-784.
- Décision n° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux [Représentation des personnels dans les agences régionales de santé].
  - **Th. Renoux, M. de Villiers, V. Bernaud et alii**, *Code constitutionnel*, Litec, 2011, p. 319.
  - **R. Denoix de Saint Marc**, «Les retenues sur traitement pour absence ou insuffisance de service fait », *AJDA*, 1977, pp. 600-601.
  - **X. Prétot**, « fasc. 1443 : Droit constitutionnel social », *JurisClasseur Administratif*, 1995, § 54.
- Décision n° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, M. Jacques S. [Réparation du préjudice résultant de l'expropriation].
  - **M. Sousse**, «Fasc. 400-16 : Expropriation. Indemnisation des personnes expropriées», *JurisClasseur administratif*, 2008, n° 64.
  - **P. Bon**, « Réforme de la procédure judiciaire d'expropriation. À propos du décret du 13 mai 2005. Les questions posées par la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2005, pp. 537 et s.
- Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales]
  - **Mme Marie-Dominique Hagelsteen**, « La réforme de la négociabilité des conditions générales de vente et des prix : pourquoi et comment ? », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 660, janvier 2009, p. 5.

**-2012**

- Décision n° 2012-286 QPC du 07 décembre 2012, Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire].
  - **A. Martin-Serf**, «Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires.– Règles générales de procédure », *jurisclasseur commercial*, Fasc. 2203, 2012, § 67.

- **J. Mestre, M-E Pancrazi**, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Manuel », 28e éd., 2009, § 1264.
- **M-P Dumont-Lefrand**, «Sauvegarde et redressement judiciaire. – Situation du débiteur », *JurisClasseur commercial*, Fasc. 2325, 2008, § 4.
- **G. Bolard**, « L'arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges en l'honneur de P. Drai*, Dalloz1999, p. 225.
- **N. Fricéro**, « *Le droit à un tribunal indépendant et impartial* » in **S. Guinchard** (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile* », coll. Dalloz Action, 1999, n° 2131 et suiv., spéc. n° 2139.
  - Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle].
- **J. Bourgun**, « Artisanat », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, Fasc. 655, § 17.
- **J-M Woehrling** « *Droit alsacien-Mosellan, Principes généraux* », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, Fasc. 100, 17 juillet 2003, § 104.
- **J-M Woehrling**, « *Perspectives sur le droit local* », *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, Fasc. 30, 11 avril 2012, § 96.
  - Décision n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc.
- **Eugène Pierre**, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, p. 837.
- Décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012, Mme Maryse L. [Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale].
- **J.-L. Croizier, C. Guéry**, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Expertise*, Rép. Dalloz, n° 86, 2012.
- **M. Aydalot**, *Quelques questions à propos de l'expertise*, *Recueil Droit pénal*, 1958, p.41.
- **R. Vouin**, «Le juge et son expert», *Dalloz*, 1955, chron., p. 131, spéc. p. 134.
- **A. Besson**, «Des règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale», *Dalloz*, 1960, chron., p. 10, n° 21 et 25 et la note 19 col.
- **B. de Lamy**, : «Les fonctions du principe d'égalité : lutte contre les discriminations et améliorations de la qualité de la législation pénale», *Rev. Sc. Crim.* N° 1, 2012, p. 233.
- **A.-S. Chavent-Leclère**, *Procédures janvier 2012*, comm. 17.
  - Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites].
- **Monique Turlin**, «La France des sites protégés», *Pour mémoire. Revue du ministère de l'Écologie, du Développement durable des Transports et du Logement*, numéro hors-série, octobre 2011, p. 92.
  - Décision n° 2012-655 DC du 24 octobre 2012, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social.
- «*Une Ve République plus démocratique*», *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage de la Ve République*, La documentation française, 2007, p. 47 s.
  - Décision n° 2012-281 QPC du 12 octobre 2012, Syndicat de défense des fonctionnaires [Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom].
- **Bruno Genevois**, « *Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », *RFDA* 1998, p. 477.
- Décision n° 2012-278 QPC du 05 octobre 2012, Mme Élisabeth B. [Condition de bonne moralité pour devenir magistrat].

- **Marcel Rousselet**, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, p. 236.
- **J-P Royer, J-P Jean, B. Durand, N. Derasse et B. Dubois**, *Histoire de la justice en France*, PUF, 2010, p. 458.
- **P. Planchet**, «Les garanties morales requises des candidats à la fonction publique», *AJDA*, 2005, p. 1016.
- **J. Carbonnier**, *Droit civil, Les obligations*, PUF, Themis, Paris, 1982, n° 33, p. 132.
- **B. Lavaud-Legendre**, *Où sont passées les bonnes moeurs ?*, PUF, Paris, 2005, p. 14.
- **D. Mayer**, « Le Droit pénal, promoteur de la liberté des moeurs », in CURAPP, *Les bonnes moeurs*, PUF, 1994, p. 56.
- **D. Lochak**, «Le droit à l'épreuve des bonnes moeurs », in CURAPP, *Les Bonnes moeurs*, précité, pp.15-53.
- **J. Carbonnier**, «*Droit civil, Les biens, les obligations*», PUF, *Quadrige*, 2004, p. 2036.
- Décision n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, Consorts G. [Calcul de l'indemnité de réduction due par le donataire ou le légataire d'une exploitation agricole en Alsace-Moselle].
- **E. Sander**, «*Droit des successions en Alsace-Moselle* », J.-Cl. Alsace-Moselle, Fasc. 392, 1996, n° 224 ; *Revue du Droit Local*, 1994, p. 25.
- **Ph. Malaurie**, « *Les successions, Les libéralités* », Defrénois, 4ème éd., 2010, n° 659.
- **E. Sander**, « *Successions et libéralités en Alsace-Moselle, Transmission intégrale d'une exploitation* », J.-Cl. Alsace-Moselle, Fasc. 396, 2010, n° 6 s.
- Décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux].
- **P. Tifine**, « À propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi. La " tradition locale ininterrompue " dans les textes et la jurisprudence consacrés aux corridas », *RFDA*, 2002, p. 496.
- **P. Deumier**, «La tradition tauromachique, source sentimentale du droit (ou l'importance d'être constant) », *RTD Civ.*, Dalloz, 2007, 1, p. 57.
- Décision n° 2012-653 DC du 09 août 2012, Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire
- **J.C. Zarka**, « Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire (TSCG) », *Dalloz*, 5 avril 2012, n° 14, p. 896, note n° 27.
- **R. Dehousse**, « Le "pacte budgétaire" : incertitudes juridiques et ambiguïtés politiques », *Notre Europe*, février 2012, n° 33.
- Décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012, Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État].
- **V. Larribau-Terneyre, M. Azavant**, v° Adoption, *Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2010, n° 76.
- **V. Larribau-Terneyre, M. Azavant**, v° « Adoption », *Rép. pr. civ.*, Dalloz, 2010, n° 65 et 66.
- **P. Salvage-Gerest**, «Contestation de l'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État», *Dr. Famille*, juillet 2010, comm. 114.
- Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, M. Georges R. [Perte de l'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades].
- **J.-M. Pontier**, « Vache folle : suite contentieuse et indemnisation de l'abattage des troupeaux », note sous Conseil d'État, 2 juin 2010, *AJDA* n° 36 2010, p. 2063.
- Décision n° 2012-263 QPC du 20 juillet 2012, Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques - SIMAVELEC [Validation législative et rémunération pour copie privée].
- **P.-Y. Gautier**, « Propriété littéraire et artistique », PUF, 7ème éd., 2010, n° 275 et n° 338 s.

- **C. Caron**, «Un nouveau cadre légal pour la rémunération pour copie privée», *Communication commerce électronique*, février 2012, comm. 13, n° 1.
  - Décision n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, M. Roger D. [Mariage d'une personne en curatelle].
- **Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme, rapport remis à M. Dominique Perben le 30 novembre 2004**, Paris, La documentation française, 2004, p. 12.
  - **Jean Hauser**, « Le majeur protégé, acteur familial », *Droit de la famille*, n° 2, février 2011, dossier 6, p. 29.
    - Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale].
  - **Jean-Jacques Dupeyroux, Michel Borgetto, Robert Lafore**, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2011 (17ème édition), p. 895.
    - Décision n° 2012-253 QPC du 08 juin 2012, M. Mickaël D. [Ivresse publique].
  - **Jean-Christophe Crocq**, *Le guide des infractions*, Dalloz, 2010, § 12.2, B.
  - Décision n° 2012-251 QPC du 08 juin 2012, COPACEL et autres [Taxe sur les boues d'épuration].
  - **J-Y Faberon**, «Le régime de l'épandage des boues des stations d'épuration urbaines en agriculture», *Les Petites affiches*, n° 87, 2 mai 2000, p. 4.
    - Décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta].
  - **MM. Alain Claeys et Jean-Sébastien Vialatte**, *Rapport sur la recherche sur les cellules souches au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, 8 juillet 2010.
    - Décision n° 2012-243/244/245/246 QPC du 14 mai 2012, Société YONNE REPUBLICAINE et autre [Saisine obligatoire de la commission arbitrale des journalistes et régime d'indemnisation de la rupture du contrat de travail].
  - **Gérard CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, v° Arbitrage ».
  - **R. Perrot**, « Fonctionnement de la commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé », *Gaz. Pal.* 1996, p. 1383.
  - **L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki**, *Théorie générale du procès*, puf, 2010, n° 45.
  - Décision n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012, M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel].
  - **Cyrille Duvert, J.-Cl.**, *Harcèlement sexuel*.
  - Décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012, M. Raymond S. [Ancienneté dans l'entreprise et conséquences de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi].
  - **Gérard Couturier**, «L'impossibilité de réintégrer. Sur l'article 77-V de la loi de programmation pour la cohésion sociale », *Droit social*, n° 4, 2005, pages 403 et s.
  - **Jean Savatier**, V° « Ancienneté dans l'entreprise », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2007, § 2.
    - Décision n° 2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, M. Stéphane C. et autres [Contribution pour l'aide juridique de 35 euros par instance et droit de 150 euros dû par les parties à l'instance d'appel].
  - **René Chapus**, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13ème éd., 2008, n° 624 s.
  - **Hervé Croze**, « L'apport du droit fiscal à la théorie de l'instance civile », *JCP éd. G.* 2011, 1145.
    - Décision n° 2012-226 QPC du 06 avril 2012, Consorts T. [Conditions de prise de possession d'un bien ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique].
  - **R. Hostiou**, note sous l'article L. 15-1, *Code de l'expropriation*, Litec, 2012, p. 156.

- Décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012, Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne [Validation législative de permis de construire].
  - **Sébastien Ferrari**, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dactylographiée, Université Paris II, 2011, 2 tomes, 1000 pages, § 1079.
- Décision n° 2011-221 QPC du 17 février 2012, Société Chaudet et Fille et autres [Cotisations volontaires obligatoires instituées par les organisations interprofessionnelles agricoles].
  - **Philippe Lamy, Gérald Sutter**, *Commentaire sous l'article 63 de la loi organique relative aux lois de finances*, in *La réforme du budget de l'État*, Ouvrage coordonné par Jean-Pierre Camby, Paris, LGDJ. 2011.
- Décision n° 2012-646 DC du 09 février 2012, Loi organique portant diverses dispositions relatives au statut de la magistrature.
  - **Guy Canivet**, *rapport remis au Garde des sceaux le 14 février 2007*, pp. 45 et 46.
- Décision n° 2011-216 QPC du 03 février 2012, M. Franck S. [Désignation du représentant syndical au comité d'entreprise].
  - **Gustavo Zagrebelsky**, «*La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité* », *Constitutions*, n° 1, 2010, pages 85 et s.
- Décision n° 2011-215 QPC du 27 janvier 2012, M. Régis J. [Régime des valeurs mobilières non inscrites en compte].
  - **P. Didier, Ph. Didier**, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, n° 1180 s.
  - **M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy**, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 24e éd., 2011, n° 962.
  - **P. Didier, Ph. Didier**, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, n° 1162.
  - **M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy**, *ibid.*
  - **P. Didier, Ph. Didier**, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, n° 1186.
- Décision n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012, Société COVED SA [Droit de communication de l'administration des douanes].
  - **C.J. Berr et H. Trémeau**, *Le droit douanier communautaire et national*, Economica, 7e éd. 2006, p. 515, n° 943.
- Décision n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012, M. Éric M. [Discipline des notaires]. «
  - **R. Merle et A. Vitu**, *Traité de droit criminel, T. I, Droit pénal général*, Cujas 7e éd. 1997, p.834, n°662.
  - **R. Merle et A. Vitu**, *Traité de droit criminel, T. I, Droit pénal général*, préc., p. 824 et s.
- Décision n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012, Mme Khadija A., épouse M. [Procédure collective: réunion à l'actif des biens du conjoint].
  - **M. Storck**, *Droit patrimonial de la famille et procédures collectives, J.-Cl. comm.*, Fasc. 3170, 2009, n° 1.
  - **Bravard-Veyrières**, *Traité des faillites et des banqueroutes*, par C. Demangeat, 2èe partie, Paris, 1864, p. 525 s.
  - **E. Thaller**, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. A. Rousseau, Paris, 1898, n° 1741.
  - **M. Storck**, «*Le titre ou la finance ? Le droit de propriété dans les régimes de séparation de biens* », *D.* 1994, chron., p. 61 s.
  - **V. Brémond**, «*Les moyens de défense de l'époux faisant l'objet d'une action en "réunion d'actif"* », *JCP éd. N.* 2006, 1170, n° 7.



- **V. Brémond**, «Les moyens de défense de l'époux faisant l'objet d'une action en "réunion d'actif" », *JCP éd. N.* 2006, 1170, n° 8-9 (note ss Cass. com., 10 janvier 2006, *Bull. civ. IV*, n° 3, 04-18817).
  - Décision n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, M. Ahmed S. [Révocation des fonctions de maire].
  - **Michel Verpeaux**, « Le contrôle administratif sur les maires et les adjoints », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 471-482.
  - **Maurice Hauriou**, *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 235, note 22.
  - **Marcel Waline**, *Traité de droit administratif*, Sirey, 9e éd., 1963, p. 352.
  - **J. Singer**, «Les motifs de suspension ou révocation des maires», *AJDA*, 1963, p. 670-674.
  - **B. Seiller**, «Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *AJDA*, 2004, p. 1637-1643.
  - **V. Michel Degoffe**, *Droit de la sanction non pénale*, *Économica*, 2000, *passim* et not. p. 21-24.
  - **M. Hauriou**, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., Sirey, 1933, p. 235.
  - **Marcel Waline**, *Traité de droit administratif*, *Traité Sirey*, 9e éd., 1963, p. 353.
  - **M. Verpeaux**, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, 2e éd., 2008, p. 138.
  - **Sirey**, « *Traité élémentaire de droit administratif* », 6e éd., 1950, p. 223.
  - **Giard et Brière**, *Éléments de droit public et administratif*, 1910, p. 153.
  - conclusions sur la décision d'Assemblée *Wahnapo* du 27 février 1981 (*Rec.*, p. 111, *Revue administrative*, 1981, note **B. Pacteau**).
  - **M. Boucher** ajoutera dans ses conclusions visant au renvoi à sanctionner « *des faits extérieurs aux fonctions mais de nature à jeter sur celles-ci un discrédit tel que le maintien en fonction de l'intéressé apparaît impossible* ».
  - **J. Singer**, « Les motifs de suspension ou révocation des maires », *AJDA* 1963, p. 670-674.
  - **A. de Laubadère**, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2e éd., 1957, p. 122. V. CE, 13 novembre 1953, *Gillot, Rec.*, p. 488.
  - **G. Lebreton**, *Droit administratif général*, 6e éd., Dalloz, 2011, p. 508.
  - *Rec.*, p. 65 et *AJDA* 2010, p. 664, Chronique **S. Liéber et D. Boghetti**, p. 664 et *JCP A*, 2010, n°2281, note C.-A. Dubreuil.
  - **B. Faure**, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 1ère éd., 2009, p. 245.
- 2013**
- Décision n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013, Société française du radiotéléphone –SFR (Validation législative et rémunération pour copie privée II).
  - **P.-Y. Gautier**, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 7ème éd., 2010, n° 276.
  - **C. Caron**, «Un nouveau cadre légal pour la rémunération pour copie privée», *Communication commerce électronique*, février 2012, comm. 13, n° 2.
  - Décision n° 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, Consorts M. (Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit).
  - **Ph. Malaurie**, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 5ème éd., 2010, n° 714.
  - **G. Goubeaux**, *Traité de droit civil, Les personnes*, n° 521 et 524.
  - **O. Simon**, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.*, 1974, p. 707 s.
  - **Y. Flour**, in *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action 2011/2012, n° 312.42.
  - **G. Goubeaux**, *Les personnes, op. cit.*, n° 531.
  - **J. Hauser**, «L'intégrité du consentement et les personnes vulnérable», *RTD civ.* 2009, p. 697.
  - **G. Goubeaux**, *Les personnes, op. cit.*, n° 530, p. 446.
  - Décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, M. Laurent D. (Discipline des médecins).
  - **Jacques Chardeau**, «Le régime disciplinaire des professions médicales », *Études et documents du Conseil d'État*, 1980-1981, n° 32, p. 37.

- **Juliette Lelieur-Fischer**, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, thèse pour le doctorat en droit, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2005, p. 21.
- **Juliette Lelieur-Fischer**, *op. cit.*, p. 16 et s.
- **José Luis de La Cuesta**, «Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe " ne bis in idem " », *Revue internationale de droit pénal*, 2002/3, vol. 73, p. 675 et s.
- **Georges Wivenes**, in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, 21 octobre 2011, [en ligne], p. 28.
- **Roger Merle et André Vitu**, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, t. 2, éd. Cujas, 5ème éd., Paris, 2001, p. 1043.
- **Michel Degoffe**, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000, p.79.
- **Juliette Lelieur-Fischer**, *op. cit.*, p. 475.
- **Perle-Marie Pradel**, *Le médecin libéral face au service public de sécurité sociale*, thèse pour le doctorat en droit, Angers, 7 septembre 2010, p. 248.
- **Jacques Chardeau**, *art. cit.*, p. 45.
- Décision no 2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013, Société Distrivit et autres (Droit de consommation sur les tabacs outre-mer).
- **Max Boucard et Gaston Jèze**, *Éléments de la science des finances et de la législation financière*, V. Giard et E. Brière, t. 2, 2e éd., 1902, p. 1086.
- Décision n° 2012-292 QPC du 15 février 2013, Mme Suzanne P.-A., (Droit de rétrocession en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique).
- **Y. Gaudemet**, *Droit administratif des biens*, in *Traité de droit administratif*, t. 2, 14ème éd., LGDJ, 2011, n° 846.
- **R. Hostiou**, « Affectation du bien exproprié et effectivité du droit de rétrocession : Analyse de la situation de la France au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Jégouzo*, Dalloz 2009, p. 71.
- **J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby, Ph. Terneyre**, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 6ème éd., 2008, n° 697, p. 665.
- **R. Hostiou**, «QPC et expropriation: droit de rétrocession et condition d'utilité publique», *AJDA*, novembre 2012, p. 2401.
- Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité, (Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle).
- **M. René Dosière**, *Avis sur le projet de loi de finances pour 2002*, Assemblée nationale, XIe législature, commission des lois, n° 3324, 11 octobre 2001, et également, Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, La documentation française, Paris, 2006, p. 68.
- **J.-B. Duvergier**, *Collection complète des Lois, décrets ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 13, A. Guyot et Scribe et Charles-Béchet, Paris, 1826, p. 318.
- **M. Mourre**, *Dictionnaire encyclopédique d'histoire*, Bordas, 1996, p. 1342.
- **B. Basdevant-Gaudemet et J. Gaudemet**, *Introduction historique au droit, XIIIème-XXème siècles*, 2ème éd., LGDJ, Paris, 2003, p. 391.
- **J.-J. Chevallier**, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 142 et s.
- **Portalis**, « discours sur l'organisation des cultes, et exposé des motifs du projet de loi relatif à la convention passée entre le Gouvernement français et le pape », lus devant le Corps législatif, séance du 15 germinal an X (5 avril 1802), in Guillaume Lallement, *Choix de rapports, opinions et*

discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, t. XVIII, Alexis Eymey, Libraire, Éditeur de l'Histoire universelle, Paris, 1802, p. 52.

- G. Lepointe, Histoire des institutions et des faits sociaux (1987-1875), Montchrestien, Paris, 1956, p. 821.
- S.A. Blanchet, Commentaire du Concordat de 1801 et de la loi organique du 18 germinal an X, chez Paul Dupont et Cie, Joubert, Treuttel et Wurts, Paris, 1844, p. 18.
- G. Lepointe, Histoire des institutions et des faits sociaux (1987-1875), op. cit., p. 822.
- B. Basdevant-Gaudemet et Jean Gaudemet, Introduction historique au droit XIII-XXe siècles, op. cit., p. 390.
- J.-B. Duvergier, Collection complète des Lois, décrets ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État, op. cit., p. 319.
- M. J.-F. Amedro, Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la IIIème République, thèse pour le doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2011, p. 49.
- É. Geffray, « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », RFDA, 2011, p. 967, concl. sur CE, assemblée, 19 juillet 2011, Commune de Trélazé, n° 308544.
- J. Baubérot, Histoire de la laïcité française, PUF, Que sais-je ?, 2000, 128 p.
- J. Baubérot, « La laïcité », in V. Duclert et C. Prochasson (dir.), Dictionnaire critique de la République, Flammarion, 2007, p. 202-208.
- H. Pena-Ruiz, in Jacques Myard, La laïcité au coeur de la République, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 21.
- J. Rivero, « La notion juridique de laïcité », D., 1949, chron. XXXIII.
- O. Schrameck, « Laïcité, neutralité et pluralisme », in Libertés, Mélanges Jacques Robert, Montchrestien, Paris, 1998, p. 198.
- J.-P. Machelon, « La laïcité : tradition et innovation », in Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Dalloz, Paris, 2008, p. 183.
- B. Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs, Les éd. STH, Paris, 1988, p. 191.
- J.-M. Woehrling, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », RDP, n° 6, 2006, p. 1636.
- G. Guillaume, concl. sur CE, 7 mars 1969, Ville de Lille, D., 1959, p. 280.
- O. Schrameck, « Laïcité, neutralité et pluralisme », op. cit., p. 202.
- Jean-M. Woehrling, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », op. cit., p. 1635.
- Mylène Le Roux, « La règle d'abstention financière des pouvoirs publics en matière cultuelle », RDP, n° 1, 2007, p. 261.
- J.-F. Amedro, Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la IIIème République, thèse pour le doctorat en droit public, op. cit., p. 323.
- Caroline Sägesser, « Le financement public des cultes en France et en Belgique : des principes aux accommodements », Politique et religion en France et en Belgique, éditions de l'ULB, 2009, p. 91-105.
- F. Messner, « Laïcité imaginée et laïcité juridique Les évolutions du régime des cultes en France », *Le débat*, n° 77, 1993/5, p. 82.
- P. Mbongo, « De l'atteinte à la séparation des églises et de l'État par un établissement public scolaire ayant organisé sa cérémonie de remise des diplômes dans une église. Arrêt de la cour d'appel fédérale pour le 7ème circuit : John Doe v. Elmbrook School District », 26 juillet 2012.
- J.-P. Camby, « Le principe de laïcité : l'apaisement par le droit ? », RDP, 2005, p. 4.

- **T. Tuot**, « L'égalité, source de la laïcité », in *L'égalité, Archives de philosophie du droit*, t. 51, Dalloz, Paris, 2008, p. 61.
- **O. Schrameck**, « Laïcité, neutralité et pluralisme », op. cit., p. 202.
- **C. Benelbaz**, L'Harmattan, 2011, p. 123. La laïcité est analysée selon d'autres critères par le **professeur J. Rivero** qui considère que « tout le droit positif de la laïcité (...) s'organise en deux grands groupes de principes (...) ».
- **M. Wiewiorka**, « Laïcité et démocratie », *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 63.
- **P. Ségur**, « Le principe constitutionnel de laïcité », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 1996.
- **M. Barbier**, *La laïcité*, L'Harmattan, 1998, p. 10.
- Décision n° 2013-299 QPC du 28 mars 2013, Mme Maïtena V., (Procédure de licenciement pour motif économique et entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires)
- **Christophe Frouin et Jean-Yves Frouin**, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS*, 4/06, p. 251-256.
- Cass. Soc., 2 février 2006, n° 05-40037, Bull. 2006 V n° 58, Commentaire **C. Frouin et J.-Y. Frouin**, précité.
- Cass. Soc., 28 juin 2006, n° 05-41685, Commentaire **Philippe Waquet**, *Revue du droit du travail*, 2006, p. 244.
- Décision n° 2013-302 QPC du 12 avril 2013, M. Laurent A. et autres, (Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion).
- **N. Mallet-Pujol**, « La liberté d'expression au risque des évolutions de la criminalité » et de « l'économie numérique », *Legipresse*, n° 210, Avril 2004, p. 54.
- **S. Detraz**, « Application dans le temps des lois de prescription de l'action publique », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1801.
- **A. Varinard**, « La prescription de l'action publique. Une institution à réformer », *Mél. Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, Cujas, p. 629.
- Décision n° 2013-305/306/307 QPC du 19 avril 2013, Commune de Tourville-la-Rivière, (*Taxe locale sur la publicité extérieure*).
- **Xavier Cabannes**, « Ressources locales (Fiscalité accessoire) », *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, juin 2012.
- Décision n° 2013-310 QPC du 17 mai 2013, M. Jérôme P., (Conseil de discipline des avocats en Polynésie française).
- **Raymond Martin**, « Avocats. Obligations et prérogatives », *JurisClasseur Civil Annexes*, fasc. 30, § 137.
- Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, M. Jeremy F., (Absence de recours contre la décision d'extension des effets du mandat d'arrêt européen – question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne).
- **G. Cornu**, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 8ème éd., 2000.
- **J. Pradel**, « Le mandat d'arrêt européen, un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1392.
- **P. Lemoine**, « Le mandat d'arrêt européen devant la Chambre criminelle », *AJ Pénal*, 2006, p. 14 et suivants.
- **P. M. Mabaka**, « Remarque sur la loi constitutionnelle relative au mandat d'arrêt européen », *Petites affiches*, 24 juillet 2003, n° 147, § 16.
- Décision n° 2013-316 QPC du 24 mai 2013, SCI Pascal et autre, (Limite du domaine public maritime naturel).

- **Max Querrien**, «Le rivage de la mer ou la difficulté d'être légiste», *Études et documents du Conseil d'État*, 1972, pp. 75-87.
- Décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, M. Philippe B., (Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision).
  - **E. Dreyer**, «Presse et communications, Diffamations et injures publiques, Diffamation : généralités ; diffamation envers un particulier», *Jurisclasseur Lois pénales spéciales Fasc. 80*.
  - **N. Droin**, «L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans: chronique d'une disparition annoncée en France », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1er janvier 2012, n° 89, p. 201-214.
  - **L. François**, «L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires: regards croisés des droits français et européen », *Gaz. Pal.* 2008, n°66, p. 2-14.
  - **G. Levasseur**, « Réflexions sur l'exceptio veritatis », *Mélanges Chavanne*, 1990, p. 110-133.
  - **J.-P. Doucet**, « Note sous TC Saint-Denis de la Réunion, 15 mai 1984 », *Gaz. Pal.* 1984, jurisp. 472.
  - **A. Chavanne**, *Jurisclasseur Communication*, Fasc. 3130.
  - **N. Mallet-Poujol**, «Diffamation et histoire contemporaine», *Légipresse*, septembre 1996, *Chronique*, n° 134, p. 97.
  - **F. Desportes, F. Le Gunehec**, *Droit pénal général*, Economica, 16e éd. 2009, p. 1072.
  - « Le Juste », *Esprit*, 1995, p 205.
  - **M. Conan**, «Amnistie présidentielle et tradition», *RDP* 2001, n° 5, p. 1305 et s.
  - **J. Makowiak**, «L'amnistie en question», *RDP* 2008, n° 2, p. 511.
  - **R. Letteron**, «Le droit à l'oubli», *RDP* 1996, p. 384-424.
  - **B. Mathieu**, «Fragments d'un droit constitutionnel de l'amnistie», *Les Petites Affiches*, n° 36, 23 mars 1990, p. 6.
  - **N. Lécuyer**, «Les enseignements constitutionnels de la décision n° 2011-131 QPC», *Légipresse*, juillet-août 2011, n° 285, p. 412-416.
  - **P. Auvret**, « Le Conseil constitutionnel consacre la seule répression de la calomnie», *Légipresse*, juillet-août 2011, n° 285, p. 407-411.
- Décision n° 2013-320 /321 QPC du 14 juin 2013, (M. Yacine T. et autre), (Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées).
  - **P. Auvergnon**, « Le travail pénitentiaire entre impératifs sécuritaires et droit commun », *Les cahiers de la justice*, 2011/3, p. 183.
  - **P. Auvergnon et C. Guillemain**, *Le travail pénitentiaire en question*, Perspectives sur la justice, La documentation française, Paris, 2006.
  - «Cour de cassation, chambre sociale, 17 décembre 1996, n° 92-44203. Commentaires de **M. Danti-Juan**, « L'absence de contrat de travail dans l'univers pénitentiaire », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1998, pp. 127-135.
  - **G. Giudicelli-Delage et M. Massé**, «Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail », *Droit social*, 1997, pp. 344-346.
  - **Lola Isidro**, « Droit du travail en détention : Les détenus, des travailleurs libres ?», in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 mars 2013.
  - **Serge Slama**, «Saisine du Tribunal des conflits en vue de la détermination de la juridiction compétente pour indemniser un détenu travaillant sous le régime de la concession» [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 10 avril 2013.
- Décision n° 2013-323 QPC du 14 juin 2013, Communauté de communes Monts d'Or Azergues, (Répartition de la DCRTP et du FNGIR des communes et établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre lors de la modification du périmètre des établissements).



- **Alain Guengant**, «Conséquences financières de la réforme de la taxe professionnelle pour les collectivités locales » in *Revue française de finances publiques*, n° 111, septembre 2010.
- Décision n° 2013-325 QPC du 21 juin 2013, M. Jean-Sébastien C., (Droit de délaissement d'un terrain inscrit en emplacement réservé).
- **F. Bouyssou**, « Une garantie méconnue de la propriété : le droit de délaissement en matière d'urbanisme et d'expropriation », *Semaine juridique*, Éditions générales, 1979, p. 103.
- Décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013, Association Emmaüs Forbach, (Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale).
- **V. B. Fragonard**, «Quelques remarques sur la fraude aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales», *Dr. social* 2011, p. 521.
- **P. Morvan, J.-Cl. Lois pénales spéciales**, *V° Protection sociale*, 2008, n° 1.
- **J.-M. Sauvé**, *Fraudes et sociale*, Les entretiens du Conseil d'Etat, cycle de colloques en *protection droit social*, 11 février 2011.
- Décision n° 2013-330 QPC du 28 juin 2013, Mme Nicole B., (Décharge de plein droit de l'obligation de paiement solidaire de certains impôts).
- **Patrick Michaud**, «Les nouvelles règles de solidarité fiscale dans le cas de mariage ou de partenariat», *Gazette du Palais*, 31 janvier 2008, n° 31, p. 2.
- Décision n° 2013-332 QPC du 12 juillet 2013, Mme Agnès B., (Sanction des irrégularités commises par un organisme collecteur de fonds au titre du « 1 % logement »).
- **É. Garçon**, «QPC et notion de sanction pénale», in: *Les nouveaux problèmes actuels de science criminelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 81.
- **B. de Lamy**, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *RSC* janvier/mars 2009, p. 168.
- Décision n° 2013-333 QPC du 26 juillet 2013, M. Philippe M. et autres, (Représentation des salariés au conseil d'administration).
- **R. Vatinet**, « La mise à disposition de salariés », *Dr. social* 2011, p. 656.
- **J.-Y. Kerbourc'h**, « Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ? », *Dr. social* 2009, p. 530.
- **R. Vatinet**, art. préc., spéc. pp. 656 et 657.
- **Y. Pagnerre et G. Saincaize**, «L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets», *JCP S* 2009. 1368.
- **L. Favoreu et alii**, *Droit constitutionnel*, 15<sup>e</sup> édition, Dalloz, Précis, 2013, n° 1333.
- Décision no 2013-334/335 QPC du 26 juillet 2013, *Société SOMAF et autre*, (*Loi relative à l'octroi de mer*).
- **Jean-Jacques Urvoas**, in *Rapport préc.*
- **Christian Baillon-Passe**, «Questions pratiques sur... la question prioritaire de constitutionnalité devant le juge a quo», *LPA*, 19 février 2010, n° 36, p. 3.
- **Emmanuel Cartier**, « Le secrétariat général du Gouvernement, défenseur attitré de la loi dans le cadre du contentieux de la QPC », *LPA*, 21 février 2013, n° 38, p. 4.
- **Sophie-Justine Lieber, Damien Botteghi et Vincent Daumas**, «La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État», *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010.
- **Dominique Rousseau**, in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, p. 98.

- **Dominique Rousseau**, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2010, p. 245.
- **Xavier Magnon** (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, LexisNexis, Litex, Paris, 2011, p. 57.
- **Anne-Charlène Bezzina**, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, thèse, vol. I, Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 128.
- **Philippe Belloir**, *La question prioritaire de constitutionnalité*, L'Harmattan, La justice au quotidien, 1ère éd., p. 14.
- **Anne-Charlène Bezzina**, *op. cit.*, p. 129.
- **Mathieu Disant**, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, Paris, 2011, p. 196 et s.
- Décision n° 2013-336 QPC du 1er août 2013, Société Natixis Asset Management (Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques).
- **J.-D. Dreyfus**, « Entreprises du secteur public », *Répertoire de droit commercial*, septembre 2009.
- **J. d'Aleman**, « Le droit à participation des salariés dans les entreprises publiques », *La Semaine Juridique, Social*, n° 21, 15 novembre 2005, p. 1330.
- **J. Savatier**, *Droit Social*, no 11, novembre 2000, p. 1023.
- **K. Lucas**, « Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la "loi" : la Cour européenne des droits de l'homme face au sempiternel problème de la rétroactivité naturelle des changements de cap », *RTDH* 2012, p. 755.
- **C. Radé**, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *Recueil Dalloz* 2005, p. 988. Voir le rapport sur les revirements de jurisprudence rendu le 30 novembre 2004 par le groupe de travail dirigé par le Pr. Molfessis, p. 49.
- **M. Durupty**, « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique », *Revue Administrative*, 1984, p. 7.
- **C. Garbar**, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, p. 26 et suivants.
- Décision n° 2013-337 QPC du 1er août 2013, M. Didier M. (Présomption irréfragable de gratuité de certaines aliénations).
- **M. Grimaldi**, *Droit civil, Successions*, 6ème éd., Litec, 2001, n° 726, note 50.
- Décision n° 2013-338 / 339 QPC du 13 septembre 2013, Société Invest Hôtels Saint-Dizier Rennes et autre, (*Prise de possession d'un bien exproprié selon la procédure d'urgence*).
- **R. Hostiou**, note sous l'article L. 15-1, *Code de l'expropriation*, Litec, 2012, p. 156.
- **J.-P. Jacqué**, « Les procédures spéciales d'expropriation », *RDP* 1972, p. 1024.
- Décision n° 2013-340 QPC du 20 septembre 2013, M. Alain G., (Assujettissement à l'impôt sur le revenu des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite).
- **J. Turot**, « Indemnités de licenciement : quand le Conseil d'État se fait juge de paix », *RJF* 1991, p. 235.
- **C. Fourcade**, « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Droit social*, 2007, p. 166.
- Décision n° 2013-341 QPC du 27 septembre 2013, M. Smaïn Q. et autre, (Majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation).
- **Xavier Badin**, « Redevances domaniales », *JurisClasseur Propriétés publiques*, fasc. 59-10, 21 novembre 2011.

- **Yves Gaudemet**, «La gratuité du domaine public», in *Mélanges en l'honneur de M. le professeur Paul Marie Gaudemet, Economica, 1984, p. 1030.*
- *Commune de Moulins*, note de **Nelly Ach**, *AJDA*, 3 octobre 2011, p. 1848-1851.
- Décision n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, Époux L., (Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole).
- **J. Foyer**, «Une disposition ambiguë : l'article L. 411-74 du code rural», *Mélanges Bouloc, Dalloz, 2006, p. 345 et s.*
- **C. Monsimier**, *J.-Cl. rural, v° Crédit à l'agriculture, fasc. 30, 2005, n° 2.*
- Décision n° 2013-345 QPC du 27 septembre 2013, Syndicat national groupe Air France CFTC, (*Communication syndicale par voie électronique dans l'entreprise*).
- **Y. Leroy**, «La communication syndicale à l'heure d'internet», *RJS 1/10.*
- **J.-E. Ray**, «CGT, CFDT, CNT, CE et TIC, rapports collectifs de travail et nouvelles technologie de l'information et de la communication », *Droit social, n° 4, avril 2012, p. 362.*
- **M. Bouteloup**, «Communication syndicale et intranet : un premier pas législatif », *Semaine social Lamy- 2004, 1162.*
- Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, Société Schuepbach Energy LLC, (Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures – Abrogation des permis de recherches).
- **M. Philippe Billet**, «Recherche et exploitation du gaz de schiste : les incertitudes et demi-mesures d'une loi », *Environnement, novembre 2011, n° 11.*
- Décision n° 2013-348 QPC du 11 octobre 2013, Mme Henriette B., (Répartition de la pension de réversion entre ayants cause de lits différents).
- «Pension » in **Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, p. 630.**
- Décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, Sociétés Allianz IARD et autre, (Autorité des décisions du Conseil constitutionnel).
- **Bacquet-Brehant**, L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, *LGDJ, Tome 120, 2005, p. 310.*
- **L. Favoreu, L. Philip**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 15e éd., 2009, p. 479.*
- **J.-P. Camby**, Une loi promulguée frappée d'inconstitutionnalité ?, *RD publ., 1999, p. 657-658.*
- **J.-E. Schoettl**, «Mise en oeuvre de l'accord de Nouméa», *AJDA 1999, p. 332-333.*
- **CA Douai, 2e ch., 30 mars 2000, Juris-Data, n° 165289, cité par J. Bonnet**, «L'amorce d'une "véritable révolution juridique" : la réponse du juge ordinaire et du Parlement à la censure par le Conseil constitutionnel d'une loi promulguée», *RFDA, 2005, p. 1049.*
- Décision n° 2013-350 QPC du 25 octobre 2013, Commune du Pré-Saint-Gervais, (Mise en oeuvre de l'action publique en cas d'injure ou de diffamation publique envers un corps constitué).
- **F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer**, *Traité de procédure pénale, Economica, 2ème éd., 2012, n° 1313, P. 858.*
- **B. Beignier, B. de Lamy et E. Dreyer (dir.)**, *Traité de droit de la presse et des médias, Litec, 2009, n° 757, p. 464.*
- **E. Dreyer**, *Responsabilités civiles et pénales des médias, LexisNexis, 3ème éd., 2011, n°s 645 et 646, pp 321-322.*
- **B. Beignier, B. de Lamy et E. Dreyer (dir.)**, *op. cit., n° 762.*
- **P. Auvret**, «Délits de presse envers les autorités publiques françaises», *J.-Cl. Communication, fasc. 3136, n° 110 et s., pp. 465-466.*

- **C. Debbasch** (dir.), *Droit des médias*, Dalloz, 1999, n° 2615.
- **B. Beignier**, «L'interdiction de publier les actes d'une procédure pénale avec l'ouverture du procès», note sous TGI Paris, 5 février 1996, D. 1996. JP. 230.
  - Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, M. Franck M. et autres, (Célébration du mariage - Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil).
- **Jean Barthélemy**, «La liberté de religion et le service public», RFDA, 2003, p. 1066.
  - Décision n° 2013-354 QPC du 22 novembre 2013, Mme Charly K., (Imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de nationalité).
- **V. P. Lagarde**, *La nationalité française*, Dalloz, 4ème éd., 2011, n° 73.53.
  - Décision n° 2013-356 QPC du 29 novembre 2013, M. Christophe D., (Prorogation de compétence de la cour d'assises des mineurs en cas de connexité ou d'indivisibilité).
- **H. Angevin**, «Chambre de l'instruction, Connexité et indivisibilité (art. 203)», *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 191 à 230, fasc. 50, n° 1.
- **B. Bouloc**, *Procédure pénale*, Dalloz, 22ème éd., 2010, n° 571.
- **H. Angevin**, art. préc., n° 51.
  - Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
- **Nicolas Molfessis**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, n° 169.
- **Nathalie Merley**, «La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», RFDA mai-juin 2005, p. 621 et s.
- **Pierre Murat**, «*La Constitution et le mariage: regard d'un privatiste*», Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel.
- **Alexandre Viala**, «Un PFRLR contre le mariage gay ?», *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2013, chron. N° 4, 21 janvier 2013.
- **Xavier Dupré de Boulois et Diane Roman**, *le Figaro*, 19 novembre 2012.
- **Claire Neirinck**, «Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt», *Droit de la famille*, octobre 2012, p. 8 et s.
- **Gérard Cornu**, «*Droit de la famille*», Domat-Montchrestien, 2006, 8° éd, p. 435.
- **Xavier Labbé**, «Le mariage homosexuel et l'union civile», *La semaine juridique – Édition générale*, n° 37, 10 septembre 2012, p. 1642.
- **Étienne Dubuisson**, «Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'Homme», *Recueil Dalloz*, 15 novembre 2012, n° 39, p. 2618.
- **Élodie Mulon**, «Mariage pour tous, enfants pour tous ?», *Gazette du Palais*, 2-5 janvier 2013, n° 2 à 5, p. 3 et s.
- **Alexis Posez**, «Le mariage pour tous ou l'impossible égalité», *Recueil Dalloz*, 15 novembre 2012, n° 39, p. 2616 et s.
- **Aude Markovic**, «*Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns* », *Droit de la famille*, Janvier 2013, p. 18 et s.
- **Jean Hauser**, «Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe – Le paradoxe de la tortue d'Achille», *La Semaine juridique – Édition générale*, n° 44-45, 29 octobre 2012, p. 2000.
- **Irène Théry**, «Le mariage a déjà changé», *Esprit*, février 2013, n° 392, p. 27.
  - Décision n° 2013-674 DC du 1er août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

- «Les lois de bioéthique : cinq ans après ». Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999. Collection «Les études du Conseil d'État», La Documentation française, 1999.
- «La révision des lois de bioéthique», Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009. Collection «Les études du Conseil d'État», La Documentation française, 2009.
  - Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014.
- «La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ?» in Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- Vous avez dit confiance légitime ? (Le principe de confiance légitime en droit communautaire)», in L'État de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, p. 593.
- 2014
  - Décision n° 2014-705 DC du 11 décembre 2014, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale.
  - **P. Avril, J. Gicquel, J.-E. Gicquel**, «Droit parlementaire», LGDJ, 5ème édition, 2014.
  - Décision n° 2014-435 QPC du 05 décembre 2014, M. Jean-François V. [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus].
  - **B. Gibert**, «Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire», septembre 2004, La documentation française.
  - **O. Fouquet**, «Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche», 2008, La documentation française.
  - **C. David, O. Fouquet, B. Plagnet et P.-F. Racine**, Les Grands arrêts de la jurisprudence fiscale, 5e édition, Dalloz, thème n° 3 «L'application de la loi fiscale dans le temps».
    - Décision n° 2014-433 QPC du 05 décembre 2014, M. André D. [Majoration de la pension au titre de l'assistance d'une tierce personne].
  - **T. Tauran**, «Régimes spéciaux, Fonctionnaires de l'État», *J.-Cl. Fonctions publiques*, fasc. 912, 2012, n° 63.
  - **Y. Goutal et A. Aveline**, «Protection sociale, Accident de service, Maladie professionnelle», *J.-Cl. Fonctions publiques*, fasc. 280, 2012, n° 204.
    - Décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014, M. Dominique de L. [Incompatibilité des fonctions de militaire en activité avec un mandat électif local].
  - **Maurice Hauriou**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 5ème éd., 1903, p. 328.
    - Décision n° 2014-431 QPC du 28 novembre 2014, Sociétés ING Direct NV et ING Bank NV [Impôts sur les sociétés - agrément ministériel autorisant le report de déficits non encore déduits].
  - **M. Waline**, «La ratification législative des décrets», RDP 1957, p. 1057.
  - «Droit fiscal 1963, n° 37, conclusions **B. Ducamin**.
  - **O. Fouquet**, «Les agréments fiscaux», JCP, Cahiers du droit de l'entreprise, 1991, I, 86.
  - Décision n° 2014-430 QPC du 21 novembre 2014, Mme Barbara D. et autres [Cession des œuvres et transmission du droit de reproduction].
  - **C. Caron**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2ème éd., 2009, n° 29.
  - **P. Malaurie et P. Morvan**, *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 2004, n° 273.
  - Décision n° 2014-429 QPC du 21 novembre 2014, M. Pierre T. [Droit de présentation des notaires].



- **Eugène Duval**, *Des milices en droit romain. De la vénalité des offices en droit coutumier. De la nature des offices ministériels. De leur transmission et de l'exercice du droit de présentation sous le régime de la loi du 28 avril 1816*, thèse pour le doctorat, F. Pichon, Imprimeur-Libraire, 1875, p. 95.
- **Jean-Marie Auby et alii.**, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Précis, 7ème éd., Paris, 2012, p. 35.
  - Décision n° 2014-427 QPC du 14 novembre 2014, M. Mario S. [Extradition des personnes ayant acquis la nationalité française].
  - **G. Cornu** (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Puf, 2011, p. 439.
  - **J.-M. Thouvenin**, «Le principe de non extradition des nationaux».
  - **V. G. Le Poittevin**, DP 1927, 4ème partie, p. 265 et s.
  - **M. Massé**, «L'extradition des nationaux», RSC 1994, p. 798.
  - **P. Bouzat et J. Pinatel**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. II, Dalloz, 1963, n° 1737.
  - **D. Rebut**, *Droit pénal international*, Dalloz, Précis, n° 239.
  - **L. Desessard**, «L'extradition des nationaux», Rev. pénitentiaire et de droit pénal 1999, p. 317 et s.
  - **F. Julien-Lafferrière**, note sous CE, Tannoury, AJDA 1991, p. 403.
  - **M. Donnedieu de Vabres**, «La loi du 11 mars 1927 sur l'extradition des étrangers», JCP 1927, p. 593 et R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Cujas, 7ème éd., 1997, n° 322.
  - Décision n° 2014-426 QPC du 14 novembre 2014, M. Alain L. [Droit de retenir des oeuvres d'art proposées à l'exportation].
  - **F. Allaire**, «Les "trésors nationaux", le propriétaire et l'État», AJDA 2004, p. 1338.
  - **F. Duret-Robert**, *Droit du marché de l'art*, Dalloz Action, 2007, p. 522.
  - **B. Edelman**, «L'indemnisation du préjudice résultant du classement d'office d'une oeuvre d'art», Recueil Dalloz, 1996, p. 511.
  - **E. Honorat, R. Schwartz**, «Régime des exportations d'oeuvres d'art», AJDA 1991, p. 118.
  - **A. Bernard**, «Estimer l'ineestimable. Ou de l'indemnisation du propriétaire d'une oeuvre d'art interdite d'exportation», RTD Civ. 1995, p. 271.
  - Décision n° 2014-424 QPC du 07 novembre 2014, Association Mouvement raëlien international [Capacité juridique des associations ayant leur siège social à l'étranger].
  - **C. Laronde-Clérac**, «Associations. – Constitution, capacité», J.-Cl. Sociétés Traités, fasc. 174-20, 2013.
  - **C. Aubertin**, «Les associations en droit international privé après l'abrogation du titre IV de la loi du 1er juillet 1901 par la loi du 9 octobre 1981», JDI 1983, p. 543-575.
  - **M. Revillard**, «Associations en droit international privé», J.-Cl. Sociétés Traités, fasc. 174-60, 2014, n° 21.
  - **M. Revillard**, art. préc., n° 43 et s.
  - **P. Mayer et V. Heuzé**, *Droit international privé*, Montchrestien, 10ème éd., 2010.
  - **C. Aubertin**, art. préc., § 25.
  - **L. Boré et J. Salve de Bruneton**, D. 2001. 665.
  - Décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière].
  - **Sébastien Kott**, «Le contrôle de la dépense publique à la fin du XIXème siècle: contrôle administratif ou contrôle politique», in Laurent Feller (dir.), *Contrôler les agents du pouvoir*, Limoges, Pulim, 2004, p. 50 et s.

- **James Charrier**, «Cour de discipline budgétaire et financière», Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, septembre 2005.
- **Christian Descheemaeker**, «Cour de discipline budgétaire et financière», *JurisClasseur Administratif*, fasc. 1270, § 14.
  - Décision n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, Association France Nature Environnement [Transaction pénale sur l'action publique en matière environnementale].
  - **Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative**, Les études du Conseil d'État, La documentation française, 1993, Paris, p. 51.
  - **Jean-Baptiste Perrier**, *La transaction en matière pénale*, thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université d'Aix-Marseille, 4 décembre 2012, p. 1.
  - **Robert Merle et André Vitu**, *Traité de droit criminel*, tome II : procédure pénale, Paris, Cujas, 2001, p. 82-83.
  - **Robert Merle et André Vitu**, *Traité de droit criminel*, tome II : procédure pénale, op. cit., p. 84.
  - **Jean-Baptiste Perrier**, *La transaction en matière pénale*, op. cit., p. 535.
  - **Michel Dobkine**, «La transaction en matière pénale», *Recueil Dalloz*, 1994, p. 137.
  - **Éric Gherardi**, «Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales», *RFDA*, 1999, p. 905.
  - **Michel Boitard**, «La transaction pénale en droit français», *RSC*, 1941, p. 162.
  - Décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014, M. François F. [Responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif].
    - **C. Saint-Alary-Houin**, *Droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, 8ème éd., 2013, n° 1371.
    - **T. Favario**, «La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce», *RPC* n° 3, mai 2011, étude 15.
    - **C. Saint-Alary-Houin**, op. cit., n° 1376 .
    - **A. Martin-Serf**, «Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire des entreprises. - Effets à l'égard des dirigeants sociaux . - Sanction patrimoniale. Conditions d'exercice et résultats de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif», *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 41-52, 2011, n° 130.
    - **G. Viney, P. Jourdain et S. Carval**, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd., 2013, n° 865.
    - **M. Germain**, «L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial», *Le Code de commerce, 1807-2007*, Dalloz, p. 243 et s., spéc. p. 257.
    - **J.-P. Sortais**, «Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif», *Mélanges Bézard, LPA-Montchrestien*, 2002, p. 321 et s.
    - **P.-M. Le Corre**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 6ème éd., 2013, n° 922.51.
    - Décision n° 2014-414 QPC du 26 septembre 2014, Société Assurances du Crédit mutuel [Contrat d'assurance : conséquences, en Alsace-Moselle, de l'omission ou de la déclaration inexacte de l'assuré].
      - **H. Groutel**, «Déclaration inexacte du risque : réduction proportionnelle (régime particulier à l'Alsace-Moselle)», *Responsabilité civile et assurances* n° 12, décembre 2013, comm. 395.
      - **P. Hennion-Jacquet**, «Le droit local du travail alsacien-mosellan : principe d'égalité neutralisé, principe de légalité consacré», *Recueil Dalloz*, 2012, page 1047.
      - Décision n° 2014-412 QPC du 19 septembre 2014, M. Laurent D. [Délits de mise et de conservation en mémoire informatisée des données sensibles].

- **Agathe Lepage**, «Loi du 6 août 2004. Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel», *Communication Commerce électronique*, n° 2, février 2005, étude 9.
- **Jean Frayssinet**, «Atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques», *JurisClasseur Pénal Code*, fasc. 20, § 330.
  - Décision n° 2014-409 QPC du 11 juillet 2014, M. Clément B. et autres [Droit de vote des copropriétaires].
- **J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti**, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2ème éd., 2010, n° 515.
- **F. Terré et P. Simler**, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n° 625 et s.
- **J. Carbonnier**, *Droit civil, vol. 2, Les biens, Les obligations*, Puf, Quadrige, 2004, n° 838, p. 1796.
- **M. Morand**, «Le nouveau statut de la copropriété, un coup d'épée dans l'eau», *Gaz. Pal.* 1967. 1. doctr. 67.
- **G. Vigneron**, «Assemblée générale ; Composition, Droit de vote, Attribution des voix ; Représentation des copropriétaires aux assemblées», *J.-Cl. copropriété*, fasc. 84-10, 2011, n° 65 et s.
- **J.-M. Roux**, «Réduction des voix du copropriétaire majoritaire et fraude à la loi», *Loyers et copropriété*, n° 2 février 2013, étude 3.
  - Décision n° 2014-408 QPC du 11 juillet 2014, M. Dominique S. [Retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention].
- **Martine Herzog-Evans**, «Droit de l'exécution des peines», *Dalloz*, 2012.
- **M. Jean-Luc Warsmann**, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison, La documentation française*, avril 2003, p. 60.
- **Julien Morel d'Arleux**, «Politique disciplinaire et gestion de la détention : dépasser la relation duale détenus/personnels», *AJ Pénal*, 2005, p. 402.
  - Décision n° 2014-406 QPC du 09 juillet 2014, M. Franck I. [Transfert de propriété à l'État des biens placés sous main de justice].
- **E. Joly-Sibuet**, *Rép. dr. pénal Dalloz, v° Restitution*, 1998, n° 62.
- Décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, Époux M. [Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice].
  - **Maxime Galland**, *Répertoire de droit des sociétés, Dalloz*, juin 2010.
  - **Emmanuel Glaser**, concl. sous CE, 31 juill. 2009, n° 296052, *Sté Fiteco*, *RJF* 11/09 n° 939, *Dr. Fisc.* 2009, n° 43, comm. 509, concl. E. Glaser, note A. de Bissy.
  - **M. Bernard Ésambert**, *Le rachat par les sociétés de leurs propres actions*, janvier 1998.
  - **E. Glaser** sous CE, 31 juill. 2009, *Sté Fiteco*, précité.
  - **Jérôme Turot** «Rachat par une société de capitaux de ses propres titres. Un régime assis entre deux chaises», *RJF*, 8-9/92, p. 659.
  - **Vincent Dumont**, «Rachat par une société de ses propres titres: une "chère rédemption" ?», *Bulletin fiscal Lefebvre* 10/10.
    - Décision n° 2014-403 QPC du 13 juin 2014, M. Laurent L. [Caducité de l'appel de l'accusé en fuite].
  - **H. Angevin**, *La pratique de la cour d'assises*, LexisNexis, 5ème éd., 2012, n° 1261.
  - **H. Angevin**, *op. cit.*, n° 1299.



- **J. de Poulpiquet**, *op. cit.*, n° 72.101.
- **J.-F. Sagaut et M. Latina**, *op. cit.*, n° 338.
- **J.-F. Pillebout et F. Hébert**, art. préc., n° 32.
- **J.-F. Sagaut et M. Latina**, *op. cit.*, n° 341.
- Décision n° 2013-372 QPC du 07 mars 2014, M. Marc V. [Saisine d'office du tribunal pour la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire].
  - **Jean-Pierre Rémerly**, «Les résolutions de plans dans le droit des entreprises en difficulté», *JCP G*, n° 45, 2 novembre 2009, § 406, pp. 36-42.
  - **Pierre Michel Le Corre**, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7ème éd., Dalloz, Paris, 2013-2014, p. 1133.
  - **Jean-Pierre Rémerly**, «Les résolutions de plans dans le droit des entreprises en difficulté», *op. cit.*
  - **Pierre-Michel Le Corre**, «Les principales modifications de la procédure de sauvegarde dans le projet de réforme», *Gazette du Palais*, 8 novembre 2008, n° 313, p. 11.
- Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, M. Marc S. et autre [Exploitation numérique des livres indisponibles].
  - **E. Emile-Zola-Place**, «L'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle: une gestion collective d'un genre nouveau», *Legipresse* juin 2012.
  - **J.-M. Bruguière**, «Gestion collective, OEuvres indisponibles», *Propriétés intellectuelles* octobre 2012, p. 411.
- Décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »].
  - **F. Sudre**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Puf, 9ème éd., 2008.
- Décision n° 2014-689 DC du 13 février 2014, Loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur.
  - **M. Jacques Larché**, «Le Conseil constitutionnel organe du pouvoir d'État», *AJDA*, mars 1972, p. 136.
- Décision n° 2013-364 QPC du 31 janvier 2014, Coopérative GIPHAR-SOGIPHAR et autre [Publicité en faveur des officines de pharmacie].
  - **M. Simonet, G. Viala**, «La publicité en faveur de l'officine pharmaceutique», *LPA* 9 juillet 1999, n° 136, p. 17.
  - **V. Siranyan, O. Rollux**, «Publicité, pharmacie et groupements : la saga continue!», *LPA* 12 juillet 2012, n° 139, p. 4.
- Décision n° 2013-361 QPC du 28 janvier 2014, Consorts P. de B. [Droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés].
  - **Danièle Huet-Weiller**, «L'adoption dans les principales législations européennes. France», *RIDP*, vol. 37, n° 3, juillet-septembre 1985, p. 611.
  - **Alain Bénabent**, *Droit civil. Droit de la famille*, Lextenso Éditions, Montchrestien, Paris, 2010, p. 411.
  - **Ludovic Ayrault**, «Droit fiscal européen des droits de l'homme: chronique de l'année 2009», *Droit fiscal*, n° 8, 25 février 2010, 209.
  - **Pierre Murat**, «Adoption simple et droits de succession: les exigences de la condition de "secours et soins interrompus" reçus de l'adoptant», *Droit de la famille*, n° 6, juin 2009, comm. 77.
- Décision n° 2013-360 QPC du 09 janvier 2014, Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes].



- Paul Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz 2011, § 40.02.
- B. Dutoit, *La nationalité de la femme mariée, Volume 1 : Europe*, Librairie Droz, Genève, 1973, pp. 102-103.
- P. Lagarde, Répertoire de droit international, *Nationalité*, Dalloz, juin 2012, § 344.
- H. Batiffol, «Evolution du droit de la perte de la nationalité française», in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommages à Marc Ancel, t I*, Paris, Edition A. Pedone, 1975, p.249.
- P. Lagarde, *op. cit.*, § 41.01.

**Antonio Ruggeri**  
**Attività di garanzia e attività d'indirizzo politico,**  
**a salvaguardia dei diritti fondamentali\***

SOMMARIO: 1. Il quadro delle possibili combinazioni cui le attività qui fatte oggetto di studio possono dar vita, ponendosi in rapporto coi diritti. – 2. La tendenza alla politicizzazione delle attività di garanzia e i suoi indici maggiormente salienti (esemplificazioni, con specifico riguardo ai casi di deviazione della Consulta dai canoni che presiedono all'adozione delle sue pronunzie, del matrimonio del transessuale, della manipolazione del parametro costituzionale, col rischio che il massimo garante della legalità costituzionale innaturalmente si converta nel massimo decisore politico e, perciò, in buona sostanza, in un autentico *potere costituente permanente*). – 3. Ciò che il legislatore (costituzionale prima ed ordinario poi) può e deve fare a beneficio dei diritti, a mezzo di discipline caratterizzate da essenzialità di disposti e duttilità di struttura nomologica, sì da adattarsi alla varietà dei casi e delle mobili combinazioni degli interessi bisognosi di tutela. – 4. La riduzione delle garanzie apprestate ai diritti in sede giurisdizionale in nome del "sistema", che obbliga a bilanciamenti, alle volte molto gravosi per i diritti stessi, con altri interessi costituzionalmente protetti. – 5. Il "dialogo" tra le Corti (specie con quelle europee) quale risorsa avverso l'innaturale commutazione dell'attività di garanzia in attività politica, la tentazione cui ciascuna Corte rimane non di rado esposta a porsi quale *superiorem non recognoscens*, discostandosi così da quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe costantemente presiedere ai loro rapporti ed a salvaguardia dei diritti, l'ordinazione "orizzontale" delle Carte (e delle Corti) quale la più efficace risorsa avverso lo snaturamento della funzione di garanzia e il suo porsi quale la massima espressione della direzione politica.

1. *Il quadro delle possibili combinazioni cui le attività qui fatte oggetto di studio possono dar vita, ponendosi in rapporto coi diritti*

Avverto subito che la riflessione che ora si avvia non ha l'ambizione, che potrebbe trasparire dal titolo datovi, di far luogo ad una trattazione (non dico esaustiva ma quanto meno) organica del tema evocato dal titolo stesso, sì da distendersi fino a coprire un campo materiale vastissimo, praticamente sconfinato. L'obiettivo è, in realtà, assai più modesto e circoscritto e, di conseguenza, lo è l'ambito di suo specifico interesse: mi prefiggo, infatti, l'obiettivo di porre le basi per successive analisi, mettendo dunque ora a fuoco unicamente gli elementi indispensabili per l'inquadramento del tema e tracciando un percorso a mia opinione proficuamente battibile a finalità teorico-ricostruttiva.

Comincio col dire che una particolare attenzione va prestata, quanto alle une attività, a quelle poste in essere dagli organi giurisdizionali (per ciò che in questo studio maggiormente interessa, dalla Corte costituzionale, fermo restando il ruolo di certo non secondario esercitato dai giudici comuni a tutela dei diritti<sup>1</sup>) e, quanto alle altre, a quelle che prendono forma in via legislativa e normativa in genere<sup>2</sup>.

---

\* Testo rielaborato di un Seminario svolto all'Università Bocconi di Milano il 12 maggio 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato. Avverto che la vastità del campo coperto da questo studio richiederebbe un parimenti vasto apparato di note e di riferimenti bibliografici, qui nondimeno ridotti a quanto strettamente necessario alla comprensione degli argomenti esposti nel testo.

<sup>1</sup> Tra gli studi di recente venuti alla luce in cui l'operato dei giudici è giustamente evidenziato, rammento qui solo, quanto al versante dei rapporti con la Corte costituzionale, quello di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012 e, quanto al versante dei rapporti interordinamentali (e, segnatamente, con la Corte di Strasburgo), quelli di R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*<sup>2</sup>, Aracne, Roma 2014. Utili indicazioni, inoltre, in I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano 2012; AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi - D. Pulitanò, Giuffrè, Milano 2013; E. CECCHERINI, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2013, 467 ss., e, con specifico riguardo alla materia penale, V.

La ragione è presto detta e non richiede un lungo discorso a sua chiarificazione.

Per l'un verso, sul fronte delle garanzie, i giudici, *tutti* i giudici ma, in ispecie, quelli costituzionali<sup>3</sup> sono, senza alcun dubbio, i protagonisti dell'azione quotidianamente svolta a presidio dei diritti<sup>4</sup>, che rimarrebbero dunque gravemente esposti a minacce ed insidie fattesi col tempo crescenti senza il servizio, perlopiù in modo discreto, non appariscente e non di rado sofferto, ad essi apprestato dalle sedi in cui si amministra giustizia. Chi dunque si prefigga l'obiettivo di indagare in quali forme e fino a che punto i diritti stessi siano salvaguardati non può che far capo proprio alle attività allo scopo poste in essere dai giudici.

Per l'altro verso, sul fronte delle attività di direzione politica, malgrado la varietà delle forme in cui esse si manifestano e della pluralità delle sedi che vi fanno luogo, non c'è parimenti dubbio alcuno che gli atti per eccellenza espressivi d'indirizzo restino ancora oggi le leggi e, in genere, gli atti di normazione. Atti – come suol dirsi, con termine mutuato da una risalente e nobile tradizione, pur se maturata in un contesto assai diverso da quello del tempo presente – “politici” per antonomasia<sup>5</sup>, anche se il termine stesso richiederebbe oggi di essere a fondo ripensato, così come peraltro in parte si sta facendo per gli schemi teorici più strettamente legati alla sovranità ed a quant'altro rimanda allo Stato quale punto primario di riferimento dell'esperienza costituzionale, il perno attorno al quale la stessa ruota e dal quale stabilmente si tiene, perlomeno a stare alle sue più accreditate ricostruzioni, per quanto ad oggi fatte oggetto di radicale, critica riconsiderazione.

Ora, due essendo i termini della relazione, quattro parrebbero essere le soluzioni logicamente possibili, peraltro – anticipo – tutte, quale più quale meno, avvalorate dall'esperienza, secondo lo schema che passo subito ad esporre; in realtà, come pure si vedrà, il quadro complessivo appare essere assai più articolato e composito.

---

MANES, del quale, tra gli altri suoi scritti, v. almeno *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012.

<sup>2</sup> Mi riprometto, poi, di dedicare un altro studio alle garanzie apprestate ai diritti da organi diversi da quelli qui presi in esame (e, segnatamente, dal Capo dello Stato), così come al rilievo al riguardo giocato da attività di direzione politica svolte in forme diverse da quelle normative.

<sup>3</sup> ... termine che qui, come già in altri studi, intendo *in senso materiale*, ricomprendendovi altresì le Corti sovranazionali le quali pure, malgrado la loro peculiare natura, di certo non accostabile in tutto e per tutto a quella dei tribunali costituzionali di diritto interno, manifestano ad ogni buon conto nel tempo presente una spiccata tendenza appunto alla loro *costituzionalizzazione* (su ciò, tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese: ancora di recente, in *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 31 dicembre 2013; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss.).

<sup>4</sup> Avverto che, per ragioni di scorrevolezza espositiva, il più delle volte nello studio ora avviato non aggiungerò al sostantivo l'aggettivo qualificativo “fondamentale”, considerandolo implicitamente riferito ai diritti dei quali solo faccio qui parola.

<sup>5</sup> Siffatta qualifica, poi, richiederebbe tutta una serie di precisazioni, sia di ordine generale che con specifico riguardo ad alcuni ambiti di esperienza, ai quali usualmente si applica, di cui nondimeno non è questa la sede. Basti solo far caso al diverso modo di essere espressione d'indirizzo politico che è proprio, rispettivamente, delle leggi dello Stato e delle leggi regionali, specie a motivo dei vincoli ai quali le seconde vanno soggette, al punto che – come si ricorderà – un'avvertita dottrina ne discorreva in termini di fonti “subprimarie”. Vincoli che, nondimeno, secondo una raffinata ricostruzione teorica, non valevano (e non valgono) ad inficiare il carattere “politico” delle leggi in parola e, in genere, dell'autonomia di cui esse sono espressione (così, sopra tutti, T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss.). Tesi che può, invero, ancora oggi essere accolta, ove si ammetta – come, a quanto pare, devesi – che il “politico” comprende in sé “gradi” diversi – se così può dirsi – di libero apprezzamento e autodeterminazione. Va tuttavia riconosciuto che, a guardare in faccia la realtà, “subprimarie” dovrebbero, forse, oggi dirsi le stesse leggi dello Stato, quanto meno con riferimento ai numerosi campi della vita sociale nei quali vanno incontro a limiti alle volte schiacciati provenienti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea. Sta di fatto che, malgrado i vincoli ai quali sono soggette, le stesse leggi regionali e gli atti di autonomia in genere molto possono, per la loro parte, fare al servizio dei diritti, secondo quanto ha, ancora di recente, testimoniato il corposo studio di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli - L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014; e, già solo per ciò, il loro carattere “politico” sembra dunque accreditato e – appunto, con le dovute precisazioni – essere ancora oggi utilizzato.

La prima eventualità è quella poc'anzi evocata e che vede nelle attività di direzione politica (e, in specie, come si diceva, in quelle in forma di legge) una fonte di possibili violazioni dei diritti e nelle attività di garanzia lo scudo eretto a loro protezione.

La seconda si ha con inversione dei ruoli, i diritti essendo tutelati dalle leggi ed invece sacrificati, sia pure alle volte solo in parte, dagli atti dei giudici, per effetto di operazioni di bilanciamento con altri interessi considerati meritevoli di prioritaria protezione<sup>6</sup>.

La terza è data dal fattivo concorso posto in essere dalle une e dalle altre attività in vista dell'appagamento ottimale, alle condizioni oggettive di contesto, da apprestare ai diritti.

La quarta si ha laddove i diritti stessi sono sacrificati tanto al piano della direzione politica quanto a quello delle garanzie: ad es., laddove si riscontrino gravi ed estese lacune ed una palese inadeguatezza della disciplina legislativa a far fronte ad almeno alcuni dei più pressanti e diffusi bisogni avvertiti in seno al corpo sociale e, allo stesso tempo, alla insufficienza della salvaguardia apprestata dai giudici.

Qui, come si diceva, parrebbero arrestarsi le possibili combinazioni dei termini costitutivi della relazione in esame. Si danno tuttavia, come pure si avvertiva, ulteriori evenienze, le più significative delle quali mi sembrano essere le seguenti: *a*) che la tutela avverso le lesioni determinate dalle leggi si abbia ma non nelle forme e nei limiti propri dell'esercizio della giurisdizione bensì in forme abnormi (rileva al riguardo, in particolare, il ruolo di "supplenza" – come si suole chiamarlo – svolto dai giudici nei confronti del legislatore, quale prende corpo a mezzo di vere e proprie *sentenze-legge*, provviste di efficacia normativa, alle volte "paralegislativa" ed altre persino "paracostituzionale"<sup>7</sup>); *b*) che i diritti siano tutelati solo... *a metà*, e segnatamente: *b*<sup>1</sup>) in quanto si dia la base legislativa ma facciano difetto i suoi ulteriori, necessari svolgimenti normativi (ad es., manchi la disciplina regolamentare di esecuzione, senza la quale la legge è destinata a restare lettera morta), ovvero *b*<sup>2</sup>) in quanto gli organi della direzione politica non diano il necessario "seguito" a pronunzie della Corte costituzionale bisognose di essere adeguatamente svolte al fine di produrre in modo compiuto effetto, o ancora *b*<sup>3</sup>) il "seguito" stesso non sia dato dai giudici comuni ai quali la Corte consegni il punto di diritto enunciato nelle sue decisioni per il suo opportuno invero nell'esperienza<sup>8</sup>.

È interessante notare, già ad una prima, superficiale osservazione dello schema appena esposto, come la tipicità dei ruoli degli organi (e delle attività dagli stessi svolte) si trovi spesso sotto *stress*, nel mentre sembra affermarsi, vistosa, la tendenza piuttosto alla loro commistione, persino al ribaltamento dei ruoli stessi, il loro appuntarsi cioè in capo agli organi "sbagliati", dai quali dovrebbero restare istituzionalmente, nettamente separati. A conti fatti, solo l'ipotesi enunciata per prima parrebbe rispecchiare fedelmente lo schema tradizionale, posto a base delle stesse nozioni storico-teoriche di "garanzia" e di "direzione politica", nel mentre le ipotesi restanti, per l'uno o per l'altro verso, sembrano discostarsi dallo schema stesso.

Si noti inoltre, con riserva di approfondimento più avanti, che anche nell'ambito degli organi della medesima specie (in larga accezione), in quanto chiamati all'esercizio, pur se in forme e con effetti diversi, della medesima funzione, si assiste alla operatività di ruoli differenziati, al punto di

---

<sup>6</sup> Avverto che discorro qui di "tutela" dei diritti, da parte del legislatore così come dei giudici, in larga accezione, riferendomi ad ogni forma di regolazione o garanzia apprestata ai diritti stessi, senza al momento impegnarmi in ulteriori tipizzazioni in ragione dei diritti stessi (e, segnatamente, a seconda che si tratti delle libertà classiche ovvero dei diritti sociali), che secondo un'argomentata opinione richiederebbero piuttosto l'uso di termini diversi (v., ora, Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss., spec. 68 ss., laddove si distingue tra la "tutela" in senso stretto e la "valorizzazione/promozione").

<sup>7</sup> La qual cosa, poi, ripropone in termini viepiù pressanti ed urgenti l'annosa questione della legittimazione della magistratura in un ordinamento di tradizioni liberaldemocratiche, quale il nostro (su di che, di recente, G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano 2010, e, dello stesso, ora, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*).

<sup>8</sup> Avverto, al riguardo, che l'ipotesi ora considerata non si riferisce ai soli casi di cattiva "attuazione" data alle additive di principio ma, in genere, ai seguiti infedeli dati alle decisioni della Consulta, anche dunque alle pronunzie di accoglimento o di rigetto "secco", ove si tratti di farne pura e semplice "applicazione". Su tutto ciò, *infra*.

potersi dubitare della loro appartenenza al medesimo *genus*, pur se internamente articolato. E basti solo considerare, sia pure di sfuggita, come sia diverso, secondo modello, il ruolo giocato dalle norme costituzionali rispetto a quelle di rango primario in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti, secondo quanto si dirà meglio a momenti, e come parimenti diverso sia il ruolo esercitato da questo o quel giudice (e, segnatamente, da quello comune ovvero da quelli costituzionali, nell'accezione materiale sopra indicata) a protezione dei diritti stessi. È sufficiente al riguardo porre mente alla circostanza per cui il giudice delle leggi è comunemente annoverato tra gli organi di "garanzia" (anzi, l'organo di garanzia per antonomasia), anche se le attività a mezzo delle quali la funzione in parola si concreta appaiono essere tra di loro significativamente differenziate, esprimendo "gradi" di "normatività" parimenti differenziati, a seconda dello strumento di volta in volta posto in essere e che porti ora a lasciare integro il materiale normativo col quale il giudice stesso lavora ed ora invece – come suol dirsi – a "manipolarlo"<sup>9</sup>, dovendosi peraltro allo scopo ulteriormente distinguere i casi in cui la "manipolazione" stessa si arresti all'oggetto da quelli, ancora più incisivi ancorché abilmente mascherati, in cui si volga nei riguardi dello stesso parametro, sostanzialmente "riscritto" per via d'interpretazione<sup>10</sup>. E ancora si considerino i casi in cui i giudici comuni non si limitano a fare – come si accennava poc'anzi – mera "applicazione" di una pronuncia del giudice delle leggi ma – di più – a darvi "attuazione", svolgimento "normativo", pur se ovviamente limitato *quoad effectum* al caso: un'attività, questa seconda, che una rigorosa dottrina<sup>11</sup>, dalle risalenti tradizioni teoriche, giudica essere preclusa al giudice comune, proprio nella consapevolezza del suo carattere intrinsecamente, sostanzialmente "normativo" ma che – piaccia o no – è inevitabile che questi svolga, perlomeno *laddove ciò sia materialmente possibile*<sup>12</sup>, in attesa dell'opportuno intervento riparatore del legislatore.

Insomma, parrebbe che non si sappia più dove finisca l'una attività e inizi l'altra, quali cioè siano i confini degli ambiti materiali nei quali esse possono (e devono), conformemente alla loro natura, svolgersi. Ciò che, poi, può dar luogo ad ulteriori effetti distorsivi dell'intero sistema ed obbliga, per un verso, ad un profondo ripensamento complessivo delle pubbliche funzioni e, per un altro verso, a por mano alla ricerca dei possibili rimedi a questo stato di cose che, riguardato alla luce appunto degli schemi teorici della tradizione, parrebbe essere non conforme al modello e foriero di guasti assai gravi, forse ad oggi non colti in tutta la loro consistenza ed incidenza.

Siamo però sicuri che le cose stanno davvero così? E, se così non dovesse essere, cosa rientra nella "normalità" costituzionale e cosa invece da essa deborda o ad essa frontalmente si contrappone?

*2. La tendenza alla politicizzazione delle attività di garanzia e i suoi indici maggiormente salienti (esemplificazioni, con specifico riguardo ai casi di deviazione della Consulta dai canoni che presiedono all'adozione delle sue pronunzie, del matrimonio del transessuale, della manipolazione del parametro costituzionale, col rischio che il massimo garante della legalità*

---

<sup>9</sup> Sulla varietà delle forme in cui la "manipolazione" stessa è idonea ad esprimersi e, di conseguenza, degli effetti dalla stessa prodotti, v., ora, lo studio accurato di C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

<sup>10</sup> Su siffatte forme di "manipolazioni" apicali ho avuto modo di intrattenermi a più riprese, a partire da *La Costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, 155 ss., spec. 187 ss.

<sup>11</sup> Di recente, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Legislature e giudici nella protezione dei diritti fondamentali*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*.

<sup>12</sup> Alle volte, infatti, il giudice parrebbe esser obbligato a far luogo ad una particolarmente incisiva attività di produzione "normativa", non volendo incorrere nell'illecito della denegata giustizia, e però, allo stesso tempo, l'attività stessa gli è preclusa a motivo del fatto che, al fine di svolgerla, sarebbe richiesta una regolazione articolata e complessa, quale solo il legislatore è attrezzato a porre in essere, secondo quanto si vedrà meglio a suo tempo.



*costituzionale innaturalmente si converta nel massimo decisore politico e, perciò, in buona sostanza, in un autentico potere costituente permanente)*

In realtà, uno studio che specificamente si volga a mettere in primo piano l'esperienza si trova costretto ad ammettere che la funzione di garanzia e quella di direzione politica, pur nelle loro plurime articolazioni interne e varie manifestazioni, faticano a tenersi fino in fondo distinte. Questa conclusione, avvalorata da molti ed inequivoci segni, ha costituito oggetto – come si sa – a più riprese di razionalizzazione teorica, ha cioè portato alcuni studiosi a ritenere che sia lo stesso modello costituzionale, con le sue strutturali carenze ed ambiguità espressive, a non dar spazio alla distinzione in parola. È una tesi, questa, che – come pure è assai noto – ha trovato il campo elettivo per la sua affermazione al piano dei rapporti tra Capo dello Stato e organi della direzione politica (e, tra questi, specificamente il Governo), negli ordinamenti a regime parlamentare, secondo quanto da noi avvalorato dalla nota teorizzazione di C. Esposito, quindi ripresa ed arricchita da G.U. Rescigno, in tema di controfirma ministeriale, quale attestante una generica ed indistinta “cooperazione” tra firmante e controfirmante, e, più di recente, dalla ricostruzione di ordine generale delle pubbliche funzioni prospettata da O. Chessa<sup>13</sup>. Ma è una tesi riproposta, nel suo nucleo concettuale, anche per ciò che attiene alle relazioni tra Corte costituzionale ed organi d'indirizzo, specificamente da quanti reputano essersi ormai formata una vera e propria consuetudine integrativa (o, forse, derogatoria) del dettato costituzionale e favorevole alla ammissione delle sentenze “normative” della Corte costituzionale<sup>14</sup>, le quali – si faccia caso – sono, sì, non di rado oggetto di critiche penetranti ma in ordine a talune eccessive o non argomentate applicazioni, non già appunto in merito alla teorica ammissibilità degli strumenti in parola, annoverati a pieno titolo accanto a quelli espressamente previsti dalle norme legislative che regolano il funzionamento della Corte.

È pur vero, tuttavia, che si è fatta sempre più marcata e vistosa la tendenza alla politicizzazione degli organi di garanzia, sia esso il Capo dello Stato e sia pure il giudice costituzionale e persino i giudici comuni, una tendenza che poi, per la sua parte, dà conferma di quella fluidificazione e commistione dei ruoli, di cui qui si viene dicendo. Altro è però il prendere atto di questo stato di cose, che nondimeno sollecita a verificare fino a che punto possa essere tollerato e *quodammodo* assorbito dal sistema senza che quest'ultimo ne venga travolto, ed altro ancora ragionare – così come fa la dottrina sopra richiamata – nel senso che lo stesso modello costituzionale farebbe propria la indistinzione dei ruoli, offrendo pertanto benevola “copertura” a pratiche a dir poco discutibili, da questa o quella parte adottate e connotate da improvvisazione, secondo occasionali convenienze.

Senza dover far qui richiamo all'originaria intenzione dei *framers*, testimoniata dall'intero andamento dei dibattiti alla Costituente, da cui in modo inequivoco risulta la netta tipizzazione dei ruoli<sup>15</sup>, è sufficiente già il dato della pluralità degli organi componenti la trama istituzionale, il diverso modo con cui ha luogo la provvista degli uffici, le diverse competenze ad essi spettanti per

---

<sup>13</sup> V., nell'ordine, del primo, part., il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962 e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss.; del secondo, tra gli altri suoi scritti, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972; infine, del terzo, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, del quale v., inoltre, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 24 gennaio 2012. Sul pensiero di quest'autore, v. i contributi di AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti - S. Pajno - G. Verde, :duepunti, Palermo 2012. Ho motivato il mio dissenso nei riguardi della proposta ricostruttiva in questi scritti avanzata nel mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, 693 ss., nonché in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>14</sup> Per tutti, v. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; v., poi, nuovamente, la monografia, dietro già richiamata, di C. PANZERA.

<sup>15</sup> Sui limiti ai quali va incontro l'*original intent*, nondimeno bisognoso di essere preservato nel suo “nucleo duro”, rammento qui la nota (e discussa) posizione adottata da [Corte cost. n. 138 del 2010](#).

dare conferma della impossibilità di teorizzare l'esercizio in anomala "sussidiarietà" delle funzioni proprie degli uni da parte degli altri. Possiamo – questo sì – discutere e dividerci tra di noi, così come siamo non poco divisi, a riguardo della spettanza di questa o quella competenza, vale a dire della sua attrazione alla sfera di questo o quell'organo o, ancora, dei modi e soprattutto dei limiti del suo esercizio, delle condizioni che ne giustificano l'attivazione, e via dicendo. Non possiamo però pervenire alla sconcertante conclusione secondo cui sarebbe, *per Costituzione*, indifferente che essa sia svolta dall'uno ovvero dall'altro organo o che la Carta resti muta e neutra, lavandosi pilatescamente le mani, davanti alle forme del suo esercizio, i limiti e quant'altro insomma fa la competenza stessa, qualunque sia il modo con cui essa si presenta ed afferma.

Tutto ciò posto, non possiamo nondimeno chiudere gli occhi davanti alla realtà o fingere che essa non vi sia o che sia diversa da come vorremmo che fosse.

Si diceva un momento addietro che nel corso degli anni a noi più vicini il ruolo degli organi di garanzia, specie di quelli supremi, ha assunto una coloritura politica viepiù marcata<sup>16</sup>; e non è al riguardo inopportuno rammentare che non si tratta di un fenomeno isolato, esclusivamente nostro, bensì comune, pur se con toni o "gradi" diversi, a tutte le principali liberaldemocrazie (e, forse, non solo ad esse). È un indice alquanto eloquente, attendibile, del fatto che non è solo il contesto politico-istituzionale interno ma anche, in rilevante misura, quello internazionale a spingere vigorosamente in questa direzione, alimentando la tendenza in parola.

Due, in particolare, a mia opinione, le cause principali di questo stato di cose, che peraltro sembra non essere transitorio bensì endemico, di sistema: l'*escalation* del terrorismo (specie, appunto, di quello internazionale ma in alcuni ordinamenti o in alcuni periodi della storia di uno stesso ordinamento, anche di quello interno, com'è stato da noi ai tempi del brigatismo rosso) e la crisi economica soffocante in atto.

L'uno sollecita l'adozione di misure alle volte abnormi<sup>17</sup>, nonché la messa in atto di forme di bilanciamento singolari e fortemente discutibili tra la sicurezza ed altri beni costituzionalmente protetti, tra i quali appunto in primo luogo i diritti, non di rado obbligati a patire restrizioni insopportabili, fino ad esserne sacrificati del tutto<sup>18</sup>.

L'altra, poi, obbliga i diritti stessi a forti contrazioni del loro formidabile potenziale espressivo, che nuovamente si traducono, al tirar delle somme, in sacrifici inusuali, persino al sostanziale accantonamento, specie dei diritti maggiormente esposti davanti al vento impetuoso della crisi, quelli c.d. "sociali"<sup>19</sup>. Emblematica di questo stato di cose che ha indotto gli organi di garanzia (e,

---

<sup>16</sup> Emblematico, con riferimento al ruolo del Capo dello Stato, il titolo dato ad un recente studio sulla Presidenza Napolitano: v., dunque, G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, in Quad. de *Lo Stato*, Mucchi, Modena 2015.

<sup>17</sup> "Insolite" (non volendo dire apertamente incostituzionali) le ha pudicamente definite la Consulta, in sua nota decisione, la [n. 15 del 1982](#), con cui è stata fatta salva una disciplina legislativa che prolungava irragionevolmente i termini massimi della carcerazione preventiva, mandata assolta unicamente in ragione dello stato di emergenza costituito dal brigatismo rosso, al contempo tuttavia avvertendo che la disciplina stessa avrebbe perso legittimità una volta cessata l'emergenza medesima. Per quest'aspetto, dunque, "insolita" – come si vede – è stata la decisione in parola, giustificata unicamente nella eccezionale, particolarmente sofferta, congiuntura al tempo riscontratasi.

<sup>18</sup> ... come, appunto, si è avuto nel corso della vicenda rammentata in nt. prec. In argomento, da un punto di vista generale, tra i molti altri, v. T.F. GIUPPONI, in molti scritti (e, spec., in *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna 2010, e, dello stesso, *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura di L. Ronchetti, Giuffrè, Milano 2014, 105 ss.); M. RUOTOLO, *Le declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza. Il problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 15 ss.; C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova 2012; AA.VV., *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, a cura di N. Gallo e T.F. Giupponi, Franco Angeli, Milano 2014. Infine, A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2015.

<sup>19</sup> Trattasi di notazione largamente diffusa (tra i molti altri, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2011; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. l'ult. cap.; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura

segnatamente, il giudice costituzionale) ad adottare misure draconiane di contenimento della spesa pubblica la soluzione originale di recente adottata da [Corte cost. n. 10 del 2015](#) che, pur di raggiungere l'obiettivo prefissosi, non ha esitato ad immolare sull'altare dell'equilibrio di bilancio persino la regola (ad opinione mia e di altri, indisponibile) della incidentalità<sup>20</sup>. È pur vero, tuttavia, che da ultimo la Corte non si è fatta cura delle conseguenze di ordine economico-finanziario discendenti da una sua pronunzia ablativa, la [n. 70 del 2015](#), ed ha caducato una norma varata dal Governo Monti che stabiliva il blocco del meccanismo di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici superiori ad un certo importo, obbligando l'erario a reperire numerosi miliardi di euro (e forse di più...) per far fronte al buco nei conti pubblici causato dalla Consulta<sup>21</sup>.

In un caso e nell'altro, si è assistito – a me pare – ad una esibizione di “forza” politica della Consulta – per riprendere una fortunata immagine del mio compianto Maestro, T. Martines<sup>22</sup> – quale peraltro non di rado si è avuta (e si ha). La “logica” machiavellica del fine che giustifica il mezzo, *qualunque* mezzo, sembra dunque affermarsi, in queste come in altre circostanze: che poi, pur di centrare l'obiettivo, occorra passare sopra, come un ruolo compressore, gli stessi canoni che governano l'esercizio delle funzioni della Corte (e che, perciò, ne legittimano e giustificano l'operato) è, evidentemente un pensiero cui la Corte stessa non dà particolare rilievo o, diciamo pure, non ne dà alcuno.

Dalla prospettiva ora adottata, poco importa, perlomeno dal mio punto di vista, che tutto ciò si faccia ora a discapito ed ora a beneficio dei diritti, come nei due esempi sopra richiamati. Non si trascuri tuttavia la circostanza per cui, se è vero che la Corte è solita interrogarsi circa le possibili conseguenze derivanti dalle proprie decisioni, è pur vero però che non sempre i calcoli sono fatti nel modo giusto; e basti solo por mente al fatto che il “buco” nei conti pubblici causato dalle pronunzie

---

di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, e, della stessa, quindi, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, Relaz. alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguacu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, in *paper*, e *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe dei diritti sociali”?*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 27 novembre 2013; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in [www.costituzionalismo.it](#), 20 gennaio 2014; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014; S. GAMBINO, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in [www.federalismi.it](#), 23/2014; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. int.*, 4/2014, 1148 ss.; inoltre, utili indicazioni in molti degli scritti che sono in [www.federalismi.it](#), 19/2014; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014, e, nella stessa *Rivista*, A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, 1/2015; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni “fuori dal coro”*, in [www.dirittifondamentali.it](#), 19 marzo 2015. Infine, se si vuole, il mio [Crisi economica e crisi della Costituzione](#), in questa [Rivista](#), [2012](#) (21 settembre 2012).

<sup>20</sup> La pronunzia ha costituito oggetto di una pioggia di commenti, perlopiù fortemente critici. Se n'è discusso in occasione di un incontro svoltosi presso la casa editrice Il Mulino il 18 marzo 2015 (alcuni dei contributi possono vedersi in [www.forumcostituzionale.it](#)).

Su “incidentalità”, “pregiudizialità” e “rilevanza”, v., da ultimo, le precisazioni che sono in R. ROMBOLI, [La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.](#), in questa [Rivista](#), [2015/II](#) (5 maggio 2015), 352 ss.

<sup>21</sup> Singolare e francamente sconcertante il balletto delle cifre, di cui si è avuta notizia attraverso i grandi mezzi d'informazione, che testimonia come neppure nelle sedi istituzionali competenti si sappia esattamente quanto potrà costare il ripianamento del buco suddetto.

<sup>22</sup> Di T. MARTINES, v. l'ormai classico *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 196 ss. e 206 ss.

della Corte che costano (o, meglio, che costano molto), quale quella sopra indicata, dovrà pur essere, in un modo o nell'altro, colmato (e, purtroppo, non è detto che ciò si abbia prestando la dovuta attenzione ai soggetti meno abbienti). È vero che non è affare della Corte chiedersi come ciò possa aver luogo; il problema, nondimeno, resta ugualmente aperto.

Due, ad ogni buon conto, gli indici a mia opinione maggiormente indicativi ed attendibili del “tasso” di politicità espresso dalle pronunzie della Corte (specie, appunto, da alcune di esse).

Il primo indice è costituito dalla messa da canto, come nel caso di cui alla [sent. n. 10](#) sopra cit., dei canoni che presiedono al funzionamento della Corte.

Alle volte ciò si deve, come si diceva, non già allo scopo di far contrarre l'area della tutela dei diritti bensì all'intento di dare comunque a questi ultimi un appagamento di cui resterebbero altrimenti privi. Così, ad es., è stato in occasione dell'adozione della nota [sent. n. 238 del 2014](#), laddove la Corte, pur di centrare l'obiettivo prefissosi, ha acconsentito a svolgere (sia pure in forma peculiare) il proprio sindacato su una norma non scritta (quella di adattamento a norma internazionale generalmente riconosciuta), qualificandola peraltro come “inesistente” per il fatto di risultare incompatibile con principi fondamentali della Carta e, segnatamente, col valore indisponibile della dignità della persona umana, senza peraltro indugiare a spiegare perché mai nella circostanza, e diversamente da altre analoghe, la norma responsabile della violazione dei principi stessi sia stata considerata affetta da nullità-inesistenza e non già suscettibile di annullamento con le forme consuete del sindacato accentrato (si rammenti la nota dottrina dei “controlimiti” al diritto dell'Unione)<sup>23</sup>.

Preoccupano, in particolare, come si viene dicendo, talune vistose oscillazioni nell'uso del meccanismo incidentale di controllo sulle leggi, testimoniate ad es. dal ricorso non infrequente a tecniche decisorie diverse (e persino opposte) in relazione a casi non diversamente connotati per l'aspetto oggettivo, tecniche che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – sono innaturalmente piegate alla produzione di effetti sostanzialmente non dissimili. La qual cosa poi obbliga gli organi della “esecuzione” del giudicato costituzionale (e, in special modo, i giudici comuni) ad operazioni ardite, acrobatiche, esse pure non poco discutibili, al fine di dar seguito ai verdetti della Corte. Viene, insomma, a determinarsi una “catena” di atti che, secondo modello, dovrebbero presentarsi funzionalmente connessi e convergenti nello scopo e che, però, in conseguenza di una errata manovra posta in essere presso la Consulta, possono a conti fatti risultare reciprocamente scollegati e comunque complessivamente devianti dall'obiettivo finale.

Faccio solo un esempio che mi sembra essere particolarmente istruttivo di questo stato di cose, a riguardo del matrimonio del transessuale.

Come si sa, volendo spingere vigorosamente per la regolazione della condizione della coppia di coniugi il cui matrimonio debba considerarsi ormai sciolto per effetto del mutamento di sesso di uno dei suoi componenti, la Corte ha con [sent. n. 170 del 2014](#) fatto luogo ad una additiva di principio in vece della consueta pronunzia di rigetto con monito, quale quella di cui alla [sent. n. 138 del 2010](#). Il principio aggiunto è appunto quello per cui la coppia in parola, connotata da un “pregresso vissuto” – ci dice la Corte – non comune ad altri soggetti dello stesso sesso che pure aspirino ad aver riconosciuto il diritto alle nozze, appare esser bisognosa di una speciale protezione, che dovrà essere urgentemente apprestata dal legislatore.

Alla ripresa del processo rimasto pendente, la Cassazione, consapevole di non riuscire a desumere dal principio in parola una regola immediatamente valevole per il caso, ha spostato il tiro e, facendo propria una proposta venuta da una sensibile dottrina<sup>24</sup>, ha considerato ancora oggi

---

<sup>23</sup> Questi ed altri rilievi critici possono, volendo, vedersi nelle mie note alla decisione in parola, dal titolo [La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 2014 (17 novembre 2014), e, pure [ivi](#), [Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?, 2015/I](#) (5 marzo 2015), 78 ss.

<sup>24</sup> Il riferimento è, ovviamente, a B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014.



sussistente il vincolo matrimoniale intercorrente tra i soggetti in questione, sia pure sottoponendolo alla condizione risolutiva del suo scioglimento una volta sopravvenuta l'attesa regolazione da parte del legislatore ([sent. n. 8097 del 2015](#)). Abbiamo così assistito alla "invenzione" di un istituto originale, che in realtà non c'è (e non può esserci): il *matrimonio "a tempo"*<sup>25</sup>.

La vicenda è assai istruttiva per plurime ragioni.

In primo luogo, testimonia quello scollamento esistente tra la decisione dell'una e quella dell'altra Corte, di cui un momento fa si diceva, uno scollamento peraltro dovuto al salto logico riscontrabile nella pronunzia del giudice costituzionale che nella parte motiva fa salva la norma di legge che prevede lo scioglimento del matrimonio del transessuale mentre poi nel dispositivo produce una norma, che in quella legge mancava e non avrebbe potuto esservi ma che piuttosto avrebbe dovuto trovare posto in altra legge, volta alla disciplina della condizione della coppia in parola<sup>26</sup>.

Per la Consulta, dunque, i componenti la coppia stessa sono ormai da considerare a tutti gli effetti *ex coniugi*; di contro, per la Cassazione sono ancora coniugi, mentre cesseranno di esserlo solo quando il legislatore offrirà loro la peculiare protezione cui hanno nondimeno diritto.

In secondo luogo e proprio perché i "terminali" della complessiva manovra posta in essere dalla Consulta sono i giudici comuni, l'obiettivo avuto di mira non viene centrato, mentre il bersaglio colpito risulta essere diverso da quello prefiguratosi dal giudice costituzionale. È vero, però, che – come pure si diceva – le due Corti hanno in comune lo scopo di esercitare una pressione sul legislatore perché finalmente si svegli dall'annoso letargo in cui versa e dia al diritto costituzionale leso la dovuta protezione.

La morale che poi si trae da questa intricata e sofferta vicenda è che "politica" è stata la decisione della Consulta e ugualmente (e, forse, più ancora...) "politica" la decisione della Cassazione: lo è stata la prima, che ha riservato al matrimonio tra persone dello stesso sesso, originario o sopravvenuto che sia, un trattamento diverso, dando vita la seconda volta ad una decisione di accoglimento comunque inidonea ad essere portata ad immediata applicazione, a motivo della complessità delle regole allo scopo necessariamente richieste. Lo è stata anche la seconda, indotta in errore dalla prima, che ha oggettivamente incoraggiato il giudice dell'"esecuzione" non già ad estrarre una regola dal principio somministrato dalla Consulta bensì ad inventarsi di sana pianta una regola non riportabile al principio stesso, una regola che in realtà non aveva, non poteva avere, titolo per farsi valere a motivo della sua palese incompatibilità col paradigma eterosessuale del matrimonio prescritto dall'art. 29 della Carta.

Come si vede, pur laddove le tecniche decisorie siano dalla Consulta piegate per una giusta causa, alle volte possono a mo' di *boomerang* rivoltarsi contro chi se ne avvale, dal momento che – al di là della innegabile pressione esercitata, come si è veduto, sul legislatore<sup>27</sup> – resta il fatto che il matrimonio considerato dal giudice costituzionale ormai sciolto è stato dal giudice comune miracolosamente "resuscitato" (anzi, non è mai morto...).

Il secondo indice è dato da quella manipolazione del parametro, in vece dell'oggetto ovvero unitamente a questo, cui pure si è poc'anzi fatto cenno. Certo, non è facile darne la prova, per quanto si siano date e si diano vicende altamente emblematiche in tal senso; e basti solo por mente alle numerose "riscritture" del Titolo V avutesi *ope juris prudentiae*, al punto che il volto dello

---

<sup>25</sup> Riprendo qui una critica che è nella mia nota [Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), [2015/I](#) (28 aprile 2015), 304 ss.

<sup>26</sup> Che l'aggiunta normativa sia stata operata dalla Consulta su legge "sbagliata" è stato prontamente rilevato da una sensibile dottrina: v., dunque, R. ROMBOLI, [La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" \(quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice\)](#), in questa [Rivista](#), [2014](#) (1° luglio 2014), nonché – se si vuole – anche nel mio [scritto](#) da ultimo richiamato.

<sup>27</sup> In realtà, la maggiore pressione – a me pare – è, nei fatti, esercitata, più ancora che dalla additiva della Consulta, dal forzato mantenimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso operato dalla Cassazione, che dovrebbe finalmente indurre – la speranza è questa – il legislatore all'azione.



Stato regionale italiano, qual è secondo “diritto vivente”, fatica ormai a riconoscersi o diciamo pure che non si riconosce affatto nella sua immagine disegnata nella Carta.

Non occorrono esempi, tanto numerosi e lampanti, essi sono, praticamente in ogni campo materiale di esperienza, avuto cioè riguardo al terreno su cui maturano le esperienze della legislazione (e della normazione in genere), dell’amministrazione, della finanza, senza peraltro trascurare taluni profili non secondari dell’organizzazione, tanto con riguardo alla forma di governo quanto in merito alla “forma di Regione”, per riprendere, adattandolo alla dimensione regionale, un concetto familiare alle vicende statali (applicato, appunto, alle relazioni intercorrenti tra comunità governata ed apparato governante).

Insomma, una Corte che si mostra sempre più intraprendente, incisiva, insofferente a restare rispettosa delle regole che presiedono all’esercizio delle sue funzioni, persino – si faccia caso – a quelle che essa stessa s’è data, ad integrazione del dettato costituzionale e legislativo. La qual cosa poi ripropone l’inquietante interrogativo di Giovenale a riguardo di chi mai possa controllare i controllori, impedendo alla Corte, che è, e deve restare, il massimo garante della legalità costituzionale di convertirsi innaturalmente nel massimo decisore politico, non più dunque un *potere costituito*, bensì un *potere costituente permanente*.

Qui è il cuore della questione ora nuovamente discussa, il suo *punctum crucis*.

3. *Ciò che il legislatore (costituzionale prima ed ordinario poi) può e deve fare a beneficio dei diritti, a mezzo di discipline caratterizzate da essenzialità di disposti e duttilità di struttura nomologica, sì da adattarsi alla varietà dei casi e delle mobili combinazioni degli interessi bisognosi di tutela*

Avverto subito che, a mia opinione, il rischio micidiale insito nello scenario appena descritto non può essere parato efficacemente fino in fondo; e ciò, per la elementare ragione che la Corte può in ogni tempo rivendicare per sé il titolo di dire l’ultima parola sulle controversie di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, chiudendo la partita aperta con gli altri operatori istituzionali, siano essi organi della direzione politica e siano pure giudici diversi, comuni e non<sup>28</sup>. Su quest’ultimo punto, nondimeno, tornerò a momenti; tengo tuttavia da subito a precisare che l’idea di una Corte *Constitutioni soluta*, sol perché protetta dallo scudo impenetrabile eretto dall’art. 137, ult. c., a norma del quale le pronunzie della Corte stessa non soggiacciono ad alcuna “impugnazione”<sup>29</sup>, non è in alcun modo accettabile, ove la si intenda come espressiva di una *sovranità della Corte* in grado d’imporsi sulla stessa *sovranità della Costituzione* e dei suoi valori<sup>30</sup>, non dandosi in tesi rimedio alcuno che possa impedire al massimo garante della Carta di commutarsi – come si diceva – nel massimo decisore politico, in quanto appunto interprete privilegiato, se non pure esclusivo, l’unico comunque insindacabile, della Carta stessa.

---

<sup>28</sup> Non si dimentichi che la Corte può giudicare l’operato di *tutti* gli organi, compreso l’altro massimo organo di garanzia, il Capo dello Stato, tanto in sede di conflitti interorganici quanto per responsabilità penale, senza essere giudicata da alcuno.

<sup>29</sup> Sul peculiare significato che il termine assume nelle sue applicazioni alle esperienze della giustizia costituzionale mi permetto rinviare al mio *Storia di un “falso”*. *L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che vi ho dato in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

<sup>30</sup> Sulla desoggettivizzazione della sovranità e il suo compiuto inquadramento ed apprezzamento in prospettiva assiologicamente orientata, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero, ora, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “*Sovranità dei valori*” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

Si tratta, ad ogni buon conto, di stabilire, al di là delle parole e degli schemi teorici, anche i più accurati e raffinati, a mezzo di esse forgiati, cosa possa in concreto farsi allo scopo – come si diceva – di arginare fin dove possibile questo rischio.

La prima, elementare e persino ovvia, considerazione che viene da fare, riprendendo il quadro inizialmente delineato a riguardo delle relazioni tra l'una e l'altra specie di attività, è che molto può (e deve) fare al riguardo il legislatore che, col fatto stesso di esercitare a modo la funzione sua propria, può porsi quale una sorta di *garante preventivo* avverso gli usi abnormi della giurisdizione in genere e costituzionale in ispecie.

Il punto è di centrale rilievo e merita che su di esso si fermi, sia pure con la necessaria speditezza imposta a questo studio, l'attenzione.

Una delle ipotesi sopra fatte è – come si rammenterà – quella per cui tanto gli organi di garanzia quanto (e prima ancora) quelli della direzione politica offrono, ciascuno per la propria parte e nel rispetto del ruolo che gli spetta, un fattivo concorso all'appagamento dei diritti.

Soprattutto nel tempo presente, in cui le pretese di tutela vantate dai diritti e da coloro che ne sono portatori si fanno viepiù crescenti e pressanti, è solo dallo sforzo congiunto – ripetesi: *nella tipicità dei ruoli* – prodotto a plurimi livelli istituzionali che può fondatamente nutrirsi la speranza che la tutela stessa possa, almeno in una certa, non disprezzabile misura, essere raggiunta.

La prima mano, come si diceva, è chiamata a giocarla il legislatore, cui compete di dare il primo e necessario sviluppo alle previsioni della Carta costituzionale e delle altre Carte che danno il *riconoscimento* (nella ristretta e propria accezione del termine) dei diritti.

Qui si pongono due formidabili questioni: l'una è relativa a ciò che il riconoscimento stesso significa, non tanto con riferimento ai diritti “vecchi”, avvalorati da una tradizione storico-positiva ormai risalente e consolidata, quanto in merito ai “nuovi” o ai “nuovissimi”; l'altra attiene, poi, al modo o alla misura con cui al riconoscimento stesso deve far seguito la sua prima attuazione ad opera della legge, vale a dire fin dove questa è tenuta a spingersi, conformemente al ruolo disegnato per il legislatore nella Carta, e dove invece deve arrestarsi per far posto ad altre attività, alle volte “applicative” ed altre invece – come si è già accennato – “attuative”, poste in essere dai giudici e dai pratici in genere al servizio dei diritti ed in vista del loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto.

La prima è la somma questione, quella che più di ogni altra rimette in gioco, a un tempo, l'essenza delle pubbliche funzioni, a partire appunto da quella legislativa (e di predisposizione normativa in genere), e l'essenza della Costituzione, quale documento cioè che ha la sua tipica ed irripetibile ragione d'essere nel dare appunto il *riconoscimento* ai diritti, secondo l'aureo, ad oggi attualissimo, insegnamento datoci dai rivoluzionari francesi col famigerato art. 16 della *Dichiarazione* dell'89 (una proprietà, questa, che oggi la Costituzione condivide con altri documenti parimenti “costituzionali” *in senso materiale*, le Carte internazionali dei diritti).

Ora, tornando qui ad interrogarci circa ciò che fa la “fondamentalità” di un diritto<sup>31</sup>, a me pare che la risposta linearmente discenda dalla premessa, che non mi sembra da alcuno contestata, secondo cui le Costituzioni di stampo liberale (e, tra queste, dunque la nostra) hanno nel *principio personalista* il perno attorno al quale ruotano tutte le norme della Costituzione stessa, le organizzative al pari delle sostantive, tutte infatti essendo in funzione della salvaguardia dell'uomo, dell'affermazione della sua personalità, della soddisfazione dei suoi elementari bisogni<sup>32</sup>. “Fondamentali” sono, pertanto, i diritti (e solo quei diritti) che si dimostrano essere *direttamente, immediatamente e necessariamente* serventi il valore della dignità, l'“assoluto costituzionale”, secondo la efficace qualificazione datane da un'autorevole dottrina<sup>33</sup>, il bene cioè non bilanciabile

---

<sup>31</sup> Per i vari modi d'intendere i diritti in parola, v., ora, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in questa *Rivista*, 2015/I (26 gennaio 2015), 10 ss.

<sup>32</sup> Del principio in parola si tratta nel mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17/2013, cui mi permetto dunque di far rinvio anche per risalenti indicazioni di lett.

<sup>33</sup> G. SILVESTRI, cui peraltro si deve la felice, citatissima, definizione della dignità quale la “bilancia” su cui possono effettuarsi le operazioni di bilanciamento tra i beni della vita costituzionalmente protetti (l'A. ha iniziato a discorrerne

con alcun altro e che però resterebbe senza riparo sacrificato ove non si avesse il riconoscimento e, come si vedrà a breve, l'effettiva salvaguardia di quei diritti.

Il legislatore può (e deve) portare alla luce ciò che nella Carta è rimasto, per ragioni storico-politiche (e, in ultima istanza, culturali), inesplicitato e compresso, dandovi quindi modo di espandersi ed inverarsi nell'esperienza, di farsi fin dove possibile valere.

Al legislatore non è dato di porre nuovi principi fondamentali – ciò che è attributo esclusivo del potere costituente – ma è dato di porre “nuovi” diritti fondamentali, che poi veramente “nuovi” non sono (e non possono essere), siccome comunque bisognosi di farsi riportare alla previsione larga, ma non senza confini, di cui all'art. 2 della Carta, nelle mutue implicazioni che quest'ultimo intrattiene con l'art. 3 e nel suo fare “sistema” coi principi fondamentali restanti (specie, come si dirà, con quelli di cui agli artt. 10 e 11, che danno l'apertura dell'ordine interno al diritto internazionale e sovranazionale). Solo i diritti che servono libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), in quanto appunto indispensabili al fine di farli valere, possono fregiarsi del titolo di autenticamente, genuinamente “fondamentali”; e, *proprio per ciò*, essi sono “inviolabili”.

Così stando le cose, ci si avvede che lo strumento secondo modello congeniale alla posizione (*rectius*, al *riconoscimento*) di “nuovi” diritti fondamentali è la legge costituzionale; quella comune entra in campo, a mio modo di vedere, solo in seconda battuta, al fine di dare ulteriore svolgimento alla prima, la sua più immediata (e, come si vedrà, di necessità contenuta) specificazione-attuazione.

Di questa idea sono convinto da tempo e – confesso – in essa mi vado sempre di più radicando, pur consapevole che la soluzione da me preferita seguita a faticare ad affermarsi nella teoria come, e più ancora, nella pratica<sup>34</sup>. Trovo nondimeno singolare e francamente inspiegabile che si pensi sufficiente allo scopo di dare il *riconoscimento* suddetto lo strumento della legge comune, quando non addirittura quello diretto da parte dei giudici.

Al di là di ogni riserva che solleva lo scenario che veda la legge comune, quale atto per antonomasia espressivo d'indirizzo politico (e, dunque, atto di parte), far luogo al *riconoscimento* stesso facendo al riguardo valere quella logica di schieramento che dovrebbe restare estranea alla definizione della stessa essenza della materia costituzionale<sup>35</sup>, soccorre a sostegno della tesi qui patrocinata il dato elementare, di tutta evidenza, costituito dal fatto che i diritti “vecchi” hanno tutti avuto il loro *riconoscimento* dalla stessa Carta costituzionale, nel mentre la legge comune, cui la stessa Carta rinvia, entra in campo solo *dopo*, per ciò che attiene alla disciplina dei limiti all'esercizio dei diritti stessi, così come *dopo ancora* entra in campo la giurisdizione, cui è riservata l'attivazione dei limiti stessi ovvero la verifica della loro osservanza da parte degli organi cui è demandata la materiale adozione dei provvedimenti restrittivi dei diritti<sup>36</sup>. C'è, insomma, una consecuzione, assiologico-positiva e temporale, nell'esercizio della funzione legislativa e di quella giurisdizionale, a salvaguardia dei diritti riconosciuti dalla *sola* norma a ciò, per sua indeclinabile vocazione, abilitata: la norma costituzionale<sup>37</sup>.

---

nel suo *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 14 marzo 2008, e quindi in altri scritti, tra i quali, di recente, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento al Seminario organizzato dall'AIC su *Il significato della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Roma 30 maggio 2014, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014).

<sup>34</sup> Non a caso, i dibattiti sulle riforme costituzionali, pur nelle laceranti divisioni tra i fautori di questa o quella soluzione, risultano tutti convergenti in ordine alla necessità di lasciare al di fuori della traiettoria delle future innovazioni della Carta le norme sostantive in genere e quelle relative ai diritti in specie.

<sup>35</sup> Si potrà, forse, anche accedere all'ordine di idee favorevole a che le revisioni della Carta abbiano luogo a colpi di maggioranza (un esito, questo, nel quale nondimeno non mi riconosco), ma non ho esitazione alcuna ad escludere categoricamente che ciò possa aver luogo per ciò che attiene al *riconoscimento* di nuovi diritti fondamentali, all'essenza appunto della materia costituzionale.

<sup>36</sup> Sul significato e la funzione delle riserve di legge, con specifico riguardo alla materia processuale ma con interessanti notazioni di ordine generale, v., ora, G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 3/2014, 807 ss.

<sup>37</sup> Riprendo qui, con ulteriori precisazioni, l'esito di precedenti indagini, tra le quali *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibrio istituzionale in un ordinamento “intercostituzionale”*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013, e *Dal*

Perché mai allora – qui è il punto – questo schema non dovrebbe valere altresì per i “nuovi” diritti? Piuttosto, ove appunto non dovesse considerarsi per essi valevole, il dubbio assai elevato è che non si tratti di *veri* diritti “fondamentali”, la “fondamentalità” essendo rivelata ed emblematicamente rappresentata proprio dallo strumento per eccellenza preposto a dare la prima ed essenziale disciplina della “materia” costituzionale, anzi del cuore della stessa: la legge costituzionale.

La legge comune – come si diceva – entra in campo solo *dopo*, perlomeno *secondo modello*; e lo fa, è opportuno che lo faccia, a mezzo di discipline comunque segnate da duttilità di struttura nomologica ed agilità di movenze: da discipline, dunque, esse pure contenute per svolgimento normativo, non tanto per articolazione delle disposizioni di cui si compongono, quanto per la loro attitudine ad adattarsi a plurime, continuamente cangianti, situazioni dalle stesse regolate. È perciò inevitabile la “delega” – come suole essere chiamata – fatta ai giudici, a quelli costituzionali come a quelli comuni, non di rado dunque sollecitati a quell’opera di *attuazione*, e non di mera *applicazione*, di cui poc’anzi si diceva, senza peraltro escludere l’ulteriore opera di produzione normativa alle volte indispensabile per l’effettiva implementazione della disciplina legislativa<sup>38</sup>.

Quando poi la disciplina legislativa non risulti dotata della necessaria flessibilità, questa si è molte volte avuta (e si ha) a forza, attraverso l’adattamento della disciplina stessa, inizialmente eccessivamente rigida, da parte del giudice costituzionale e talora direttamente da parte dei giudici comuni, cui pure si devono non infrequenti “manipolazioni” dei testi di legge mascherate sotto le vesti candide dell’interpretazione conforme.

Come si vede, laddove il legislatore viene del tutto meno al suo compito ovvero lo esercita malamente<sup>39</sup>, questo obbliga i giudici ad un innaturale ruolo di supplenza e, perciò, alla *commutazione dell’attività di garanzia in attività politica*. Non consola il fatto che i giudici adducono, a giustificazione del loro operato, la circostanza per cui della Costituzione (e – aggiungo – delle altre Carte dei diritti) può alla bisogna farsi applicazione diretta. Quando infatti le regole non ci sono e gli stessi principi sono enunciati in termini sommamente vaghi e reticenti, la loro “manipolazione” in sede giudiziaria, pur se effettuata con le migliori intenzioni, resta una evenienza da mettere in conto, forse talora davvero inevitabile<sup>40</sup>.

Se, di contro, il legislatore fa il proprio lavoro come si conviene, questa è già la prima e rilevante, pur se da sola non sufficiente, risorsa di cui si dispone avverso siffatti indebiti mescolamenti funzionali, quanto meno – come si diceva – allo scopo di contenerne talune esasperate, irragionevoli manifestazioni.

4. *La riduzione delle garanzie apprestate ai diritti in sede giurisdizionale in nome del “sistema”, che obbliga a bilanciamenti, alle volte molto gravosi per i diritti stessi, con altri interessi costituzionalmente protetti*

---

*legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 novembre 2014.

<sup>38</sup> Ricordo ora, per tutti, il caso, drammaticamente venuto alla luce molti anni addietro, del piccolo Alfredino Rampi precipitato in un pozzo artesiano, dove trovò la morte, che mise a nudo la mancata attuazione della legge sulla protezione civile, con vigore denunciata alla pubblica opinione dal Presidente della Repubblica Pertini.

<sup>39</sup> A riguardo delle carenze della legislazione, distingue tra diritti senza legge *in senso relativo* e diritti senza legge *in senso assoluto* A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 10 ss., spec. 20 ss.

<sup>40</sup> Rammento qui, per tutti, il caso Englaro e rammento altresì che a tutt’oggi la latitanza del legislatore nel far luogo ad un’adeguata disciplina delle esperienze di fine-vita perdura senza che si sia riusciti a porvi riparo: dobbiamo, forse, aspettarci un nuovo caso Englaro per avere la speranza che la disciplina stessa possa finalmente venire alla luce? (Su tutto ciò, nella ormai nutrita lett., per tutti, v. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, più di recente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it), 1/2014, § 5 ss.).



Non fanno, poi, difetto i casi, ai quali pure si è accennato in sede di notazioni iniziali, in cui i diritti provvisti di riconoscimento costituzionale sono stati, in tutto o in parte, sacrificati dai giudici a mezzo di operazioni di bilanciamento che hanno portato all'esito di privilegiare altri interessi giudicati meritevoli di prioritaria tutela.

Questa esperienza ha molti volti e non è qui possibile passare in rassegna neppure alcune delle sue più salienti espressioni. Mi limito solo, riprendendo un esempio dietro fatto, a rammentare i sempre più ricorrenti casi in cui si è assistito ad una vistosa compressione dei diritti e persino della stessa dignità, che – come si è fatto notare – dovrebbe andare esente da bilanciamento alcuno, allo scopo di far fronte ora al dilagante terrorismo internazionale ed ora alla soffocante crisi economica in atto.

La principale argomentazione alla quale si è fatto (e si fa), in tali congiunture, ricorso è quella che fa riferimento al “sistema”, al bisogno cioè di guardare all'intera gamma degli interessi costituzionalmente meritevoli di protezione e di ricercarne quindi la sintesi ottimale, in ragione del contesto, in vista dell'affermazione della Costituzione *magis ut valeat*, come “sistema” appunto, fissando pertanto il più in alto possibile il punto di realizzazione dei valori fondamentali dell'ordinamento<sup>41</sup>.

Ci si intenda. Il “sistema” è un dato oggettivo ed un fine allo stesso tempo, bisognoso di essere ogni volta ricercato, raggiunto, preservato, in ragione dei casi. Insomma, non si discute. Lo stesso legislatore, d'altronde, quando pone mano a dare tutela normativa ai diritti e, in genere, agli interessi dei quali intende farsi cura non può non tenere costantemente fisso lo sguardo sul “sistema”. Solo che i bilanciamenti insiti nelle discipline legislative presentano il difetto congenito ed ineliminabile della rigidità e dell'astrattezza, secondo quanto è proprio di ogni previsione di accadimenti o comportamenti futuri. Questi bilanciamenti sono sempre, tutti, condizionati dai casi che, nella loro incontenibile varietà, portano a combinazioni delle norme (o, se si preferisce, degli interessi dalle stesse regolati) parimenti varie, così come varie sono le combinazioni dei valori evocati in campo dai casi stessi. Al primo bilanciamento operato dal legislatore fa dunque seguito, di necessità, un secondo bilanciamento posto in essere dai pratici, e segnatamente dai giudici. Ed è presso questi ultimi che la partita, a conti fatti, si gioca e si chiude.

Ora, i bilanciamenti davanti ai giudici richiedono, al fine di essere convenientemente fatti, che i giudici stessi dispongano di spazi adeguati al fine di ricercare l'ottimale realizzazione del sistema, in conformità di quello che – come si è veduto – appare essere una sorta di “metacriterio” o di “metanorma”: la ricerca della massima tutela possibile dell'intera gamma degli interessi costituzionalmente meritevoli<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Sul bisogno di salvaguardare il “sistema” la giurisprudenza costituzionale ha, specie in tempi recenti, insistito con particolare frequenza e vigore (v., tra le molte altre, le [decc. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170 e 202 del 2013](#) e, ora, [10 e 49 del 2015](#)).

<sup>42</sup> Su quest'autentica *Grundnorm* che presiede alla composizione delle norme in sistema e, prima ancora, agli stessi processi interpretativi che portano alla loro individuazione, tra i molti altri e di recente, v. S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](#), 13/2014; G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., in *paper*, spec. al § 5, e, dello stesso, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, E. CASTORINA - C. NICOLSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, spec. al § 3; v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in [www.cortecostituzionale.it](#), dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino



Qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Perché gli spazi in parola non possono essere né troppo estesi né troppo ristretti: non l'una cosa, conseguente all'eccessiva laconicità o, addirittura, alla totale carenza della disciplina legislativa (ciò che porterebbe a quella innaturale conversione dell'attività di garanzia in attività politico-normativa, di cui è dietro discorso) e neppure però l'altra, conseguente alla eccessiva minuzia e rigidità della regolazione legislativa, incapace di adattarsi alla varietà del reale, con le peculiari esigenze manifestate da ciascun caso.

V'è, dunque, un fatto (anzi, un problema) di "misura", di ragionevolezza, cui devono conformarsi tutte le pubbliche funzioni e tutti gli atti, anche espressivi della medesima funzione, nel loro disporsi in "catene" teleologicamente orientate verso lo scopo, a tutti gli atti per modello comune, della massimizzazione della tutela<sup>43</sup>.

Restare nel giusto mezzo – com'è chiaro – è quanto di più arduo vi sia. Se poi si considera che soprattutto i "nuovi" diritti, che gravitano nell'orbita del c.d. biodiritto, sono da noi in larga misura "scoperti", al di fuori di alcune indicazioni offerte dalle Carte dei diritti (ma non – ahimè – dalla Carta costituzionale, che anche per quest'aspetto appare a mia opinione bisognosa di aggiornamento), se ne ha che del problema della "misura" suddetta devono farsi carico particolarmente i giudici che, in conseguenza delle annose carenze del legislatore, vengono davvero ad essere messi in croce. Perché, per un verso, sono sollecitati a quel ruolo di "supplenza", di cui si diceva, allo scopo di non lasciare sguarniti di protezione i diritti; per un altro, però, sanno di non potersi spingere troppo in avanti, quanto meno laddove vogliono restare fedeli al proprio ruolo, non snaturandolo.

Si tratta allora di stabilire di quali risorse, interne all'apparato dei giudici, si dispone al fine di potersi muovere in equilibrio lungo questo crinale sottilissimo, senza cadere nel difetto della denegata giustizia ovvero nell'eccesso di una normazione per via (non legislativa ma) giudiziaria dei diritti.

*5. Il "dialogo" tra le Corti (specie con quelle europee) quale risorsa avverso l'innaturale commutazione dell'attività di garanzia in attività politica, la tentazione cui ciascuna Corte rimane non di rado esposta a porsi quale superiore non recognoscens, discostandosi così da quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe costantemente presiedere ai loro rapporti ed a salvaguardia dei diritti, l'ordinazione "orizzontale" delle Carte (e delle Corti) quale la più efficace risorsa avverso lo snaturamento della funzione di garanzia e il suo porsi quale la massima espressione della direzione politica*

Molto di buono al riguardo ha già fatto ed ancora di più potrà fare nel prossimo futuro il c.d. "dialogo" tra le Corti, tanto in ambito interno (al piano cioè dei rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale) quanto a quello internazionale e sovranazionale (al piano dei rapporti tra giudici nazionali e Corti europee): una risorsa preziosa, spendibile a doppio verso, sia al fine del rinnovamento che a quello della stabilizzazione delle giurisprudenze.

Devesi subito far luogo ad un'avvertenza, cui qui si assegna uno speciale significato; ed è che il "dialogo", pur laddove porti i frutti migliori che da esso si attendono, non è detto che riesca a fare da argine alle tendenze di frequente affioranti alla "politicizzazione" delle pronunzie dei giudici e degli indirizzi dalle stesse composti; potrebbe, di contro, ancora di più rimarcare il "tasso" di politicizzazione insito negli indirizzi medesimi. Allo stesso modo, il loro radicamento nell'esperienza potrebbe giocare sia nel senso di esercitare una vigorosa pressione nei riguardi del legislatore perché finalmente si attivi a dare ai diritti l'attesa regolazione ovvero ad aggiornare una regolazione

---

2015, 126 ss. e 168 ss., nonché, se si vuole, ora, il mio *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 24 marzo 2015, spec. §§ 4 e 5, e già in altri scritti.

<sup>43</sup> Si ha dunque, ancora una volta, conferma che la ragionevolezza costituisce – secondo la fortunata immagine di una sensibile dottrina (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005) – un autentico "principio architettonico del sistema".

preesistente, quanto però nel senso opposto di incoraggiare l'ulteriore riprodursi di una iniziale inerzia, in considerazione del fatto che una qualche disciplina pur sempre si ha, anche se di anomala, "sussidiaria" formazione giurisprudenziale: un esito, questo, in particolare sollecitato a venire alla luce laddove la disciplina stessa si debba a pronunzie provviste di efficacia generale, quali sono quelle della Corte costituzionale (segnatamente, secondo comune opinione, quelle di accoglimento) e, più ancora, quelle della Corte dell'Unione, idonee a distendersi all'occorrenza su tutti i territori degli Stati membri, e, sia pure in via di mero fatto, talora anche quelle della Corte di Strasburgo, in ispecie laddove i punti di diritto in esse enunciati riescano a farsi valere oltre il caso che dà modo alla loro definizione.

La convergenza delle giurisprudenze rimane, ad ogni buon conto, un fatto altamente positivo, una risorsa appunto. Un fatto che ha però da essere costantemente sostenuto ed alimentato da un *animus* che, per vero, tarda ancora oggi ad affermarsi e a radicarsi nella cultura giuridica del nostro tempo e – ciò che più importa – ad essere recepito e *quodammodo* metabolizzato dai protagonisti del "dialogo" stesso, le Corti, ed al quale è, tuttavia, a mia opinione da assegnare cruciale rilievo. Mi riferisco all'abbandono, senza indugi e rimpianti, di un'antica e però ad oggi attualissima credenza che induce ciascuna Corte a considerarsi "superiore" alle altre, nell'assunto del tutto privo di fondamento che "superiore" sia la Carta di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante rispetto alle Carte restanti.

È una tentazione, questa alla quale le Corti restano non di rado soggette e di cui non riescono a liberarsi, condizionate da un malinteso "nazionalismo" o "patriottismo" costituzionale che, specie nelle sue più esasperate manifestazioni, finisce a conti fatti col ritorcersi a detrimento dei diritti. Si difende, cioè, con le unghie e coi denti la disciplina contenuta nella *propria* Carta, pur laddove essa si riveli meno attrezzata di altre Carte nel dare tutela ai diritti evocati in campo dai casi, anche – come si è veduto – nel loro fare "sistema" con altri beni della vita meritevoli di protezione. Insomma, viene messo in buona sostanza da parte quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe invece stare a base dello svolgimento delle pratiche giuridiche, qualunque sia il livello istituzionale al quale esse prendono forma. Ed è singolare, francamente malinconico, che a parole tutte le Corti dichiarino di riconoscersi nel canone stesso né potrebbero fare altrimenti, dal momento che esso è esplicitamente enunciato nelle Carte europee (art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo) e chiaramente desumibile dalla Carta costituzionale (segnatamente, dagli artt. 2 e 3, espressivi – come si è veduto – della *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento), quando poi da esso nei fatti si discostino.

Basti solo por mente all'idea del primato del diritto dell'Unione di cui la Corte dell'Unione stessa mostra di volersi fare portatrice e di cui ha reso, ancora di recente, testimonianza nel famoso parere reso a riguardo dell'adesione alla CEDU, che ha posto condizioni praticamente impossibili, tali in buona sostanza da aggirare il precetto di cui all'art. 6 del trattato di Lisbona.

Oppure si pensi all'avventata dichiarazione resa dal nostro giudice costituzionale in una sua risalente, ma non per ciò inattuale, pronunzia, la [n. 388 del 1999](#), nella parte in cui con sicumera si dichiara che la tutela offerta dalla nostra Carta ai diritti non è in ogni caso meno intensa di quella data dalle Carte restanti. È vero che subito appresso si aggiunge che le Carte tutte "*si integrano reciprocamente nella interpretazione*": un'affermazione, questa, che dà voce ad una concezione delle Carte stesse quali idonee ad ambientare i loro rapporti su un piano "orizzontale", improntandoli a reciproca parità, diversamente dalla prima affermazione che invece ordina le Carte in modo "verticale", assumendo che quella costituzionale detenga in sovrana solitudine il primato sopra ogni altra.

Ancora da ultimo, poi, con [sent. n. 49 del 2015](#) il nostro giudice delle leggi ha avuto modo di precisare il proprio pensiero in ordine al rilievo in ambito interno della CEDU, confermandone il carattere irriducibilmente "subcostituzionale" ed abilitando i giudici nazionali (dunque, quelli comuni ma anche... *se stesso*) a discostarsi dalla giurisprudenza della Corte europea, segnatamente laddove le pronunzie di volta in volta di riferimento siano inespressive di un indirizzo "consolidato"

ovvero non si sia in presenza di una *sentenza-pilota*<sup>44</sup>. Quando poi il vincolo interpretativo risulti essere stringente, per il ricorrere dell'una ovvero dell'altra delle condizioni ora indicate, ebbene è pur sempre data la facoltà del giudice nazionale di portare la norma CEDU sospetta di violare la Costituzione alla cognizione della Consulta perché la rende inoffensiva, annullando la legge di esecuzione della Convenzione “*nella parte in cui...*”. Come si vede, un orientamento del nostro giudice costituzionale, questo manifestato con la [decisione sopra cit.](#), che appare palesemente dettato da un *animus* difensivo, incoraggiato cioè a formarsi da un *pressing* della Corte europea che alle volte dev'esser apparso insopportabile.

In realtà, il giudice di Strasburgo, a seconda dei diritti in campo e dei contesti in cui maturano le operazioni di bilanciamento, usa a mo' di elastico la dottrina del consenso e del margine di apprezzamento, ora ritraendosi e lasciando spazio alle giurisprudenze (e, in genere, alle autorità) nazionali perché possano dar modo all'identità costituzionale di espandersi e farsi valere ed ora invece spingendosi vigorosamente in avanti in ambito nazionale, sì da obbligare le giurisprudenze (e le autorità suddette) ad allinearsi agli indirizzi definiti a livello europeo<sup>45</sup>.

Il punto è che i giudici europei da un canto, i giudici nazionali dall'altro, hanno da prendere finalmente consapevolezza del fatto che tutte le Carte, specie nel presente contesto multiculturale, o sono da considerare – piace a me dire<sup>46</sup> – come “intercostituzionali” oppure semplicemente non sono.

Le Carte europee non possono fare a meno di attingere e costantemente alimentarsi dalle “tradizioni costituzionali comuni”, così come le Carte costituzionali non possono assumere di poter assicurare sempre l'ottimale tutela ai diritti rinchiudendosi insensatamente, in modo autoreferenziale, in se stesse ed hanno dunque bisogno di rigenerarsi culturalmente facendo capo alle Carte di origine esterna.

---

<sup>44</sup> La decisione ha subito attratto l'attenzione dei commentatori, molti dei quali non hanno mancato di evidenziarne il carattere esasperatamente “nazionalista” [variamente sul punto, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1° aprile 2015; nella stessa Rivista e con la stessa data, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, nonché, ancora *ivi*, V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; inoltre, R. CONTI, [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015\)](#), in questa Rivista, 2015/I (9 aprile 2015), 181 ss.; P. MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 15 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 aprile 2015. Infine, volendo, anche il mio *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2 aprile 2015].

<sup>45</sup> Sulle esperienze al riguardo maturate, notazioni di vario segno possono vedersi in J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., spec. 88 ss. e 110 ss.; G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 11 gennaio 2013; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. 214 ss., e, con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 387 ss.

<sup>46</sup> Di un ordine “intercostituzionale” ho cominciato a discorrere nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss.

Ogni immagine “verticale”, nel senso sopra detto, delle Carte ha un solo esito, obbligato: quello di fare – come si è veduto – della Corte apicale, posta al vertice del “sistema di sistemi”, un *potere costituente permanente*, non più un garante bensì il massimo decisore politico. L’immagine “orizzontale”, che mostra ogni Carta piegarsi davanti a ciò che di più e di meglio hanno le altre Carte da offrirle in vista dell’ottimale appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela considerati nel loro fare “sistema”, invece preserva il ruolo “giurisdizionale” (nella sua ristretta e propria accezione) dei giudici (di *tutti* i giudici) o, quanto meno, si pone quale preconditione necessaria, seppur non sufficiente, perché il ruolo stesso possa essere, nelle singole circostanze alle quali si applica, preservato. Di lì in avanti, poi, spetta direttamente ed esclusivamente ai giudici assumersi le responsabilità, morali e giuridiche, che loro competono per mantenersi fedeli al proprio ruolo, senza dar vita né a difetti né ad eccessi in occasione del suo esercizio. Ma per far ciò, come si diceva, hanno da essere sostenuti ed incoraggiati dal legislatore, così come quest’ultimo ha poi bisogno della “leale cooperazione” di quelli al fine di vedere portate linearmente e con profitto ad effetto le soluzioni normative apprestate a beneficio dei diritti.

Il rischio della “politicizzazione” (o “iperpoliticizzazione”) dei giudici e dei giudizi può essere, dunque, fugato solo in un modo, ad una condizione: che ciascun operatore faccia per intero e fino in fondo, come deve, la propria parte. È solo così che può allontanarsi e dissolversi l’esito di una fatale politicizzazione dei giudici, che renderebbe testimonianza di una sia pur tardiva e sterile rivincita di Schmitt su Kelsen, estesa oltre il campo in cui maturano le esperienze della giustizia costituzionale e perciò portata fino a ricomprendere le esperienze della giustizia comune.

Il cerchio si chiude e si torna così alla partenza dell’itinerario qui percorso, l’equilibrio complessivo del sistema, anche nel suo porsi come “sistema di sistemi”, dipendendo dal costante, necessario equilibrio tra organi di garanzia ed organi della direzione politica, senza il quale i diritti non hanno, non possono avere, né presente né futuro<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Un opportuno richiamo all’equilibrio complessivo del sistema istituzionale è, ora, anche nella chiusa del saggio su *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, cit., di G. MOSCHELLA.

**Roberto Conti**

**Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni\***

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Come attuare le sentenze della Corte europea dei diritti umani nei confronti dei soggetti vittoriosi. – 3. Gli effetti *riflessi* delle sentenze della Corte europea sui casi di identica “condizione sostanziale”. – 4. Qualche breve considerazione sul “doppio binario” inaugurato dalla giurisdizione interna sugli effetti della giurisprudenza CEDU. – 5. La rilevabilità d’ufficio del vizio di convenzionalità. – 5.1. La *disfida* fra Corte costituzionale e Sezioni Unite in tema di udienza pubblica nei procedimenti per l’applicazione di misure di prevenzione e per ingiusta detenzione. – 5.2. Contrasto fra norma interna e CEDU: rilevabilità *ex officio*. – 6. Un ulteriore seguito alla tutela delle coppie dello stesso sesso “in attesa” del legislatore: il risarcimento del danno fra utopia e realtà.

1. *Premesse*

Indagare sulle ricadute prodotte dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella giurisprudenza dei giudici comuni si colora di tratti di *inumanità* marcati, sia in relazione alla vastità dei campi e dei settori coinvolti, sia in ragione del carattere ancora sperimentale che una ricerca di questo tipo può avere, a distanza di pochi anni dalla definizione, operata dalla Corte costituzionale, dei *principia* che governano i rapporti fra il diritto interno e la CEDU.

È dunque troppo presto per verificare la cifra di queste ricadute, non essendo ancora maturato quel ‘fattore tempo’ che consente alla giurisprudenza per l’un verso di metabolizzare le novità e per l’altro di sedimentare i propri orientamenti, di stabilizzarli, di “strutturarli” in relazione ai casi che vengono portati all’attenzione del giudice.

Ma non per questo l’indagine sulla protezione ‘in concreto’ dei diritti di matrice convenzionale e delle ricadute prodotte dal diritto vivente della CEDU in favore del proprietario, del pensionato, dell’arrestato, dell’imputato, del condannato, del carcerato, del giornalista, del confiscato, del rifugiato, del preminente interesse del minore, della persona che attende di vedersi riconosciuto uno *status* di famiglia rispetto al proprio orientamento sessuale risulta meno feconda, meno utile.

Anzi, tale indagine consente di cogliere la tensione della giustizia interna verso un obiettivo di progressiva e convinta adesione ad un’idea di giustizia che tale può definirsi in quanto realizzata nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.

Il compito assegnatomi è in apparenza di tipo (soltanto) ricognitivo-compilativo, riguardando l’incidenza della giurisprudenza convenzionale su quella comune domestica.

Se, dunque, sembrano collocarsi al di là dei confini posti dal titolo le tematiche che guardano ai rapporti fra le fonti e ai rapporti fra giudice comune e Corte costituzionale, direttamente orientandosi allo studio dell’impatto prodotto dalla giurisprudenza della Corte dei diritti umani sulla concreta tutela apprestata dal giudice comune rispetto ad una o più sarà, tuttavia, proprio tale indagine a rendere ineludibile l’esame di alcuni nodi problematici “di sistema” che rimangono, ancora oggi, nemmeno tanto sullo sfondo.

Anticipando i risultati di tale indagine può infatti dirsi che è proprio il meccanismo di operatività della CEDU nel sistema interno come delineato dalla Corte costituzionale, a partire dalle “prime” sentenze gemelle, a condizionare il pieno dispiegamento di quella giurisprudenza sovranazionale nei processi esaminati dal giudice comune, rimanendo in via esclusiva in capo alla Corte costituzionale il potere di verificare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale proposta sotto il paradigma di cui all’art. 117, c. 1, Cost.

---

\*Relazione svolta alle Giornate di studio dal titolo *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, Messina 21-22 novembre 2014, destinata alla pubblicazione anche nel volume degli atti.



L'indagine che verrà compiuta a proposito del tema relativo alla pubblicità delle udienze nei procedimenti svolti in camera di consiglio, sul quale si sono fronteggiate due visioni totalmente diverse di intendere l'efficacia e il ruolo della CEDU e della Corte europea fra i giudici nazionali- in entrambi i casi il massimo e "supremo" organo giurisdizionale di legittimità e la Corte costituzionale - dimostra quanto sia ancora lungo il *cammino* da percorrere sulla strada del pieno dispiegamento dei diritti fondamentali di matrice convenzionale nell'ordinamento interno. Cammino nel quale lo strumento della richiesta di parere preventivo, se mai il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU diventerà efficace, potrà giocare un'importanza non marginale.

Fin d'ora può dirsi, infatti, che l'utilizzazione dello schema proprio del sindacato di costituzionalità per la verifica della compatibilità di una norma interna con quella convenzionale finisce con l'incidere sul *modo stesso* di operare dei diritti fondamentali.

Non meno evidente risulterà l'esigenza di tornare a riflettere sul modo con il quale in concreto la CEDU è destinata ad operare nell'ordinamento interno, scrutinando alcuni "seguiti" in materia di procreazione medicalmente assistita e di diritto alla propria identità.

Una riflessione a parte sarà parimenti destinata all'esame della questione relativa all'estensione degli effetti di sentenze rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti di soggetti che non hanno attivato il controllo di convenzionalità innanzi al giudice di Strasburgo e che lamentano una lesione dei propri diritti fondamentali ancorché ad essa si opponga una decisione giudiziaria coperta da giudicato. Questione di recente fatta oggetto di decisioni assai importanti delle Sezioni Unite penali.

Ancora una volta, l'esame degli effetti della giurisprudenza convenzionale nel sistema interno cela, dunque, micidiali questioni di ordine generale- per dirla con Antonio Ruggeri-, fra le quali assumono una rilevanza peculiare quelle correlate alla possibilità – o al divieto- che la norma convenzionale resa precisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo possa operare – in caso di contrasto il diritto interno – in via immediata innanzi al giudice comune o solo per il tramite del controllo di costituzionalità.

## 2. Come attuare le sentenze della Corte europea dei diritti umani nei confronti dei soggetti vittoriosi

Non meno rilevante appare la questione che prende luogo dall'inerzia del legislatore rispetto alle violazioni accertate da sentenze rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Meritevole di attenzione è risultato l'atteggiamento del giudice nazionale rispetto alle violazioni strutturali accertate dalla Corte dei diritti umani essendo emersa, nella giurisprudenza nazionale, una tendenza volta a distinguere gli effetti della pronuncia a seconda che la sentenza europea abbia riguardato direttamente il soggetto che ha subito la violazione in forza di un giudicato interno e si è rivolto alla Corte di Strasburgo dalla posizione di chi non ha direttamente adito la Corte europea ma si trova, per effetto di un giudicato nazionale, in posizione identica a quella ritenuta in altra occasione in contrasto con la CEDU.

Nel caso esaminato dal Tribunale di Roma – [ord. 23 settembre 2013](#) – che ha riguardato gli effetti della sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso [Costa e Pavan c. Italia](#) resa in tema di divieto di diagnosi pre-impianto, al cui interno il giudice europeo aveva parlato di "*incohérence du système législatif italien en matière de D.P.I.*". Il giudice capitolino, nell'inerzia del legislatore interno, rimasto silente rispetto alla pronuncia della Corte europea malgrado l'obbligo di adottare misure capaci di eliminare gli effetti dell'accertata violazione (art. 46 CEDU), si è trovato a dovere "misurare" gli effetti della sentenza sopra ricordata non già rispetto a casi simili od omogenei, ma proprio nei confronti dei medesimi soggetti che avevano sollecitato alla Corte europea l'accertamento della violazione del diritto sancito dall'art.8 CEDU – a carico dell'Italia che non aveva consentito alla coppia di accedere alla diagnosi pre-impianto.

In tale occasione il tribunale, sottolineando la peculiarità della vicenda rispetto al prisma dei principi fissati dalla Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e CEDU ha ritenuto essersi formato un “giudicato formale” favorevole alla coppia che non rendeva, pertanto, necessario ricorrere alla Corte costituzionale per fare dichiarare la normativa interna contrastante con la CEDU alla stregua dell’art.117, c. 1, Cost. Ipotesi che, per contro, “... dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest’ultima e i principi supremi dell’ordinamento costituzionale...”.

La posizione espressa dal Tribunale di Roma sembra iscriversi, sia pure con i necessari distinguo, nell’orientamento espresso da Cass. pen. n. 16507/2010, *Scoppola*, favorevole a dare immediata attuazione nei confronti della parte vittoriosa a Strasburgo alla decisione della Corte europea, ancorché contrastante con un precedente giudicato interno. Indirizzo che ha ottenuto l’avallo esplicito della Corte costituzionale.

Ed infatti, [Corte cost. n. 210/2013](#), nel decidere la questione di legittimità costituzionale dell’art. 7, c. 1, del d.l. n. 341/2000, conv. con modificazioni, nella legge n. 4/2001, sollevata dalle Sezioni Unite penali (ord. n. 41694/12) nell’ambito di un procedimento in cui un condannato alla pena dell’ergastolo aveva chiesto, in fase esecutiva, di beneficiare degli effetti prodotti da Corte dir. Uomo 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ha inteso nettamente distinguere gli effetti del caso *Scoppola* sul medesimo condannato, dalle ricadute dallo stesso derivanti per i casi “identici” dal punto di vista sostanziale anche se già definiti, a livello interno, in modo distonico rispetto alle decisioni rese dal giudice europeo.

Solo rispetto a tali casi la Corte costituzionale, assecondando la posizione espressa dalle Sezioni Unite penali, ha ritenuto che in esito alla declaratoria di incostituzionalità di una disposizione normativa ad effetto retroattivo e sulla cui base era stata pronunciata una sentenza di condanna all’ergastolo di imputati ai quali era applicabile il precedente testo dell’art. 442, c. 2, c.p.p. e che in base a questo avrebbero dovuto essere condannati alla pena di trenta anni di reclusione, il giudice dell’esecuzione è tenuto ad intervenire per eliminare gli effetti di una norma ad effetto retroattivo.

Riprendendo un passo dell’ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite (ord. n. 41694/2012), la Corte costituzionale è tornata ad esaminare il tema dell’inerzia del legislatore rispetto a violazioni riconosciute dalla Corte dei diritti umani ed ha riconosciuto che “... spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l’ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti”.

A ciò la Corte ha aggiunto che “... se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l’illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili” – punto 7.3 [sent. n. 210/13](#)<sup>1</sup>.

In definitiva, secondo [Corte cost. n. 210/13](#), nel “...procedimento di adeguamento dell’ordinamento interno alla CEDU, originato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU

---

<sup>1</sup> Nel ragionamento della Corte costituzionale il problema della “... eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l’illegittimità convenzionale, ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili ...” non elide la diversità di posizioni fra chi si è rivolto a Strasburgo per evidenziare la discontinuità della decisione interna con i canoni convenzionali e chi, invece, tanto non ha ritenuto di fare, acquietandosi di fronte al giudicato. Secondo la Corte costituzionale, “... esiste infatti una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale”. Tanto impedisce di considerare il giudicato interno automaticamente e sempre recessivo rispetto alla riconosciuta violazione della CEDU in altro procedimento. È vero anzi, ricorda la Corte costituzionale, che “... il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell’assetto dei rapporti giuridici, [...], non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa sentenza *Scoppola* vi ha ravvisato un limite all’espansione della legge penale più favorevole, come questa Corte ha già avuto occasione di porre in evidenza ([sentenza n. 236 del 2011](#))”. Da qui la – duplice – conclusione che “...in linea di principio, l’obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l’ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell’ambito dell’ordinamento nazionale ...” e che “... nell’ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l’ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato ...”.

nel caso Scoppola, il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che, come invece accade di regola, limiti gli effetti dell'obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*".

Con il "seguito" espresso da Cass. S.U. n. 18821/14, cit., il giudice di legittimità, preso atto della caducazione della disposizione interna che aveva reso possibile la condanna all'ergastolo del ricorrente, in violazione dei principi espressi dalla sentenza Scoppola, ad opera di [Corte cost. n. 210/13](#), ha riconosciuto che "...il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU [Scoppola c. Italia](#) sulla portata del principio di legalità convenzionale ... in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell'art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia – di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo ..."<sup>2</sup>.

### 3. *Gli effetti riflessi delle sentenze della Corte europea sui casi di identica "condizione sostanziale"*

La questione degli effetti prodotti da sentenze c.d. pilota della Corte EDU su vicende coperte da giudicato interno<sup>3</sup> è andata assumendo particolare rilievo nel sistema di tutela penale, ancorché essa riguardi l'atteggiarsi in generale della pronunzie europee nel sistema interno.

In briciole, la questione va posta nei seguenti termini. Se la Corte europea riconosce che la genesi della violazione alla CEDU sta nel difetto strutturale del sistema normativo – o giurisprudenziale – piuttosto che nell'occasionale violazione di un diritto fondamentale ad opera dello Stato o dei suoi organi la stessa, nel riconoscere la violazione, può indicare non soltanto le misure di ordine particolare tese a rimuovere gli effetti della violazione accertata, ma anche quelle di ordine generale che lo Stato potrà approntare per evitare la ripetizione di nuovi giudizi nei suoi confronti.

In realtà, al di là del meccanismo proprio delle "sentenze pilota", la giurisprudenza della Corte europea non aveva mancato, già da tempo, di evidenziare la valenza generale delle proprie decisioni tutte le volte che le stesse affrontavano situazioni correlate a disarmonie fra i parametri convenzionali e la legislazione interna – Corte dir. uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta* –.

Si tratta, allora, di verificare se la mancata proposizione di un ricorso a Strasburgo – nei termini previsti – ad opera del soggetto che ha subito una violazione a livello interno ormai "coperta" dal giudicato può beneficiare degli effetti della sentenza resa dalla Corte europea su impulso di soggetti che si trovavano nella sua medesima condizione.

In passato ci eravamo spinti a ritenere che un corretto bilanciamento fra esigenza di certezza del diritto e protezione dei diritti fondamentali avrebbe imposto di limitare l'effetto delle decisioni pilota ai processi fino a quel momento non definiti, non potendosi immaginare dei meccanismi ripristinatori della legalità convenzionale violata, a pena di dare vita ad un sistema non in grado di garantire la stabilità che è propria di un processo definito senza che la parte abbia deciso di ricorrere agli strumenti attribuitigli dall'ordinamento per far valere le violazioni CEDU eventualmente prodotte. In questa prospettiva, la mancata attivazione del ricorso alla CEDU da parte del soggetto leso in una sua prerogativa convenzionale nei termini e con le modalità previste normativamente ci sembrò *consumare* il suo potere di ottenere una pronunzia conforme a CEDU, a meno di mettere a rischio il principio della certezza del diritto che costituisce, parimenti, il fulcro del sistema di tutela

---

<sup>2</sup> Per tale motivo "... l'aver inflitto a un determinato soggetto, la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella di *Scoppola*, la pena dell'ergastolo anziché quella di anni trenta di reclusione viola il diritto all'applicazione della norma penale più favorevole tra le diverse succedutesi nel tempo in materia di giudizio abbreviato (art. 7 CEDU), violazione che inevitabilmente si riverbera, con effetti di attualità in fase esecutiva, sul diritto fondamentale della libertà".

<sup>3</sup>B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012, 123 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012 864; v. volendo, anche il mio, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, 480, spec. 452.

convenzionale e costituzionale dei Paesi che aderiscono al Consiglio d'Europa ed all'UE<sup>4</sup>.

Rispetto a tali conclusioni le Sezioni Unite della Cassazione (ord. 19 aprile 2012 n. 34472, *Ercolano*)<sup>5</sup> – ma anche la Corte costituzionale – hanno di recente offerto una chiave di lettura articolata<sup>6</sup> ma in buona parte sovrapponibile<sup>7</sup>.

Anticipando le conclusioni del ragionamento – dal quale rimangono fuori gli istituti processuali che il giudice dell'esecuzione potrà sperimentare per raggiungere l'obiettivo di purgare la pena dai suoi contenuti contrastanti con i *dicta* di Strasburgo – non può dirsi esistente un vero e proprio obbligo generalizzato del giudice di adottare misure volte ad eliminare gli effetti nocivi prodotti da un giudicato interno reso in violazione della norma CEDU che sia risultata da una decisione pilota assunta dalla Corte europea o da altra pronuncia che ha un contenuto non limitato al singolo ricorrente vittorioso<sup>8</sup>. Ciò, secondo la Corte europea, potrà tuttavia accadere quando è l'ordinamento interno a riconoscere la necessità di introdurre dei limiti all'intangibilità del giudicato in vista della tutela di valori fondamentali ritenuti volta a volta di natura prioritaria rispetto al bene che la salvaguardia del giudicato intende preservare.

Ora, nel decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, c. 1, del d.l. n. 341/2000, conv. con modificazioni, nella legge n. 4/2001, sollevata dalle Sezioni Unite penali (ord. n. 41694/12) nell'ambito di un procedimento in cui un condannato alla pena dell'ergastolo aveva chiesto, in fase esecutiva, di beneficiare degli effetti prodotti da Corte dir. Uomo 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* – Corte cost. n. 210/13<sup>9</sup>, ha ritenuto corretta l'impostazione di fondo delle Sezioni Unite, negando per l'un verso che la sentenza *Scoppola c. Italia* avesse la natura di "sentenza pilota", ma tuttavia riconoscendo che dalla stessa scaturisce l'obbligo, per lo Stato italiano, di porre riparo alla violazione prodotta dalla normativa interna e di rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni di Scoppola.

Nel ragionamento della Corte costituzionale il problema della "...eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale, ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così

---

<sup>4</sup> R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 429.

<sup>5</sup> V. la in *Cass. pen.*, 2012, 3992, con note di M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza Scoppola*, e di C. MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, 1325.

<sup>6</sup> Sulla questione delle ricadute della sentenza *Scoppola c. Italia* del settembre 2009 in casi diversi da quello esaminato dal giudice europeo v., diffusamente, F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, *ibidem*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 aprile 2012; G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, *ibidem*, 16 aprile 2012; ID., F. VIGANÒ, *Giudicato penale e diritti fondamentali*, *ibidem*, 18 aprile 2012. Sull'ordinanza di remissione delle S.U., cfr. altresì G. CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, 27 ss.

<sup>7</sup> Proprio con riferimento alla vicenda personale del condannato Scoppola la già ricordata Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, *Scoppola*, ha ritenuto di rideterminare la pena inflitta senza necessità di rivolgersi alla Corte costituzionale per chiedere la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna che impediva al predetto di fruire della norma penale più favorevole – art. 7 d.l. 341/2000 –V., invece, con riferimento a un diverso ricorrente Cass., sez. I, 10 gennaio 2012, n. 25227. In tali decisioni l'effetto automatico prodotto sul piano interno dalla sentenza della Corte europea era stato giustificato dalla «esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee» (Cass. n. 16507/2010) vuoi dalla necessità di dare «diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della Convenzione europea, nell'interpretazione datane dalla Corte europea» (Cass. n. 25227/12).

<sup>8</sup> Cfr. punto 7.3. sent. n. 210/13 cit.

<sup>9</sup> Sulla quale v. F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU, e Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, entrambe in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), rispettivamente, 19 e 26 luglio 2013, e, pure *ivi*, G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, 1 ottobre 2013; inoltre, E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, cit.; v., inoltre, A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013.



inoppugnabili...” non elide la diversità di posizioni fra chi si è rivolto a Strasburgo per evidenziare la discontinuità della decisione interna con i canoni convenzionali e chi, invece, tanto non ha ritenuto di fare, acquietandosi di fronte al giudicato. Secondo la Corte costituzionale “...Esiste infatti una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale.”

Ciò impedisce di considerare il giudicato interno automaticamente e sempre recessivo rispetto alla riconosciuta violazione della CEDU in altro procedimento. È vero anzi, ricorda la Corte costituzionale, che “... Il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell’assetto dei rapporti giuridici, [...], non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa [sentenza Scoppola](#) vi ha ravvisato un limite all’espansione della legge penale più favorevole, come questa Corte ha già avuto occasione di porre in evidenza ([sentenza n. 236 del 2011](#)).” Da qui la – duplice- conclusione che “...in linea di principio, l’obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l’ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell’ambito dell’ordinamento nazionale...” e che “...nell’ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l’ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato...”.

In definitiva, secondo [Corte cost. n. 210/13](#), nel “...procedimento di adeguamento dell’ordinamento interno alla CEDU, originato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola, il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che, come invece accade di regola, limiti gli effetti dell’obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*”.

Esce in tal modo avvalorata la scelta del giudice di legittimità di dare immediata attuazione alla sentenza Scoppola nei confronti del soggetto vittorioso a Strasburgo<sup>10</sup>. Anzi, è la Corte di Cassazione, quale massimo organo di nomofilachia, a dovere “...determinare l’esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (art. 30, c. 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87), e, nell’ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili”.

In questa prospettiva occorre soffermarsi su quanto affermato, successivamente, da Cass. S.U. n. 18821/14<sup>11</sup>, che costituisce la naturale prosecuzione dell’ordinanza di rimessione della questione decisa da [Corte cost. n. 210/2013](#).

Il giudice di legittimità, preso atto della caducazione della disposizione interna ad opera di [Corte cost. n. 210/13](#), ha riconosciuto che “il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU [Scoppola c. Italia](#) sulla portata del principio di legalità convenzionale...in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all’orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell’art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall’Italia – di riconsiderare il punto specifico dell’adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo...”.

---

<sup>10</sup> Riprendendo un passo dell’ordinanza di rimessione la Corte costituzionale riconosce che “... Spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l’ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti; se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo all’eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l’illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili” punto 7.3 [sent. n. 210/13](#).

<sup>11</sup> V. su tale pronuncia F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola* (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano), in [www.penalecontemporaneo.it](#); E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola, (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, cit.



Affermano, ancora, le Sezioni Unite che “...il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti mortificato, per una carenza strutturale dell’ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s’impone, pertanto, in questo caso di emendare “dallo stigma dell’ingiustizia una tale situazione”. Da qui la conclusione che “eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi, come si è più sopra precisato, anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola”.

Si sono in tal modo aperte le porte della rideterminazione della pena nei confronti del condannato – “fratello minore” di Scoppola –, al quale è stata così comminata la pena di anni trenta di reclusione, sostituendo quella dell’ergastolo precedentemente inflitta<sup>12</sup>.

Il meccanismo testé descritto è stato successivamente utilizzato dalla Cassazione anche per altri “fratelli minori” di Scoppola, una volta venuta meno la disciplina interna contrastante con la CEDU – cfr. Cass. n. 6004/14, *Papalia* –.

Ora, tirando le fila del discorso, sembra potersi affermare che nell’ambito del diritto penale sostanziale il riconoscimento di un deficit fra norma interna e CEDU riscontrato dalla Corte dei diritti dell’uomo impone, anche per salvaguardare il principio di parità di trattamento tra condannati che versano in *identica posizione*, l’estensione degli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell’uomo rese nei confronti di soggetti che hanno subito una condanna in violazione della CEDU acclarata dal giudice europeo sul giudicato interno “non in linea CEDU”.

L’eliminazione del deficit di tutela sostanziale patito a livello interno, pertanto, deve trovare risposta o direttamente, nella fase esecutiva, da parte del giudice comune, quando a ciò non si contrapponga una norma interna contrastante con la CEDU. Ove invece emerga l’esistenza di un impedimento normativo il giudice comune sarà invece chiamato a rivolgersi previamente alla Corte costituzionale per ottenere l’eliminazione della norma contraria alla CEDU, in esito alla quale potrà provvedere in sede esecutiva.

Discorso diverso va fatto rispetto alle violazioni di natura processuale.

Sul punto, è sempre [Corte cost. n. 210/2013](#) a precisare che quanto detto in tema di efficacia riflessa delle sentenze della Corte dei diritti umani “... riguarda esclusivamente l’ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte Europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva. Le stesse Sezioni Unite hanno avvertito che diverso è il caso di una pena rivelatasi illegittima, esclusivamente perché inflitta all’esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell’art. 6 della CEDU: in questa ipotesi, l’apprezzamento, vedendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l’effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte ad un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie”<sup>13</sup> – conf. Cass. pen. n. 8350/2014, *Gaddone* –.

Un’ultima, non marginale, precisazione.

---

<sup>12</sup> È stata definitivamente superata la posizione espressa sul tema da Cass. pen., n. 6559/2011, *Raffaelli*.

<sup>13</sup> In senso conforme v. la successiva [Corte cost. n. 235/14](#), nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto che ha escluso la rilevanza della q.l.c. sollevata dal remittente in fase di esecuzione pena con riferimento all’art. 4-ter del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), aggiunto dalla legge di conversione 5 giugno 2000, n. 144, ritenendo che l’istante non poteva avanzare la pretesa di fruire dei principi espressi dalla sentenza *Scoppola c. Italia*, non versando in una posizione identica o simile e in ogni caso non avendo la disposizione oggetto di scrutinio natura processuale in quanto “... non attiene all’entità della riduzione di pena conseguente al giudizio abbreviato, ma ai termini di proposizione della relativa richiesta, limitandosi in particolare a ribadire – nel quadro di una disciplina transitoria – l’impossibilità di introdurre il rito alternativo quando il processo si trova davanti al giudice di legittimità, che non è chiamato ad assumere”.

#### 4. Qualche breve considerazione sul “doppio binario” inaugurato dalla giurisdizione interna sugli effetti della giurisprudenza CEDU

Elisabetta Lamarque e Francesco Viganò non hanno esitato a esprimere giudizi assai lusinghieri sullo stato dell’arte dei rapporti fra Cassazione e Corte costituzionale in ordine alla concreta e piena attuazione dei diritti fondamentali espressi dalla CEDU e concretamente applicati dalla Corte dei diritti dell’uomo. Ricorrono in un loro assai importante scritto espressioni quali *fraterna condivisione*, *gioco di squadra*, *perfetta consonanza* per descrivere la cifra delle relazioni fra le Corti nazionali rispetto al tema anzidetto.

Tali riflessioni colgono in modo convincente uno degli aspetti di queste relazioni, ma non possono esse stesse fare a meno di prendere in considerazione quanto tale “armonia” sia il frutto, a monte, di una presa di posizione “unilaterale” della Corte costituzionale – anche se in qualche modo “ispirata” da alcune pronunzie del 2004 rese dalle Sezioni Unite civili in tema di Legge Pinto –. Posizione alla quale, come danno atto gli stessi Autori, le giurisdizioni “comuni” hanno sostanzialmente “aderito”, non praticando più la strada del controllo diffuso di convenzionalità.

Ora, è davvero troppo presto per fare un bilancio in ordine a siffatti rapporti. E bene fa Vittorio Manes a ricordarci che il dialogo tra le Corti “è appena all’inizio”<sup>14</sup>. Nulla può dirsi, del resto, in questa sede della [Corte cost. n. 49/2015](#) se non che essa segna – pur confermando l’efficacia rinforzata attribuita alle sentenze “pilota” e “semi-pilota” da [Corte cost. n. 210/13](#) – rilevanti scostamenti rispetto alle coordinate di base fissate nelle sentenze gemelle quanto ai rapporti fra giudici – comuni e non e CEDU – e che conferma, indirettamente, l’esattezza del rilievo.

Rimangono, d’altra parte, notevoli dubbi sul fatto che il controllo di convenzionalità affidato alla Corte costituzionale possa risultare per certi versi (e paradossalmente) troppo ardito per ragioni in altra sede indagate<sup>15</sup> e per i casi di *overruling* da parte della stessa Corte europea<sup>16</sup> e, per altri, poco efficace.

In ogni caso, la legittimazione del “doppio binario”<sup>17</sup> fondata sul riconoscimento dell’immediata disapplicazione della norma interna contrastante con il *dictum* di Strasburgo nei confronti del soggetto vittorioso innanzi alla Corte europea e, invece, sulla negazione dell’operatività di tale effetto per i casi “riflessi”<sup>18</sup> presenta, tuttora, dei lati oscuri.

Sarà la pratica a dimostrare, ad esempio, quanto l’utilizzazione del meccanismo del rinvio alla Corte costituzionale – e al conseguente sistema di “rilevanza” della questione di *convenzionalità* – possa concretamente incidere sull’attuazione dei diritti fondamentali di matrice CEDU.

Il caso della pubblicità delle udienze nell’ambito del procedimento per la riparazione da ingiusta detenzione al quale si è dedicato un precedente paragrafo può rappresentare la spia di una non piena consonanza fra le due Corti nazionali, ma più in generale di una non perfetta concordanza di visioni in ordine all’ampiezza della tutela che la CEDU può offrire. A dire il vero, infatti, c’è in gioco – anche – la questione connessa all’estensione delle effetti favorevoli sul condannato di una pronunzia della Corte europea che va ad incidere su norma processuale – poi dichiarata incostituzionale dalla Consulta –.

E a ben considerare, il discorso potrebbe ampliarsi a dismisura se, ammessa la possibilità di fare

---

<sup>14</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto, Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2013, 168.

<sup>15</sup> Sia consentito il rinvio al nostro CEDU, *Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit., 231 ss.

<sup>16</sup> Il tema da ultimo menzionato è stato affrontato da G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell’esecuzione delle sentenze della corte edu in materia penale*, in *Cass. pen.*, 10/2014, 3192 ss.

<sup>17</sup> A. RUGGERI accenna alla questione parlando di “doppio regime” nel già citato *Spunti*, sub § 3.

<sup>18</sup> In dottrina per la possibilità di applicare direttamente la sentenza della Corte europea senza alcun passaggio alla Corte costituzionale anche nei confronti dei soggetti non ricorrenti a Strasburgo: v. A. GAITO - C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1201.

“cadere” il giudicato interno contrastante con una sentenza CEDU che accerta una violazione di sistema, si volge lo sguardo ad altri diritti fondamentali diversi dalla libertà personale. E solo provocatoriamente potrebbe mettersi sul tappeto il tema degli effetti delle sentenze che hanno accertato la violazione dell’art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU in tema di espropriazioni illegittime sui giudicati nazionali che hanno escluso la risarcibilità delle occupazioni acquisitive in ragione della prescrizione dopo le sentenze della Corte europea. *Quid iuris?*<sup>19</sup>

Sarà, dunque, ancora l’esperienza a verificare se effettivamente il doppio binario anzidetto funzionerà in modo proficuo per i casi *riflessi* – qui usando tale ultima espressione in un’accezione ampia – ovvero realizzerà, direttamente o indirettamente, degli effetti “non virtuosi”.

Se è vero, come si sostiene, che l’immediata efficacia della sentenza CEDU nei confronti del soggetto vittorioso impedisce che la tutela convenzionale risulti meramente *eventuale* – per effetto del “passaggio” alla Corte costituzionale – non è forse lecito chiedersi perché questa “eventualità” – correlata agli esiti del giudizio di costituzionalità – debba giustificarsi nei confronti dei soggetti che hanno comunque subito una violazione ad un loro diritto di matrice convenzionale? C’è il rischio che i titolari di tali diritti siano considerati *figli di un Dio minore*?

A tale ultima espressione, che Antonio Ruggeri ha mutuato da Francesco Viganò<sup>20</sup>, è sufficiente affidare la sintesi del pensiero che lo stesso Autore ha con vigore e a più riprese rappresentato per sostenere il pieno e diffuso dispiegamento degli effetti dei diritti fondamentali – anche se convenzionali – ad opera del giudice comune, soprattutto quando vi è stato, a monte, un pronunciamento della Corte europea – ancorché non rivolto al soggetto che reclama la tutela –. Pensiero e riflessioni ai quali, fondandosi su una “... prospettiva che ha nei valori fondamentali la stella polare che illumina il cammino degli operatori fino alla meta in cui la giustizia può rivelarsi, conformemente alla propria indeclinabile vocazione, autenticamente giusta, siccome effettivamente idonea, alle condizioni complessive di contesto, ad offrire un servizio ai bisogni elementari e più intensamente avvertiti dell’uomo”, mi sentirei di aderire, per quel nulla che vale, *toto corde...*

E ciò anche se rimane qualche dubbio su una svalutazione del giudicato interno non direttamente collegata all’esperimento dei mezzi di tutela assicurati dalla CEDU per ricorrere “contro” le decisioni dei giudici nazionali.

### 5. La rilevabilità d’ufficio del vizio di convenzionalità

La tensione della giurisdizione, in tutte le sue componenti, verso la piena attuazione dei diritti fondamentali si riverbera sulla questione, di capitale importanza, della rilevabilità *ex officio* del contrasto fra norma interna e CEDU. Tema che assume tratti di marcata problematicità nel giudizio di Cassazione.

La questione si intreccia, per alcuni versi, con i principi fissati dalla Corte costituzionale in ordine ai rapporti fra le fonti e ai rapporti fra giudice comune e Corte costituzionale quando in discussione è il tema del contrasto fra norma interna e CEDU.

In buona sostanza, l’aver incanalato il controllo di convenzionalità nell’ambito del sindacato accentrato della Corte costituzionale attraverso il meccanismo della norma interposta all’interno del parametro costituzionale (art. 117, c. 1, Cost.) ha inevitabilmente imposto di applicare alle richieste di caducazione della norma interna provenienti dal giudice comune il meccanismo di verifica della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione.

---

<sup>19</sup> E ancora, quali effetti potrà produrre la recente ordinanza di rimessione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – n. 3/2015 – che ha ipotizzato un *vulnus* della disciplina interna in tema di revocazione delle sentenze del giudice amministrativo (e civile) laddove non consente di adeguare la situazione interna definita con forza di giudicato ai principi divergenti affermati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella medesima vicenda?

<sup>20</sup> V.la riportata in A. RUGGERI, *Spunti*, cit., sub § 4.

### 5.1. *La sfida fra Corte costituzionale e Sezioni Unite in tema di udienza pubblica nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione e per ingiusta detenzione*

In questo meccanismo sono rimaste, recentemente, incagliate per ben due volte le Sezioni Unite penali che avevano sollecitato, a più riprese, la caducazione della disciplina positiva che non prevede l'udienza pubblica nell'ambito del procedimento per ingiusta detenzione disciplinato dall'art. 315 c. 3 c.p.p. – il quale rinvia alla disciplina processuale in tema di riparazione dell'errore giudiziario –.

A fermarsi sulla soglia dell'inammissibilità sono state dapprima [Corte cost. n. 80/2011](#) e, più recentemente, [Corte cost. n. 214/2013](#)<sup>21</sup>.

La questione nasce dal fatto che secondo l'interpretazione della giurisprudenza convenzionale fornita da [Corte cost. n. 93/2010](#)<sup>22</sup> la garanzia dell'udienza pubblica nei procedimenti in camera di consiglio non appare necessaria, per l'un verso, rispetto a peculiari ed eccezionali circostanze che caratterizzano la causa – situazioni che hanno ad oggetto questioni altamente tecniche e, per l'altro, nel giudizio di legittimità, proprio per le caratteristiche che ne contraddistinguono la funzione<sup>23</sup>.

È in questo contesto che si inserisce [Corte cost. n. 80/2011](#)<sup>24</sup>, chiamata a verificare l'estensibilità delle conclusioni prospettate dalla [sent. n. 93/2010](#) alla fase di legittimità del procedimento di prevenzione. Emerge, così, una rottura fra la posizione espressa dal giudice rimettente – la Corte di Cassazione – e la Corte costituzionale proprio sul ruolo che la pubblicità delle udienze avrebbe dovuto giocare anche nel giudizio di legittimità.

A stare alla posizione espressa nell'ordinanza di rimessione dalla Cassazione l'esigenza della pubblicità delle udienze patrocinata dalla Corte di Strasburgo quanto ai procedimenti in materia di misure di prevenzione «... andrebbe riconosciuta... non soltanto in relazione ai giudizi di merito, ma anche con riguardo al giudizio di cassazione, senza che rilevi, in senso contrario, la circostanza che di quest'ultimo non venga fatta menzione nella citata sentenza della Corte europea. Se pure è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo ha affermato in più occasioni che il diritto a un'udienza pubblica può essere escluso quando debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto, essa ha, tuttavia, anche precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può giustificarsi solo se in primo grado la pubblicità sia stata garantita».

Secondo il giudice di legittimità «...una volta che la scelta del rito venga affidata alla parte, non si vedrebbe perché la relativa opzione possa essere effettuata solo «in limine», e non «anche in

---

<sup>21</sup> Sulla sentenza v. G. LEO, *Una questione inammissibile in tema di pubblicità delle udienze nel procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione (ancora a proposito degli effetti delle sentenze della Corte edu nell'ordinamento interno)*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Il tema è diffusamente e puntigliosamente esaminato, sia pure in una prospettiva non condivisa da chi scrive, da V. PETRALIA, *Problemi sistematici tra Cassazione, Consulta e Cedu*, in *Questione giustizia on line*.

<sup>22</sup> [Corte cost. n. 93/2010](#) era stata chiamata a valutare la compatibilità della normativa interna, che non prevedeva nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione innanzi al giudice di merito l'udienza pubblica, con la giurisprudenza granitica della Corte dei diritti umani, formata sul caso *Bocellari* – Corte dir. uomo, 13 novembre 2007, *Bocellari Rizza c. Italia* –. In quell'occasione la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva sancito che il rito camerale italiano per l'applicazione di misure di prevenzione, di cui all'art. 4 della legge n. 1423 del 1956, si pone in contrasto con l'art. 6, par. 1 CEDU nella parte in cui non prevedeva «la possibilità di ottenere un'udienza pubblica davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello». Investita della questione sotto il profilo della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., la Corte costituzionale ha ritenuto l'illegittimità della norma, superando i dubbi autorevolmente espressi in dottrina sulla fondatezza della stessa. Dubbi che si appuntavano, in sintesi, sul carattere casistico della giurisprudenza europea, sul valore modesto che doveva attribuirsi ai principi affermati dalla Corte dei diritti umani – al cui indirizzo non si lesinavano nemmeno giudizi particolarmente critici –, sulla necessità di operare comunque un corretto bilanciamento con altri valori costituzionali posti a base delle regole del processo penale. E tuttavia, [Corte cost. n. 93/2010](#) è stata di diverso avviso.

<sup>23</sup> V. la recente [Corte cost. n. 135/2014](#): «... La stessa Corte europea ha, d'altra parte, ritenuto che alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare – quale, ad esempio, il carattere «altamente tecnico» del contenzioso – possano giustificare che si faccia a meno di un'udienza pubblica. In ogni caso, tuttavia, l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere «strettamente imposta dalle circostanze della causa».

<sup>24</sup> Per un primo commento alla sentenza, reperibile anche sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), v. B. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte Costituzionale*, in [Consulta OnLine](#).



successivi gradi di giudizio».

Di tutt'altro avviso è stata invece [Corte cost. n. 80/2011](#) che, collegandosi alla declaratoria di incostituzionalità della normativa interna nella parte in cui non prevedeva, nel giudizio di merito, la pubblicità delle udienze in materia di prevenzione ([Corte cost. n. 93/2010](#)), ha ritenuto che non poteva essere riconosciuto alla parte la scelta di far valere il diritto alla pubblica udienza in fase di merito o in quella di legittimità. E poiché nulla la parte aveva sollecitato nelle fasi di merito, il rimedio della pubblicità in fase di legittimità né avrebbe sanato la violazione concretatasi nelle fasi di merito né poteva ritenersi dovuto in base alla costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non sembra potersi sottacere che la posizione espressa dalla Cassazione quale giudice *a quo*, pur ben consapevole del contenuto della giurisprudenza della Corte EDU in ordine alla non necessità dell'udienza pubblica per le fasi processuali non di merito, sembrava più direttamente orientata a costruire un rimedio specifico ed effettivo, correlato al procedimento in corso, nel quale durante la fase di merito l'imputato non aveva formulato alcuna istanza di trattazione in udienza pubblica. Un'esigenza, quella espressa dalla Cassazione, che sembrava rivolta a salvaguardare la conformità del processo, nel suo complesso, ai canoni sovranazionali e che invece la Corte costituzionale non ha inteso assecondare.

V'è allora solo da constatare che la diversità di vedute fra giudice comune e giudice delle leggi era già la spia di una diversità di prospettive fra le due Corti che viene ancora di più enfatizzata dalle Sezioni Unite della Cassazione penale con l'ordinanza 18-25 ottobre 2012 n. 41694, *Nicosia*<sup>25</sup>.

Ora, la questione di legittimità costituzionale (ri)proposta alla Corte costituzionale in relazione al procedimento per ingiusta detenzione si caratterizzava ancora una volta per il fatto che l'imputato, nel corso del giudizio, non si era mai doluto del mancato svolgimento con le forme dell'udienza pubblica il relativo procedimento, nemmeno prospettando tale questione innanzi al giudice di legittimità. Ciò che ha imposto alle S.U. un particolare esame del profilo di rilevanza della questione.

Errato sarebbe stato, secondo il remittente, esaminare la questione considerandola alla luce dei principi espressi in tema di efficacia delle sentenze che dichiarano l'incostituzionalità di una legge, incapaci di spiegare effetti sulle situazioni giuridiche ormai esaurite, non suscettibili, cioè, di essere rimosse o modificate, quali il giudicato, l'atto amministrativo non più impugnabile, l'operatività della sanzione della decadenza, e la preclusione processuale.

Ora, la prospettiva che limita la portata retroattiva della caducazione della norma dichiarata incostituzionale, sostengono le Sezioni Unite, non può essere traslata al piano degli effetti prodotti sulla norma interna – anche se processuale – dal contrasto con una disposizione della CEDU, giustificandosi “...soltanto nel quadro di un raffronto, per così dire ‘nazionale’ tra la fonte normativa ed il parametro costituzionale di riferimento, ma non tiene conto, a parere di queste Sezioni Unite, del ben diverso assetto che quello scrutinio e quel raffronto ricevono ove venga in discorso – quale normativa interposta – un principio di natura convenzionale, quale può essere il diritto al ‘giusto processo’, per come interpretato – in riferimento alla normativa ‘nazionale’ – dalla Corte di Strasburgo”<sup>26</sup>.

Sulla base di tali presupposti e tenuto conto degli obblighi incombenti sullo Stato contraente in forza dell'art. 46 CEDU<sup>27</sup>, le S.U., forti della natura sistemica della violazione accertata dalla

---

<sup>25</sup> G. ROMEO, *Alla Corte costituzionale la questione della mancanza di pubblicità nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>26</sup> Secondo le Sezioni Unite “... La pronuncia di quella Corte, infatti, nella ipotesi in cui, come nel caso L., additi e censuri, non un concreto ‘difetto’ di quello specifico processo, ma una carenza strutturale del quadro normativo ‘domestico’, di talché qualsiasi giudizio similare finirebbe ineluttabilmente per compromettere il principio convenzionale, non può non produrre una efficacia espansiva ‘esterna’ rispetto al caso giudicato, riverberandosi quale canone di illegittimità di ogni processo in corso di trattazione che risultasse attinto da quel difetto di tipo ‘strutturale’.

<sup>27</sup> Sugli effetti delle sentenze resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno v. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2010, 960 ss.; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della cassazione civile e penale*, in [www.appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf](http://www.appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf), 2007; S. MARCOLINI, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2007, 3492 ss.; F.M.



giurisprudenza convenzionale nei confronti del sistema interno in tema di rito camerale, hanno ritenuto che "... La 'rilevanza' della questione di legittimità costituzionale che miri a rimuovere gli effetti di una disposizione processuale che contamina la giustizia del processo, secondo i *dicta* della Corte Europea, non può dunque modellarsi sulla falsariga degli effetti che scaturiscono da categorie endoprocessuali che regolano l'*ordo iudiciorum* giacché, ove così fosse, il processo – strutturalmente 'ingiusto' – sarebbe destinato a proseguire e concludersi senza alcuna possibilità di 'purgazione', al contrario agevolmente conseguibile proprio attraverso l'incidente di costituzionalità. Il che, a tacer d'altro, comporterebbe per la persona il cui diritto al 'giusto processo' è stato compromesso, la necessità di ricorrere alla Corte di Strasburgo (con gli effetti ampliativi del relativo contenzioso, che quella Corte, come si è visto, ampiamente censura), e per il giudice – nella specie, quello di legittimità, e dunque l'organo di ultima istanza chiamato a 'misurare la conformità del processo ai diritti fondamentali ed irrinunciabili della persona – l'impossibilità di rendere il processo (non ancora 'esaurito'), compatibile con quei diritti." La circostanza che l'imputato non avesse sollecitato doglianze sul punto nel corso del giudizio di merito, in definitiva, non escludeva la necessità di eliminare la norma interna "...proprio in considerazione dei già segnalati effetti che scaturiscono dalla sentenza della Corte EDU nel caso [Lorenzetti](#), la quale, avendo accertato la violazione strutturale del principio convenzionale, determina la necessità che i processi, ancora pendenti, si conformino ad essa, previa declaratoria di illegittimità costituzionale in parte qua delle norme nazionali con quel principio".

La posizione di totale chiusura di [Corte cost. n. 214/2013](#) – pur salutata favorevolmente in dottrina<sup>28</sup> – è stata espressa sottolineando il deficit di rilevanza della questione proposta, in ragione della soltanto ipotetica volontà dell'interessato di reclamare, nell'eventuale giudizio di rinvio successivo all'accoglimento della quesitone di legittimità costituzionale, la necessità dell'udienza pubblica<sup>29</sup>.

Ora, se è vero che le Sezioni Unite sembrano essersi "adeguate" alla soluzione espressa dalla Corte costituzionale<sup>30</sup> non è chi non veda come il "filtro" utilizzato dalla Corte costituzionale appaia in qualche modo poco omogeneo rispetto alla *sostanza* della questione che le Sezioni Unite aveva posto al suo cospetto.

Il giudice remittente aveva, in definitiva, ancora una volta evidenziato che "dal suo punto di vista" il controllo di convenzionalità non poteva mancare nel caso concreto, in cui l'interessato, pur non avendo affermato di volere godere del diritto alla udienza pubblica, non era stato messo in condizioni di poterlo fare perché...la legge glielo aveva impedito.

Da un lato una visione – quella delle Sezioni Unite – ancorata al ruolo *pro-attivo* del giudice nazionale rispetto alla CEDU, capace di interrogarsi sulla piena ortodossia del giudizio svolto innanzi

---

PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008; P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte edu e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 678 ss.

<sup>28</sup> V. PETRALIA, *Problemi sistemici nei rapporti fra Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

<sup>29</sup> Alla decisione espressa dalla Corte costituzionale hanno poi dato seguito alcune pronunzie del giudice di legittimità – Cass. n. [1538](#) del 22/10/2013, ritenendo che in tema di procedimento di riparazione per ingiusta detenzione, in difetto di allegazione riguardo alla proposizione da parte del ricorrente di istanza di partecipazione all'udienza camerale in sede di merito, il profilo di nullità de procedimento "non partecipato" per contrasto con il principio dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU non può essere preso in considerazione per difetto di interesse del ricorrente a dedurlo. In motivazione, la Corte ha richiamato le statuizioni di irrilevanza adottate dalla Corte Costituzionale nelle [sentenze n. 80 del 2011](#) e [214 del 2013](#) sulle questioni sollevate in tema di contrasto tra gli artt. 315 e 646 cod. proc. pen. e gli artt. 111 e 117 Cost. Cass. pen., n. [24356](#) del 04/06/2014, *Clark*, nel ritenere non è manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 666, 667, IV c., e 676 cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 111, c. 1, e 117, c. 1, Cost. in riferimento all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, nella parte in cui non consentono che la parte possa richiedere al giudice dell'esecuzione lo svolgimento dell'udienza in forma pubblica relativamente ai procedimenti in tema di applicazione della confisca, ha dato atto in motivazione che la persona sottoposta a confisca aveva chiesto lo svolgimento dell'udienza nella forma pubblica.

<sup>30</sup> V. informazione provvisoria relativa a Cass., Sez. un., 28 novembre 2013, *Nicosia*, in [www.penalecontemporaneo.it](#).

alle varie articolazioni del giudiziario ed investito, in definitiva, di un controllo pieno, effettivo e per certi versi anche officioso in ordine alla legalità convenzionale del processo.

Dall'altro la prospettiva del giudice costituzionale, non soltanto legata agli schemi propri del sindacato di costituzionalità ma, soprattutto, non particolarmente interessata a considerare in tutta la loro portata i meccanismi di operatività del controllo di convenzionalità imposti all'autorità giudiziaria nazionale dalla CEDU.

A ben considerare, infatti, la circostanza che l'imputato sia rimasto silente nei due gradi di giudizio di merito rispetto alla questione non poteva, indossando le lenti del giudice di Strasburgo, avere un significato di rinuncia alla garanzia. Non era infatti possibile attribuire un significato univoco al contegno della parte tutte le volte in cui l'ordinamento non mette in condizioni quella stessa parte di potere esercitare un diritto che anzi è lo stesso ordinamento a denegare.

Sul punto non è superfluo ricordare [Corte cost. n. 135/2014](#) che, a proposito di altra questione di legittimità costituzionale sollevata sempre con riferimento al sistema dell'udienza pubblica – ma in ambito particolare<sup>31</sup> – non ha mancato di ricordare la giurisprudenza europea in tema di pubblica udienza e misure di prevenzione – “... la Corte di Strasburgo ha, quindi, ritenuto «essenziale», ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma convenzionale, «che le persone [...] coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione *si vedano almeno offrire* la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello» –.

Se a ciò si aggiunge che anche con riferimento all'analogia tematica riferita ai procedimenti per ingiusta detenzione è sempre [Corte cost. n. 135/2014](#) a riconoscere che “... la Corte di Strasburgo ha ritenuto essenziale che i singoli coinvolti nella procedura *fruiscono almeno della facoltà di richiedere* la trattazione in forma pubblica dell'udienza innanzi la corte d'appello (competente nel merito in unico grado)”, non è peregrino affermare che il contegno neutro della parte rispetto allo svolgimento dell'udienza in fase di merito – come anche in sede di legittimità – difficilmente poteva giocare un ruolo ai fini di giustificare il semaforo rosso del giudice costituzionale rispetto alla sollevata questione di legittimità costituzionale.

D'altra parte, non può nemmeno sottacersi il fatto che la giurisprudenza europea appare univoca nel riconoscere il ricorso diretto alla Corte europea – senza il previo esaurimento delle vie di ricorso interno (art. 35 CEDU, sul quale si tornerà diffusamente in seguito) – nei casi in cui la violazione alla CEDU dipende dall'esistenza di una norma interna che rende in modo palese ed evidente il contrasto, tanto da escludere che a livello interno l'interessato possa ottenere la tutela della prerogativa allo stesso garantita – cfr. Corte dir. Uomo [Costa e Pavan c. Italia](#), cit. –.

La prospettiva del giudice costituzionale non sembra, dunque, in sintonia con i termini della questione, rispetto alla quale in gioco è unicamente la garanzia convenzionale, nemmeno potendosi in alcun modo considerare il contegno passivo dell'interessato, al quale peraltro è inibita la possibilità di autonomamente sperimentare il controllo di costituzionalità (e che non costituisce, pertanto, elemento rilevante ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interno per giurisprudenza costante del giudice europeo – Corte dir. uomo 19.12.1989, *Brozicek c. Italia*, [ric. n.10964/84], punto 3; Corte dir. uomo, 6.3.2003, *De Jorio c. Italia* [ric. n. 73936/01] –).

Il punto è, infatti, quello che ai fini delle garanzie convenzionali non sembra possano essere trasposte le regole relative al controllo di costituzionalità che attengono alla verifica in punto di rilevanza, almeno quando ciò determini una compressione dei diritti CEDU.

Orbene, lasciando da parte il tema specifico dell'udienza pubblica – che forse rischia di apparire ipervalutato a livello sovranazionale – e proiettando la riflessione su un piano generale, la circostanza che la *griglia* nella quale è necessario passare per caducare la norma in contrasto con la CEDU sia quella del controllo di costituzionalità non sembra potere elidere né la specialità della fonte (convenzionale), né la peculiarità delle regole che ne stabiliscono l'operatività (comunque esterne a

---

<sup>31</sup> La questione ha riguardato gli artt. 666, c. 3, 678, c. 1, e 679, c. 1, cod. proc. pen., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza si svolga, davanti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza, nelle forme dell'udienza pubblica.

quelle dell'ordinamento nazionale) né, infine – ma non per ultimo – la circostanza che l'individuazione delle modalità di operatività della garanzia convenzionale all'interno del processo non può spettare alla Corte costituzionale, ma sembra essere riservata *in via esclusiva* al giudice comune.

Si avverte, così, nemmeno sottotraccia, la circostanza che il recinto fissato dalla Corte costituzionale per la verifica di convenzionalità non è affatto neutro rispetto alla tutela dei diritti fondamentali che, anzi, subisce un filtro interno – pur se affidato alla Corte costituzionale – sulla cui opportunità è lecito ancora oggi interrogarsi.

Ora, pensare che questo recinto venga aperto in modo da lasciare libero il giudice comune di operare nella prateria dei diritti fondamentali è operazione rivoluzionaria? Determina un simile pensare un'usurpazione di poteri in capo alla Corte costituzionale alla quale la Costituzione affida il monopolio del controllo di costituzionalità ma non sembra potere incidere sul contenuto delle garanzie offerte dalla CEDU – se non nei limiti di un contrasto di esse con la Costituzione medesima –?

## 5.2. *Contrasto fra norma interna e CEDU: rilevanza ex officio*

La tensione della giurisdizione, in tutte le sue componenti, verso la piena attuazione dei diritti fondamentali si riverbera sulla questione, di capitale importanza, della rilevanza *ex officio* del contrasto fra norma interna e CEDU. Tema che assume tratti di marcata problematicità nel giudizio di Cassazione.

In effetti, già Cass. S.U. (ord.) n. 41694/2012, *Nicosia*, Cass. (ord.) n. 34472/12, *Ercolano*, unitamente alla più recente Cass. S.U., n. 18821/2014, *Ercolano*, incarnano l'esigenza imperativa di una *legalità convenzionale* che, anche per effetto dell'art. 46 CEDU, la Corte di Cassazione ha il potere-dovere di perseguire e realizzare anche “d'ufficio”<sup>32</sup>.

Le S.U., nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione relativa alla legittimità della disciplina in tema udienza camerale nel procedimento per ingiusta detenzione rispetto ai principi fissati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – a partire dalla sentenza [Lorenzetti c. Italia](#) –, forti della natura sistemica della violazione accertata dalla giurisprudenza convenzionale nei confronti del sistema interno in tema di rito camerale, avevano ritenuto irrilevante la circostanza che l'imputato non avesse sollecitato doglianze sul punto nel corso del giudizio di merito. Tale contegno, infatti, non escludeva la necessità di caducare la norma interna “... proprio in considerazione dei già segnalati effetti che scaturiscono dalla sentenza della Corte EDU nel caso Lorenzetti, la quale, avendo accertato la violazione strutturale del principio convenzionale, determina la necessità che i processi, ancora pendenti, si conformino ad essa, previa declaratoria di illegittimità costituzionale in parte qua delle norme nazionali con quel principio”<sup>33</sup>.

Una visione – quella delle Sezioni Unite – ancorata al ruolo *pro-attivo* del giudice nazionale rispetto alla CEDU, capace di interrogarsi sulla piena ortodossia del giudizio svolto innanzi ai giudici

---

<sup>32</sup> F. FALATO, *Il vizio di legalità convenzionale è rilevabile d'ufficio dal giudice della Cassazione*, in *Giust. pen.*, 2014, III, 329 ss.

<sup>33</sup> Secondo le S.U. “...La ‘rilevanza’ della questione di legittimità costituzionale che miri a rimuovere gli effetti di una disposizione processuale che contamina la giustizia del processo, secondo i *dicta* della Corte Europea, non può dunque modellarsi sulla falsariga degli effetti che scaturiscono da categorie endoprocessuali che regolano l'*ordo iudiciorum*, giacché, ove così fosse, il processo – strutturalmente ‘ingiusto’ – sarebbe destinato a proseguire e concludersi senza alcuna possibilità di ‘purgazione’, al contrario agevolmente conseguibile proprio attraverso l'incidente di costituzionalità. Il che, a tacer d'altro, comporterebbe per la persona il cui diritto al ‘giusto processo’ è stato compromesso, la necessità di ricorrere alla Corte di Strasburgo (con gli effetti ampliativi del relativo contenzioso, che quella Corte, come si è visto, ampiamente censura), e per il giudice – nella specie, quello di legittimità, e dunque l'organo di ultima istanza chiamato a ‘misurare’ la conformità del processo ai diritti fondamentali ed irrinunciabili della persona – l'impossibilità di rendere il processo (non ancora ‘esaurito’), compatibile con quei diritti.”

di merito ed investito, in definitiva, di un controllo pieno, effettivo e per certi versi anche officioso in ordine alla legalità convenzionale del processo.

La diversa prospettiva espressa dalla Corte costituzionale – [sent. n. 214/2013](#) – in punto di ammissibilità della questione, alla quale le Sezioni Unite si sono “adeguate”, non elide la rilevanza del tema, tuttora “controverso” nella giurisprudenza della Cassazione.

Va detto, infatti, che mentre il principio del rilievo d’ufficio del contrasto fra norma interna e diritto UE anche in Cassazione è pacifico<sup>34</sup>, la proiezione di analogo argomento con riguardo alla CEDU è in atto meno condivisa.

A posizioni particolarmente rigide<sup>35</sup> fanno da contrappeso altre opzioni astrattamente possibiliste<sup>36</sup> ed altre ancora apertamente favorevoli<sup>37</sup>.

In un recente passato nella giurisprudenza della Cassazione civile si è rilevata, *ex officio*, l’esigenza di offrire un’interpretazione della normativa “convenzionalmente conforme” proprio per evitare condanne dell’Italia a Strasburgo<sup>38</sup>, di fatto rivisitando l’indirizzo giurisprudenziale che giustificava l’applicazione “retroattiva” del tributo.

Ma sono alcune vicende di recente esaminate dalle sezioni civili e penali della Cassazione a confermare il *trend* favorevole alla rilevabilità *ex officio* della violazione convenzionale.

In questa stessa direzione si sono mosse Cass. pen. n. 677/2015, *Di Vincenzo*<sup>39</sup> e Cass. pen. (ord. inter.) n. 1782/2015, *Chiarion*. Anche in quest’ultimo caso la Cassazione, nel sollevare incidente di costituzionale dell’art. 187-*bis* T.U.I. e in subordine dell’art. 649 c.p.p., prende partito sulla rilevabilità per la prima volta in Cassazione – e oltre la data di deposito del ricorso – di una violazione correlata alla CEDU – *sub errore in procedendo* –<sup>40</sup>.

Nella medesima direzione la sezione quinta civile della Cassazione – Cass. n. 950/2015 –, sollevando questione di legittimità dell’art. 187-*ter* del Tuf, ha ammesso la produzione documentale tardiva attestante la definitività del previo procedimento penale in relazione all’innovativo indirizzo della giurisprudenza europea in tema di *ne bis in idem* (sent. [Grande Stevens c. Italia](#) del 4 marzo 2014) sancito dall’art. 4 par. 1 del Prot. n. 7 annesso alla CEDU, all’esito del quale stato prospettato il vizio di cui all’art. 117, c. 1, Cost.

Ancora più recentemente, Cass., sez. III pen., 20 marzo 2015, n. 11648, annullava *ex officio*, in assenza di deduzione del vizio dal difensore dell’imputato, una sentenza di condanna pronunciata in grado di appello sulla base di una rivisitazione della testimonianza raccolta in primo grado non ripetuta in grado di appello in spregio alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 6 CEDU con riferimento a Stati diversi dall’Italia.

Esaurito così il *focus* sullo stato della giurisprudenza della Cassazione sulla questione occorre, in definitiva, intendersi sul ruolo del giudice comune nazionale e in particolare se a questo spetta di essere una sorta di *watchdog* dei diritti fondamentali scolpiti dalla CEDU, ovvero se occorre assecondare la tendenza a riservare al – e riversare sul – singolo l’esigenza che la decisione del caso concreto venga garantita nel rispetto dei diritti fondamentali di natura convenzionale.

---

<sup>34</sup> V., *ex multis*, Cass. n. 13065/2006; Cass. civ., 20 luglio 2007, n. 16130; Cass.S.U.18 dicembre 2006 n. 26984.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. pen., n. 51396/13, *Basile e altri*.

<sup>36</sup> Cass. n. 13233/14, *Trupiano*. In tale occasione la Corte ha ritenuto che l’eccezione relativa alla violazione dell’art. 6 CEDU può essere rilevata d’ufficio, tuttavia evidenziando l’irrelevanza del tema, posto che nel caso di specie il ricorso per cassazione era inammissibile in quanto manifestamente infondato. Ciò che non consentiva il formarsi di un valido rapporto d’impugnazione e precludeva la rilevabilità *ex officio* della violazione CEDU.

<sup>37</sup> Cass. 28061/13, *Marchetti*, nella quale la Cassazione “benché non sia oggetto di specifico motivo di ricorso” rileva “comunque” l’esistenza di una giurisprudenza convenzionale che “...non può essere ignorata, alla stregua della pronuncia delle Sezioni Unite” – ord. n. 34472/12, *Ercolano* – e della Corte costituzionale – [sent. n. 113/2011](#) –.

<sup>38</sup> Cass. civ. n. 1429/2013, a proposito dell’assoggettabilità a tassazione dell’indennità di espropriazione pagata tardivamente e in epoca successiva all’entrata in vigore della normativa che ha introdotto la tassazione. Secondo la Sezione tributaria della Cassazione, “... Nel caso di specie, tenendo conto di tali principi, come già evidenziato e come risulta evidente dal diverso significato già attribuito alla normativa in esame da una parte della giurisprudenza della Corte di cassazione, appare possibile una interpretazione della legislazione nazionale conforme ai principi [convenzionali]”.

<sup>39</sup> Cass. n. 677/2015.

<sup>40</sup> Cfr. p. 2.1 Cass. pen. n. 1785/15, *Caputo*.



In sostanza, sembra necessario auspicare, anche da parte della Corte di cassazione, un chiarimento definitivo circa il contenuto della CEDU come *diritto delle parti* o piuttosto come *dovere del giudice*<sup>41</sup>.

In favore della tesi del controllo officioso di convenzionalità, anche nell'ambito del giudizio di cassazione – malgrado il suo carattere chiuso – sembrano già militare le già ricordate diffuse argomentazioni utilizzate dai precedenti che si sono espressi favorevolmente sulla questione.

Peraltro, occorre ricordare che l'obbligo del giudice comune di “verificare anzitutto” ([Corte cost. n. 113/2011](#)) la praticabilità di una interpretazione della legge in senso conforme alla CEDU, predicato fin dalle sentenze gemelle del 2007 a più riprese dalla Corte costituzionale sembra richiedere un controllo sulla compatibilità del sistema interno con la CEDU ben lontano da meccanismi dispositivi riconducibili in via esclusiva alle parti del processo, soprattutto quanto il deficit trova la sua genesi nell'ordinamento positivo interno.

Per altro verso, le spinte che a più riprese giungono dalle Istituzioni europee all'implementazione del principio di sussidiarietà tendono alla creazione di meccanismi capaci, a livello interno, di rendere effettivo ed efficace il controllo di convenzionalità da parte delle autorità interne.

Nella medesima direzione sembra poi spingere la progressiva assimilazione, pur con i distinguo tuttora espressi dalla Corte costituzionale, fra disposizioni convenzionali e principi costituzionali, al cui interno si colloca la CEDU per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 2, 3, 10, 11 e 117, c. 1, Cost. Ciò che renderebbe poco comprensibile la diversità fra controllo di costituzionalità al quale il giudice comune è tenuto *ex officio* (pur nell'accertata rilevanza della questione) e sindacato di convenzionalità, destinato nella prospettiva della Corte costituzionale – e in atto di questa Corte – a rendere possibile il sindacato di costituzionalità, non potendosi procedere alla disapplicazione della normativa interna contrastante con la CEDU da parte del giudice comune.

Nemmeno irrilevante pare poi essere il numero imponente di ricorsi pendenti nei confronti dell'Italia presso la Corte dei diritti umani – stimato in 11.639 all'1 luglio 2014 –<sup>42</sup>, capace di determinare il non commendevole primato dell'Italia nella classifica dei Paesi che investono la Corte con ricorsi su questioni ripetitive. Situazione che richiede l'adozione da parte dello Stato italiano, in tutte le sue articolazioni e dunque della giurisdizione, di misure capaci di ridurre drasticamente il carico dei ricorsi a Strasburgo.

Né può sottacersi che la possibilità stessa riconosciuta al soggetto danneggiato di rivolgersi a Strasburgo saltando le vie di ricorso interno nei casi di violazione nascente direttamente dalla legge dimostra, ancora una volta, l'ineludibilità del controllo di convenzionalità all'interno del giudizio e, in definitiva, la necessità che (anche) il giudice di ultima istanza debba evitare soluzioni che si pongano in distonia con i diritti fondamentali, altrimenti esponendo lo Stato ad essere convenuto in un giudizio innanzi alla Corte europea.

Del resto, proprio le vicende che originano da violazioni sistematiche dell'ordinamento interno, abbiano esse o meno dato luogo a sentenze c.d. pilota, costituiscono ulteriore conferma della necessità che l'ordinamento interno sia in grado, ad ogni livello e, dunque, non soltanto sul piano normativo, di approntare misure capaci di eliminare le violazioni accertate.

La diversa opzione che pure in dottrina si è proposta sul tema<sup>43</sup> non persuade, nella misura in cui assume che solo il legislatore sia tenuto a conformare il sistema a CEDU e che l'eventuale inerzia di quel potere non possa trovare adeguata risposta all'interno del giudizio in cui viene in evidenza il deficit di convenzionalità. E sono proprio le Sezioni Unite penali della Cassazione – ma anche la Corte costituzionale – ad avere dimostrato che l'inerzia del legislatore non è in grado di disinnescare il controllo di convenzionalità a livello giudiziario quando la Corte europea abbia indicato le ragioni di contrasto attraverso le sentenze c.d. pilota o anche solo quelle dotate di valenza generale,

---

<sup>41</sup>V. ESPOSITO, *La preminenza del diritto nel processo. Il giusto processo: diritto delle parti o dovere del giudice?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>42</sup>V. il punto 22 del Rapporto del Comitato per gli affari giuridici sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.

<sup>43</sup>V. PETRALIA, *Problemi sistemici tra Cassazione, Consulta e CEDU*, cit., 13.



affrontando situazioni correlate a disarmonie fra i parametri convenzionali e la legislazione interna – Corte dir. uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta* –<sup>44</sup>.

Nemmeno sembra potersi dire che l'esito del ricorso del privato innanzi alla Corte di Strasburgo in caso di mancato esame della questione di convenzionalità nell'ambito del giudizio interno darebbe sempre e comunque luogo ad una pronuncia di irricevibilità. Evenienza che costituirebbe, in definitiva, conferma del fatto che la rilevabilità *ex officio* non costituisce elemento direttamente discendente dalla CEDU<sup>45</sup>.

È infatti sufficiente dare uno sguardo ai casi che hanno riguardato il contenzioso in tema di espropriazioni legittime e illegittime per accorgersi che le plurime condanne dell'Italia sono state rese all'interno di procedimento nei quali mai si era fatto riferimento, in ambito interno, alla CEDU. Ciò che non impedì affatto alla Corte europea di accertare le violazioni alla CEDU e di irrogare condanne pesantissime nei confronti del nostro Paese a causa delle accertate violazioni di natura sistematica. Il baricentro della Corte fu, in quelle come in tante altre vicende, rappresentato dalla *systematic violation of human rights*, attribuibile ad una giurisprudenza nazionale zigzagante e non improntata ai canoni di chiarezza e prevedibilità. Situazione, quest'ultima, che rendeva inutile l'esame della violazione convenzionale in ambito interno. Proprio le vicende in tema di rilevabilità del contrasto con l'art. 6 CEDU della disciplina interna in tema di udienza camerale per i procedimenti in tema di ingiusta detenzione e per l'applicazione di misure di prevenzione e il contrasto, palese, emerso fra le Sezioni Unite penali della Cassazione e la Corte costituzionale circa la possibilità di riconoscere la garanzia convenzionale all'imputato silente costituiscono l'esempio migliore di un diritto vivente fortemente contrastato e dunque inidoneo ad offrire la tutela convenzionale spettante all'imputato<sup>46</sup>.

Se, in conclusione, ai fini della ricevibilità del ricorso innanzi alla Corte europea è necessario che la giurisprudenza nazionale sia sufficientemente consolidata nell'ordinamento giuridico nazionale, perdendo il ricorso ad una giurisdizione superiore il suo carattere «effettivo» a causa delle divergenze giurisprudenziali all'interno di tale giurisdizione, e ciò fintanto che tali divergenze continuano ad esistere<sup>47</sup>, ancora una volta si comprende come la già ricordata possibilità di «saltare» i giudizi interni

---

<sup>44</sup> V. Cass. S.U., n.18821/14, *Ercolano*. Il giudice di legittimità, preso atto della caducazione della disposizione interna ad opera di [Corte cost. n. 210/13](#), ha riconosciuto che “il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte EDU Scoppola c. Italia sulla portata del principio di legalità convenzionale... in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell'art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia – di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo ...”.

Affermano, ancora, le Sezioni Unite che “... il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorché risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare ‘dallo stigma dell'ingiustizia ... una tale situazione’”. Da qui la conclusione che “eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi, come si è più sopra precisato, anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola”. Le S.U., riprendendo un passo dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, riconoscono che “... Spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l'ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti; se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili.” – punto 7.3 [sent. n. 210/13](#) –.

<sup>45</sup> V. PETRALIA, *op.ult.cit.*, 17.

<sup>46</sup> In altri termini, non è sufficiente l'esistenza di un ricorso interno astrattamente idoneo ad eliminare gli effetti della violazione, occorrendo invece che il rimedio sia effettivo ed efficace. Non è dunque sufficiente che vi sia un ricorso normalmente disponibile, come il ricorso di cassazione, ma che, tenuto conto della giurisprudenza sviluppata in cause simili, risulta, nel caso di specie, inefficace (Corte dir. uomo, 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia* (dec.) [ric. n. 36813/97]; Corte dir. uomo, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. e altri c. Belgio* [ric. n. [17849/91](#)] §§ 26 e 27)).

<sup>47</sup> Corte dir uomo, 13 aprile 2010 – ric. nn. [46436/06](#) et [55676/08](#) – *Ferreira Alves c. Portogallo* (n. 6), §§ 28-29.

e di adire direttamente la Corte europea dei diritti umani attesta l'assoluta specificità del controllo di convenzionalità, dimostrandone il carattere prioritario rispetto ad ogni altra questione di ordine processuale interno.

La condivisione della prospettiva favorevole ad un controllo giudiziale di legalità convenzionale diffuso ed *ex officio* – soprattutto a livello di legittimità – oltre a rappresentare un baluardo della democrazia del quale tutte le persone, cittadine e non, hanno diritto di godere, in nome della loro irrinunciabile dignità, sembra dunque costituire piena attuazione di quell'obbligo positivo del giudice di garantire e attuare i diritti sanciti nella *Convenzione*<sup>48</sup>.

#### 6. Un ulteriore seguito alla tutela delle coppie dello stesso sesso “in attesa” del legislatore: il risarcimento del danno fra utopia e realtà

Per quel che riguarda le ricadute prodotte dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di riconoscimento delle unioni stabili in favore delle coppie omosessuali, occorre partire dalla sentenza resa dalla Corte di Cassazione n. 4184/2012 – di recente seguita da Cass. n. 2500/2015 – che, pur non offrendo la tutela reclamata dalla coppia omosessuale che aveva celebrato all'estero il matrimonio chiedendone la trascrizione in Italia, si è presa cura di individuare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in tema di riconoscimento delle unioni omosessuali, realizzata non solo attraverso la riconduzione delle unioni all'ambito delle relazioni familiari – art.8 CEDU – ma direttamente dall'art.12 CEDU – integrato lessicalmente dall'art. 9 della Carta di Nizza –Strasburgo<sup>49</sup>.

In tal modo, il giudice di legittimità, mettendo a profitto le indicazioni espresse dalla Corte europea e da [Corte cost. n. 138/2010](#), ha sottilmente – ma significativamente – colto nel ragionamento esposto dalla sentenza *Schalk* del giugno 2010 già ricordata la distinzione fra *riconoscimento* delle unioni omosessuali – ormai riconducibile all'art. 12 CEDU integrato dall'art.9 della Carta di Nizza-Strasburgo – e *garanzia* della tutela del diritto ad unirsi in matrimonio della medesima coppia, che trova la sua regolamentazione sul piano – esclusivo – dei singoli ordinamenti nazionali<sup>50</sup>.

In questa stessa ottica numerosi provvedimenti giurisdizioni resi da giudici di merito in tema di affidamento temporaneo a coppia dello stesso<sup>51</sup> e ancora più recentemente di adozione<sup>52</sup> sembrano

<sup>48</sup> V. ESPOSITO, *La preminenza del diritto nel processo*, cit., 14.

<sup>49</sup> Cfr. punto 3.3.4 sent. cit. “... la *ratio decidendi*, inoltre, costituisce vero e proprio *overruling* (“[...] la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto [...]”) rispetto alla precedente giurisprudenza richiamata dalla stessa Corte, secondo la quale “l'articolo 12 garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia”; 3) conseguentemente, il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte Europea – la quale costituisce radicale “evoluzione” rispetto ad “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio” –, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso (cfr., *supra*, nn. 3.3.1., lettera B, e 3.3.3.)...”.

<sup>50</sup> Sulla possibilità che l'ordinamento interno si unifichi ai principi sovranazionali attraverso una legge ordinaria v. R. ROMBOLI, *Il diritto consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco*, in [www.rivistaaic.it](#), 00 del 2.7.2010.

<sup>51</sup> V. Trib.Parma, Giud. tut., 3 luglio 2013, in [www.articolo29.it](#); Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013, in [www.articolo29.it](#), anche in *Fam. dir.*, 3/2014, 273 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, e in *Corr. giur.*, 2/2014, 155 ss., con nota di C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*. Sulla tematica in generale v., di recente, il volume curato da R. TORINO, *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma 2013. Trib. Min. Palermo, 4.12.2013, in *Fam. dir.*, 4/2014, con nota di G. MASTRANGELO, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*.

<sup>52</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, in [www.articolo29.it](#), sulla quale G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in [www.questionegiustizia.it](#); Trib. Min. Bologna, 21 marzo 2013; *ibidem*, con nota di E. BATTAGLIA, *Tribunale minori di Bologna: riconosciuta l'adozione da parte di una single effettuata negli Stati Uniti*; Trib. Min. Bologna, 10 novembre 2014; *ibidem*, con nota di M. GATTUSO, *Adozione negli U.S.A. da parte della co-madre: il tribunale minori di Bologna invia gli atti alla Corte costituzionale*. Rispetto alla decisione interlocutoria da ultimo ricordata il Tribunale per i minorenni emiliano ha sollevato d'ufficio eccezione di illegittimità costituzionale della normativa vigente nella parte in cui non consentirebbe il riconoscimento di una adozione legittimante effettuata

non solo ben orientate nell'attività di individuazione e determinazione precisa dei *principia* espressi dal giudice europeo, ma anche proiettate a realizzare compiutamente un sistema di protezione ispirato alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

Certo si tratta di un percorso, di un cammino, che vede tuttora, a causa dell'inerzia del legislatore, in campo “figli di un Dio minore” i quali, pur portatori di posizioni giuridiche meritevoli di tutela e addirittura riconosciute di rango costituzionale, non risultano adeguatamente tutelate<sup>53</sup>.

Viene così da chiedersi se il ruolo della giurisdizione comune, rispetto all'inadempienza del legislatore che va ad incidere non sull'esistenza stessa del diritto, ormai pacificamente ammessa dalla Corte costituzionale, ma semmai sulle forme di tutela che spetterebbe a quello stesso legislatore individuare possa spingersi, nell'inerzia del legislatore, fino al riconoscimento –almeno- di un “pregiudizio” patrimoniale e non patrimoniale, in ragione della ricordata inerzia.

Se, in definitiva esiste il diritto (costituzionalmente protetto) della coppia dello stesso sesso ad una regolamentazione specifica della relazione familiare, la mancata previsione di una concreta tutela a tale diritto di matrice costituzionale è in grado di generare responsabilità dello Stato risarcibile innanzi al giudice civile? Costituisce simile evenienza un “seguito” dovuto in forza della giurisprudenza costituzionale e convenzionale<sup>54</sup>?

In altri termini, la circostanza che [Corte cost. n. 138/2010](#)<sup>55</sup> – e con essa [Corte cost. n. 170/2014](#) – abbia rimarcato, proprio su impulso della giurisprudenza convenzionale, che nella nozione di “formazione sociale” – nel quadro della quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – “è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri” può determinare, già prima del riconoscimento giuridico dei diritti e doveri connessi alla coppia, un diritto al risarcimento del danno esistenziale che nell'ordinamento interno è agganciato alla lesione di un interesse costituzionalmente rilevante – [Cass. S.U. n. 26972/2008](#) –?

---

all'estero nell'ambito di una famiglia fondata da una coppia dello stesso sesso regolarmente coniugata negli U.S.A. Nel far ciò ha espressamente evocato, quale parametro interposto dell'art. 117, c. 1, Cost., l'art. 8 CEDU, “...in particolare perché il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza avere previamente potuto valutare in concreto la sussistenza del superiore interesse del minore, è una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa CEDU”.

<sup>53</sup> V. MONTARULI, *Unioni tra persone dello stesso sesso: 'figli di un dio minore, ma per quanto ancora?'*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>54</sup> È noto che secondo [Cass. S. U. n. 26972/2008](#) – come le altre tre coeve sentenze, ben note come “sentenze di San Martino” (conf. Cass. n. 431/2014) – “...Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.” – cfr. punto 2.3 sent. cit. –. Ed è la stessa pronuncia ad avere ritenuto, in un passaggio motivazionale successivo, che “...Nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri ...come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati ..., nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica – cfr. punto 2.10 –. Principio ribadito dalla stessa decisione allorché si chiariva che “...Nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri ... come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati ... nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica”. Peraltro, secondo le Sezioni Unite i diritti garantiti dalla CEDU non possono essere inquadrati tra gli interessi inerenti la persona aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili non spettando agli stessi il rango di diritti costituzionalmente protetti, “... poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno ([Corte cost. n. 348/2007](#))”.

<sup>55</sup> Ricordava sul punto, significativamente, Cass. n. 4184/2012: “...la sentenza della [Corte costituzionale n. 138 del 2010](#), pur negando specifico fondamento costituzionale al riconoscimento del diritto al matrimonio di persone dello stesso sesso, ha tuttavia affermato: che nelle “formazioni sociali” di cui all'art. 2 Cost. è inclusa “l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”; che fermo il riconoscimento e la garanzia di tale diritto “inviolabile”, “nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”.

Si tratta, probabilmente, di un argomento che occorrerà adeguatamente approfondire, posto che Cass. n. 4184/2012 non si è spinta a tanto. E ciò malgrado la consapevolezza che esso involge questioni teoriche di non secondario rilievo- quali quelle connesse alla responsabilità dello Stato per violazione della Costituzione –.

Il tema, a ben considerare, esula da quello, limitrofo, della risarcibilità dei diritti di matrice convenzionale, in atto esclusa dalle S.U. della Cassazione<sup>56</sup>, involgendo direttamente la spinosa questione del danno da illecito del legislatore. Qualche utile spunto sembra provenire dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>57</sup> che sembra dare supporto a qualche autorevole opinione che, più di vent'anni fa, aveva lanciato il tema suggerendo un confronto fra civilisti e costituzionalisti<sup>58</sup>.

Non resta, dunque, che attendere, anche in questo caso, il *seguito*, se mai ci sarà, su tale questione, certi che l'impatto di condanne patrimoniali a carico dello Stato, pur non risultando salvifico rispetto ad un ipotetico controllo di convenzionalità da parte del giudice europeo<sup>59</sup>, costituirebbe un mezzo capace di determinare una vigorosa accelerazione sulle varie proposte legislative in materia di unioni di coppie dello stesso sesso che anche in questi ultimi giorni affollano l'agenda parlamentare.

---

<sup>56</sup> Secondo le Sezioni Unite – sent. n. 26972/2008, unitamente alle altre tre coeve sentenze – i diritti garantiti dalla CEDU non possono essere inquadrati tra gli interessi inerenti la persona aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili «poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno ([Corte cost. n. 348/2007](#))».

<sup>57</sup> Cfr. Corte cost. n. 219/2008: "... È, in altri termini, necessario che sia il legislatore, sia l'interprete si orientino, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, verso il riconoscimento del più efficace degli strumenti di tutela a disposizione per prevenire e, se ciò non sia possibile, per fornire ristoro alla lesione di tale diritto inviolabile. La Carta costituzionale, infatti, «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano pregiudicare l'attuazione» del «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili ([sentt nn. 252 del 2001](#), [509 del 2000](#), [309 del 1999](#) e [267 del 1998](#)). Questa Corte è ben consapevole che una riparazione di carattere patrimoniale, venendo a monetizzare il sacrificio di una libertà inviolabile, ne costituisce un pallido rimedio, cui debbono sempre venir preferiti strumenti capaci di evitare o limitare il danno, ovvero di reintegrarlo in forma specifica. E tuttavia tale argomento non può valere certamente ad escludere la via della tutela risarcitoria o indennitaria quando, di fatto, essa sia l'unica praticabile nell'ordinamento: si è già ritenuto, a tale proposito, che l'azione risarcitoria costituisce tecnica di tutela della situazione giuridica lesa, alla natura della quale si conforma ([sent. n. 204 del 2004](#)). Ugualmente, questa Corte ha anche di recente sottolineato l'esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno subito nei valori propri della persona, anche in riferimento all'art. 2 della Costituzione ([sent. n. 233 del 2003](#)). Ed anzi, si è a maggior ragione affermata l'incostituzionalità del difetto di tutela risarcitoria, in seno a discipline costruite per tutelare i diritti inviolabili della persona umana, ove esse siano «estrinsecazione di un principio solidaristico» ([sentenza n. 561 del 1987](#)).» La prospettiva espressa dalla Corte costituzionale sembra in altri termini indirizzarsi verso una tutela piena dei diritti di rango costituzionale che non possono tollerare riduzioni anche solo sotto l'aspetto della tutela risarcitoria o indennitaria. Ora, provando ad utilizzare le decisioni richiamate da [Corte cost. n. 218/2009](#) alla vicenda qui esaminate, non sembra peregrino immaginare un titolo di responsabilità dello Stato per inerzia legislativa lesiva di un diritto costituzionalmente protetto sotto il paradigma dell'art. 2 Cost. Anzi, tale ristoro diviene, a queste condizioni, costituzionalmente necessario: questa Corte ha ripetutamente affermato simile principio, con riguardo al danno incolpevole patito da chi, per esigenze di tutela della collettività, sia stato assoggettato a vaccinazione obbligatoria e, imprevedibilmente, ne abbia riportato un danno alla salute ([sentt. n. 118 del 1996](#), [258 del 1994](#) e [307 del 1990](#)).

<sup>58</sup> V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito «comunitario» e illecito «costituzionale del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, 961.

<sup>59</sup> V., del resto, quanto già ritenuto da Corte dir. uomo, [Vallianatos e altri c. Grecia \(Grande Chambre, ric. n. 29381/09 e n. 32684/09\), 7 novembre 2013](#), nella quale si è ritenuto che il rimedio risarcitorio previsto a livello di legislazione nazionale greca – art. 105 dell'*Introductory Law to the Civil Code*- per i casi di danni cagionati ai diritti dall'azione legislativa- anche omissiva- non elideva la possibilità di adire la Corte dei diritti umani, non incidendo sull'obbligo delle autorità nazionali di riconoscere la tutela alle unioni civili fra persone dello stesso sesso che in quel Paese non sono protette a differenza delle unioni civili fra persone di sesso diverso- cfr. punto 45 sent. cit.-.



**Giacomo Canale**  
***Italicum*: in viaggio verso Itaca, sognando la California**  
**(una prima lettura critica della [legge n. 52/2015](#))**

SOMMARIO: 1. *Habemus Italicum* (finalmente?). – 2. Gli effetti del concreto funzionamento del meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza della [legge n. 52/2015](#) nei quattro diversi possibili scenari fattuali. – 3. La formalizzazione di due distinti *status* di candidato. – 4. Aspettando la riforma costituzionale che verrà. – 5. Conclusioni

1. Come è noto, la nuova legge per l'elezione della Camera dei deputati ([legge 6 maggio 2015, n. 52](#) - c.d. *Italicum*) è stata approvata e prontamente promulgata dal capo dello Stato<sup>1</sup>. Nelle intenzioni del legislatore, [la legge n. 52](#) dovrebbe:

- rappresentare la (auspicata<sup>2</sup>) riappropriazione della funzione legislativa in materia elettorale da parte delle Camere<sup>3</sup>;
- sanare i vizi di costituzionalità della precedente disciplina elettorale<sup>4</sup>.

Quest'ultimo fondamentale obiettivo dipenderebbe dal combinato disposto dei principali elementi della nuova disciplina elettorale, cioè:

---

<sup>1</sup> “Sereni, determinati, convinti di avere fatto il (proprio) dovere”, secondo quanto riporta un articolo del *Sole24Ore* del 7 maggio 2015, 9.

<sup>2</sup> Al riguardo, sembra utile rammentare il deciso monito del Presidente Napolitano in occasione del messaggio al Parlamento il 22 aprile 2012, giorno del giuramento per il suo secondo mandato: “*Imperdonabile resta la mancata riforma della legge elettorale del 2005. Ancora pochi giorni fa, il Presidente Gallo ha dovuto ricordare come sia rimasta ignorata la raccomandazione della Corte Costituzionale a rivedere in particolare la norma relativa all'attribuzione di un premio di maggioranza senza che sia raggiunta una soglia minima di voti o di seggi. La mancata revisione di quella legge ha prodotto una gara accanita per la conquista, sul filo del rasoio, di quell'abnorme premio, il cui vincitore ha finito per non riuscire a governare una simile sovra-rappresentanza in Parlamento. Ed è un fatto, non certo imprevedibile, che quella legge ha provocato un risultato elettorale di difficile governabilità, e suscitato nuovamente frustrazione tra i cittadini per non aver potuto scegliere gli eletti. Non meno imperdonabile resta il nulla di fatto in materia di sia pur limitate e mirate riforme della seconda parte della Costituzione, faticosamente concordate e poi affossate, e peraltro mai giunte a infrangere il tabù del bicameralismo paritario*” (in questa [Rivista](#), [Cronache dalle Istituzioni](#), 2013).

<sup>3</sup> Ponendo fine (almeno per la Camera dei deputati) alla singolare circostanza determinata dalla famosa [sentenza n. 1/2014](#) di una disciplina elettorale “scritta” dalla Corte costituzionale (su tale sentenza, è possibile consultare sul web una larga parte delle principali note agli indirizzi telematici [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/dottrina/CC\\_SS\\_Dottrina\\_2014\\_1Definitivo.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/dottrina/CC_SS_Dottrina_2014_1Definitivo.pdf) e (in questa stessa [Rivista](#)) <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0001s-14.html>).

<sup>4</sup> D'altronde, nell'articolo di stampa citato in nota 1, è stato evidenziato che il Presidente Mattarella “*sapeva bene che i punti di attacco alla costituzionalità del Porcellum erano essenzialmente due: la mancanza di una soglia per far scattare il premio di maggioranza; la mancanza di un rapporto tra elettore ed eletto sulla totalità dei parlamentari. Due punti che sono stati sanati. È stata, infatti, introdotta una soglia al 40% per il premio di maggioranza altrimenti si ricorrerà al ballottaggio. E si ripristina il rapporto con l'elettore sia attraverso liste bloccate, ma corte, sia con la reintroduzione delle preferenze. Insomma, quella sentenza della Consulta si può considerare realizzata dall'Italicum*”. A dimostrazione della piena conformità costituzionale della [legge n. 52](#), è stato fatto, inoltre, ricorso ad un argomento prescientifico, quasi una forma moderna e istituzionale di *ipse dixit*: l'attuale Presidente della Repubblica, oltre ad essere uno dei maggiori esperti in materia elettorale, è stato uno dei giudici costituzionali, ergo la sua valutazione di conformità della [legge n. 52/2015](#) al giudicato costituzionale, fatta trapelare da fonti vicinissime al Quirinale, chiuderebbe le porte a qualsiasi argomento contrario. Al riguardo, sia permesso di sollevare qualche rispettosa perplessità, perché è sempre stato evidente il favore della Corte al varo di una nuova disciplina elettorale parlamentare, certamente perché avrebbe posto fine all'anomalia istituzionale, ma, forse, anche perché avrebbe evitato di rendere verificabile l'effettiva applicabilità del c.d. *Consultellum*, presupposto logico per la dichiarazione di illegittimità costituzionale in una materia costituzionalmente necessaria. Peraltro, “*l'affermazione dell'immediata applicabilità della normativa residua sembra più che altro una petizione di principio necessaria per giustificare l'intervento demolitivo, favorita dal clima di generale noncuranza del suo concreto funzionamento, poiché tutta l'attenzione si è rapidamente spostata sulla proposta di nuova legge elettorale (l'Italicum)*”: cfr. G. CANALE, *Brevi considerazioni critiche sulla storica sentenza in materia elettorale della Consulta*, in [Amministrativ@mente](#), n. 2 (2014), 2.



- la previsione di una soglia numerica (40%) per l'attribuzione del premio di maggioranza e di un eventuale turno di ballottaggio tra le due liste elettorali più votate, senza possibilità di apparentamento o collegamento<sup>5</sup>;

- la suddivisione delle circoscrizioni regionali in cento collegi plurinominali con liste sufficientemente corte (da tre a nove candidati)<sup>6</sup>;

- l'elezione con la doppia preferenza di genere dei candidati della lista che si aggiudica il premio di maggioranza, fatta eccezione per i cento capilista<sup>7</sup>;

- l'applicazione a partire dalle elezioni successive al 1° luglio 2016, così da coordinarne gli effetti con la possibile entrata in vigore del disegno di legge del Governo di riforma costituzionale, già approvato, mentre si scrive, in prima lettura, che, tra l'altro, prevede l'elezione popolare diretta della sola Camera dei deputati e l'elezione di secondo grado del Senato della Repubblica, ma, soprattutto, il voto di fiducia attribuito alla sola Camera dei deputati.

In definitiva, l'approvazione della [legge n. 52/2015](#) dovrebbe consentire il ritorno alla normalità costituzionale e, soprattutto, dotare il Paese di una disciplina elettorale che agevoli un miglior funzionamento della *governance* pubblica<sup>8</sup>, attraverso la chiara e immediata individuazione del vincitore e la previsione di un'adeguata base parlamentare per la maggioranza, garantendo un'opportuna rappresentatività con la previsione di una soglia di sbarramento del solo 3%. Ciò dovrebbe favorire la stabilità degli Esecutivi, riducendo la conflittualità delle eterogenee coalizioni che finora hanno contraddistinto la fase "maggioritaria" della nostra Repubblica<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> L'attribuzione dei seggi avviene su base nazionale, con il metodo del quoziente intero e dei più alti resti. Il premio di maggioranza è attribuito alla lista che superi il 40% dei voti validamente espressi a livello nazionale. Il premio di maggioranza garantisce alla lista vincitrice 340 seggi, sui 618 in palio: la sua entità è, dunque, variabile in ragione del risultato elettorale della lista vincitrice. Se nessuna lista raggiunge la soglia del 40% dei voti validamente espressi, è convocato un secondo turno di ballottaggio a cui partecipano le due liste più votate a livello nazionale al primo turno. Anche in questo caso, alla lista che ottiene il maggior numero di voti validamente espressi sono attribuiti 340 seggi. Tra i due turni elettorali non è consentita alcuna forma di collegamento o di apparentamento tra le liste di candidati che abbiano partecipato al primo turno. Dai 340 seggi assegnati alla lista vincitrice, al primo o al secondo turno, sono detratti i seggi assegnati ai candidati dei collegi uninominali del Trentino Alto Adige e della Valle d'Aosta collegati alla lista vincitrice a livello nazionale. La stessa operazione è effettuata per i seggi assegnati nella "quota" proporzionale del Trentino Alto Adige. I restanti seggi (278) sono ripartiti tra le liste di minoranza che al primo turno abbiano superato la soglia di sbarramento, dopo aver detratto da essi i seggi attribuiti in Trentino Alto Adige e in Valle d'Aosta ai candidati non collegati alla lista vincitrice. Per i 12 seggi sono assegnati alla circoscrizione estero, le modalità di elezioni non hanno subito modifiche, anche se, nell'ambito di quest'ultima circoscrizione, è stata introdotta la possibilità del voto per corrispondenza dei cittadini italiani temporaneamente all'estero per ragioni di studio, lavoro o cure mediche.

<sup>6</sup> Il territorio nazionale è diviso in venti circoscrizioni elettorali, coincidenti con il territorio delle singole regioni, ciascuna delle quali è suddivisa in più collegi plurinominali per un totale di cento. In Valle d'Aosta è istituito un unico collegio uninominale; in Trentino Alto Adige sono istituiti otto collegi uninominali, mentre i restanti seggi (tre in base all'ultimo censimento) sono assegnati a livello regionale.

<sup>7</sup> L'individuazione del numero di seggi da assegnare a ciascuna lista sul territorio nazionale avviene tramite due passaggi: innanzitutto i seggi vengono assegnati a livello circoscrizionale e poi nei singoli collegi di ciascuna circoscrizione. Questo doppio passaggio consente di contenere nell'ambito della stessa Regione eventuali, limitati, slittamenti di seggi fra collegi (nella misura massima di uno in più o in meno) conseguenti all'introduzione della c.d. norma "antiflipper", volta a garantire alle liste minoritarie di avere i seggi laddove hanno conseguito effettivamente la percentuale maggiore. In ciascun collegio è proclamato eletto un numero di candidati pari al numero di seggi assegnati a ciascuna lista. Il primo proclamato sarà sempre il capolista, a seguire saranno proclamati i candidati con il maggior numero di preferenze. Al capolista che risulti eletto in più collegi spetta un diritto di opzione. Infatti, i soli capilista possono essere candidati in dieci diversi collegi, mentre tutti gli altri candidati in un solo collegio. Per la parità di genere, oltre alla previsione della doppia preferenza di genere, la legge ha previsto che, nei collegi di ciascuna circoscrizione, il numero complessivo di capolista di un medesimo sesso non possa eccedere il 60 per cento.

<sup>8</sup> Si veda in proposito l'editoriale di S. FABBRINI, *Consensuale o competitiva, le due idee di democrazia*, in *Il Sole-24Ore* del 7 maggio 2015, 9, nel quale si sostiene che "chi ha promosso l'*Italicum* ha invece un'idea diversa di democrazia. La democrazia è il governo della maggioranza, nel rispetto dei diritti fondamentali della minoranza. Dove per fondamentali di intendono i diritti costituzionali, non già quelli politici di bloccare scelte indesiderate del governo. Questa democrazia è competitiva perché la maggioranza gode di una sufficiente stabilità per guidare il Paese per l'intero mandato parlamentare e quindi per essere giudicata (ed eventualmente) sostituita alle prossime elezioni".

<sup>9</sup> "La differenza è che invece di essere due coalizioni, molto eterogenee e litigiose, le alternative saranno due liste. La lista vincente governerà e il suo leader diventerà primo ministro. In maniera ancora più chiara di prima questo

Ciò nonostante, il varo dell'*Italicum* è avvenuto in un clima fortemente ostile, che ha avuto il suo culmine nell'abbandono nella votazione finale dell'aula della Camera dei deputati da parte di tutte le forze di opposizioni e di una minoritaria parte della maggioranza<sup>10</sup>. Se ciò potrebbe essere anche il frutto della reazione esasperata allo sconvolgimento degli equilibri politici provocato dalla rapida ascesa di Renzi<sup>11</sup>, va, peraltro, aggiunto che il testo ha suscitato un radicale contrasto anche nell'opinione pubblica<sup>12</sup> e nella dottrina<sup>13</sup>. Laddove sembra indubbio che l'intero dibattito pubblico sia stato, a sua volta, condizionato dalla radicalizzazione delle diverse posizioni, determinata dalle inevitabili implicazioni ordinamentali<sup>14</sup>, nonché da alcuni passaggi fortemente divisivi<sup>15</sup>.

---

*sistema mette nelle mani degli elettori un potere e una responsabilità enormi perché sarà il loro voto a decidere il governo del paese. E c'è chi va dicendo che sarebbe un sistema poco o punto democratico!*", Roberto D'Alimonte, *La strada lunga del maggioritario*, in *Il Sole-24Ore* del 5 maggio 2015, 9.

<sup>10</sup> La legge è stata infatti approvata con 334 voti favorevoli, 61 voti contrari (tra cui circa 46 riconducibili a deputati della maggioranza), 4 astenuti e ben 231 assenti perché, per l'appunto, FI, M5S, Lega Nord, FdI e SeL hanno abbandonato l'aula al momento del voto.

<sup>11</sup> Una simile ascesa, combinata con il progressivo ridimensionamento della *leadership* berlusconiana nel centro destra e il graduale smottamento dei gruppi parlamentari pentastellati alla loro prima prova, sembra delineare un orizzonte di lungo e indiscusso predominio politico del giovane *leader* democratico, con le inevitabili resistenze di quella parte del ceto politico che teme la definitiva marginalizzazione.

<sup>12</sup> Al riguardo, per avere una sintetica visione dei due opposti punti di vista, v. il comunicato dell'8 maggio 2015 del Coordinamento della Democrazia costituzionale, intitolato *Italicum: gravissimo danno all'assetto democratico della Repubblica*, secondo cui, per l'effetto combinato della nuova disciplina elettorale e la futura riforma costituzionale, si determinerebbe un sostanziale svuotamento della forma di governo parlamentare in favore di un premierato assoluto illiberale e con venature autoritarie (<http://coordinamentodemocraziacostituzionale.net/2015/05/08/comunicato-del-coordinamento-democrazia-costituzionale-8-maggio/>). Per una esaustiva elencazione, invece, delle ragioni a sostegno della legge, considerata come una straordinaria occasione di modernizzazione del sistema politico, si rinvia all'articolo intitolato *Italicum: 16 risposte alle 16 domande de il Sole 24 ore* pubblicato sul *Blog* di S. CECCANTI, dove, tra l'altro, si svalutano i supposti profili di incostituzionalità della legge riducendoli a questioni di mera opportunità politica ([http://www.huffingtonpost.it/stefano-ceccanti/Italicum-risposte-sole\\_b\\_7199470.html](http://www.huffingtonpost.it/stefano-ceccanti/Italicum-risposte-sole_b_7199470.html)).

<sup>13</sup> Naturalmente non è possibile dare contezza completa di tutte le opinioni espresse dagli studiosi anche tramite i mezzi di comunicazioni generici. Per l'orientamento critico dell'*Italicum*, tra i molti, si suggerisce la lettura dei seguenti contributi: G. PASQUINO, *Quel Premier debordante*, in *Il Sole-24Ore* del 5 maggio 2015, 9; V. TONDI DELLA MURA, *Del Porcellum "camuffato"*, in *Confronti costituzionali*; V. PALUMBO, *La legge elettorale, tra rappresentanza e governabilità*, *ibid.*; S. MANGIAMELI, *Italicum: è il grande bluff di Renzi*, in *Il sussidiario.net*; e M. AINIS, *Le travi che accecano l'Italicum*, in <http://www.corriere.it>. Per l'orientamento favorevole, invece, si consiglia la lettura del seguente commento: A. BARBERA, *Traccia per l'Audizione sulla legge elettorale*, Camera dei deputati, 13 aprile 2015, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in cui, pur evidenziando alcune criticità, afferma che il testo non pone problemi di legittimità costituzionale, dissociandosi "da quei colleghi costituzionalisti che con troppa leggerezza mettono in campo la Carta costituzionale. Se problemi ci sono essi vanno valutati in termini di coerente "politica costituzionale", non in termini di "diritto costituzionale".

<sup>14</sup> Si pensi alla problematica dell'incidenza della legge elettorale sulla forma di governo che ha visto il dibattito polarizzarsi su due posizioni estreme: la deriva autoritaria e la realizzazione di una compiuta democrazia competitiva. La distanza siderale delle due posizioni, peraltro entrambe sostenute da autorevoli studiosi, può, forse, assumersi come l'indice della forte soggettività che inevitabilmente contraddistingue i passaggi politici più sentiti. Verosimilmente un'analisi più serena dovrebbe condurre a respingere, malgrado le suggestive analogie storiche (legge Acerbo), le critiche più estreme, talvolta grottescamente surreali, liquidando al contempo le ricostruzioni fiabesche. In definitiva, se non sembra esserci un nuovo regime fascista alle porte, per contro l'*Italicum* non comporterà la guarigione di tutti gli endemici mali, potendone forse addirittura accentuarne inconsapevolmente alcuni, come vedremo meglio *infra*.

<sup>15</sup> Si fa riferimento alle peculiari vicende connesse con l'ultimo passaggio parlamentare, dove si è avuto un deciso strappo della maggioranza, a (presunto) dispetto di quanto dichiarato inizialmente dal Presidente del Consiglio dei ministri («Legge elettorale. Le regole si scrivono tutti insieme, se possibile. Farle a colpi di maggioranza è uno stile che abbiamo sempre contestato» - [Dichiarazione via Twitter del 15 gennaio 2014](#)). Va, però, onestamente riconosciuto che l'approvazione a maggioranza concerne soltanto profili di merito politico sulla bontà della riforma, conducendo a ritenere che l'approvazione a maggioranza sia stata un'incoerente fastidiosa forzatura o una doverosa necessità per il superiore bene del Paese. Mentre non sembra condivisibile l'argomento che ritiene vi sia stata, in realtà, un'ampia condivisione per il fatto che il testo è quello approvato in Senato anche da Forza Italia, con una maggioranza di circa il 60%, e ha avuto alla Camera comunque la maggioranza assoluta. Questo tipo di argomentazione omette di considerare che la maggioranza assoluta alla Camera è la conseguenza dell'attribuzione, ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale, del premio di maggioranza e sottovaluta le implicazioni politiche della rottura dell'accordo con FI, conseguente all'elezione del Capo dello Stato. Accordo che aveva indotto FI a votare in Senato il cambiamento

Eppure la circostanza che la [legge n. 52/2015](#) abbia come presupposto una precedente pronuncia di illegittimità costituzionale rende necessario un suo analitico confronto con i tre capisaldi del giudicato costituzionale<sup>16</sup>, a cominciare, ovviamente, dall'attribuzione del premio di maggioranza in difetto del presupposto di una soglia minima di voti o di seggi<sup>17</sup>.

2. Come già anticipato, si sostiene che questo primo vizio sia stato sanato dalla previsione di una soglia numerica (40%) per l'attribuzione del premio di maggioranza ed eventualmente di un turno di ballottaggio tra le due liste più votate. Questa tesi afferma, infatti, che tale meccanismo consente sempre il rispetto della condizione posta dal giudice delle leggi, ossia l'attribuzione del premio alla lista che raggiunge una quota predefinita di voti<sup>18</sup>.

Per cercare di effettuare una verifica quanto più possibile obiettiva, simuleremo gli effetti della disciplina nei quattro possibili scenari fattuali.

*1° scenario:* una lista elettorale supera la soglia del 40%, aggiudicandosi così il premio di maggioranza.

---

unilaterale imposto dal PD sul premio di maggioranza alla lista e non alla coalizione, al solo dichiarato fine di non restare esclusa dalla successiva campagna per l'elezione del capo dello Stato e dalle riforme costituzionali. D'altronde, il fatto che la legge abbia avuto l'approvazione della sola maggioranza di governo (e nemmeno tutta) è anche testimoniato dalle successive scelte di sostituire tutti i membri della minoranza in Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati e di porre la fiducia sulle votazioni dei quattro articoli della legge, che aveva unicamente lo scopo di impedire l'approvazione di qualsiasi emendamento che comportasse il ritorno del testo al Senato, proprio per la consapevolezza che non ci sarebbe stata più la medesima maggioranza in quel ramo del Parlamento. In definitiva, il ricorso a questo tipo di considerazioni sembra voler mascherare un certo imbarazzo da parte di soggetti che in altre occasioni avevano duramente criticato analoghe scelte di metodo: «*Governo e maggioranza hanno cercato accordi soltanto al loro interno e ogni volta che hanno trovato l'accordo lo hanno blindato. Ciò perché non volevate rischiare di modificare gli accordi al vostro interno. Ancora una volta, emerge la concezione che è propria di questo governo e di questa maggioranza, secondo la quale chi vince le elezioni possiede le istituzioni, ne è il proprietario. È una concezione profondamente sbagliata. Le istituzioni sono di tutti, di chi è al governo e di chi è all'opposizione (...) Sono presenti tanti difetti, provocati dalla fretta convulsa con cui si sta procedendo, senza neppure avere, né consentire ad altri, il tempo per riflettere adeguatamente sul suo contenuto e sulle sue conseguenze, attraverso una procedura assai discutibile. Non si procede così per approvare una legge che deve regolare la vita democratica del Paese. Va sottolineato che questa riforma elettorale è viziata da numerosi motivi di incostituzionalità*». Stralcio dell'intervento del 13 ottobre 2005 dell'On. Mattarella in occasione delle discussioni parlamentari per l'approvazione del c.d. *Porcellum*. Sul piano dell'analisi giuridica si segnala invece l'interessante analisi sul voto di fiducia in materia elettorale di S. CURRERI, *Questione di fiducia e legge elettorale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

<sup>16</sup> Al riguardo, non si condivide la tesi, peraltro autorevolmente sostenuta, che si tratterebbe di una specie di gioco, perché «*La n.1 del 2014 è una sentenza che fa storia a sé e, a mio avviso, difficilmente potrà ripresentarsi una situazione analoga, specialmente con questo tipo di legge*»: cfr. T. E. FROSINI, *Rappresentanza + Governabilità= Italicum*, in [Confronti costituzionali](#); ritenendo che la Corte costituzionale difficilmente potrebbe mutare repentinamente orientamento giurisprudenziale sull'ammissibilità di questioni concernenti la legislazione elettorale, parrebbe, infatti, scontato che la valutazione della nuova disciplina elettorale debba essere condotta tenendo conto delle motivazioni della [sentenza n. 1/2014](#). A meno che ci si voluto riferire alla possibilità di nuovi equilibri nel breve periodo (già oggi mancano due giudici di nomina parlamentare e a luglio 2015 ne scadrà un terzo) in seno alla futura composizione del collegio. In questo senso, potrebbero essere interpretate le dichiarazioni attribuite al Presidente del Consiglio dei ministri, all'indomani della comunicazione della decisione della [sentenza n.70/2015](#): «*Renzi ha messo nel mirino la Consulta e punta a far eleggere dal Parlamento un giudice costituzionale che sia un fedelissimo di stretta osservanza: «Almeno mi avviserà per tempo quando penseranno di scrivere un'altra sentenza da venti miliardi»*»: cfr. F. VERDERAMI, *La controffensiva di Palazzo Chigi che alla Corte costituzionale vuol fare eleggere un fedelissimo*, in <http://www.corriere.it> del 13 maggio 2015. Questo, però, è un ipotetico scenario che non muta la necessità dell'analisi che si intende condurre, perché un'eventuale «sentenza assolutoria» sull'*Italicum* di una Corte costituzionale con una sensibilità istituzionale più affine alle forze di maggioranza non cambierebbe lo stato delle cose: una pronuncia di non fondatezza non rende legittimo ciò che non lo è.

<sup>17</sup> Cfr. il punto 3.1 del diritto della [sent. n. 1/2014](#) della Corte costituzionale.

<sup>18</sup> Infatti, i sostenitori di questa tesi affermano che nell'eventuale ballottaggio il premio sarebbe assegnato alla lista che consegue una percentuale di voti superiore al 50%, in analogia a quanto avviene con le elezioni amministrative comunali per l'elezione del sindaco.

Il verificarsi di questa ipotesi sembra certamente soddisfare la condizione stabilita dalla citata sentenza, purché la soglia definita sia effettiva, cioè sia, al contempo, concretamente ma difficilmente raggiungibile, onde evitare che “una formazione che ha conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi (...) raggiung(a) la maggioranza assoluta dei componenti dell’assemblea”.

Per potere valutare l’effettività della soglia individuata dalla [legge n. 52/2015](#), si ritiene opportuno fare riferimento alle serie storiche delle diciassette elezioni politiche repubblicane sulla base dell’assunto che queste rappresentano un campione statistico significativo, che permette di depurare il dato dalle specifiche contingenze politiche di un preciso momento storico<sup>19</sup> e tiene debitamente conto anche del dato relativo all’affluenza<sup>20</sup>. Tale criterio, che ci sembra preferibile rispetto a quello puramente matematico<sup>21</sup>, può essere usato per verificare se la soglia individuata sia ragionevole alla luce della concreta esperienza costituzionale italiana. Al riguardo, la risposta sembra essere affermativa, poiché, fatta eccezione per le irripetibili elezioni del 1948, in nessuna elezione politica una lista elettorale ha mai superato la soglia del 43%; mentre la soglia del 40% è stata superata in tre occasioni (1948, 1953, 1958) e in molte altre occasioni una lista si è avvicinata a tale valore<sup>22</sup>.

Peraltro, l’osservazione delle serie storiche consente di anticipare alcune considerazioni sui concreti effetti della legislazione elettorale sulle dinamiche politiche. Infatti, i dati evidenziano che il raggiungimento della soglia del 40%, o comunque di valori prossimi alla soglia, è stato quasi una costante, finché il sistema dei partiti gravitava intorno ad un unico grande (ed eterogeneo) centro di governo, mentre quando il sistema si è evoluto verso una struttura “bipolare”, con un’effettiva alternanza, nessuna singola lista è riuscita ad avvicinarsi a quei valori. Pertanto, è possibile che la [legge n. 52/2015](#), concepita anche per favorire una compiuta democrazia bipartitica, finisca per agevolare, secondo una paradossale eterogenesi dei fini, un ritorno alle origini della nostra democrazia parlamentare<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Si pensi, ad esempio, all’eccezionalità degli eventi che caratterizzarono le prime elezioni politiche del 18 aprile 1948: la forte partecipazione popolare conseguenza della ritrovata libertà e dell’entusiasmo per la nuova Repubblica; la mitica contrapposizione tra la DC e il fronte popolare, con le fortissime implicazioni politiche ed economiche connesse con le rispettive scelte ecc.. È quindi chiaro che l’esito registrato costituisce un *unicum* statisticamente poco significativo, se considerato isolatamente.

<sup>20</sup> È stato infatti sostenuto che la soglia del 40% esprime un diverso grado di rappresentatività, in base al numero di votanti. Si veda l’audizione in Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati dell’Avv. Besostri del 15 aprile 2015. Questo tipo di obiezione ha certamente una sua plausibilità logica, ma rischia di peccare di astrattismo, quando non considera il dato storico, che comunque registra un tasso di partecipazione sufficientemente elevato in occasione delle elezioni politiche.

<sup>21</sup> Il quale potrebbe indicare, per eliminare, o ridurre al minimo, qualsiasi effetto distorsivo, un valore numerico concretamente irraggiungibile dalle forze politiche. Peraltro, un pregevole studio ha messo in evidenza con rigore matematico la distorsività di determinati meccanismi elettorali, tra cui la versione originaria dell’*Italicum*, suggerendo come possibile soluzione la previsione di soglie di sbarramento basse e di un’alta soglia per l’attribuzione del premio di maggioranza, che la versione definitiva dell’*Italicum* pare avere soddisfatto: cfr. G. LODATO, S. PAJNO e G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sentenza n. 1 del 2014*, in [Federalismi.it](#), n. 9 del 30/04/2014, 18.

<sup>22</sup> Al riguardo, si riportano tutti i dati ottenuti dalla lista più votata in tutte le elezioni per la Camera dei deputati: 1948: 48,51% (DC); 1953: 40,10% (DC); 1958: 42,35% (DC); 1963: 38,28% (DC); 1968: 39,12% (DC); 1972: 38,66% (DC); 1976: 38,71% (DC); 1979: 39,3% (DC); 1983: 32,93 (DC); 1987: 34,31% (DC); 1992: 29,66% (DC); 1994: 21,01% (FI); 1996: 21,06% (PDS); 2001: 29,43% (FI); 2006: 31,27% (L’ULIVO); 2008: 37,38% (PDL); 2013: 25,43% (PD). I dati sono stati tratti dall’archivio storico del Ministero degli Interni e riguardano l’area Italia. Per le elezioni che si sono svolte con il c.d. *Mattarellum* (1994, 1996 e 2001). è stato preso in considerazione solo il dato del proporzionale per uniformità di analisi. Per le elezioni, che si sono svolte con il c.d. *Porcellum* (2006, 2008 e 2013), ovviamente si è fatto riferimento alla singola lista più votata, prescindendo dal dato coalizionale quasi sempre superiore al 40%, tranne, come noto, nelle ultime elezioni del 2013 (<http://elezionistorico.interno.it/index.php>).

<sup>23</sup> D’altronde, questo sembra essere il contesto che prefigura il c.d. partito della Nazione, frutto dell’annessione di (quasi) tutte le aree politiche, con esclusioni delle sole forze “antisistema”, che riproporrebbe un modello bloccato di democrazia, dopo 25 anni dalla caduta del muro di Berlino. Questo processo è poi acuito dall’esigenza vitale di molta parte del ceto politico di trovare un contenitore che ne consenta la sopravvivenza. Ed è chiaro che il PD oggi paia essere



2° *scenario*: nessuna lista raggiunge la soglia del 40%, imponendo il ballottaggio alle due liste che hanno avuto il maggior numero di voti<sup>24</sup>. Nel ballottaggio, la lista vincente ottiene un numero di voti pari o superiore a quello corrispondente alla soglia del 40% registrata al primo turno<sup>25</sup>.

Questa ipotesi sembrerebbe egualmente conforme al principio stabilito dal giudicato costituzionale, in quanto valorizzerebbe al massimo la *ratio* dello svolgimento di un secondo turno per il premio di maggioranza (al primo si sceglie il proprio rappresentante e al secondo turno, invece, il governo), che svolgerebbe la funzione di coagulare il consenso elettorale su una precisa indicazione di governo<sup>26</sup>. È, infatti, evidente che il differenziale di voti aggiuntivo della lista vincente non potrebbe che essere il chiaro indice della scelta premiale dell'elettorato.

3° *scenario*: nessuna lista raggiunge la soglia del 40%, ma nel ballottaggio tra le due liste più votate, la lista vincente ottiene, questa volta, un numero di voti superiore a quello avuto nel primo turno, ma comunque inferiore alla soglia del 40% secondo i voti del primo turno.

Questo scenario, molto problematico, contribuisce a svelare la visione prospettica che ha condizionato le scelte del legislatore: la convinzione che la particolare contingenza politica<sup>27</sup> abbia natura strutturale (o comunque possa averla in futuro grazie a questa legge). Se si ragiona, infatti, su uno scenario politico in cui l'ipotesi più probabile è che una robusta forza centrista<sup>28</sup> vada al ballottaggio contro un minoritario movimento di opposizione massimalista<sup>29</sup>, il meccanismo della [legge n. 52/2015](#) sembra assumere una fattuale ragionevolezza, in quanto, con elevata probabilità,

---

l'unico approdo possibile, anche da parte di chi ha una lunga militanza politica e parlamentare in forze politiche di opposto orientamento politico. Ma, per l'appunto, in un nuovo soggetto centrista, queste divergenze tenderebbero a sfumare, soprattutto se gli unici possibili antagonisti fossero soggetti politici percepiti, a torto o a ragione, come populistici. Non sarebbe la prima volta nella storia italiana che, sotto l'appello alla responsabilità istituzionale o di governo, sarebbero celati poco commendevoli interessi di chi ha scelto la politica come il proprio ambito di impiego.

<sup>24</sup> A tal proposito, è stato evidenziato come il ballottaggio sia un meccanismo utilizzato quasi esclusivamente per l'elezione di cariche monocratiche di governo (ad esempio, i Presidenti della Repubblica in Francia e Portogallo, il Presidente di regione in Toscana, i sindaci in tutte le principali città italiane ecc.). Quindi, la previsione di un ballottaggio per l'attribuzione del premio di maggioranza ad una lista elettorale sarebbe un eccezionale *unicum*, da cui dovrebbe conseguire la sua illegittimità o irragionevolezza. Questo argomento non sembra condivisibile perché, partendo dalla constatazione dell'esistente, giunge a conclusioni non necessariamente esatte. Infatti, la circostanza che sia la prima volta che il ballottaggio sia concepito per questa finalità potrebbe risultare invece una brillante innovazione.

<sup>25</sup> Può sembrare singolare il legame tra i due turni elettorali, ma va osservato che è la stessa legge a presupporlo implicitamente. Difatti, entrambi i turni elettorali contribuiscono unicamente alla determinazione dei candidati eletti, assegnando 340 seggi alla lista vincente al ballottaggio e i restanti 278 seggi a tutte le altre forze politiche, compresa la perdente al ballottaggio, che hanno superato la soglia di sbarramento del 3%, sulla base dei voti ottenuti al primo turno. Ciò significherebbe che, se si effettuasse una simulazione con il *Porcellum* corretto con le soglie di sbarramento dell'*Italicum* in base ai dati del primo turno, nell'ipotesi più semplice in cui il ballottaggio è vinto dalla lista più votata al primo turno, si riprodurrebbe sostanzialmente una analoga composizione della Camera dei deputati (con esclusivo riferimento alla consistenza numerica dei gruppi parlamentari e non anche dei singoli deputati eletti). Quindi, logicamente il turno di ballottaggio deve prevedere un *quid pluris* che giustifichi l'attribuzione del premio, onde evitare l'assurdo paradosso di trasformare il premio di maggioranza in un premio fedeltà per l'elettorato più tenace e partecipe.

<sup>26</sup> Al riguardo, è stata sostenuta la tesi che ciò provocherebbe una sostanziale alterazione della forma di governo con lesione delle prerogative del Presidente della Repubblica, costretto a conferire l'incarico al leader della lista vincitrice. Ma tale tesi non sembra condivisibile perché la discrezionalità del Capo dello Stato può essere fortemente condizionata dall'esito elettorale anche in altri sistemi elettorali, come peraltro si è verificato nella storia italiana con tutti i sistemi elettorali, comprese le prime applicazioni del proporzionale puro. Ciò però non muta la forma di governo, come hanno dimostrato i successivi sviluppi di alcune legislature in cui si era verificato questo fenomeno, ad esempio la penultima legislatura, la XVI, nata con la formazione istantanea del IV Governo Berlusconi, che aveva addirittura accettato l'incarico senza riserva (evento con il solo eccezionale precedente del Governo Pella), e finita con il Governo Monti.

<sup>27</sup> Cioè, uno scenario politico in cui vi è un unico gigante politico - il futuribile Partito della Nazione o, se si preferisce, la versione 2.0 della DC - e tanti altri grandi o piccoli cespugli.

<sup>28</sup> Che secondo i più recenti sondaggi dovrebbe avere un consenso intorno al 35-38%.

<sup>29</sup> I più recenti sondaggi indicano come probabile sfidante del PD il M5S che dovrebbe avere un consenso intorno al 20-23%.



fornirebbe in concreto un vincitore con un consenso elettorale molto prossimo, se non superiore, alla soglia del 40%, per il possibile afflusso del cosiddetto voto moderato.

Ovviamente, il ragionamento frana se le supposte menzionate condizioni “strutturali”, così come sono sorte, venissero improvvisamente meno. Al riguardo, sarebbe opportuno ricordare che nel 2013, cioè appena due anni fa<sup>30</sup>, la principale lista elettorale si è fermata a poco più del 25% e difficilmente avrebbe ottenuto in un ipotetico secondo turno una percentuale superiore al 30-35%. In questo diverso, ma sempre possibile, scenario, l’attribuzione del premio di maggioranza sembrerebbe determinare un effetto distorsivo non meno rilevante di quanto sarebbe accaduto con la disciplina elettorale giudicata costituzionalmente illegittima, svelando il “*vero e proprio punctum dolens di un tale meccanismo premiale*”, cioè “*la mancata previsione, cioè, di una qualsiasi soglia di voti, anche e soprattutto, per così dire, “ai piani bassi” del sistema (proprio quelli, si badi, per i quali risulterebbe tanto più necessaria...), per cui come si diceva, per liste che restino anche ben al di sotto del 40% dei voti si rende comunque possibile acquistare l’accesso al ballottaggio e, ciò che più conta, per tramite di questo – dunque in via puramente matematica – al conseguimento del quorum necessario ad ottenere (il premio di) ben 340 seggi*”<sup>31</sup>.

4° scenario: ancora nessuna lista raggiunge la soglia del 40%, ma nel ballottaggio, la lista vincente ottiene un numero di voti inferiore a quelli del primo turno.

Questo, peraltro, realistico<sup>32</sup>, scenario evidenzia le incongruenze logiche cui può condurre la nuova disciplina elettorale: attribuire il premio di maggioranza ad una lista che ha ottenuto un numero di voti inferiore a quello che la legge valuta insufficiente allo stesso scopo. Né sembra condivisibile la possibile obiezione che ciò si verifica normalmente anche nelle altre competizioni elettorali con ballottaggio perché qui va valorizzata la specificità delle elezioni politiche che non concernono soltanto la scelta di governo, come invece avviene per le elezioni presidenziali o amministrative, ma anche “*le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione*

---

<sup>30</sup> Peraltro vale la pena ricordare ai molti specialisti dell’italica disciplina del salto sul carro del vincitore che allora Renzi partecipò alle primarie del PD per la candidatura da “premier”, perdendole nettamente contro Bersani. Infatti, la delegazione renziana nei gruppi parlamentari era inizialmente una sparuta pattuglia, diventata nel volgere di un biennio una straripante maggioranza. Vicenda questa che dovrebbe fare ragionare, e molto, sui concreti effetti di meccanismi elettorali bloccati sui comportamenti dei deputati. Non sembra peregrino il rischio che la possibilità di predefinire, in una percentuale significativamente elevata, gli eletti determini un diffuso conformismo partitico negli eletti, che, quasi sempre, nutrono la naturale aspirazione a essere rieletti.

<sup>31</sup> Così L. TRUCCO, [Il sistema elettorale “Italicum-bis” alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014](#), in [Consulta OnLine, 2015/I](#) (27.04.15), 298, che evidenzia altresì come sia solo “*attraverso la previsione legislativa del meccanismo del ballottaggio che, in via dunque del tutto artificiosa, vengono create le condizioni per il conseguimento – in ogni caso – da parte di chi vince, di una soglia di almeno il 50% dei voti (dato che, come si è detto, al secondo turno di voto partecipano due sole forze politiche, le quali si spartiscono il 100% dei voti). Così, se, ad es., nella situazione data, i migliori piazzati si collocassero ad esempio intorno al 10%, ne risulterebbe, alla fine, che una forza che ha dato prova di godere di un relativamente modesto appeal tra gli elettori, fruirebbe comunque del cospicuo bottino appena detto (del 55% dei seggi). Pertanto, dato che nella sostanza, per dirla con la Corte, «le disposizioni in esame» continuano a non subordinare l’elargizione del premio al «raggiungimento di una soglia minima di voti alla lista» – sembra difficile pronosticare un positivo superamento, da parte della normativa in discussione, di un eventuale sindacato di costituzionalità (senza che, peraltro, un’eventuale censura implichi necessariamente il travolgimento dell’intero impianto legislativo, che anzi, dovrebbe esser fatto dalla Corte al possibile salvo, come avvenuto nella sent. n. 1 del 2014)...a meno che il Giudice costituzionale non decida di far proprio un approccio puramente formale alla questione, il quale, al momento di appurare la presenza della soglia, potrebbe portarla ad accontentarsi della vigenza di quel meccanismo di generazione fittizia, “per via legislativa”, di cui s’è detto, concludendo per l’infondatezza della questione”*.

<sup>32</sup> Infatti, non è infrequente che nei secondi turni elettorali si registri un marcato calo di affluenza. Ad esempio, nelle amministrative del 2013 la riduzione della partecipazione tra primo e secondo turno è stata di ben 11,2 punti percentuali, mentre nel 2012 la riduzione era stata addirittura di oltre 17 punti percentuali. Si veda il dossier a cura di A. PAPARO e M. CATALDI, *Le elezioni comunali 2013*, CISE, 2013, 87. Tale fenomeno potrebbe essere addirittura lo scenario più probabile qualora, come sembrerebbe, l’esito dell’ipotetico ballottaggio appaia scontato per la sproporzione tra i due contendenti.

(art. 138 Cost.): *ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali*<sup>33</sup>.

Soprattutto quanto appena detto induce a dubitare della bontà delle perentorie affermazioni di assoluta conformità costituzionale del meccanismo previsto dalla [legge n. 52/2015](#) per l'attribuzione del premio di maggioranza, il quale in alcune ipotesi fattuali rischia di produrre analoghi effetti alla previgente legge n. 270/2005.

3. Viene poi in rilievo la questione relativa alla scelta dell'elettore, per cui la [legge n. 52/2015](#) ha certamente tenuto conto di quanto stabilito dalla Corte costituzionale<sup>34</sup>, avendo:

- suddiviso il territorio nazionale in venti circoscrizioni regionali, all'interno delle quali ha previsto cento collegi plurinominali<sup>35</sup>;
- contemplato liste più corte, con l'evidente fine di consentire la conoscibilità dei candidati.

Un'attenta dottrina ha, però, evidenziato come ciò rischi di non essere sufficiente, in quanto, a ben vedere, *“il principio affermato dalla Corte costituzionale non è soddisfatto dalla sola predisposizione di un sistema che presenti liste corte”*, ma richiede che *“l'elettore, nell'esprimere il voto, sia posto nella condizione di conoscere gli effetti che il suo voto determinerà nella distribuzione dei seggi e nella individuazione dei candidati”*<sup>36</sup>.

Ciò peraltro sembra costituire una delle principali criticità di questo tipo di sistema elettorale, vale a dire la virtualità del rapporto tra elettori ed eletti<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Così la ridetta [sentenza n. 1/2014](#) della Corte costituzionale.

<sup>34</sup> *“La scelta dell'elettore, in altri termini, si traduce in un voto di preferenza esclusivamente per la lista, che – in quanto presentata in circoscrizioni elettorali molto ampie, come si è rilevato – contiene un numero assai elevato di candidati, che può corrispondere all'intero numero dei seggi assegnati alla circoscrizione, e li rende, di conseguenza, difficilmente conoscibili dall'elettore stesso”*: così la [sent. n. 1/2014](#) della Corte costituzionale, al punto 5.1 del diritto.

<sup>35</sup> Per una meticolosa descrizione delle modalità per il riparto dei seggi previste dalla [legge 52](#), si rinvia a L. TRUCCO, [Il sistema elettorale “Italicum-bis” alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014](#), cit., 299 ss..

<sup>36</sup> Cfr. L. SPADACINI, *L'Italicum e alcune sue ulteriori criticità: la disciplina per Valle d'Aosta e Trentino Alto Adige, la distribuzione dei seggi tra i collegi e il differimento dell'applicazione della riforma*, in in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2015, 14 s., per cui, inoltre, *“il sistema deve anzitutto garantire che, nel caso una lista abbia raggiunto in un determinato collegio il numero di voti sufficiente per esprimere un rappresentante (che è poi sostanzialmente il quoziente elettorale di quella circoscrizione), ad essa venga anzitutto assegnato il seggio in quel collegio. Se è soddisfatta questa condizione, la previsione di un sistema di graduazione dei candidati secondo il numero delle preferenze o l'impiego di liste c.d. bloccate, purché mediamente corte, è sostanzialmente indifferente. Infatti, in entrambi i casi l'elettore sa esattamente ciò che il suo voto produrrà in termini di distribuzione dei seggi e di individuazione dei candidati. Quando, invece, il seggio che dovrebbe scattare in un collegio è trasferito in altro, in relazione a esigenze che attengono alla distribuzione nazionale dei voti, l'“effettiva conoscibilità [...dei candidati] e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto» dell'elettore sono in radice conculcati. In effetti, in queste condizioni, l'elettore, nell'esprimere un voto in un determinato collegio, non può conoscere quale sia l'effetto del suo voto sul numero dei seggi che saranno assegnati alla lista che vota. In effetti l'elettore, può unicamente sapere che, votando una lista in un collegio, il suo voto contribuirà all'assegnazione a quella lista di un seggio a livello nazionale. Egli, invece, non può sapere in quale collegio tale seggio verrà assegnato, perché ciò dipenderà dal complesso di tutti gli altri voti espressi a livello nazionale. Egli in sostanza può unicamente sapere che favorirà la lista che vota ma il seggio che questa otterrà potrà scattare in qualunque altro collegio nazionale, favorendo un candidato che egli non poteva previamente individuare, in quanto inserito in una qualsiasi delle altre liste che la forza politica ha presentato in un qualsiasi altro collegio”*.

<sup>37</sup> È singolare che, per difendere l'*Italicum* dalle accuse di produrre una grave alterazione della rappresentanza per via del premio di maggioranza attribuito sempre e comunque, lo stesso Presidente del Consiglio abbia fatto riferimento al sistema anglosassone dei collegi uninominali che, invece di attenuarli, esalta i difetti dell'*Italicum*. Infatti, dopo l'ultimo recente voto nel Regno Unito, si è voluto far notare che in quel sistema, universalmente considerato uno dei massimi esempi di democrazia rappresentativa, non si contestava che una forza politica con il solo 36% dei consensi aveva ottenuto la maggioranza assoluta alla Camera di Comuni, mentre in Italia con questa percentuale la medesima forza sarebbe stata costretta al ballottaggio; ma, per l'appunto, proprio questa comparazione evidenzia le storture dell'*Italicum*, in quanto, mentre nel sistema britannico, si realizza la massima espressione del rapporto tra rappresentati e rappresentante (tant'è che gli elettori eleggono il rappresentante del proprio collegio, quindi hanno modo di valutare benissimo gli effetti del proprio voto), nel sistema di casa nostra, un simile rapporto è solo virtuale (dato che, in ultima analisi, l'individuazione degli eletti dipenderà dal voto nazionale della lista e dalla sua distribuzione nei diversi collegi).

Si potrebbe obiettare che, per ovviare a questo problema, tra l'altro, è stata introdotta la facoltà di esprimere un voto di preferenza di genere<sup>38</sup>. Eppure paradossalmente questa (compromissoria) misura, realizzata con il dichiarato scopo di aumentare il grado di rappresentatività della nuova Camera, finisce per essere una soluzione più irragionevole di quella precedente.

Infatti, la [legge n. 52](#) formalizza due tipi di candidato<sup>39</sup>:

a) il capolista. Questi può essere candidato in dieci diversi collegi<sup>40</sup> e, se viene assegnato un seggio al collegio in cui è candidato, *ex lege* deve essere dichiarato eletto proprio lui. I capilista della lista vincente sono pertanto automaticamente eletti<sup>41</sup>, laddove, per tutte le altre liste (quasi) tutti gli eletti saranno comunque capilista<sup>42</sup>;

b) il candidato "normale". Questi può candidarsi in un solo collegio e per potere concorrere ad essere eletto non solo dovrà raccogliere le preferenze<sup>43</sup>, ma dovrà sperare o che nel suo collegio siano assegnati almeno due seggi (altrimenti, come appena notato, sarà eletto *ex lege* il capolista, anche se, per assurdo, avesse riportato un numero di preferenze pari a quello dei voti totali della lista nel collegio) oppure che il capolista scelga di essere proclamato eletto in un altro collegio (ovviamente, s'immagina, su indicazione del suo partito).

---

Infine, a conferma di un diffuso conformismo governativo acritico, pochi commentatori e studiosi hanno replicato, facendo notare che il raggiungimento della maggioranza assoluta non è minimamente garantito. D'altronde, non è, forse, un caso che, durante la vigenza del c.d. *Mattarellum* (un sistema prevalentemente basato su collegi uninominali con una sensibile quota di seggi assegnati col proporzionale), non si è sollevato seriamente un problema di costituzionalità, dubitandone semmai dell'effettiva capacità di favorire l'evoluzione verso un sistema bipolare. Eppure anche con quel sistema è accaduto, soprattutto nella quota uninominale, che, a piccole variazioni di percentuale di voti tra liste, il numero di seggi conquistati fosse notevolmente diverso. Addirittura si ricorderà che nel 1996, nella quota uninominale per la Camera dei deputati, l'Ulivo prese meno voti alla Camera, ottenendo più seggi. Ma questo apparente effetto distorsivo non era percepito (giustamente) come tale, proprio per il forte legame tra elettori e eletti connaturato al collegio uninominale.

<sup>38</sup> Cioè si possono esprimere due preferenze purché di persone di sesso diverso, altrimenti soltanto una preferenza

<sup>39</sup> Per semplicità facciamo unicamente riferimento al territorio nazionale, con l'esclusione della Circostrizione Estero, della Valle d'Aosta e del Trentino-Alto Adige.

<sup>40</sup> Malgrado la Corte costituzionale avesse espressamente censurato, nella più volte citata sentenza, le candidature multiple, una delle caratteristiche tipiche e meno amate del *Porcellum*, che determinavano la "*facoltà dell'eletto di optare per altre circoscrizioni sulla base delle indicazioni del partito*".

<sup>41</sup> Senza che il corpo elettorale possa avere la possibilità di sanzionare elettoralmente un candidato sgradito. Infatti, per assurdo, si ipotizzi questo scenario: una lista vincente ottiene una distribuzione di voti perfettamente omogenea in tutti i collegi, ad esempio 37%, eccetto nei dieci in cui vi è capolista Tizio, dove, invece, ottiene un deludente 10%; ebbene Tizio risulterà comunque eletto, anche se evidentemente è stato bocciato dall'elettorato. Ovviamente, si tratta di un'ipotesi scolastica, che, però, evidenzia bene l'evanescenza della responsabilità elettorale per i capilista, che saranno circa il 60-70% dei futuri deputati della Camera dei deputati. Ciò differenzia notevolmente l'*Italicum* del *Mattarellum*, dove i candidati nella quota uninominale avrebbero dovuto comunque conquistare il collegio e quindi, in teoria, avrebbero potuto essere sempre sanzionati elettoralmente. Inoltre, le interferenze tra i candidati nella quota uninominale e in quella proporzionale erano marginali, se non proprio nulli, mentre qui sono relevantissimi.

<sup>42</sup> Ciò a causa della loro sottorappresentazione parlamentare, conseguenza dell'attribuzione di un premio di maggioranza alla lista vincente. Infatti, una simulazione condotta sulla base della media dei ultimi sondaggi del 28 aprile 2015 (cfr. R. D'ALMONTE, in *Il Sole-24Ore* del 6 maggio 2015, 10), evidenziava che, supponendo la vittoria del PD al ballottaggio ed escludendo la circoscrizione estero, il PD con il 36,8% avrebbe avuto 340 seggi; il M5S (19,8%) 94 seggi; la Lega (14,1%) 67 seggi; FI (12,5%) 59 seggi; SeL (4,1%) 20 seggi; FdI (3,9%) 19 seggi; NCD-UDC (3,2%) 15 seggi. Tutte le altre liste conseguirebbero pertanto un numero di seggi inferiore a quello dei collegi, azzerando sostanzialmente le possibilità di qualche eletto in quelle liste grazie alle preferenze, qualora non siano utilizzate sistematicamente e massicciamente le candidature multiple. Infatti, nell'ipotesi estrema nella quale tutte le liste candidano i propri capilista in tutti i dieci collegi, avremo una significativa quota di eletti con le preferenze anche in queste liste. Verosimilmente, dovrebbe però accadere che le piccole liste (10-20 eletti) utilizzino al massimo il meccanismo delle multicandidature per avere la certezza quasi matematica che i propri principali esponenti siano eletti, mentre le liste medio grandi (40 e più eletti) avranno l'interesse contrario di assicurare la sicura elezione di un più ampio numero di candidati graditi.

<sup>43</sup> Cioè sopportando i gravosi oneri di questo tipo di campagna elettorale, che invece non graveranno sui capilista, i quali, se candidati nelle liste più votate, potrebbero essere eletti anche senza fare nessuna campagna.

In definitiva, la [legge n. 52](#) rischia di aggiungere al danno della possibile vana candidatura della quasi totalità dei candidati normali delle liste non vincitrici, la beffa di fare comunque esprimere all'elettorato un inutile voto di preferenza.

Peraltro, questo sistema dualistico di candidati potrebbe favorire la prassi di non inserire come capilista i “campioni di preferenze”, cioè quei candidati non celebri a livello nazionale ma con un consolidato consenso locale, i quali fungerebbero sostanzialmente da portatori d'acqua al mulino del partito. Quindi, la [legge n. 52](#) potrebbe determinare la situazione per cui un candidato con largo seguito in un collegio abbia minori opportunità di essere eletto, perché al partito potrebbe non convenire candidarlo come capilista, col rischio di perdere parte dei suoi voti di preferenza<sup>44</sup>.

Il meccanismo di scelta dei candidati della [legge n. 52](#) sembra pertanto presentare alcuni profili di criticità con riferimento agli artt. 3, 48 e 51 Cost., laddove non sembra assicurare con pienezza l'eguaglianza di condizioni per l'accesso alla carica elettiva di deputato, prevedendo due, tra loro ben differenti, *status* di candidati.

4. L'ultimo elemento che si deve esaminare concerne la questione dell'approvazione della sola legge per l'elezione della Camera dei deputati nella prospettiva del superamento del bicameralismo perfetto, che dovrebbe garantire una maggiore governabilità<sup>45</sup>.

A tal proposito, è stata introdotta una clausola di salvaguardia che differisce l'applicabilità della legge alle elezioni per la Camera dei deputati successive al 1° luglio 2016, tempo entro cui, per l'appunto, l'*iter* di revisione costituzionale dovrebbe essersi concluso.

In questa sede non interessa la discussione se la clausola di salvaguardia sia sufficiente oppure possa essere “aggirata” in vista di improvvise elezioni anticipate. Ciò che, invece, interessa è la congruità logica e giuridica di approvare, ma, soprattutto, promulgare un testo legislativo, che esplicitamente presuppone un sistema istituzionale difforme da quello vigente. La questione non è poi così capziosa, come dimostra la giurisprudenza costituzionale sul tipo di vizio che avrebbe potuto farsi valere sui ricorsi regionali nei giudizi in via principale presentati anteriormente alla riforma della legge costituzionali n. 3/2001<sup>46</sup>. Quell'orientamento giurisprudenziale ci è utile perché evidenzia che determinate valutazioni giuridiche su un testo legislativo vanno effettuate sulla base delle disposizioni vigenti al momento del compimento di un atto, secondo il principio *tempus regit actum*. Ciò sembra valere soprattutto per la promulgazione di un testo legislativo, in quanto è evidente che nessun addebito potrebbe essere mosso al Capo dello Stato per un'eventuale illegittimità costituzionale per violazione di una disposizione costituzionale sopravvenuta in un momento successivo alla promulgazione. Da ciò ne deve conseguire che il controllo del Capo dello Stato non può che essere avvenuto sulla base delle disposizioni costituzionali attualmente vigenti, non potendo confidare nella positiva attesa di una riforma ancora *in itinere*, soprattutto se questa molto probabilmente, qualora fosse approvata, richiederebbe comunque un passaggio referendario, il cui esito non è mai prevedibile *a priori* per ragioni che possono prescindere dal tutto dal merito normativo.

Eppure l'analisi degli effetti della [legge n. 52](#) nel vigente sistema istituzionale fa sorgere qualche perplessità. Come noto, se si andasse a votare dopo il 1° luglio 2016 a Costituzione vigente,

---

<sup>44</sup> Infatti, è ragionevole presumere una campagna più rilassata e meno costosa per un candidato capolista, soprattutto se può confidare con elevate probabilità nell'elezione.

<sup>45</sup> Il condizionale è d'obbligo perché non è infondato il rischio che il processo centripeto in atto finisca con l'intriettare all'interno del partito centrale (o centrista) del nuovo sistema le dinamiche conflittuali che hanno caratterizzato le coalizioni, come nei bei tempi andati (ma, forse, non per sempre) della vecchia DC.

<sup>46</sup> Cioè se tali ricorsi dovessero continuare ad essere decisi tenendo conto delle sole disposizioni costituzionali vigenti al momento della loro proposizione oppure dovessero essere decisi facendosi riferimento alle nuove disposizioni che avevano modificato il riparto delle competenze legislative. Come è noto, la Corte costituzionale ha risolto in altra precedente occasione una simile problematica, stabilendo che questi ricorsi dovevano essere decisi esclusivamente alla stregua delle norme costituzionali originarie, non rilevando il sopravvenuto mutamento di quadro costituzionale. Si veda la [sentenza n. 376/2002](#) della Corte costituzionale (per un approfondimento, cfr. G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 322 s.).



avremmo l'applicazione di due diversi sistemi elettorali: l'*Italicum* per la Camera dei deputati e il *Consultellum* per il Senato della Repubblica. Questi due diversi sistemi fisiologicamente darebbero vita a maggioranze diverse nei due rami del Parlamento, anche in ipotesi di un omogeneo esito elettorale, comportando la necessità, se possibile, di una maggioranza di coalizione, che vanificherebbe tutti i supposti vantaggi dell'*Italicum*, o provocando la completa paralisi politica qualora ciò non fosse possibile.

Ma ciò che qui interessa, è osservare che nella [sentenza n. 1/2014](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disciplina (i premi regionali per il Senato) che poteva favorire, a causa della casualità della somma dei diversi premi regionali, *“la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento, pur in presenza di una distribuzione del voto nell'insieme sostanzialmente omogenea”*, Ma se ciò è vero per un sistema che, in presenza di una omogenea distribuzione del voto, poteva determinare la casuale difforme formazione di maggioranze<sup>47</sup>, a fortiori dovrebbe esserlo per una legislazione elettorale che quasi certamente produce questo esito<sup>48</sup>.

Un ulteriore aggravamento deriverebbe, peraltro, dal combinato disposto delle anomalie delle due diverse discipline elettorali costituite:

i) dal generoso premio di maggioranza alla Camera dei deputati, che, smarrita la sua finalità di favorire la stabilità, conserverebbe la funzione di assicurare al vincitore una forte posizione negoziale nelle votazioni a Parlamento in seduta comune<sup>49</sup>;

ii) dall'esistenza di irragionevoli soglie di sbarramento per il Senato della Repubblica<sup>50</sup>, che rischierebbero di alterare significativamente la rappresentanza ovvero, più probabilmente, di dare vita a eterogenee coalizioni elettorali aventi l'unica finalità di fare ridurre la soglia di sbarramento.

Le considerazioni sopra svolte evidenziano come la [legge n. 52](#) sia l'antefatto di un nuovo sistema istituzionale, senza il quale non solo non sembra avere alcuna utilità, ma rischia addirittura di diventare dannosa, potendo determinare sistematicamente una disomogeneità politica delle due Camere, con ciò che ne consegue. Ciò finalmente suggerisce l'ulteriore considerazione per cui il varo della legge finirà con l'essere uno straordinario *“assist”* per i fautori della riforma costituzionale, i quali ben potranno fare ricorso al richiamo alla responsabilità istituzionale, sulla base dell'argomento che coloro, che si saranno opposti al disegno di legge di revisione costituzionale, saranno i responsabili sia del mantenimento dello *status quo*, sia della paralisi

---

<sup>47</sup> È bene rammentare che tale esito era possibile, ma non necessario, potendosi invece produrre una situazione in cui, in entrambe le Camere del Parlamento, si sarebbe formata una maggioranza assoluta omogenea. Basti pensare al risultato delle elezioni politiche del 2008 che videro una netta affermazione del PDL sia alla Camera, sia al Senato.

<sup>48</sup> Le uniche eccezioni riguardano quelle ipotesi, di assai rara possibilità concreta, in cui una lista consegue la maggioranza assoluta dei seggi in entrambi i rami, con consensi elettorali superiori al 40%. Ma chiunque converrà che non è ragionevole valutare una disciplina soltanto sulla base di un'ipotesi estrema, ma prendendo a riferimento quello che accadrà nella quasi totalità dei casi.

<sup>49</sup> Cfr. G. CANALE, [Un Presidente di minoranza: le assurde conseguenze della logica elettorale “premiata” sul procedimento di elezione del Capo dello Stato](#), in questa [Rivista](#), 2013 (04.03.13). È vero che il disegno di legge di riforma costituzionale propone l'innalzamento del *quorum* per l'elezione del Capo dello Stato, ma, in primo luogo, la riforma deve essere ancora approvata e, in secondo luogo, rimane la possibilità di elezioni a maggioranza assoluta semplicemente spostata temporalmente. Quindi, comunque, un partito che abbia la maggioranza assoluta, pur non essendo maggioranza elettorale e di governo, potrebbe imporre il proprio candidato anche alle altre forze politiche, che potrebbero cedere per non restare escluse da un'elezione che comunque avverrebbe.

<sup>50</sup> Al riguardo, sia consentito di rinviare ancora a G. CANALE, *Brevi considerazioni critiche* cit., 6, per cui *“Si fa riferimento, in primo luogo, alla previsione di soglie di sbarramento differenziate per le liste appartenenti a coalizioni e quelle autonome. La predetta differenziazione, infatti, aveva l'evidente finalità di promuovere, attraverso la previsione dell'attribuzione del premio di maggioranza, l'apparentamento tra liste per garantire una migliore stabilità. In questa prospettiva premiata poteva essere giustificata una soglia più elevata per le liste autonome, atteso che il premio di maggioranza favoriva la tendenza all'aggregazione. In altri termini, i partiti maggiori avevano interesse ad aggregare intorno a sé il maggior numero possibile di liste per conseguire i vantaggi del premio di maggioranza, e ciò poteva giustificare la previsione di una soglia più alta per la lista che decideva di correre da sola. In definitiva, le soglie di sbarramento differenziate erano una misura molto efficace di promozione delle coalizioni. Ma in un sistema elettorale “proporzionale”, le soglie differenziate perdono di senso, perché viene meno la menzionata tendenza aggregazionale”*.



decisionale che ne potrà conseguire. In questo senso, la pronta promulgazione della legge somiglia al passaggio involontario dell'arbitro che manda in *goal* un giocatore della sua vecchia squadra del cuore!

5. In conclusione, la nuova disciplina elettorale sembra sollevare più dubbi di conformità al giudicato costituzionale, che potranno essere meglio percepiti in occasione delle sue prime concrete applicazioni, qualora, come si ritiene, si dimostrasse generosamente ottimistico lo scenario politico ipotizzato come paradigma di riferimento.

È auspicabile che, trascorso un periodo di tempo per raffreddare i concitati animi, si abbia comunque modo di svolgere alcuni sereni approfondimenti sui profili più problematici della [legge n. 52](#), con riferimento non solo ai prospettati dubbi sul rispetto del giudicato costituzionale, e quindi sulla sua legittimità costituzionale, ma anche ai suoi rischi politici.

Infatti, la convinzione diffusa che il principale beneficiario politico della legge sia il PD di Renzi ha fatto sottovalutare la possibilità che una legislazione elettorale premiale possa divenire lo strumento con il quale alcune minoranze demagogiche o populistiche arrivino al governo del Paese, anche a causa di quei fattori - crisi esogene (ad esempio, una nuova forte perturbazione finanziaria dell'area euro) o eventi imprevedibili (un clamoroso attentato terroristico) – capaci di determinare repentini e massici mutamenti del consenso elettorale sulla base di istintive reazioni emotive.

D'altronde, l'elevato debito pubblico e la stagnante crescita italiana dell'ultimo ventennio consiglierebbero, forse, di dotarsi di una legislazione elettorale che non cerchi di scimmiettare le lontane democrazie anglosassoni, ma piuttosto di evitare il rischio di vivere esperienze alla greca<sup>51</sup>, rese insidiosamente più agevoli da questo tipo di meccanismo elettorale, soprattutto in un momento che ripropone con drammatica forza lo scenario della reversibilità della moneta unica<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Peraltro, va osservato che non solo la Grecia è stata interessata al fenomeno della coagulazione del consenso elettorale intorno ad una piattaforma politica "massimalista". Questo fenomeno, in diverse forme e, per adesso, con distinti esiti, sembra interessare l'intera area mediterranea dell'Unione Europea, Italia compresa. Si veda, per ultimo, il recentissimo successo elettorale alle amministrative spagnole del movimento *Podemos*. A scanso di fastidiosi equivoci, in questa sede non si intende esprimere nessun giudizio di valore nei confronti di qualsiasi partito o movimento politico, ma semplicemente osservare che determinati sistemi elettorali, tra cui anche l'*Italicum*, possono favorire, meglio di altri sistemi, il successo di liste elettorali con piattaforme programmatiche condizionate dallo *stress* emotivo indotto dalla perdurante crisi.

<sup>52</sup> Al riguardo, cfr. V. DA ROLD, *Grecia lancia l'allarme: non pagheremo le rate Fmi di giugno. Varoufakis: «Abbiamo dato»*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com) del 24 maggio 2015.

## **Henri Schmit Eppur è incostituzionale!**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le caratteristiche dell'*Italicum*. – 3. La giurisprudenza relativa al premio di lista. – 4. La giurisprudenza relativa alle liste bloccate. – 5. I diritti elettorali garantiti dalla Costituzione. – 6. La confusione della Corte fra diritti individuali e obiettivi politici. – 7. Voto di lista e logica proporzionale. – 8. Il vizio di non conformità dell'*Italicum*. – 9. Il peso degli standard esteri e convenzionali.

### *1. Introduzione*

Dal 4 maggio 2015 l'*Italicum* è legge; oltre a un referendum abrogativo, rischia tuttavia, in caso di ricorso con rinvio alla Corte Costituzionale, una probabile bocciatura delle candidature blindate plurime dei capilista.

Con la [sentenza n. 1 del 2014](#) la Corte Costituzionale ha preso atto della specificità della legislazione elettorale ammorbidendo i criteri comuni di ammissibilità del ricorso incidentale e, per censurare due profili contestati della legge 270/2005, il premio di maggioranza applicato a liste e lunghe liste bloccate abbinato a candidature multiple, ha precisato i criteri di conformità ai quali qualsiasi nuova legge dovrebbe adeguarsi.

In base alle motivazioni di questa sentenza l'*Italicum* rimane a rischio di incostituzionalità, perché la regola dei capilista eletti indipendentemente dalle preferenze restringe, senza giustificazione politica legittima, la libera scelta dei deputati da parte degli elettori e viola quindi il diritto individuale di voto libero, uguale e diretto sancito espressamente dalla Costituzione.

Altri meccanismi della nuova legge possono essere considerati misure irrazionali o contraddittorie, restrizioni eccessive o abusive, né idonee né necessarie al raggiungimento degli obiettivi politici legittimi dichiarati o presunti, ma sono solo potenzialmente incostituzionali in quanto l'ipotetico vizio dipende interamente da un giudizio discrezionale di ragionevolezza e di proporzionalità della Corte.

### *2. Le caratteristiche dell'Italicum*

L'*Italicum* riproduce i tratti essenziali della legge precedente su entrambi i punti sanzionati dalla Corte; tenta di eliminare i vizi aggiustando l'impianto di partenza con procedure più complesse, mirate a aggirare i divieti formulati nelle motivazioni della sentenza; innova solo su aspetti secondari o marginali; in particolare:

1. mantiene il voto (primario) di lista;
2. aumenta solo in apparenza il numero delle circoscrizioni a cento collegi (con tre a nove seggi ciascuno), perché l'assegnazione primaria dei seggi rimane nazionale;
3. mantiene un premio di maggioranza nazionale, pari alla differenza fra la percentuale di voti effettivamente ottenuti dalla lista più votata e il 55% dei seggi;
4. innova ponendo il 40% del voto di lista nazionale come percentuale minima per l'assegnazione del premio di maggioranza;
5. completa la regola della percentuale minima prevedendo, nel caso in cui nessuna lista raggiunge il 40%, un secondo turno di ballottaggio fra le due liste più votate con un voto nazionale di lista senza possibilità di aggregazioni;
6. mantiene una sola soglia nazionale di sbarramento del 3% per lista;
7. mantiene l'ordine di lista bloccata per un candidato "capolista" in ognuno dei cento collegi;
8. mantiene per i "capilista" le candidature multiple entro un limite di dieci;
9. innova consentendo la facoltà del voto preferenziale singolo o duale con differenziazione obbligatoria di genere.

Con quattro schieramenti che, per ipotesi, possono contare su consensi nazionali compresi fra il 15% e il 35%, si deve prevedere un ballottaggio fra il PD e la seconda lista più votata, nonché la probabile assegnazione del premio al PD che da circa 220 seggi virtuali al primo turno (la percentuale effettiva più qualcosa per effetto degli scarti di voti andati a liste che non raggiungono la soglia del 3%) salirà a 340 seggi. Il numero definitivo di seggi nazionali per lista sarà ripartito in base a un meccanismo di multi-proporzionalità fra le liste nelle circoscrizioni e infine nei collegi. La triplice ripartizione “*top-down*” è fonte di distorsioni fra le liste e di casualità nell’assegnazione individuale dei seggi. Bisogna prevedere che per effetto cumulato della nomina extra-elettorale prioritaria di un candidato per lista e per collegio e della possibilità di presentare questo candidato entro un massimo di dieci collegi, oltre due terzi dei deputati saranno eletti indipendentemente dalle preferenze espresse. Solo il PD e in alcune aree la Lega possono sperare di far eleggere un secondo candidato in un numero consistente di collegi. Grazie alla possibilità di orchestrare centralmente le accettazioni delle candidature multiple, anche gli eletti successivi saranno scelti in ultima analisi dalla segreteria di partito. Gli elettori non saranno in grado di esprimere un voto di preferenza mirato, l’effetto del loro voto dipende dal carosello pilotato delle accettazioni. Il gioco combinato fra voto di lista con assegnazione a cascata dei seggi, designazione pre-elettorale dei capilista e scelta post-elettorale del collegio di destinazione, rivela che il vero scopo ed effetto concreto dell’aumento del numero dei collegi è la nomina extra-elettorale di quasi tutti i deputati. La categoria dei capilista catapultati in Parlamento crea, come in Germania, ma in modo meno netto, due classi di deputati con due legittimazioni diverse.

### 3. La giurisprudenza relativa al premio di lista

Sul primo argomento, il premio di maggioranza, la [sentenza n. 1 del 2014](#) ribadisce “*l’ampia discrezionalità legislativa*” nella “*scelta del sistema elettorale*” e delle misure tecniche ritenute appropriate al raggiungimento di due obiettivi politici contrapposti, entrambi legittimi, l’equa rappresentazione delle forze in campo (chiamata impropriamente “*rappresentanza*”) e la formazione di una maggioranza parlamentare organizzata, presunta coesa e stabile (chiamata impropriamente “*governabilità*”). Il voto di lista con riparto proporzionale dei seggi in grandi circoscrizioni (o a livello nazionale) persegue il primo obiettivo della rappresentazione di un ampio spettro di forze politiche, mentre le soglie di sbarramento (non contestate nella specie) e i premi di maggioranza mirano a soddisfare il secondo obiettivo di agevolare la o le forze maggiori.

La discrezionalità del legislatore nella “*scelta del sistema che ritenga più idoneo ed efficace in considerazione del contesto storico*” non è tuttavia esente da limiti e controlli, “*essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalità*” una soluzione “*manifestamente irragionevole*” segnata da sbilanciamenti “*eccessivi*” o “*sproporzionali*” fra i due obiettivi, da misure che vantaggiando l’uno comprimono troppo l’altro, quali premi di maggioranza troppo alti senza condizioni minime o con condizioni percentuali irragionevolmente basse o soglie di sbarramento irragionevolmente alte.

Nelle specie, la Corte ritiene che le misure censurate relative al premio di maggioranza “*non si limitano ad introdurre un correttivo*” (come fanno le soglie di sbarramento), ma “*rovesciano la ratio della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore*”; che il premio senza soglia minima rappresenta una “*disciplina non proporzionata rispetto all’obiettivo perseguito*”; che “*determina una compressione (...) eccessiva (...) della funzione rappresentativa dell’assemblea, nonché dell’eguale diritto di voto*”; che “*pur perseguendo un obiettivo di rilievo costituzionale*”, “*non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti*”.

(1) La Corte riconosce che il premio di maggioranza persegue in linea di massima un obiettivo politico legittimo, perché favorisce, senza poter garantire, attraverso la lista vincente, una

maggioranza parlamentare predeterminata e quindi la “*stabilità del governo*” e “*efficienza dei processi decisionali*” del Parlamento.

(2) L’argomento centrale della sentenza è che un premio di maggioranza senza soglia minima è una misura sproporzionata rispetto all’obiettivo perseguito, perché permette una compressione eccessiva dell’altro obiettivo politico, l’equa rappresentazione delle principali forze politiche nel Parlamento. (2bis) Per sottolineare la gravità di questo eccesso i giudici rilevano che la compressione del interesse politico di equa rappresentazione dei partiti viola indirettamente anche il diritto più fondamentale “*dell’eguale diritto di voto*” sancito agli articoli 3 e 48, garanzia del principio fondante della “*sovranità popolare*” dell’articolo 1, secondo comma. La precisazione relativa ai diritti solleva tuttavia più questioni di quanto fornisca certezze, perché non chiarisce il rapporto fra obiettivi politici e diritti costituzionali. La Corte poteva limitarsi a questo primo (doppio) argomento apparentemente sufficiente, ma ha preferito aggiungere altri due senza precisarne il valore giuridico.

(3) Richiamandosi in particolare alla giurisprudenza della CGUE per il controllo della legittimità degli atti dell’Unione e degli Stati membri, la Corte arricchisce il concetto di “*disciplina non proporzionata*” o “*eccessiva*” con il criterio della funzionalità e della necessità delle misure legislative restrittive: il sindacato della ragionevolezza e della proporzionalità del bilanciamento fra “*interessi costituzionalmente rilevanti*” o “*valori costituzionalmente protetti*” impone al legislatore che “*stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi*”, e suppone che qualsiasi misura restrittiva adottata “*sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti*” e che “*tra più misure appropriate (il legislatore) prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto*”. Misure restrittive gratuite o superflue, perché gli obiettivi sono perseguibili senza di loro o a “*minor sacrificio*”, sono violazioni censurabili. La regola del minor costo in termini di lesione di interessi e valori è un corollario del criterio dell’idoneità e della necessità delle misure restrittive adottate dal legislatore. La Corte non chiarisce, se l’argomento è un criterio indipendente di conformità o solo una fattispecie di disciplina eccessiva.

(4) I giudici evidenziano un potenziale problema di coerenza che nasce quando il legislatore adotta misure correttive che rovesciano la logica di base del sistema: la scelta di un sistema di liste, giustificata solo per ragioni di più equa rappresentazione degli schieramenti, tende a incidere negativamente sui diritti elettorali individuali; per evitare la rappresentazione di interessi marginali la 270/2005 prevedeva soglie di sbarramento, un correttivo restrittivo che non rovescia la *ratio*, perché incide solo marginalmente; e per rinforzare il partito di maggioranza relativa correggeva ulteriormente con un premio che trasformava il sistema da proporzionale in ultra-maggioritario. L’incoerenza - o l’eccessiva complessità - consiste nel fatto che il premio sopprime l’effetto per il quale il voto individuale è stato sostituito da un voto di lista. I giudici non sembrano vietare l’uso in un dato sistema di contromisure restrittive che oltre a correggere la logica di partenza, la rovesciano, ma ci vedono solo un indizio di possibili eccessi o abusi; avvertono il legislatore che rischia la censura, se sceglie prima un sistema di lista che limita la scelta individuale e ne vanifica poi l’obiettivo legittimante attraverso il premio di maggioranza, rendendo quindi il sistema inutilmente complesso e complicato.

Non sembra che la Corte sia disposta a garantire fino in fondo che le misure restrittive siano funzionali e indispensabili al raggiungimento di determinati obiettivi legittimi e che siano quelle meno onerose in termini di compressione di altri interessi politici o di limitazione dei diritti. La sentenza non chiarisce un doppio equivoco: quali valori d’interesse costituzionale possono essere compressi per rendere le contromisure legittime, solo obiettivi politici “*costituzionalmente rilevanti*” di segno opposto o anche i diritti fondamentali? E l’aggettivo del criterio del “*minor sacrificio*” è, come sarebbe logico, un superlativo o solo un comparativo?

L’*Italicum* trae vantaggio da questi equivoci: far dipendere il premio di maggioranza da una soglia minima “*ragionevole*” e prevedere un secondo turno di ballottaggio fra le due liste più votate per garantire il consenso richiesto, è sicuramente un dispositivo più equilibrato e di “*minor sacrificio*” di un premio assegnato senza condizioni al primo turno, perché permette di creare una

maggioranza vera e meno casuale, la quale non è tuttavia una maggioranza parlamentare vera di rappresentanti individuali, ma solo di lista. La misura in assoluto di “*minor sacrificio*” per favorire la formazione di una maggioranza netta e coesa sarebbe invece l’assegnazione dei seggi con una formula di riparto individuale in un numero elevato di collegi con pochi seggi; si agevolerebbe l’obiettivo della rappresentazione dei principali schieramenti politici, si rafforzerebbe la responsabilità politica dei deputati e si rispetterebbe il diritto elettorale individuale.

Anche sull’argomento dell’incoerenza fra l’impianto base e le correzioni restrittive che rovesciano la *ratio* di partenza la Corte sembra meno esigente del legislatore di altri paesi più attenti alla tutela dei diritti: dopo aver optato quasi cento anni fa per un sistema proporzionale di lista, alcuni paesi, fra cui la Svizzera, il Lussemburgo e la Finlandia, si sono rifiutati, per ragioni di compatibilità con i diritti fondamentali, di ammettere soglie di sbarramento, e a più forte ragione, premi di maggioranza, un’inutile complicazione in un sistema di lista perché il risultato maggioritario è raggiungibile più facilmente o rinunciando sia al premio sia alle liste, o mantenendo le liste ma assegnando i seggi in piccole circoscrizioni. Se la Corte insistesse rigorosamente sulla coerenza delle contromisure, crollerebbero dell’*Italicum* quasi tutte le regole aggiuntive al modello impostato dai giudici quale soluzione di ripiego in caso di inerzia o incapacità del legislatore. Basterebbe completare il così detto *Consultellum* con una suddivisione dell’elettorato in cento collegi da 6 seggi ciascuno e assegnare i seggi con un riparto definitivo all’interno dei collegi (“*bottom-up*”), senza correzione nazionale, per ottenere risultati più favorevoli alla “governabilità” e più equi in termini di “rappresentatività” rispetto a quelli dell’*Italicum* di cui si eviterebbero i numerosi difetti e le inutili complicazioni.

Pur menzionando i criteri della coerenza e del minor sacrificio, la Corte, meno intransigente dei legislatori di altri paesi con una più solida tradizione liberale, non sembra disposta a difendere una loro applicazione rigorosa che censurerebbe qualsiasi soluzione inutilmente complessa. Se non solo le tensioni fra obiettivi politici contraddittori, ma anche le restrizioni ai diritti elettorali e le incoerenze sistemiche possono essere superate da bilanciamenti ingegnosi fra misure e contromisure che soddisfanno il criterio di ragionevolezza e di proporzionalità della Corte, se il criterio molto esigente e potenzialmente dirompente della funzionalità, della necessità e del minor sacrificio vale solo relativamente, allora il controllo di conformità della legislazione elettorale diviene una questione di apprezzamento puramente discrezionale della Corte che da giudice si trasforma in arbitro politico. L’unico modo per rompere il relativismo giurisdizionale sarebbe di riconoscere una gerarchia fra interessi e valori, obiettivi e diritti.

Il criterio dell’idoneità, della necessità e del minor sacrificio è utilizzato dalla Corte sotto l’argomento del premio di maggioranza; sarebbe altrettanto pertinente sotto l’altro argomento, quello della violazione della libertà di voto, dove però i giudici non lo menzionano più.

#### 4. La giurisprudenza relativa alle liste bloccate

Sul secondo argomento delle liste bloccate la Corte censura determinate restrizioni dei diritti elettorali individuali non giustificate da obiettivi politici legittimi. Il dispositivo chiaro e preciso della sentenza censura una contraddizione fra la coartazione (attraverso la soppressione delle preferenze individuali) degli elettori nella scelta dei propri rappresentanti e la libertà elettorale come principale espressione della sovranità popolare. Le motivazioni circa le condizioni di espressione della libera scelta elettorale sono invece più equivoci perché sembrano permettere restrizioni non eccessive giustificate da determinati obiettivi politici legittimi.

Pur censurando, nelle specie, l’elezione di tutti i rappresentanti su lunghe liste interamente bloccate i giudici sembrano ammettere in alcuni *obiter dicta* che la legge elettorale possa restringere i diritti politici più elementari, fra cui la libertà degli elettori di scegliere individualmente e direttamente i loro rappresentanti, a condizione che le limitazioni legislative agevolino il



raggiungimento di presunti nobili obiettivi, tuttavia non esplicitati. Senza specificare l'obiettivo legittimante è impossibile verificare la funzionalità delle misure restrittive.

La Corte forse ritiene che l'attribuzione attraverso la legge ordinaria del compito "*di presentazione di alternative elettorali*" e della "*selezione dei candidati alle cariche elettive pubbliche*" ai partiti politici risponda a "*un interesse costituzionalmente rilevante*", ancorché non implichi "*l'esistenza di attribuzioni costituzionali*" a favore dei partiti. Il presunto obiettivo politico legittimante sarebbe quello di "*agevolare la partecipazione alla vita politica dei cittadini*" preordinando certe funzioni "*al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati*". L'argomento suppone che la legge elettorale possa consentire ai partiti di decidere parzialmente al posto degli elettori restringendo la libera scelta dei rappresentanti: se l'obiettivo politico - una scelta migliore affidata ad alcuni - si trova in concorrenza con un diritto elettorale individuale - la libertà di scelta di tutti -, il legislatore può, a quanto pare, secondo i giudici, comprimere il secondo a favore del primo. È evidente che l'argomento infrange due condizioni essenziali della libera scelta elettorale, la "*non-imposizione*" e la "*non-dittatura*", formulate da Kenneth Arrow (*Social Choice and Individual Values*, 1951);

Mentre nel 1975 - sotto un sistema elettorale con preferenze - esige ancora come condizione di conformità che l'elettore fosse "*sempre libero e garantito nella sua manifestazione di volontà, sia nella scelta del raggruppamento che concorre alle elezioni, sia nel votare questo o quel candidato incluso nella lista prescelta, attraverso il voto di preferenza*", la Corte sembra permettere adesso al legislatore di sopprimere il diritto di libera scelta individuale e di sostituirlo con un mero diritto di scelta in blocco, a condizione che la scelta collettiva attraverso una lista consenta comunque "*l'effettiva conoscibilità*" di tutti i candidati da parte degli elettori o che riguardi solo una parte degli eletti.

Per giustificare la restrizione della libertà elettorale attraverso candidature blindate ma conoscibili (una soluzione che corrisponde in qualche misura al sistema di circoscrizioni medianti di media dimensione vigente in Spagna) la Corte l'assimila a presunte restrizioni implicite dell'uninomiale, confondendo tuttavia la logica dei fatti (e degli obiettivi) studiati dalle scienze politiche con la logica dei diritti costituzionali: contrariamente al sistema di lista in circoscrizioni plurinomiali di solito (anche in Spagna) abbinato a varie limitazioni di accesso e di voto, l'uninomiale (secco o a doppio turno) non impedisce a nessun individuo di presentarsi in un collegio e di conquistare il seggio esclusivamente in base alle preferenze degli elettori. Alle legislative francesi del 2012 l'ex-compagna del presidente della Repubblica, candidata del suo partito in un collegio "sicuro", è stata battuta da un indipendente, scartato dal partito ma preferito dagli elettori. La differenza (giuridica, di diritto, non di fatto, politica) fra le due soluzioni aumenta in modo proporzionale alla rigidità della lista. La Corte (avendo in mente il sistema per eleggere il *Bundesrat* tedesco) sembra pure permettere che la legge ordinaria possa predisporre l'elezione in blocco di una parte dei rappresentanti attraverso lunghe liste blindate di cui non è possibile conoscere tutti i candidati, purché l'altra parte dei rappresentanti sia eletta con preferenze individuali.

I meccanismi ingegnosi dell'*Italicum* sfruttano le presunte aperture degli *obiter dicta* della [sentenza n. 1 del 2014](#). La nuova legge permette ai partiti di nominare direttamente solo i capilista, uno per ognuno dei cento collegi, e ammette formalmente il voto preferenziale per gli altri candidati (in media cinque); consente pure attraverso la riduzione della dimensione delle circoscrizioni "*l'effettiva conoscibilità*" di tutti i candidati. La possibilità di presentare gli stessi capilista in un massimo di dieci collegi permette ai partiti di nominare tutti i deputati, fino a cento per partito, circa tre quarti degli eletti, incondizionatamente e prima delle elezioni, gli altri dopo, da selezionare fra i più votati. Formalmente i criteri della sentenza, almeno nella loro interpretazione più permissiva, sembrano rispettati, ma sostanzialmente il dispositivo dei capilista sovverte i diritti elettorali individuali più elementari e rischia quindi una nuova censura.

### 5. I diritti elettorali garantiti dalla Costituzione

Formalmente la Costituzione garantisce unicamente i diritti elettorali individuali. La Corte riconosce espressamente che le funzioni svolte dai partiti politici nella formulazione di “*un’alternativa elettorale*” e di preselezione dei candidati attraverso la presentazione di liste elettorali “*non consentono di desumere l’esistenza di attribuzioni costituzionali*”, ma sono solo un’interpretazione del legislatore della necessità di rendere effettivo il diritto individuale di “*partecipazione alla vita politica*”, di accordare, in un contesto di sistema elettorale di lista, il diritto “*costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti*” con le esigenze della “*rappresentanza politica*”.

Il lavori preparatori della Costituente rivelano che la Costituzione, pur fissando alcuni principi elementari della normativa elettorale, intenzionalmente non sceglie un modello elettorale piuttosto di un altro proprio per lasciare ampia discrezionalità al legislatore sulle misure tecniche volte a raggiungere gli obiettivi politici di rappresentazione del pluralismo e di coesione della maggioranza. Davanti al silenzio del testo sui mezzi tecnici (suddivisioni elettorali, presentazione delle candidature, metodi di voto, formule di trasformazione dei voti in seggi), solo l’aperta violazione o il raggio, lo svuotamento dei principi elementari, un uso abusivo della discrezionalità legislativa, sono censurabili dalla Corte. È quindi essenziale conoscere questi principi inderogabili di garanzia dei rappresentati contro abusi dei rappresentanti che, in materia elettorale, deliberano in conflitto d’interessi.

I principi elettorali stabiliti dalla Costituzione non riguardano gli obiettivi politici, ma i diritti dei cittadini. Esiste una netta distinzione fra diritti elettorali individuali, formalmente garantiti, e misure tecniche volte a perseguire determinati obiettivi politici, lasciate alla discrezione del legislatore. Una giurisprudenza costante della Corte Suprema americana insiste, proprio in casi di contestazioni elettorali (più precisamente in casi di presunto abuso nel ritaglio mirato dei collegi, il così detto *gerrymandering*), sulla distinzione fra diritti individuali protetti e mere pretese di equità fra partiti non garantite dalla Costituzione e quindi non invocabili davanti alla Corte. La differenza fra le due categorie non è solo formale, cioè una questione di competenza costituzionale invece di competenza legislativa, ma sostanziale del costituzionalismo liberale: i diritti politici degli individui sono presupposti dalle pretese eventualmente legittime, ma subordinate di altri soggetti.

I diritti elettorali sono la parte più importante dei diritti politici, e i diritti politici sono la condizione di garanzia di tutti gli altri diritti.

Quali sono i diritti elettorali individuali? In sintesi si tratta della libertà e dell’uguaglianza giuridica di tutti i cittadini, quali elettori, potenziali candidati ed eventualmente rappresentanti eletti. La Costituzione riconosce e garantisce questi diritti negli articoli 1 (sovranità del popolo inteso come insieme dei cittadini adulti), 2 (garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo, fra cui quelli politici, garanzia di tutti gli altri), 3 (uguaglianza di diritto), 48 (libertà e uguaglianza del voto), 49 (diritto individuale all’associazione politica e partitica), 51 (uguaglianza nell’accesso alle cariche elettive), 56 e 58 (il suffragio universale e diretto per entrambe le camere), e 67 (libertà di mandato dei rappresentanti eletti); l’uguaglianza fra rappresentanti è sottintesa, ma trapela per esempio all’articolo 71 sull’iniziativa legislativa individuale che nessun regolamento parlamentare potrebbe sopprimere.

Nella [sentenza n. 1 del 2014](#) la Corte si riferisce a tutti gli articoli menzionati (tranne 2, 51 e ovviamente 71). Per censurare il secondo vizio si riferisce a “*la libertà di scelta degli elettori (...), una delle principali espressioni della sovranità popolare*”, principi sanciti agli articoli 1 e 48. Per censurare il primo vizio insiste sul “*principio costituzionale di uguaglianza del voto*” che va interpretato come parità di peso potenziale, non come pari impatto sul risultato, il quale dipende dalle soluzioni tecniche lasciate alla scelta del legislatore. Un aspetto tecnico della procedura elettorale riguarda il ruolo dei partiti; accettando l’interpretazione liberale e individualista dell’articolo 49, la Corte nega che se ne possa “*desumere l’esistenza di attribuzioni costituzionali*” a beneficio dei partiti politici i quali sono solo un caso particolare, e di particolare importanza, della

libertà d'associazione individuale; il ruolo istituzionale dei partiti è tutto fondato sulla normativa ordinaria, e in particolare, ma non solo, sulle liste elettorali.

La formulazione dei diritti elettorali è talmente condivisa e standardizzata che si è potuto parlare di un “*patrimonio elettorale europeo*” comune (Pierre Garrone, Commissione di Venezia, Consiglio d'Europa, 2001). Il giudizio è forse un po' frettoloso, perché l'interpretazione concreta - legislativa e giurisprudenziale - dei diritti elettorali garantiti varia enormemente fra paesi a tradizione liberale e paesi a tradizione corporativa.

I diritti elettorali fondamentali sono, inoltre, talmente indiscussi e precisi che (tutti a parte quello del libero mandato che appartiene a un ordine successivo) sono formalizzati, nella teoria della scelta collettiva, come postulati o condizioni del teorema di possibilità di Kenneth Arrow. Quest'ultimo vi aggiunge la condizione della relativa indipendenza del risultato da alternative (o candidati) irrilevanti; l'accettazione di questo postulato porta alla conclusione (dimostrata) che è impossibile soddisfare simultaneamente tutte le condizioni; l'ultimo postulato, un obiettivo impossibile da raggiungere o da gestire perfettamente, rende tutti i sistemi elettorali, in misura variabile, manipolabili da chi può incidere sulle candidature.

#### *6. La confusione della Corte fra diritti individuali e obiettivi politici*

Ora, contrariamente alla logica giuridica difesa fino in fondo e in modo estremo dalla giurisprudenza americana, la [sentenza n. 1 del 2014](#) non distingue espressamente fra interessi politici legittimi, tutelati eventualmente contro abusi o eccessi, e i diritti individuali di libertà e di eguaglianza nella disciplina per eleggere la rappresentanza nazionale, sanciti incondizionatamente dalla Costituzione.

La censura del premio di maggioranza attraverso “*uno scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza*” fra obiettivi politici contrapposti, è fondata, secondo la Corte, anche su una violazione dei diritti elettorali dell'articolo 48: l'eccessiva compressione di un obiettivo politico lede, infatti, indirettamente anche i diritti politici individuali. La censura delle liste bloccate è fondata esclusivamente su una violazione dei diritti individuali, ma nelle motivazioni la Corte sembra ammettere possibili restrizioni dei diritti per ragioni di efficienza politica non precisate, tutte da chiarire, forse di rappresentatività, di governabilità o di scelta elettorale più illuminata da terzi per conto dei cittadini, non si sa. La Corte giustifica le liste preordinate dai partiti (cioè l'ordine di presentazione dei candidati) come strumento per consentire “*una scelta più chiara e più consapevole anche in riferimento ai candidati*”, mentre l'*Italicum*, come la 270/2005, estende la predeterminazione extra-elettorale agli eletti stessi (cioè all'ordine di elezione dei candidati).

Nelle motivazioni la [sentenza n. 1 del 2014](#) tende ad equiparare due ordini di valori formalmente e sostanzialmente diversi, i diritti politici individuali e le misure tecniche volte a raggiungere determinati obiettivi di convenienza politica; in questo modo la Corte rende tutto relativo e bilanciabile, non solo le misure di convenienza politica fra di loro, ma anche la libertà di scelta elettorale espressamente garantita come condizione di validità di tutta la costruzione costituzionale. Mescolando diritti e obiettivi la Corte permette al legislatore di restringere i diritti nell'interesse degli obiettivi. Tutto, obiettivi politici e diritti fondamentali, diventa una questione di bilanciamento ragionevole di cui la Corte riserva a se stessa il sindacato inappellabile di conformità. Addirittura la coerenza fra l'impianto base del sistema elettorale e misure aggiuntive restrittive è soggetta, secondo la Corte, a valutazioni di ragionevolezza e di proporzionalità; solo il criterio dell'idoneità, necessità e minor sacrificio delle restrizioni correttive si salva, forse, come un'esigenza assoluta, non bilanciabile.

A quel punto occorre esplicitare in che cosa consiste la differenza non solo formale (una garanzia costituzionale o interesse soggetto ad apprezzamento del legislatore), ma sostanziale fra i diritti elettorali e gli obiettivi politici: i diritti sono rigorosamente individuali, mentre tutti gli obiettivi politici ammessi come legittimi o solo ipotizzabili sono concetti costruiti su una categoria giuridica

nuova, cioè formalmente le liste elettorali come categorie create dalla legge ordinaria, e materialmente i partiti come fenomeni sociali e politici che diventano categoria giuridica attraverso la legge elettorale, la normativa para-elettorale relativo al finanziamento pubblico della politica, alle campagne elettorali, allo statuto dei partiti politici e i regolamenti interni sui gruppi parlamentari. Rappresentatività e governabilità sono solo obiettivi aleatori da raggiungere; la normativa elettorale non realizza gli obiettivi, ma crea nuove categorie e nuovi diritti i quali, senza poterlo garantire, possono agevolare in modo contingente il raggiungimento degli obiettivi. Gli obiettivi politici interessano gli individui solo indirettamente e sono accettabili solo a condizione che le categorie corrispondenti agli obiettivi non sopprimano, o riducano eccessivamente o inutilmente, i diritti.

### *7. Voto di lista e logica proporzionale*

È fuorviante assimilare sistemi di lista che sostituiscono i partiti agli individui come oggetto dell'elezione e sistemi proporzionali. *L'Italicum* come la 270/2005 pur usando liste sono sistemi ultra-maggioritari, mentre i primi sistemi proporzionali erano rigorosamente individuali.

Le prime liste elettorali nell'800 erano facoltative, senza valore giuridico, dei semplici inviti agli elettori di votare tutti i candidati della lista in blocco. Le liste obbligatorie sono categorie giuridiche create dalla normativa elettorale che sostituiscono i partiti agli individui come oggetto primario o esclusivo del voto e dell'assegnazione dei seggi.

La rappresentazione proporzionale degli schieramenti politici è stata ideata, anni prima dell'invenzione dei sistemi di voto con liste obbligatorie, rigorosamente senza liste, a Montpellier nel 1818 da Joseph Diaz Gergonne, un professore di matematica, poi verso il 1860 a Londra da Thomas Hare, un avvocato ex-parlamentare, appoggiato da John Stuart Mill che da giovane aveva frequentato le lezioni di Gergonne.

Una versione del modello Hare di riparto proporzionale dei seggi senza liste è utilizzata da quasi cento anni in Irlanda per eleggere la principale assemblea legislativa, il *Dáil Éireann*. Il sistema elettorale irlandese non restringe in alcun modo i diritti elettorali individuali (il voto è, infatti, individuale e ordinale decrescente), consente a chiunque la candidatura individuale a parità di condizioni, garantisce la rappresentazione proporzionale degli schieramenti decisi dal voto degli elettori (se la prima preferenza è inutile, si conta la seconda e così via) e agevola la formazione di maggioranze coese (i collegi non contano più di cinque seggi ed escludono quindi chi non raggiunge il 15% circa delle preferenze; e non è prevista alcuna correzione nazionale).

Il “*sistema proporzionale di lista libera*”, inventato nel 1865 a Ginevra da Ernest Naville, fu introdotto nel 1890 nel Canton Ticino, un paio di anni dopo a Ginevra e solo nel 1919 (dopo il terzo tentativo di referendum) in Svizzera per l'elezione dei membri del Consiglio nazionale; il voto primario di lista, in realtà la somma dei voti individuali (pari al numero dei seggi), restringe i diritti individuali solo marginalmente. Lo stesso sistema vige, sempre dal 1919, al Lussemburgo, paese che rifiutò consapevolmente di seguire l'esempio belga delle liste rigide ritenute contrarie ai valori costituzionali liberali. Una versione più rispettosa dei diritti elettorali individuali vige in Finlandia dove dal 1955 si vota pure con liste libere ma, contrariamente alla normativa svizzera che consente all'elettore di esprimere tanti voti quanti ci sono seggi da eleggere nella sua circoscrizione, ogni elettore ha un solo voto che vale sia per il candidato sia per la lista.

L'esistenza di questi sistemi utilizzati ormai da quasi cento anni illustra, anche senza dimostrazione astratta, che è perfettamente possibile perseguire entrambi gli obiettivi politici e bilanciare i loro presunti effetti a volontà senza minimamente toccare i diritti elettorali individuali. Solo i sistemi elettorali dei paesi con una solida tradizione liberaldemocratica rispettano scrupolosamente i diritti elettorali individuali, almeno per le elezioni politiche: Stati Uniti, Inghilterra, Francia, Svizzera, Lussemburgo, Irlanda, Finlandia, e pochi altri.

## 8. *Il vizio di non conformità dell'Italicum*

Nell'ipotesi - contestabile - che la facoltà di restringere i diritti politici ed elettorali individuali nell'interesse di obiettivi politici (che sono pretese dei partiti politici: l'equa rappresentazione di tutte le forze in campo e l'organizzazione pre-elettorale di una maggioranza) sia concessa al legislatore, lo sarebbe comunque solo nei limiti formulati dalla stessa Corte: cioè a condizione che le restrizioni ai diritti non siano né eccessive (secondo il giudizio discrezionale della Corte), né inutili, gratuite (condizione dimostrabile) per raggiungere un determinato obiettivo, reso esplicito e ammesso come legittimo.

Se si ammette con la Corte un certo relativismo dei diritti costituzionali di fronte agli obiettivi politici, rimane comunque da verificare, per l'*Italicum*, come giustificare la nomina pre-elettorale (i capilista blindati in cento collegi) e post-elettorale (le candidature multiple fino a dieci collegi) della maggior parte dei deputati; bisogna chiarire qual è l'obiettivo politico perseguito e convincere che è legittimo; si deve infine dimostrare che le misure legislative restrittive adottate sono idonee, necessarie e quelle meno onerose per raggiungere l'obiettivo ammesso come legittimo; devono pure essere proporzionate all'obiettivo perseguito, ma si tratta di una condizione discrezionale.

L'esempio comparativo dei sistemi di "lista libera" vigenti in Svizzera e in una versione più perfetta in Finlandia mostra - quello che comunque è possibile dimostrare - che i due principali obiettivi politici legittimi, l'equa rappresentazione dei partiti e la capacità decisionale del Parlamento, sono raggiungibili senza restrizione alla libertà individuale di voto.

Il vero obiettivo politico perseguito dal legislatore attraverso la nomina indipendentemente dalla preferenze degli elettori dei capilista candidabili in più collegi deve quindi essere cercata altrove. Supponiamo che sia, come sembra indicare la Corte, per "*agevolare la partecipazione alla vita politica dei cittadini*" preordinando certe funzioni "*al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati*" o ancora per "*raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale*". Ammesso che sia questo l'obiettivo politico legittimante, sarebbe una forzatura grossolana assimilare la funzione riconosciuta ai partiti come organizzatori delle liste, di selezionare i loro candidati e stabilirne eventualmente l'ordine di apparizione sulla lista (discrezionalità peraltro negata in alcuni dei paesi con liste libere già menzionati) alla decisione pre-elettorale di fissare l'ordine (completo o parziale) di elezione dei candidati. Ci vuole quindi un'altra ragione che probabilmente nessuno è in grado di formulare.

A meno di tirare fuori dal cilindro una giustificazione tenuta finora segreta, la restrizione alla libera scelta elettorale creata dai capilista blindati non è né idonea né tantomeno indispensabile per raggiungere o agevolare un qualsiasi obiettivo politico legittimo; è quindi incostituzionale.

In realtà, la nomina extra-elettorale dei rappresentanti attraverso liste bloccate o solo capilista blindati, persegue un obiettivo politico ben determinato ma di dubbia legittimità: rinforza effettivamente la solidità della maggioranza e la stabilità del governo permettendo alle direzioni dei partiti - fra cui quello di governo - di controllare l'accesso alle candidature, di nominare una quota considerevole dei deputati in parte prima e in parte dopo le elezioni e di condizionare la libertà di giudizio, non solo dei capilista, ma di tutti i deputati, di fatto ricattabili da chi gestisce le liste. L'*Italicum* restringe tutte e tre le libertà politiche sulle quali si regge il costituzionalismo liberale: il libero accesso alle candidature (art. 51), la libera scelta dei rappresentanti (art. 48) e il libero mandato dei deputati (art. 67).

La libertà della rappresentanza nazionale è garantita formalmente dal divieto e dalla nullità di qualsiasi vincolo di mandato e materialmente da una serie di altri divieti e guarentigie costituzionali. Con l'*Italicum* i rappresentanti, in teoria liberi e responsabili davanti agli elettori, diventano, per timore di non essere riammessi sulle liste, agenti esecutivi della politica definita dalla direzione del partito. Parlare quindi di impostazione autoritaria della normativa elettorale e di un inquadramento illiberale della rappresentanza nazionale, coglie nel segno, ma non caratterizza



interamente il vizio. Rinforzare l'autorità di chi è chiamato a governare potrebbe infatti essere un obiettivo condiviso e un pregio a condizione che il potere esecutivo sia retto da procedure pubbliche trasparenti (come la sfiducia costruttiva o l'elezione diretta) e controllato da istanze libere, dipendenti in ultima analisi solo dal verdetto popolare. Non è questa la soluzione scelta con l'*Italicum* che tenta di addomesticare la rappresentanza nazionale in modo occulto e subdolo. La legittimità del nuovo marchingegno dipende dal guardiano costituzionale dei diritti dei rappresentati.

Non si può escludere nulla: per giustificare le liste bloccate della legge 270/2005 anche gli argomenti più inverosimili sono stati invocati dal governo italiano ed accettati dalla Corte di Strasburgo come "*scopi legittimi, che sono in particolare quelli di: impedire le manovre e le intimidazioni delle organizzazioni criminali volte a infiltrarsi nei centri del potere politico; prevenire il commercio dei voti e l'indebitamento dei candidati per finanziare la loro campagna elettorale; favorire, infine, la presenza di candidati aventi una competenza specifica*" che gli elettori stessi non sono capaci di scegliere ([sentenza Saccomanno c. Repubblica Italiana](#), 2012; Renzo Dickmann, *Rappresentanza vs. governabilità*, 2014). In linea di massima l'art. 3 del Protocollo 1 alla CEDU implica la garanzia di diritti soggettivi (paragrafo 47), fondamento e scopo dell'ordinamento costituzionale democratico (paragrafo 46). Non si tratta tuttavia di diritti assoluti in quanto recano delle "*limitazioni implicite*" (paragrafo 48), che sono secondo la Corte funzionali a rendere effettivo il concetto di una "*democrazia capace di difendere se stessa*". E se l'illegalità diffusa, la corruzione e la criminalità infiltrata nell'attività economica che dipende dai poteri pubblici, cioè le forme più estreme di malgoverno che caratterizzano l'Italia, fossero rese possibili e agevolate proprio dall'assenza di controllo e di sanzione democratica?

### 9. Il peso degli standard esteri e convenzionali

In un eccesso di saggezza ecumenica la [sentenza n. 1 del 2014](#) non si accontenta di seguire la logica dei diritti costituzionali, ma ambisce a conformarsi anche al diritto positivo dei principali paesi europei. In particolare in Germania, dove metà dei membri del *Bundesrat* è eletta su liste bloccate, esistono clamorose restrizioni ai diritti elettorali individuali contestate sin dal 1949 dai movimenti liberali e periodicamente messe in discussioni sia davanti ai giudici, sia nel mondo accademico ([Volker von Prittwitz, \*Anders wählen\*](#), 2011); finora queste restrizioni sono tuttavia tollerate dalla Corte federale suprema (prima sentenza 03.07.1957; ultima 31.01.2012) e non sanzionate dalla Corte EDU, troppo condizionata dagli interessi politici, nazionali e partitici, garante di uno standard elettorale molto basso. Se nel 2012 la Corte di Strasburgo avesse accolto il ricorso contro la 270/2005, avrebbe provocato una raffica di ricorsi contro la normativa per le elezioni legislative e europee di metà dei paesi dell'UE - per non parlare dell'altra metà dei paesi membri del Consiglio d'Europa. La prassi poco ortodossa tedesca ha permesso al legislatore di paesi storicamente più avversi a soluzioni illiberali (come la Francia e la Gran Bretagna) di introdurre sistemi elettorali con liste rigide o bloccate per elezioni diverse da quelle legislative, subnazionali ed europee.

L'unica spiegazione dell'equiparazione giurisprudenziale forzata fra la garanzia dei diritti elettorali individuali e la tutela di interessi politici legittimi è l'intenzione della Consulta di non contraddire il diritto positivo di altri paesi, soprattutto la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*.

Ma che cosa farebbero i giudici italiani, se i loro colleghi tedeschi si arrendessero all'evidenza giuridica e censurassero le liste bloccate? Perché appiattirsi acriticamente sullo standard più basso? Siamo in una fase di delegittimazione, senza precedenti dopo la fine della Seconda guerra mondiale, della rappresentanza politica, particolarmente grave in Italia, ovunque alimentata e aggravata dalla crisi economica; quest'ultima è soprattutto una crisi delle finanze pubbliche governate dalle rispettive rappresentanze politiche. Perché non osare affermare i principi incontestabili del

costituzionalismo liberale, che contrariamente a un'opinione molto diffusa non sono incompatibili con i diritti di rappresentazione dei partiti e con il diritto di governare della maggioranza, ma né sono la condizione?

**Francesco Dal Canto**  
**Qualche osservazione sulla proposta di introduzione del ricorso preventivo  
di costituzionalità avverso le leggi elettorali\***

1. E' mia intenzione svolgere alcune sintetiche osservazioni sull'art. 13, comma 1, del disegno di legge costituzionale n. 1429/2015, approvato in sede di prima deliberazione dalla Camera dei deputati lo scorso 10 marzo, nella parte in cui lo stesso prevede che "le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata". La norma prosegue stabilendo, altresì, che "la Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata".

Si tratta di una novità di indubbio rilievo, con la quale, com'è evidente, il legislatore costituzionale si propone di introdurre delle contromisure rispetto alla prospettiva apertasi all'indomani della [sent. della Corte costituzionale n. 1/2014](#), che, com'è noto, ha dichiarato l'incostituzionalità parziale della legge elettorale n. 270/2005. Dopo decenni nei quali la possibilità di promuovere una questione di costituzionalità in materia elettorale era sembrata del tutto irrealistica, in ragione delle caratteristiche del nostro sistema di controllo della costituzionalità delle leggi (cfr., per tutti, V. MESSERINI, *La materia elettorale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 553ss.), tanto da far considerare le leggi elettorali come una delle più ampie "zone franche" della giustizia costituzionale, con la pronuncia del 2014 la prospettiva si è drasticamente ribaltata e si sono concretizzati timori di segno opposto.

Dinanzi a tali rischi, ecco dunque la risposta del legislatore costituzionale.

2. Ciò premesso, una precisazione. Nell'affrontare tale tema ritengo di attenermi all'invito, ragionevolmente avanzato dagli organizzatori dell'incontro di oggi, di concentrare l'attenzione soltanto sulle disposizioni modificate da ultimo dalla Camera, le sole sulle quali, ai sensi dell'art. 104 Reg. Senato, l'altro ramo del Parlamento avrà possibilità di tornare. Com'è noto tale disposizione stabilisce che, "se un disegno di legge approvato dal Senato è emendato dalla Camera dei deputati, il Senato discute e delibera soltanto sulle modificazioni apportate dalla Camera, salva

---

\* [Destinato anche all'Osservatorio sulle fonti.](#)

la votazione finale. Nuovi emendamenti possono essere presi in considerazione solo se si trovino in diretta correlazione con gli emendamenti introdotti dalla Camera dei deputati”.

In proposito ritengo, come altri, che, su una materia delicata quale quella costituzionale, sia legittimo attendersi da parte del Senato un'interpretazione non eccessivamente rigorosa di tale disposizione, così che sia possibile intervenire, per venire al tema che vorrei affrontare, sull'intero istituto del sindacato preventivo di costituzionalità, di per sé fatto oggetto soltanto di alcune puntuali, ancorché non irrilevanti, modifiche da parte della Camera dei deputati lo scorso marzo.

3. Vengo dunque al tema. Come nel dibattito di questi giorni è stato subito sottolineato, l'introduzione di un controllo preventivo di costituzionalità avverso le leggi elettorali presenta indubbiamente elementi di forza ed elementi di criticità.

Il principale elemento di forza, a mio giudizio, consiste nel tentativo, quasi palesato nel dibattito parlamentare, di limitare in futuro il ricorso al controllo successivo di costituzionalità sulle leggi elettorali rendendo, allo stesso tempo, il sindacato sulla legge elettorale maggiormente effettivo (cfr. M. CROCE, *Sull'opportunità dell'introduzione di un ricorso diretto e preventivo di costituzionalità sulla legge elettorale*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, Napoli, 2014, 289ss.). In effetti, per quanto la Corte, in occasione della [sent. n. 1/2014](#), abbia aperto la strada al controllo sulle leggi elettorali innescato per via incidentale, è pur vero che il relativo giudizio si realizza inevitabilmente “a cose fatte”; vale a dire, quando la legge è già stata applicata e quando, dunque, in osservanza della stessa, è stato già eletto un Parlamento.

Proprio allo scopo di evitare l'effetto di annullamento delle elezioni svolte in conformità alla legge dichiarata incostituzionale, del resto, la Corte, nella recente occasione, si è trovata costretta ad affermare che gli effetti della sua pronuncia si sarebbero prodotti soltanto a partire dalla successiva legislatura, accogliendo una non scontata interpretazione del concetto di “rapporti esauriti” letto alla luce del principio di continuità degli organi costituzionali.

Tutto ciò, al fine di attestare la legittimità delle attività già compiute dal Parlamento e, soprattutto, la sua piena legittimazione in vista di quelle future.

Argomentazione, forse, anche accettabile da un punto di vista strettamente giuridico (ma in senso diverso, tra gli altri, v. G. GUZZETTA, *La sent. n. 1/2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in [www.forumcostituzionale.it](#)), ma certamente molto delicata avendo a cuore la sostanza delle cose, essendo senza dubbio politicamente assai debole la posizione di un Parlamento che continua ad esercitare le sue funzioni ancorché composto da deputati e senatori eletti sulla base di una disciplina dichiarata incostituzionale.

4. D'altra parte, elementi di criticità possono essere individuati nella circostanza che, con l'introduzione del ricorso diretto collocato nella fase integrativa dell'efficacia del procedimento legislativo, la Corte costituzionale si troverebbe ad essere maggiormente coinvolta nell'arena politica, maggiormente esposta a pressioni e condizionamenti esterni, con l'inevitabile rischio di una sua possibile delegittimazione.

Non che la Corte, soprattutto negli ultimi anni, abbia dato prova di grande *self restraint* dinanzi a questioni caratterizzate dall'alto tasso di politicità, come mostra, tra le altre, proprio la vicenda riguardante la legge elettorale; e tuttavia, non vi è dubbio che anticipare il controllo ad una fase subito successiva all'approvazione parlamentare scaricherebbe sulla stessa una pressione più intensa, anche per il rischio concreto che il ricorso possa essere utilizzato dalle opposizioni come uno strumento per proseguire la lotta politica con mezzi di natura giuridica. Senza contare la delicatezza dovuta alla prossimità di tale controllo con quello del Presidente della Repubblica, cui pure continuerebbe a spettare, subito dopo il giudizio della Corte, l'accertamento di eventuali vizi (manifesti) di costituzionalità.

Si tratta, dunque, di trovare il miglior punto di equilibrio nel contemperare i rischi di delegittimazione di due organi distinti: il Parlamento e la Corte costituzionale. Si tratta, in fondo, di una valutazione prevalentemente di opportunità.

Nessun dubbio, invece, a mio giudizio, sulla legittimità di una modifica di questo tenore, a differenza di quanto sembrerebbe ricavarsi dalle recenti affermazioni del Presidente della Corte costituzionale, che, in occasione della relazione annuale sulla giurisprudenza del 2014, ha criticato tale prospettiva affermando che la riforma attribuirebbe alla Corte un "compito che non le spetta".

Se è vero, infatti, che il sistema italiano di controllo di costituzionalità è incentrato prevalentemente sul giudizio di tipo successivo, sebbene sia preventivo il controllo della Corte sugli Statuti regionali, è vero pure che ciò deriva da una scelta non irreversibile del legislatore costituzionale. Peraltro, com'è noto, tale scelta non risulta espressa nel testo della Costituzione, che nel 1948, con la sola eccezione del giudizio in via principale di cui all'art. 127 Cost. – giudizio in origine sia preventivo che successivo – si è limitata, con riguardo alle vie di accesso alla giustizia costituzionale, a rinviare a una successiva legge costituzionale (cfr. art. 137, comma 1, Cost.).

Mi pare pacifico, in altre parole, che la decisione circa i compiti che devono essere attribuiti alla Corte, così come le modalità di accesso alla stessa, rientrino nella piena disponibilità del Parlamento. Si tratta di scegliere, quindi, ponderando ragionevolmente rischi e benefici.



5. A mio parere, si tratta di una soluzione che potrebbe valer la pena percorrere a patto che la ricordata aspettativa di un'effettiva riduzione del contenzioso successivo sulla legge elettorale fosse davvero concreta. Ed è proprio su questo punto che mi permetto di manifestare qualche dubbio.

In linea generale, il giudizio preventivo affidato alla Corte costituzionale non esclude affatto che la questione di costituzionalità avverso la legge elettorale possa essere comunque promossa successivamente per la via incidentale. Una volta che la Corte, con la più volte richiamata sent. n. 1/2014, ha ammesso il suo sindacato sulla legge elettorale nell'ipotesi di presunta violazione del diritto di voto, introducendo, nella sostanza, una forma di accesso analoga ad un ricorso diretto per la tutela di diritti costituzionali (R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, I, 1836ss.), è facile prevedere, almeno per un certo periodo di tempo, che alla stessa giungeranno comunque, malgrado il controllo preventivo, un certo numero di questioni sulla disciplina elettorale, sollevate, su impulso di parte, da giudici *a quibus* con riguardo ai più svariati profili di presunta violazione delle prerogative elettorali del cittadino.

Più nello specifico, poi, pare utile soffermarsi sulla più rilevante modifica che la Camera ha apportato al testo licenziato dal Senato<sup>1</sup>, laddove è stato soppresso l'inciso ai sensi del quale il ricorso doveva recare "l'indicazione degli specifici profili di incostituzionalità".

La *ratio* di tale soppressione, come risulta dal dibattito parlamentare, è quella di consentire una verifica sull'intera legge e con riguardo a tutti i potenziali profili di incostituzionalità. Tale proposito è coerente con quanto sopra ricordato: l'introduzione del ricorso preventivo sulle leggi elettorali si giustifica soltanto nella misura in cui il giudizio che ne consegue si estende a tutti i possibili vizi delle stesse, e non soltanto alcuni di essi, poiché soltanto in questo modo si limita (anche se non si esclude) l'eventualità di un ricorso sulla stessa legge elettorale all'indomani della sua pubblicazione.

L'intento sembra condivisibile. E tuttavia, esso appare perseguito con una certa dose di approssimazione e/o ingenuità.

Sembra di comprendere che la fonte di ispirazione della riforma, come della modifica ora segnalata, sia rappresentata dal sistema francese di controllo preventivo di costituzionalità (dal 2008, com'è noto, integrato, a seguito di una riforma costituzionale, dalla "questione prioritaria di

---

<sup>1</sup> L'altra novità consiste nell'aver differenziato tra Camera e Senato con riguardo alla percentuale di parlamentari che possono presentare il ricorso: mentre nel testo licenziato dal Senato si parlava di "un terzo dei componenti di una Camera", ora si prevede "almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica". Per inciso, appare non del tutto comprensibile, dato il ruolo che il Senato assumerà con la riforma, che una minoranza di senatori possa essere titolare della prerogativa di impugnare la legge elettorale della Camera, anche in considerazione della circostanza che, mentre la legge elettorale per il Senato è bicamerale (cfr. art. 57, comma 6, del disegno di legge di revisione costituzionale), quella della Camera non lo è.

costituzionalità”, un giudizio di tipo successivo promosso dall’autorità giudiziaria, del tipo del nostro controllo incidentale).

Ricordo che, ai sensi degli artt. 61ss. della Costituzione francese, il *Conseil constitutionnel* svolge un controllo preventivo di tipo astratto sulle leggi organiche e sui regolamenti delle assemblee parlamentari, nonché, su richiesta del Presidente della Repubblica, del Primo ministro, del Presidente dell’Assemblea nazionale e del Presidente del Senato, anche sulle altre leggi; in caso di esito negativo del controllo, la legge “non può essere promulgata”. Il *Conseil*, in particolare, dichiara la “conformità”, ovvero la “non conformità”, della legge alla Costituzione, fornendo, nel primo caso, una vera e propria “patente di legittimità costituzionale” al testo normativo.

Si tratta, dunque, di un sistema ben diverso da quello in cui opera la Corte costituzionale italiana, la quale, ai sensi dell’art. 27 della legge n. 87/1953, si pronuncia “nei limiti dell’impugnazione”, ovvero sia è tenuta, ad oggi, e a prescindere dalla formula recata dalla disposizione costituzionale qui esaminata, soltanto a rispondere con riguardo a specifici rilievi di incostituzionalità, in osservanza del principio processuale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. In altre parole, un ricorso che, come ora sembrerebbe prospettare il nuovo testo dell’art. 13 del progetto di revisione costituzionale, non contenesse l’indicazione delle specifiche censure di incostituzionalità, sarebbe destinato ad essere dichiarato inammissibile in ragione della sua genericità.

Certo, si potrebbe obiettare che, a fronte di un’attribuzione della Corte costituzionale del tutto nuova, non sarebbe possibile utilizzare gli stessi principi processuali stabiliti nella legge n. 87/1953, essendo dunque necessaria una disciplina di attuazione *ad hoc*, idonea a regolamentare il nuovo istituto. In particolare, una riforma della legge n. 87 che si muovesse in questa direzione dovrebbe prevedere, nel caso di controllo preventivo sulle leggi elettorali, una disposizione che consenta in questo caso di poter derogare al principio del chiesto-pronunciato, con la possibilità per la Corte di scrutinare “in automatico” tutti i possibili vizi della legge.

Ma dubito che sia questa la prospettiva dalla quale muove il legislatore costituzionale. Una prospettiva di questo tipo, infatti, comporterebbe l’impossibilità di applicare il nuovo istituto sin dall’entrata in vigore della legge di revisione costituzionale, in attesa della successiva, necessaria novella della legge n. 87/1953. Al contrario, risulta piuttosto chiaro dal dibattito parlamentare che l’intento è invece quello di rendere su questo punto la riforma operativa fin da subito, come del resto si ricava anche dall’art. 39, comma 10, delle Disposizioni transitorie, ove si stabilisce, in sede di prima applicazione, che “nella legislatura in corso alla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale, su ricorso motivato presentato *entro dieci giorni da tale data* [...], le leggi promulgate nella medesima legislatura che disciplinano l’elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica” (vale a dire l’*Italicum*), “possono essere sottoposte al

giudizio di legittimità della Corte costituzionale”, la quale “si pronuncia entro il termine di trenta giorni” (c.vi aggiunti).

6. Da qui, conclusivamente, i dubbi circa la concreta idoneità dell’istituto, come congegnato nel testo licenziato dalla Camera dei deputati, a cogliere quegli obiettivi per i quali è stato in effetti concepito.

**Ilaria Rivera\***

**Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale  
(osservazioni a margine delle sentenze [n. 170/2014](#) della Corte costituzionale e  
[n. 8097/2015](#) della Corte di cassazione)**

1. “ ... l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie, e i due saranno un'unica carne” (Genesi, 2, 24).

In questi pochi versi sembra essere racchiuso tutto il senso dell'istituto matrimoniale – almeno nell'accezione cosiddetta “tradizionale” –, i cui connotati sono dati, rispettivamente, dall'eterosessualità<sup>1</sup> dei membri della coppia e dalla finalità procreativa<sup>2</sup> della stessa.

Analizzando la [sentenza n. 170 del 2014](#) della Corte costituzionale, almeno un assunto – quello dell'eterosessualità – sembra essere smentito, non tanto nel complesso argomentativo, quanto nel dispositivo finale.

Prima di addentrarci, però, tra le pieghe del ragionamento seguito dalla Corte, è opportuno ripercorrere brevemente i punti salienti della vicenda che ha generato la pronuncia costituzionale.

2. Con la [sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui “non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”. Ha dichiarato, altresì, l'incostituzionalità dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, sostitutivo dell'art. 4 della l. n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 dello stesso decreto legislativo, in quanto ne ripete “identicamente il contenuto”.

La controversia<sup>3</sup> da cui origina la pronuncia di incostituzionalità riguarda una coppia di coniugi che agiva in giudizio per ottenere la cancellazione dell'annotazione di “cessazione degli effetti civili del vincolo civile del matrimonio”, apposta *motu proprio* dall'ufficiale di stato civile in calce all'atto di matrimonio, contestualmente all'annotazione, ordinata dal Tribunale di Modena<sup>4</sup>, della rettifica del sesso di uno dei due coniugi (in particolare, del marito, dal genere *male to female*).

---

\* Dottoranda in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale presso l'Università degli studi di Pavia.

<sup>1</sup> Cfr. A.C. JEMOLO (*Il matrimonio*, in *Trattato Vassalli*, Torino, Utet, 1961, 3), il quale precisa che “All'infuori del diritto naturale o della rivelazione religiosa, è estremamente arduo forgiare una nozione universale di matrimonio che vada oltre all'unico presupposto veramente costante, della diversità di sesso tra persone che contraggono il vincolo, ed altresì alla normalità di una base sessuale del vincolo stesso”.

<sup>2</sup> In senso critico, a commento della [sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010](#), A. BERNARDO e M. IANNUZZIELLO, *Unioni civili e matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Amor che vieni, amor che vai ... Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, a cura di S. PRISCO, Napoli, 2012, 132, i quali precisano che la procreazione, sebbene costituisca uno dei fini del rapporto di coniugio, rappresenta pur sempre un'eventualità, rimessa ad una serie di fattori, non solo di volizione interna, ma anche di possibilità. E proprio la possibilità procreativa vale a sottolineare “la differenza fra il matrimonio civile e quello canonico, o meglio la diversità fra il concetto di famiglia contemplato all'art. 29 Cost. e quello giudaico-cristiano, contratto in vista del *bonum sacramenti*, del *bonum fidei* e del *bonum prolis* ...”. Sulla essenzialità della finalità procreativa, cfr. M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in [www.rivistaagic.it](#), 2010, 18.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione della vicenda concreta da cui ha preso le mosse la [sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2014](#), si veda M. BALBONI e M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *GenIUS*, 2014,1, 6 ss.

<sup>4</sup> Cfr. la sentenza n. 23 del 2009, con la quale il giudice modenese ha disposto la rettificazione del sesso di uno dei due coniugi dal genere maschile a quello femminile e il cambiamento del prenome. Con la stessa, ha ordinato altresì

Dopo aver esperito ricorso, sulla base della considerazione che tale annotazione fosse stata effettuata *contra legem*, i due ottenevano una pronuncia favorevole<sup>5</sup> dal Tribunale di Modena; annullata poi dalla Corte di appello di Bologna<sup>6</sup>, in quanto l'annotazione veniva ritenuta conforme a quanto disposto dall'art. 69 del d.p.r. n. 396 del 2000 in materia di poteri dell'Ufficiale di stato civile.

I ricorrenti adivano, quindi, la Corte di cassazione, che rimetteva<sup>7</sup> alla Corte costituzionale la relativa questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982, dubitando della compatibilità della disciplina in esame “con il sistema costituzionale, integrato dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo (da ritenersi operante come parametro interposto), di riconoscimento e tutela del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale”, paventando la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29, nonché degli artt. 10 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 12 CEDU.

In particolare, il giudice di legittimità, nel sollevare questione dinanzi alla Corte, affermava che l'Ufficiale di stato civile avesse agito correttamente in applicazione dell'art. 4 della citata legge, a mente del quale “la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso ... provoca lo scioglimento del matrimonio celebrato con rito religioso”, e che neppure la novella introdotta con l'art. 7 della l. n. 74 del 1987 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio)<sup>8</sup> comportasse l'esclusione dell'automatismo dello scioglimento del matrimonio in conseguenza del mutamento del sesso di uno dei due coniugi<sup>9</sup>. Concludeva, quindi, che la scelta compiuta dal legislatore con la l. n. 164 – peraltro confermata dall'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011 – risultasse “univocamente quella di aver introdotto una fattispecie di divorzio imposto *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori”.

Invero, il punto nevralgico della sentenza in commento, come evidenziato anche nell'ordinanza di rimessione, sembra essere rappresentato dalla necessità di operare un bilanciamento tra quanto

---

all'Ufficiale di stato civile di dare atto del cambio del nome e del genere, con relativa annotazione, nell'atto di nascita, nulla disponendo, invece, con riguardo al matrimonio.

<sup>5</sup> Cfr. Tribunale di Modena, II sezione civile, decreto 27 ottobre 2010 con nota di A. COSTANZO, *Ancora sulla rettificazione di attribuzione di sesso di persona coniugata e divorzio «imposto» (mentre entra in vigore l'art. 31, d.lg. 1.9.2011, n. 150)*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 792 ss.

<sup>6</sup> Cfr. Corte d'Appello di Bologna, decreto 4 febbraio 2011 con nota di A. COSTANZO, *Nota a Corte d'Appello di Bologna 18 maggio 2011*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 8-9, 636.

<sup>7</sup> Cfr. Corte di cassazione, I sezione, ordinanza n. 14329 del 6 giugno 2013. Per un commento all'ordinanza, v., tra gli altri, A. D'ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere” davanti alla Corte costituzionale*, in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it); A. SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio, nota ad Cass., I sez. civ., ord. interoc. 6 giugno 2013, n. 14329*, in *La giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, 33-41.

<sup>8</sup> Tale articolo, intervenendo sulla l. n. 898 del 1970, in materia di divorzio, ha introdotto una nuova ipotesi di scioglimento del matrimonio data dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione (art. 3, n. 2, lett. g), statuendo che “nel caso in cui sia passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. n. 164/1982 cit., lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandata dai due coniugi”. Da qui il dubbio se lo scioglimento del matrimonio a seguito di sentenza di rettificazione di sesso operi *ope legis* oppure su richiesta di parte. Nel senso che lo scioglimento possa essere subordinato ad istanza dei coniugi, cfr. G. Palmeri, *Il cambiamento di sesso*, in *Il governo del corpo*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ E P. ZATTI (curr.), in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 720; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, Milano, 2013, 99.

<sup>9</sup> Cfr. S. GROSSO, *Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito della rettifica di sesso nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale: “soluzione obbligata” o “pilatessa”?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).



disposto dalla legge – e, specificatamente, dall’art. 4 della l. n. 164 del 1982<sup>10</sup> – e la *reale* volontà degli sposi.

Non vi sarebbe stata alcuna difficoltà, infatti, se i coniugi, a seguito della sentenza di rettificazione dell’attribuzione del sesso, avessero considerato l’intervenuto cambiamento fisico come momento di esaurimento dell’iniziale progetto matrimoniale. Ciò che invece ha creato problemi, al punto da determinare il giudizio di costituzionalità, è dato dalla volontà della coppia di continuare, nonostante il mutamento dei connotati sessuali primari di uno dei due membri, ad investire in quel comune progetto di vita. Ed è proprio a questo che la Corte costituzionale sembra dare rilievo: al pregresso vissuto familiare che – si potrebbe dire – consentirebbe di rafforzare quella *naturalità*<sup>11</sup> che l’art. 29 Cost.<sup>12</sup> sottintende.

Come evidenziato dallo stesso giudice delle leggi, il venir meno del carattere dell’eterosessualità pone la coppia al di fuori del paradigma matrimoniale costituzionalmente tutelato dallo stesso art. 29 Cost.<sup>13</sup>, ma non ne comporta comunque la derubricazione a mera unione di fatto tra persone dello stesso sesso, “poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri ... che ... non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili” (cons. dir. 5.1).

---

<sup>10</sup> Occorre segnalare, peraltro, che, al momento in cui si scrive, il Tribunale di Trento, con ordinanza del 9 agosto del 2014, ha sollevato nuovamente questione di legittimità costituzionale della l. n. 164 del 1982 (segnatamente, art. 1, comma 1), nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione del sesso all’intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari, denunciando la violazione degli artt. 2, 3, 32, e 117, primo comma, Cost., con riguardo all’art. 8 CEDU in quanto “subordinare il diritto di scegliere la propria identità sessuale alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da effettuarsi tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico, finisce col pregiudicare irrimediabilmente l’esercizio del diritto stesso, vanificandolo integralmente. Pare evidente il conflitto tra il diritto individuale all’identità sessuale (e la relativa autodeterminazione), e l’imposizione del requisito della modifica dei caratteri sessuali primari, necessario per ottenere la rettificazione dell’attribuzione di sesso”. In Germania, ad esempio, è possibile la rettificazione anagrafica del sesso con la mera modifica dei caratteri sessuali secondari: si tratta della c.d. piccola soluzione (*Kleine Lösung*). Con l’ordinanza BVerfG, 1 BVR 3295/07 il Tribunale costituzionale federale tedesco supera infatti la distinzione tra piccola e grande soluzione, arrivando a sanzionare l’art. 8 del *Transsexuellengesetz* nella parte in cui imponeva l’infertilità e l’intervento chirurgico ai fini della rettificazione sessuale.

<sup>11</sup> Al tal riguardo, è opportuno far rinvio alle parole pronunciate da V.E. ORLANDO, il quale, nella seduta del 10 marzo del 1947 dell’Assemblea Costituente, a proposito della discussione sull’espressione “la famiglia è una società naturale” da inserire nel dettato costituzionale dell’art. 29, sottolinea icasticamente: “Ma che vuol dire? Perché naturale? Intanto, non sarà la famiglia una società sin dal principio; perché in due non si fa una società nel senso di gruppo sociale. Ma perché — ripeto — naturale? Volete dire, perché originaria? Beh!, ma in questo senso, tutto è naturale ... Naturale, adunque, originaria, forse perché deriva dall’unione sessuale? Che se si vuole, con questo, tornare alla definizione romana di quel diritto che, *natura omnibus animalibus docuit*, si commette un errore, perché fra gli animali non vi è matrimonio e non vi è famiglia: il matrimonio, la famiglia sono istituzioni squisitamente, esclusivamente umane”, concludendo con un interrogativo, “Che cosa può valere, in un testo legislativo, una definizione di questo genere?”. Alle medesime conclusioni, ovvero sull’oscurità del riferimento alla naturalità dell’istituto familiare, seppur tramite approdi diversi, cfr. P. CALAMANDREI, nella seduta del 23 aprile del 1947, chiarisce che “Dal punto di vista logico ritengo che sia un gravissimo errore, che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come una ingenuità, quello di congiungere l’idea di società naturale — che richiama al diritto naturale — colla frase successiva «fondata sul matrimonio», che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico è, per me *una contraddizione in termini*” (corsivi nostri).

<sup>12</sup> Proprio sulla base della lettera di cui all’art. 29, si è arrivati, con la riforma del diritto di famiglia, che adeguava le norme codicistiche al dettato costituzionale, a riconoscere la parità morale e giuridica dei due coniugi, passando da un modello matrimoniale gerarchico ad uno associativo. In tal senso, v. anche [Corte cost. n. 254 del 2006](#).

<sup>13</sup> Cfr. [Corte cost. ord. n. 4 del 2011](#), nella quale il giudice delle leggi, riprendendo la precedente [sent. n. 138 del 2010](#), ribadisce che l’art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio così come definita nel Codice civile del 1942, ossia come unione tra persone di sesso diverso, nozione, questa, che non è superabile in via ermeneutica in considerazione della disomogeneità sussistente tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali. Ciò nonostante non sarebbe precluso al legislatore intervenire al fine di introdurre una specifica disciplina a tutela delle coppie omosessuali. Sul fatto che l’eterosessualità sia requisito indefettibile del matrimonio in virtù del disposto dell’art. 29 Cost., cfr. F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.; A. RENDA, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, 115 ss.

La Corte, quindi, sebbene si trovi nell'impossibilità – quanto meno in via interpretativa - di ricondurre la coppia nell'alveo dell'art. 29 Cost.<sup>14</sup>, che tutela, appunto, la famiglia quale società naturale<sup>15</sup> fondata sul matrimonio, non arriva neppure all'estrema conseguenza di negare ogni forma di tutela giuridica agli sposi.

Pertanto, nel ragionamento del giudice costituzionale, la coppia, alla luce della vigente normativa sulla rettificazione dell'attribuzione di sesso, si trova a gravitare in una situazione limbrica in cui i *desiderata* dei soggetti coinvolti finiscono per scontrarsi con la mancata regolamentazione legislativa. Ed è proprio questo vuoto che la Corte, attraverso una sentenza additiva di principio<sup>16</sup>, giunge a sanzionare. Infatti, viene dichiarata l'incostituzionalità della disposizione *de qua non per quello che prescrive, ma per quello che, invece, dovrebbe prescrivere*.

L'omissione del legislatore, infatti, – a giudizio del giudice delle leggi – non potrebbe in alcun modo andare a detrimento dei diritti dei soggetti coinvolti, come singoli e come membri della coppia. In questo senso, il giudice costituzionale richiama la precedente [sentenza n. 138 del 2010](#)<sup>17</sup>, nella quale, sebbene non si arrivi a riconoscere espressamente la legittimità costituzionale del matrimonio *same sex*<sup>18</sup>, si afferma comunque che la coppia formata da persone dello stesso sesso quale forma di stabile convivenza ha il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria

---

<sup>14</sup> Sul modello costituzionale e sulle possibili interpretazioni, cfr., tra gli altri, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 553 ss.; R. BIAGI-GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; M. SESTA, *sub artt. 29, 30, 31 Cost.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano, 2009.

<sup>15</sup> Interessante è, a tal riguardo, la critica offerta da P. CALAMANDREI, il quale sottolineava come fosse “una contraddizione in termini ... parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico”. Cfr. *Atti, Assemblea costituente*, II, seduta del 23 aprile 1947, Roma, 1951, 3282. In tal senso, anche più di recente, R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 1008, il quale parla di “attributi tra loro incompatibili”.

<sup>16</sup> A tal riguardo, si veda, tra gli altri, G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur.cost.*, 1999, 4121 ss.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 180 ss, il quale evidenzia come il giudice non potrebbe addivenire ad una pronuncia fino all'intervento del legislatore; G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, 2012, 403; E. CHELI e F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 155 ss. Per una definizione di additiva di principio, si veda, tra le altre, [Corte cost. sent. n. 301 del 2012](#), nella quale la Corte chiarisce che la pronuncia in parola si limita ad affermare “l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto ... demandando al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione e, nelle more dell'intervento legislativo, lasciando ai giudici comuni la possibilità di garantire internamente il diritto stesso tramite gli strumenti ermeneutici, sulla base della disciplina in vigore ...”.

<sup>17</sup> Con tale pronuncia, la Corte costituzionale, attraverso un'articolata e piuttosto ricca struttura argomentativa, non sempre coerente nell'assetto motivazionale esposto, dichiara l'inammissibilità della q.l.c. degli artt. 93, 96, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*, in materia di diritto di famiglia, nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, in riferimento agli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata. Dichiarò, altresì, la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale attinente agli stessi articoli, in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., in quanto il concetto di matrimonio di cui all'art. 29 Cost. non può essere esteso in via interpretativa fino a ricomprendere anche le coppie omosessuali. Per un commento alla sentenza, si veda, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio e il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur.cost.*, 2010, 1629 ss.; ID., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367; A. RUGGERI, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138/2010?*, in [Rivista AIC](#), 4/2011. In senso critico, cfr. G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. PEZZINI e A. LORENZETTI (cur.), Napoli, 2011, 143 ss. Criticamente sulla scomposizione da parte della Corte dei parametri costituzionali di cui agli artt. 2 e 29 Cost., cfr. A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, 2013, 150.

<sup>18</sup> Sul tema, si vedano, tra gli altri, B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2 luglio 2010; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s'ha da fare” dell'art. 29 ed il “si può fare” dell'art. 2 della Costituzione*, in [www.formucostituzionale.it](#); G. FERRANDO, *La “via legislativa” al matrimonio same-sex*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, 31 ss; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.

condizione di coppia, ottenendone – e qui rimanda la questione alla discrezionalità del legislatore – “nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

3. Nella sentenza annotata, così come aveva fatto nella precedente [sentenza n. 138 del 2010](#), la Corte sottolinea come l’ordinamento costituzionale italiano non precluda *ex se* il riconoscimento di uno statuto giuridico delle coppie omosessuali, con la loro eventuale equiparazione alle coppie eterosessuali, come ad esempio risulta della varietà delle fattispecie previste negli ordinamenti europei, pienamente liberi di disciplinarne o meno l’opportuno riconoscimento, ai sensi degli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza e 8 e 12 CEDU<sup>19</sup>. D’altra parte, è compito del legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità<sup>20</sup>, stabilire le forme di tutela da apprestare a tali fattispecie, sindacabili<sup>21</sup>, in ogni caso, dal giudice delle leggi, al quale è riservata “la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni, nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina” (cons. dir. 5.5). Così come aveva fatto nella citata [sentenza del 2010](#), anche in quest’occasione il giudice delle leggi sembra quindi aprire a modelli familiari alternativi rispetto a quello matrimoniale eterosessuale sulla base di un parametro diverso dall’art. 29 Cost.

E, prima di giungere alle conclusioni cui la pronuncia perviene, particolarmente interessante è il percorso argomentativo attraverso il quale il giudice delle leggi arriva a censurare l’illegittimità costituzionale dell’omissione legislativa. Infatti, a fronte della rosa di parametri costituzionali di cui la Corte di cassazione rimettente prospetta la violazione, la Corte lascia cadere alcuni petali della corolla e ne seleziona solo uno<sup>22</sup>.

In primo luogo, esclude la violazione dell’art. 29 Cost., in quanto - come anticipato - il modello matrimoniale tradizionalmente<sup>23</sup> affermatosi è quello previsto dal codice civile del 1942, fondato sul carattere dell’eterosessualità, e il giudice costituzionale, quand’anche volesse estendere in via interpretativa l’istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso, incorrerebbe nell’ostacolo del dettato costituzionale<sup>24</sup>, che potrebbe essere modificato solo dal legislatore attraverso un’apposita novella costituzionale<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost. [sentenze nn. 445 del 2002](#) e [166 del 1998](#).

<sup>20</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla Costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana. Per una storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2013, 31.

<sup>21</sup> In tal senso, cfr. G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sent. n. 170/2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in [www.articolo29.it](#), par. 3.

<sup>22</sup> Cfr. C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.it](#), 27 giugno 2014, la quale afferma che “scorrendo la motivazione della [sent. n. 170/2014](#), si scopre che la Consulta respinge quasi tutte le argomentazioni della Corte di cassazione”.

<sup>23</sup> Sul modello tradizionalista e conservatore del matrimonio, si vedano, tra gli altri, I. MASSA PINTO e C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, in [Archivio di diritto e storia costituzionali](#), 10 ss.

<sup>24</sup> In tal senso, R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell’art. 29*, in [www.forumcostituzionale.it](#); I. MASSA PINTO e C. TRIPODINA, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte Costituzionale per motivare la sentenza n. 138/2010*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 476 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2717.

<sup>25</sup> In tal senso, cfr. R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI e A. LORENZETTI (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive*, cit., 19; M. DI BARI, *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in [Rivista AIC](#), giugno 2014; V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, nota a Corte costituzionale 21 aprile 2010, n. 138, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, 4 ss.

Esclude, inoltre, la violazione del parametro *sovranazionale*<sup>26</sup>, costituito dagli artt. 8 e 12 CEDU in materia<sup>27</sup>, rispettivamente, di diritto al rispetto della vita familiare e di diritto a contrarre matrimonio, introdotti nel nostro ordinamento per il tramite degli artt. 10 e 117, primo comma, Cost. Invero, la mancanza di un consolidato *consensus* europeo in tema di diritto a contrarre matrimonio<sup>28</sup> contribuisce a valorizzare il margine di apprezzamento proprio degli Stati membri nella determinazione delle relative forme di tutela<sup>29</sup>. Nell'affermare ciò, la Corte sembra fare proprio un argomento tipico della Corte di Strasburgo, la quale, soprattutto in materie eticamente sensibili, giustifica l'assenza di un'omogeneità normativa europea che imponga una convergenza

<sup>26</sup> In senso critico in ordine all'esclusione del parametro convenzionale, v. G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., par. 3.

<sup>27</sup> In particolare, vengono richiamate le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, e *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012, in cui il giudice europeo perviene alla conclusione che l'art. 12 CEDU deve essere interpretato nel senso di ricomprendere anche il matrimonio omosessuale, sebbene gli Stati membri, nell'esercizio della propria discrezionalità legislativi, non siano costretti a prevederlo. In particolare, la Corte europea sottolinea che "la materia in oggetto deve essere considerata ... come una materia di diritti in evoluzione che non trovano un consenso generalizzato, nella quale gli Stati debbono anche poter fruire di un margine di apprezzamento quanto alla tempistica di innovazioni legislative ..." (cfr. *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., parr. 105-106). In ogni caso, la Corte di Strasburgo specifica che, laddove a livello statale vengano previste forme di tutela per le coppie eterosessuali, queste debbono essere estese anche alle coppie omosessuali (cfr. Corte EDU, *Vallianatos e al. c. Grecia*, 7 novembre 2012).

<sup>28</sup> Cfr. Corte EDU., *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012; *L. c. Latvia*, sentenza 11 settembre 2007; *Grant c. the United Kingdom*, sentenza 23 maggio 2006; Grande Camera, *Godwin c. The United Kingdom*, 11 luglio 2001; *Rees c. The United Kingdom*, 17 ottobre 2006; *van Küick c. Germania*, 12 settembre 2003; *L. c. Lituania*, 31 marzo 2008; *Schlumpf c. Svizzera*, 8 gennaio 2009; *P. v. Portogallo*, 6 settembre 2011 (in tema di diritto a sposarsi e di transessualità). Più di recente, si segnala la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hämäläinen c. Finlandia*, Grande Camera, 16 luglio 2014, nella quale la Corte europea dichiara che la legislazione finlandese - richiede la trasformazione del rapporto matrimoniale in unione registrata come preconditione per il legale riconoscimento della rettifica di sesso - non viola l'art. 8 CEDU, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, laddove preveda eguale trattamento giuridico tra le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali unite nel vincolo matrimoniale. Con tale pronuncia, la Corte europea conferma in sostanza l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Parry c. Regno Unito* del 28 novembre 2006, nella quale, nel rigettare il ricorso, chiarisce che spetta agli Stati membri, nell'esercizio del margine di apprezzamento loro attribuito, disciplinare gli eventuali effetti della rettificazione del sesso sul precedente vincolo matrimoniale. Peraltro, con riguardo alle possibili unioni tra coppie omosessuali, la Corte europea esclude che sussista una discriminazione tra le stesse e le coppie sposate, laddove l'ordinamento nazionale preveda particolari forme di tutela alternative al matrimonio e sostanzialmente differente da esso (cfr. Corte EDU., *Manenc c. Francia*, sentenza 20 ottobre 2010, in materia di pensione di reversibilità, e *Gas e Dubois c. Francia*, sentenza 15-3-2012, in materia di adozione da parte del convivente, entrambe sull'assunto che in Francia l'istituto dei PACS non sia equiparabile al matrimonio). Infine, laddove gli ordinamenti nazionali prevedano forme di tutela delle convivenze eterosessuali, il giudice europeo ha a più riprese chiarito che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in danno delle coppie omosessuali conviventi viola l'art. 8 CEDU (cfr. *Karner c. Austria* del 24 luglio 2003, *Kozak c. Polonia* del 2 marzo 2010, *PB & JS c. Austria* del 22 luglio 2007, *X c. Austria* del 19 febbraio 2013). Sul punto, si veda A. O. COZZI, *Esiste un'obbligazione convenzionale o comunitaria volta a consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso?*, in AA.VV., *La "società naturale e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI, Torino, 2010, 89 ss. Inoltre, sul concetto di "famiglia" nella giurisprudenza europea, v. V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione dei diritti umani*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, 115 ss.; G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 263 ss. Per una ricostruzione del diritto alla vita familiare nell'ambito dell'Unione europea, v. F. VARI, *Famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra diritto degli Stati membri dell'unione europea e diritto comunitario*, in [www.rivistapersona.com.ar](http://www.rivistapersona.com.ar); S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012; V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 7 ss.; A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, 241 ss. Sempre in ambito europeo, sulle unioni omosessuali, v. E. CALÒ, *La Corte di giustizia e le convivenze registrate omosessuali*, in *Matrimonio à la carte*, Milano, 2009, 63 ss. Cfr., in materia di divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, Corte giust., Grande Camera, causa C-267/06, *Tadao Maruko*, sentenza 1-4-2008; causa C-147/08, *Römer c. Freie u. Hansestadt Hamburg*, sentenza 10-5-2011; V sez., causa C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole*, sentenza 12-12-2013.

<sup>29</sup> In tal senso, cfr. Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 22 novembre 2010.



delle discipline nazionali (così come nel caso *A. B. e C. c. Irlanda* del 26 maggio 2011 in tema di aborto e *S.A.S. c. Francia* del 1 luglio 2014 in tema di divieto del velo in luogo pubblico).

Vengono esclusi, infine, i parametri di cui agli artt. 24 e 3 Cost.: il primo, in quanto la coppia, non essendo più eterosessuale, non ha alcun diritto a ricorrere in via giudiziaria al fine di ottenere il riconoscimento della condizione matrimoniale; il secondo, perchè la previsione del diritto a contrarre matrimonio solo per le coppie eterosessuali non potrebbe essere intesa come un discriminatoria nei riguardi delle coppie omosessuali, ma, semmai, come espressione del libero esercizio della discrezionalità politica.

Pertanto, l'unico parametro che rimane e su cui la Corte costruisce il proprio assetto motivazionale è proprio l'art. 2 Cost., che, così come prospettato, consentirebbe alla coppia in questione quel riconoscimento giuridico della propria unione, senza consentire però il diritto a permanere nel vincolo matrimoniale previsto dall'art. 29 Cost.

Ai sensi dell'art. 2 Cost., infatti, la coppia per la quale è sopraggiunta una condizione di omosessualità (quanto meno per i caratteri fenotipici esteriori) è degna di essere riconosciuta e salvaguardata<sup>30</sup> in ragione della pretesa alla piena realizzazione personale e di coppia. Com'è noto, la citata norma costituzionale offre copertura alla libera determinazione dell'individuo<sup>31</sup>, negli accenti individualistici e nelle manifestazioni sociali che assume. Esso, dunque, si pone a presidio della dignità della persona umana in tutte le sue possibili declinazioni<sup>32</sup>. Pur tuttavia – come emerge dalle parole della Corte – resta il problema di conciliare il progresso vissuto familiare della coppia, e quindi la scelta<sup>33</sup> di rimanere insieme (che rientra, dunque, nel paradigma dell'art. 2 Cost.) con il limite dell'eterosessualità del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. È questa esigenza di bilanciamento a condurre la Corte alla specifica declaratoria di incostituzionalità.

A ben guardare, la questione nodale che viene immediatamente in rilievo leggendo la pronuncia in commento riguarderebbe non tanto il “riconoscimento” della coppia – che deriva più o meno

---

<sup>30</sup> Infatti, nella nozione di “formazione sociale”, alla cui tutela presiede l'art. 2 Cost., rientra anche l'unione omosessuale, sebbene si deve escludere che il riconoscimento giuridico della stessa, attraverso una disciplina normativa a carattere generale, “possa essere realizzata *soltanto* attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio” ([sent. n. 138 del 2010](#)) (corsivo nostro).

<sup>31</sup> A tal riguardo M. M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione ed implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur. di merito*, 3/2012, 570, qualifica proprio la libertà dell'individuo di esprimere, anche attraverso il mutamento dei connotati sessuali, la propria identità di genere come un diritto costituzionale inviolabile. Sulla distinzione tra identità di genere, identità sessuale ed identità personale, si vedano, tra gli altri, F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Digesto disc.priv.- sez.civ.*, diretto da R. Sacco – aggiornamento, Torino, 2013, 765-768; P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 713 ss. Inoltre, sulla nozione di identità sessuale, si veda Corte cost. [sent. n. 161 del 1985](#), dove la Corte chiarisce che la qualificazione della stessa non deriva solamente “dagli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita, o modificati per naturale evoluzione, ancorchè coadiuvata da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuovere il naturale sviluppo”. D'altra parte, “il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali, così come la certezza dei rapporti giuridici”. Ed ancora, “transessuale, secondo la dottrina medico-legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di “genere”) sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio ... nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il *soma* con la *psiche*” (corsivi nostri).

<sup>32</sup> Sul punto, si veda G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona (Intervento al convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma 1 settembre 2007)*, in [Rivista AIC](#).

<sup>33</sup> Sul diritto alla libertà sessuale, si veda Corte cost. [sent. n. 561 del 1987](#), secondo la quale “il diritto alla libertà sessuale, concernendo uno degli essenziali modi di espressione della persona, è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto ... inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana garantiti ai sensi dell'art. 2 Cost.”. Viene superato così il precedente orientamento, espresso nella [sent. n. 98 del 1979](#), con il quale si affermava che il diritto all'identità sessuale, da intendersi quale diritto a farsi riconoscere e registrare un sesso diverso da quello originario, acquisito mediante trasformazione chirurgica tale da far coincidere la condizione fisica con quella psicologica non rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.



direttamente dal pregresso vissuto familiare dal quale la Corte deriva l'opportunità di trasformare il matrimonio in convivenza registrata –, quanto piuttosto il bilanciamento tra la scelta della coppia di proseguire il rapporto di coniugio<sup>34</sup>, nonostante l'intervenuta rettificazione di attribuzione del sesso<sup>35</sup>, e l'interesse dello Stato<sup>36</sup> a non modificare il paradigma matrimoniale eterosessuale. Bilanciamento, questo, che sembra propendere a favore della preservazione del secondo<sup>37</sup>.

Nel fare ciò, il giudice delle leggi richiama la giurisprudenza straniera, confermando l'ormai consueto ausilio comparatistico<sup>38</sup> di cui si vale per supportare le proprie argomentazioni, e, nel caso di specie, per evidenziare la peculiarità dell'operazione di ponderazione assiologica<sup>39</sup> a cui ritiene di dover pervenire. A giudizio della Corte, infatti, “sta in ciò ... la ragione del *vulnus* che ... le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità arrecano al precetto dell'art. 2 Cost.” (cons. dir. 5.6).

Ne consegue che, a fronte della rilevanza costituzionale di entrambi gli interessi coinvolti, la Corte ritiene di non poter adottare una pronuncia manipolativa<sup>40</sup> per modificare il divorzio da “automatico” ad “istanza di parte”. Spetterà, invece, al legislatore, e con una certa sollecitudine, intervenire per introdurre una “forma alternativa (e diversa dal matrimonio)”, che consenta alla

<sup>34</sup> Nel senso che il vincolo matrimoniale deve essere frutto di “una libera scelta auto responsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze”, non potendo, quindi, essere soggetto ad alcun condizionamento, neppure temporale, cfr. Corte cost. [sentt. nn. 1 del 1992, 450 e 189 del 1991](#).

<sup>35</sup> Della quale il giudice delle leggi evidenzia la riconducibilità a quelle situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso, di cui è chiamata a valutare “l'adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore” (cons. dir. 5.6).

<sup>36</sup> In senso analogo, si veda Corte cost. [sent. 46 del 1993](#), nella quale il giudice delle leggi evidenzia la sussistenza di un interesse pubblico a favorire la formazione della famiglia legittima fondata sul matrimonio ai sensi dell'art. 31 Cost.

<sup>37</sup> Cfr. F. SAIITO, *Finchè “divorzio imposto” non vi separi. Famiglia, rettificazione di sesso e scioglimento ex lege del matrimonio*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, a cura di A. SCHILLACI, Roma, 2014, 190, il quale ben sottolinea che l'apertura alla prosecuzione del matrimonio nella [sentenza n. 170 del 2014](#) avrebbe potuto costituire un'eccezione al paradigma eterosessuale, senza scalfirne l'assolutezza dichiarata dal giudice costituzionale, al fine esclusivo di offrire adeguata tutela alla situazione concreta, ai aderenti ai fini perseguiti più volte espressi dalla stessa Corte costituzionale.

<sup>38</sup> Il riferimento è alle citate pronunce della Corte costituzionale austriaca (VerfG 8 giugno 2006, n. 17849) e della Corte costituzionale tedesca (BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05), in tema di diritto del transessuale di conservare il matrimonio contratto prima della rettificazione anagrafica del mutamento del sesso. Peraltro, sull'illegittimità del divieto, previsto dalla normativa tedesca, per una transessuale – che, pur avendo ottenuto rettificazione anagrafica del sesso, era rimasta anatomicamente un uomo – di potersi unire civilmente con la propria compagna, cfr. BvG, sentenza dell'11 gennaio 2011. Sull'utilizzo del diritto comparato nel sindacato di costituzionalità, si vedano, tra gli altri, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010; P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. ALPA (cur.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, 2005, p. 25 ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna, 2006; G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 1/2010, p. 223 ss.

<sup>39</sup> Suggestiva, a tal riguardo, è l'immagine offerta da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 209, il quale, seppur con riguardo ai principi costituzionali (ma tale discorso è valevole più in generale anche per i valori costituzionalmente rilevanti), sottolinea che “altro è bilanciare due principi, “soppesarli”, per decidere quale dei due – avendo maggior “peso” o valore – debba essere applicato e quale invece – avendo “minor” peso o valore – debba essere accantonato, altro è contemperare due principi, ossia “mescolarli nelle giuste proporzioni”, così da trovare una sorta di macro-principio che li contenga entrambi”. Sul tema, si veda, nella vastissima produzione scientifica, R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, 86 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1998, 228 ss.; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004, 216 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. VII; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Con particolare riguardo alla ponderazione nel giudizio di costituzionalità delle leggi, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. PARODI, “In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. in margine a *Diritti e argomenti di Roberto Bin*”, in *Dir.publ.*, 1995.

<sup>40</sup> Sull'inammissibilità di una pronuncia manipolativa in materia riservata alla discrezionalità del legislatore, si vedano, *ex plurimis*, Corte cost., [ordd. nn. 195 e 138 del 2013](#).

coppia di non risentire eccessivamente del passaggio da un condizione di piena tutela ad una di protezione *dimidiata*.

4. Ora, la [sentenza n. 170](#) sembra presentare – seppur nella brevità delle argomentazioni offerte che la differenziano dalla ben più ricca esposizione della [sentenza n. 138 del 2010](#) – una serie di criticità difficilmente superabili.

Innanzitutto, la scelta di intervenire con una pronuncia additiva di principio<sup>41</sup>, con tutte le sue difficoltà applicative, in luogo di una pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore, sembra nascere dall'esigenza di segnalare il carattere emergenziale dell'odierna situazione ordinamentale, nella quale alla frantumazione del modello familiare convenzionale fondato sul matrimonio eterosessuale fa da contraltare la progressiva proliferazione di assetti familiari diversificati<sup>42</sup>, non più legati da vincoli legalmente riconosciuti ma da legami *affettivi effettivi*. In considerazione della mutevolezza dei tempi e dell'evoluzione della coscienza sociale, la Corte sembra intervenire con tale forma di decisione per non far cadere nel vuoto il monito al legislatore a provvedere quanto prima, stante l'impossibilità per il giudice di decidere fino all'intervento di quest'ultimo<sup>43</sup>.

D'altra parte, la Corte ha già chiarito che la possibilità per il legislatore di adottare una disciplina specifica – che adegui il dettato costituzionale ai cambiamenti storico-sociali<sup>44</sup> – non trova un ostacolo nell'interpretazione restrittiva che la Corte dà ancora all'art. 29 Cost., nella sua accezione tradizionale, quale società naturale *perché* fondata sul matrimonio *eterosessuale*. È evidente la tenacia con la quale il giudice costituzionale ribadisce come il modello familiare di cui all'art. 29 Cost, sebbene non si “cristallizzi” nel significato datone al momento dell'approvazione del testo costituzionale<sup>45</sup>, non possa essere interpretato estensivamente<sup>46</sup> di modo da accogliere in sé qualunque rapporto<sup>47</sup> la cui legittimazione derivi dalla mera comunione di affetti. Ma è altrettanto

---

<sup>41</sup> Interessante, a tal proposito, è la ricostruzione offerta da A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito dell'originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 2014 (13 giugno 2014), il quale sottolinea che “l'additiva di principio può tutt'al più esprimere nere una carica di persuasività maggiore di quella racchiusa in una decisione di rigetto con monito: nei fatti, però, il quadro normativo di risulta non muta”.

<sup>42</sup> Si rinvia a A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità](#), cit., 5, laddove afferma che “... accanto alla famiglia in senso stretto (o strettissimo), quale definita nell'art. 29 cost., nella interpretazione datane dalla Corte, avremo delle unioni “*parafamiliari*”, composte da soggetti (omosessuali o eterosessuali che siano) che non abbiano avuto un “*presso vissuto*” familiare, quale quello caratterizzante i soggetti protagonisti dell'odierna vicenda, e, ancora distinta da tali unioni, una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare “*quasi familiare*” (o “*familiare*” *minus quam perfecta*), risultante dai soggetti stessi”.

<sup>43</sup> Come efficacemente evidenziato da P. VERONESI (*Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#)), la pronuncia in commento determinerebbe, in tal caso, un “doppio effetto paralizzante”, non potendo il giudice *a quo* applicare la norma dichiarata incostituzionale, né, tantomeno, applicare il principio espresso dalla Corte in attesa dell'intervento legislativo.

<sup>44</sup> Cfr. A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità per «mancanza di alternative»*, in *Quad.cost.*, 3/2014, 673, il quale opportunamente chiarisce, proprio con riguardo alla possibilità di estendere l'istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali, che “la capacità delle norme costituzionali è proprio quella di vivere nel tempo e di assumere anche significati diversi, che il testo non è tutto, però non può nemmeno essere niente; non possiamo far dire alle norme costituzionali cose completamente diverse da quello che le norme costituzionali volevano dire ...”, concludendo, quindi, che il legislatore ben può apprestare alle coppie omosessuali forme di riconoscimento diverse dal matrimonio, senza che ciò configuri una discriminazione.

<sup>45</sup> Sull'importanza di ricostruire la “volontà dei Costituenti”, v. M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1 ss. Analogamente, nel senso di non interpretare in senso storicamente “cristallizzato” una disposizione costituzionale, cfr. [Corte cost. sent. n. 135 del 2002](#), con riguardo alle forme di limitazione della libertà di domicilio, di cui all'art. 14 Cost.

<sup>46</sup> A tal riguardo, C. LUZZATI (*Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012, 218) sottolinea come la Corte nell'interpretare il dettato costituzionale si troverebbe di fronte ad una duplice possibile: o abbracciare un'interpretazione restrittiva utilizzando l'argomento a contrario ovvero una estensiva che tenga conto dei cambiamenti sociali e culturali. In entrambi i casi si tratterebbe però di interpretazione “creativa”.

<sup>47</sup> “... è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio, siccome dotati della duttilità propria dei principi costituzionali, non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore e,

evidente che, pur così inteso, l'art. 29 non impedisce che, accanto al *modello tradizionale* vi sia il riconoscimento, per via legislativa, di altre “formazioni sociali” meritevoli di tutela.

Così operando, la Corte sembra evidenziare una nozione di famiglia “a due velocità”<sup>48</sup>, in cui le coppie eterosessuali godrebbero del diritto a contrarre matrimonio in virtù del sopra citato art. 29 Cost., mentre le coppie omosessuali potrebbero acquistare di eguale diritto solo a seguito di uno specifico intervento legislativo, che a questo punto è necessitato dall'art. 2, Cost..

5. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, sorge quindi un interrogativo al quale è opportuno cercare di fornire una risposta. Nella prospettiva così delineata, occorre chiedersi cosa si intenda per *famiglia*<sup>49</sup>, o, meglio, cosa si intenda per famiglia quale *società naturale fondata sul matrimonio*<sup>50</sup>.

La vicenda oggetto della sentenza annotata, in effetti, non può che essere letta a partire da questo interrogativo. La necessità di offrire una risposta legislativa certa che tuteli la *famiglia*<sup>51</sup>, in qualunque modo essa si atteggi, non è certamente agevolata dalla pluralità culturale e dal pregiudizio che a volte animano il dibattito pubblico sul punto. Sebbene il dettato costituzionale – e, segnatamente, l'art. 2 – sancisca la prevalenza logico-ontologica dell'uomo rispetto alle istituzioni statali<sup>52</sup>, sembra ancora lontano il riconoscimento della piena affettività, così come si determina

---

quindi, vanno interpretati tenendo conto delle trasformazioni dell'ordinamento e dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo duro della norma ... [II] significato del precetto costituzionale non può essere superato in via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa di una norma che non prese in considerazione le unioni omosessuali, ma intese riferirsi al matrimonio nel suo significato tradizionale” ([sent. n. 138 del 2010](#)). In senso critico, sulla possibilità di ricavare in via ermeneutica dalle norme costituzionali concetti non immediatamente riconducibili alle stesse, cfr. A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale ...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 2010, 6-7.

<sup>48</sup> Cfr. M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di uguaglianza (A proposito della questione omosessuale)*, in *Questione giustizia*, 2007, 2, 16.

<sup>49</sup> Sulla differenza tra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia di fatto, si veda [Corte cost. sent. n. 140 del 2009](#), nella quale il giudice delle leggi, dichiarando la non fondatezza della q.l.c. dell'art. 384, co.1, c.p., nella parte in cui non contempla tra i beneficiari della scriminante anche il convivente *more uxorio*, precisa che “la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale ... e tale diversità giustifica che la legge possa riservare trattamenti giuridici non omogenei”. Così, anche [sentenze nn. 86 del 2009](#), [374 e 372 del 2004](#), [127 del 1997](#) e ord. n. [404 del 1998](#). La diversità di trattamento tra i due istituti, infatti, si giustifica, a giudizio della Corte, “in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo [matrimoniale]” ([ord. n. 491 del 2000](#)). Circa l'equiparazione delle coppie eterosessuali di fatto alle coppie eterosessuali coniugate in taluni ambiti, quali la successione nel contratto di locazione alla morte del conduttore convivente ([Corte cost. sent. n. 404 del 1988](#)) o l'assegnazione della casa popolare a seguito di cessazione di stabile convivenza ([Corte cost. sent. n. 559 del 1989](#)). Si segnala, peraltro, [Corte cost. ord. n. 204 del 2003](#), nella quale la Corte dichiara la manifesta infondatezza della q.l.c. dell'art. 6 della l. n. 392/1978, nella parte in cui non prevede, in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, la successione nel contratto di locazione del convivente, anche in mancanza di prole, specificando che, data la diversità della convivenza *more uxorio* rispetto al rapporto coniugale, non è possibile un'equiparazione, non essendo invocabile “né il principio di uguaglianza né le argomentazioni contenute nella [sentenza n. 404 del 1988](#) a sostegno dell'esigenza di tutelare il nucleo familiare sul presupposto dell'esistenza della prole naturale”. Cfr. anche la [sent. n. 166/1998](#), sull'assegnazione della casa al genitore naturale affidatario di un minore in caso di scioglimento di una convivenza *more uxorio*. Sul punto, v. L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: preter o contra constitutionem?*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

<sup>50</sup> A tal riguardo, si vedano, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, in [www.forumcostituzionale.it](#), R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., 1066 ss.; I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 11 luglio 2008; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale- relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, “La famiglia davanti ai suoi giudici”*, Catania, 7-8 giugno 2013, in [www.gruppodipisa.it](#).

<sup>51</sup> Parla di “famiglia in frantumi” F.D. BUSNELLI, *Prefazione al volume La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, D. AMRAM e A. ANGELO (curr.), Padova, 2011, IX.

<sup>52</sup> Così, Aldo Moro, nell'Adunanza Plenaria dell'Assemblea Costituente del 15 gennaio 1947, osservava che “la famiglia è una società naturale ... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in

nella natura di ciascuno. Pare emergere sullo sfondo del dibattito politico la tendenza a dissociare un astratto diritto all'autodeterminazione dal diritto di *poter fare* delle proprie inclinazioni l'essenza del proprio essere. Quasi a voler dire che il diritto del singolo alla propria affettività<sup>53</sup> si *complica* quando diventa diritto della coppia a veder legalmente riconosciuto quell'affetto che intimamente la unisce.

Peraltro, di fronte alle molteplici realtà familiari che si vanno ormai delineando nel panorama ordinamentale moderno<sup>54</sup>, è legittimo attendersi che anche il legislatore italiano provveda a disciplinare quelle situazioni<sup>55</sup> che, ancorchè fuori dagli schemi tradizionali<sup>56</sup>, rappresentano il

---

questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di cui delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita". Particolarmente felice è l'immagine offerta da A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948, III, secondo il quale la famiglia è come un'isola che il diritto deve limitarsi a lambire. Ciò a riprova del carattere *naturale* della sua origine e della sua stessa essenza.

<sup>53</sup> Sembra ormai in declino l'assioma matrimonio-famiglia, la quale trova ormai piena esplicitazione a prescindere dalla formale contrazione del rapporto matrimoniale, così come sembra sganciarsi progressivamente dalla mera possibilità procreativa della stessa, superando, così, anche l'ideale funzionalizzazione della coppia alla prosecuzione della stirpe. Si valorizza, in questo modo, esclusivamente il dato affettivo che lega i membri della coppia, avulso da qualsiasi implicazione genitoriale. Cfr. F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2014, 11 e 15, il quale osserva, con riguardo all'ormai pacifica equiparazione della famiglia di fatto alla famiglia "tradizionale", che "nel nuovo quadro normativo è la procreazione (naturale o assistita) che determina la nascita della famiglia, anche in mancanza di un matrimonio ... Il matrimonio, anche a seguito degli interventi della Corte costituzionale e del legislatore, ha ormai perso il ruolo di elemento fondante della famiglia". In verità, tale assunto risulta parzialmente condivisibile poiché – come anticipato – è sempre più frequente rivenire nuovi modelli familiari anche in assenza di prole, propria o adottata, nei quali l'elemento unificante è rappresentato dal sentimento d'amore che fonda il legame.

<sup>54</sup> Sul punto si veda R. IBRIDO, A. ROMANO e A. SCHILLACI, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiale di diritto comparato*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). E' interessante notare come le Corti costituzionali europee abbiano interpretato le rispettive norme costituzionali disciplinanti l'istituto del matrimonio nel senso di non vietare né imporre il riconoscimento di quello omosessuale (cfr. *Cour d'Arbitrage* belga, n. 159/2004 del 20 ottobre 2004; *Tribunal Constitucional* portoghese, n. 359/2009, *Tribunal Constitucional* spagnolo, sentenza n. 121/2010; *Conseil Constitutionnel* francese, sentenza del 17 maggio 2013, n. 2013-669; *Supremo Tribunal Federal* brasiliano, ADPF 132/RJ del 5 maggio 2011). Nell'ordinamento americano - dopo la nota pronuncia *Lawrence v. Texas* del 26 giugno 2003, con la quale il supremo giudice americano dichiara l'incostituzionalità della legge texana che criminalizzava i comportamenti sessuali tra omosessuali, in base all'assunto che in una relazione affettiva stabile riveste carattere fondamentale la sfera sessuale, che contribuisce ad integrarla e a completarla - assume particolare rilievo la recente sentenza del giugno 2013 (*United States v. Windsor 570 US*, 2013), con la quale la Suprema Corte federale ha dichiarato l'incostituzionalità della *Section III del Defense of Marriage Act (DOMA)* del 1996 in quanto non riconosceva, a livello federale, il matrimonio omosessuale previsto al contrario a livello statale. L'argomentazione della Corte, pertanto, più che soffermarsi sull'istituto matrimoniale in sé, ricostruisce la propria argomentazione evidenziando la disparità di trattamento che si viene a determinare a livello statale e a livello federale. Con la sentenza *Hollingsworth v. Perry*, sempre del 26 giugno 2013, la Corte suprema ha confermato da decisione in primo grado di incostituzionalità della *Proposition 8*, di modifica della Costituzione della California, con cui si introduceva una definizione di matrimonio esclusivamente eterosessuale. A ben vedere, però, in tale pronuncia la Corte Suprema non entra nel merito della vicenda, limitandosi a dichiarare la mancata legittimazione ad agire dei ricorrenti. Ciò in quanto la disciplina in materia di matrimonio è a appannaggio degli Stati membri e la Corte Suprema può pronunciarsi solo sugli eventuali rapporti tra normativa federale e quella statale. Per una disamina dell'istituto del matrimonio negli Stati Uniti, cfr. M. CALIARO, *Il same-sex marriage negli stati Uniti d'America*, Padova, 2006. Peraltro, si rammenta che, al momento in cui si scrive, la Corte suprema americana ha concesso un *writ of certiorari* su quattro ricorsi presentati da alcune coppie omosessuali del Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee contro la pronuncia della Corte di Appello del VI *circuit* che aveva riconosciuto la legittimità costituzionale dei cd. *same-sex marriage* di quegli Stati. Tale pronuncia, attesa per giugno, è stata resa possibile proprio dalla divergenza giurisprudenziale sul *same sex marriage* che si è riscontrata tra le Corti federali d'appello. In particolare, la richiesta di *certiorari* ad oggetto due quesiti: se il XIV emendamento (*equal protection clause*) imponga agli Stati membri di concedere le licenze matrimoniali alle coppie omosessuali e se lo stesso emendamento imponga agli Stati di riconoscere il matrimonio "legalmente autorizzato e contratto" al di fuori del proprio territorio. In America, peraltro, proprio grazie allo spiccato fervore giurisprudenziale, il matrimonio omosessuale è riconosciuto in quasi 30 Stati su 50, a dimostrazione della patente sensibilità alla tematica omosessuale.

<sup>55</sup> Sulla falsariga delle partnership previste ad esempio nell'ordinamento inglese ovvero in quello tedesco, oppure in senso conforme ai PACS francesi (applicabili sia alle coppie eterosessuali sia a quelle omosessuali). Sulla pluralità dei modelli, cfr. M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze: profili internazionalprivatistici*, in *Il nuovo diritto di famiglia*,



luogo in cui si intrecciano relazioni affettive e familiari. Con la precauzione, ovviamente, che in tematiche come questa ad alto tasso di *eticità*, le scelte legislative devono essere il portato di un dibattito politico consapevole, attento alla mutevolezza dei tempi e delle esigenze sociali.

Come autorevolmente osservato<sup>57</sup>, infatti, i diritti “non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere”. L’opportunità che questi vengano riconosciuti deve contemperarsi con il comune sentire sociale<sup>58</sup> e non può prescindere dalla considerazione delle altre realtà al di fuori dei confini nazionali<sup>59</sup>.

---

Trattato diretto da G. FERRANDO, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 1109 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2014. Si segnala che, al momento in cui si scrive, sono stati presentati diversi disegni di legge riguardanti, più ampiamente, l’introduzione di patti di convivenza, riuniti poi in un unico progetto, depositato il 2 luglio 2014 e rubricato come “Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”. Si tratta di un progetto di legge composto da due titoli: il primo volto ad introdurre le unioni civili (solo omosessuali), ed il secondo volto ad istituire il c.d. contratto di convivenza (sia per le coppie omo che eterosessuali), stipulato attraverso atto pubblico davanti ad un notaio. Particolarmente rilevante, al fine di comprendere l’esatta portata della novità che si intende introdurre nell’ordinamento, è l’art. 3 del Progetto, che, a seguito delle audizioni svolte in Commissione giustizia del Senato, non contempla più il rinvio in toto alla disciplina matrimonio, bensì il rinvio puntuali a singole disposizioni codicistiche. Si è trattata di una scelta politica, al fine di evitare una equiparazione pedissequa tra il rapporto coniugale e l’unione civile, i quali continuano a differenziarsi per *nomen e presupposti* (diversità/identità di sesso). L’unione civile presenta quindi una disciplina specifica.

<sup>56</sup> In senso critico, cfr. B. PEZZINI (*Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 2010, 2725-2726, la quale evidenzia il rischio che l’introduzione dell’unione civile possa contribuire ad istituzionalizzare un regime di tolleranza, ma non di equiparazione, per le coppie omosessuali.

<sup>57</sup> Cfr. N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, 9 ss.

<sup>58</sup> Cfr. A. SCHILLACI, *Premessa*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, a cura di A. Schillaci, Roma, 2014, 21, il quale mette in evidenza come solo la valorizzazione dell’effettività personale e familiare consente la riconsiderazione degli istituti familiari tradizionali.

<sup>59</sup> Si fa riferimento alla recente vicenda relativa alla trascrizione di matrimoni di coppie omosessuali contratti in altri Stati, effettuata da alcuni ufficiali di stato civile di diversi Comuni. A seguito del riconoscimento effettuato da alcuni Sindaci, tra cui quello di Bologna e di Roma, il Ministero dell’Interno provvedeva a diramare una circolare (il cui testo è consultabile in [www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it)) con la quale evidenziava l’illegittimità dell’operazione in atto, alla luce del quadro normativo italiano ed europeo. Si segnala, peraltro, che, al momento in cui si scrive, il T.A.R. del Lazio – Sez. I *ter*- ha confermato, in sede cautelare, con due decreti monocratici, l’annullamento disposto dal Prefetto di Roma dei matrimoni omosessuali contratti all’estero, rigettando il ricorso di due coppie omosessuali. Peraltro, a seguito della pronuncia del T.A.R., lo stesso Comune di Roma ha proposto ricorso al giudice amministrativo per ottenere l’annullamento del decreto del 31 ottobre 2014 con il quale il Prefetto ha intimato la cancellazione delle trascrizioni sui registri di stato civile, ritenuto viziato da incompetenza e, comunque, da eccesso di potere sotto vari profili, e quindi palesemente nullo, illegittimo ed errato. Sull’intrascrivibilità, nei registri di stato civile, del matrimonio fra omosessuali contratto all’estero per l’inidoneità a produrre effetti nell’ordinamento giuridico italiano, si veda anche [Cass. Sez. I civ. sentenza 15 marzo 2012, n. 4184](#) con note di M. WINKLER e F. CHIOVINI, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti sulle coppie omosessuali*, in *Giustizia civile*, 2012, 7-8, 1691 ss.; A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale tra in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012. Tale pronuncia rileva in quanto, inserendosi nella solco della [sentenza costituzionale n. 138 del 2010](#) e della successiva sentenza europea *Schalk* del 2010, motiva l’intrascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all’estero non sulla base della sua contrarietà ad ordine pubblico ai sensi dell’art. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 ovvero perché inesistente, ma perché inidoneo a produrre effetti giuridici nell’ordinamento italiano, ben potendo però essere riconosciuti singoli diritti ai membri della coppia. Così, più di recente, Trib. Pesaro, decreto del 14 ottobre 2014. *Contra*, Trib. Latina, decreto 10 giugno 2005, con nota di M. ORLANDI, *Matrimonio contratto all’estero da cittadini italiani dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia*, in *Giur.mer.*, 2005, 2292 ss.; Corte App. Roma, decreto 13 luglio 2006, con nota di M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 169 ss. Più di recente, l’ordinanza del Tribunale di Grosseto (9 aprile 2014) con la quale il giudice, in controtendenza rispetto all’andamento generalizzato, ordina all’ufficiale di stato civile di provvedere alla trascrizione del matrimonio omosessuale contratto da una coppia di cittadini italiani a New York sulla base, fondamentalmente, dell’assunto che quest’ultimo non si pone in contrasto con l’ordine pubblico. In tal modo, il giudice toscano riprende le argomentazioni espresse dalla Corte di cassazione nella [sentenza n. 4184/2012](#), portandole però alle estreme conseguenze (cfr. R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e dei giudici di meriti*, in *Questione giustizia*, 2014). Da ultimo, si segnala la sentenza della Corte di cassazione, Sez. I, n. 2400 del 9 febbraio 2015, nella quale il giudice di legittimità, sebbene rigetti la richiesta di pubblicazioni matrimoniali fra persone dello stesso sesso, chiarisce che l’unione omosessuale riceve “diretto riconoscimento costituzionale dall’art. 2 Cost.” e che



6. La vicenda oggetto della [sentenza n. 170/2014](#) della Corte costituzionale, peraltro, è tornata dinanzi alla Corte di cassazione con la [sentenza n. 8097 del 21 aprile 2015](#), nella quale, nella prospettazione del proprio assetto motivazionale, il giudice di legittimità rinvia alle argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nella pronuncia in commento. Più nello specifico, risulta particolarmente significativo il passaggio nel quale i giudici di legittimità chiariscono come la qualificazione della pronuncia come additiva di principio (rivolta al legislatore) – che contempla l’invito al legislatore ad introdurre quanto prima per regolamentare le unioni così divenute omosessuali - non preclude *medio tempore* l’intervento del giudice, ritenendosi la suddetta pronuncia “autoapplicativa e non meramente dichiarativa”<sup>60</sup>. Invero, sebbene il sistema normativo attuale non consenta la possibilità di contrarre il matrimonio alle coppie omosessuali né, tantomeno, consenta alle stesse, divenute tali a seguito della rettificazione anagrafica di sesso di uno dei due componenti, di permanere nel vincolo coniugale, “non può essere costituzionalmente tollerato ... che per effetto del sopravvenuto non mantenimento matrimoniale tali unioni possano essere private del nucleo dei diritti fondamentali e doveri solidali propri delle relazioni affettive sulle quali si fondano le principali scelte di vita e si forma la personalità sul piano soggettivo e relazionale”. Si sottolinea, pertanto, che la peculiare tecnica decisoria adottata dal giudice costituzionale – ovvero la additiva di principio – non sia di per sé incompatibile con l’applicazione che del principio si dà in via giudiziaria, in virtù del carattere imperativo ed immediatamente applicabile ai sensi dell’art. 136 Cost.

La Cassazione specifica che, in sede di risoluzione della specifica controversia così come si prospetta a seguito della pronuncia costituzionale, è necessario che il giudice individui sul piano ermeneutico una regola concreta che inveri il principio astrattamente espresso dal giudice delle legge; principio che – come chiarito dalla stessa Corte di cassazione – individua in modo puntuale il nucleo dei diritti fondamentali degni di essere protetti, tali da ingenerare l’obbligo per il giudice – in attesa dell’intervento del legislatore - di rimuovere gli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell’unione. Tale modalità operativa ed opzione ermeneutica viene giudicata dalla Corte “obbligata” e non comporta l’estensione generalizzata del vincolo matrimoniale alle coppie omosessuali, ma solo il riconoscimento concreto del mantenimento del vincolo legittimamente contratto tra le parti ricorrenti. Il fine – come specificato – è quello di evitare che si determini propria quella situazione di indeterminatezza giuridica, peraltro stigmatizzata dalla stessa Corte costituzionale.

Altro punto nodale della pronuncia di legittimità che sembra risaltare nell’impianto motivazionale concerne la qualificazione della coppia dei soggetti che agiscono in giudizio. Si tratta, infatti, a giudizio della Cassazione, di una coppia legata non già da una relazione di fatto, sebbene costituzionalmente tutelabile in ossequio all’art. 2 Cost., bensì di una unione matrimoniale, in quanto tale caratterizzata dal massimo grado di protezione giuridica. Ed in tal senso il giudice di legittimità giustifica il riconoscimento della singolare condizione che lega la coppia in questione, la

---

“può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali”. Si segnala, da ultimo, la recentissima sentenza n. 3907 del 9 marzo 2015 del T.A.R. Lazio, sez. I-ter, con il quale il giudice amministrativo ha annullato i decreti del Prefetto di Roma e del Ministro dell’Interno di annullamento delle trascrizioni dei matrimoni tra coppie dello stesso sesso contratti all’estero, sulla base – in sostanza – dell’assunto che “l’annullamento di trascrizioni nel registro dello stato civile di matrimoni contratti da persone dello stesso sesso, celebrati all’estero, può essere disposto solo dall’Autorità giudiziaria ordinaria”. E quindi “il Ministero dell’Interno e le Prefetture, quindi, non hanno il potere di intervenire direttamente, annullando le trascrizioni nel registro dello stato civile di matrimoni contratti da persone dello stesso sesso, celebrati all’estero”.

<sup>60</sup> In senso critico, cfr. A. RUGGERI, [Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa *Rivista*, [2015/1](#) (28.04.15), 6, il quale sottolinea come, in realtà, la Cassazione non solo ricava dalla [sentenza n. 170 del 2014](#) un principio “eccentrico” rispetto al dictum formulato dal giudice costituzionale ma, addirittura, del tutto fuorviante, in quanto incentrato sull’unica opzione ermeneutica esclusa dal giudice delle leggi, quella “... per cui persone (*divenute*) omosessuali possono restare coniugate, pur se eccezionalmente e, appunto, a termine”.

quale non potrebbe essere paragonata ad una qualsiasi unione tra persone dello stesso sesso. In questo caso, sembra venire in rilievo e costituire il perno sul quale la Cassazione costruisce la suddetta regola concreta di cui sopra proprio il vincolo matrimoniale legittimamente contratto in passato, tale da impedire il mero adeguamento in via giurisdizionale nella titolarità dei diritti ai sensi dell'art. 2 Cost., come ribadito da ultimo nella precedente [sentenza n. 4184/2012](#), e da richiedere, al contrario, un'operazione interpretativa specifica che tenga conto della diversità rispetto alle altre unioni tra persone omosessuali e che assicuri un livello di tutela adeguato fino all'intervento legislativo atto ad introdurre forme di convivenza registrata.

La pronuncia di legittimità, quindi, sembra porre due questioni al centro delle argomentazioni espresse: una meramente processuale e l'altra di natura di regolamentazione sostanziale dei diritti controversi. Da una parte, sottolinea come, dal punto di vista prettamente processuale, la scelta del giudice costituzionale per un'additiva di principio (con monito al legislatore) non impedisce in sé l'intervento concreto del giudice laddove ricorrano due condizioni: la formulazione di un principio puntuale in grado di generale una risposta giudiziaria chiara ma, soprattutto, obbligata, e la sussistenza di una situazione emergenziale tale da richiedere la predisposizione di una specifica tutela, a maggior ragione nella condizione di vuoto normativo "costituzionalmente intollerabile", che si viene a creare a seguito della declaratoria di incostituzionalità di una norma e in attesa della necessaria disciplina legislativa. Dall'altra, la Cassazione, in attuazione del principio specificatamente dettato dal giudice costituzionale, dà risalto al vincolo matrimoniale che lega la coppia ricorrente e che ne impedisce l'equiparazione in via analogica alle altre unioni omoaffettive.

A tal riguardo, il giudice di legittimità parla di "principio della necessità immediata e senza soluzione di continuità di uno statuto sostanzialmente equiparabile ... a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate che si vengano a trovare nella peculiare situazione delle ricorrenti". Tale principio, affermato in sede di giudizio di costituzionalità, comporta, a giudizio della Cassazione, l'attribuzione alla coppia protagonista della vicenda di uno status giuridico del tutto eccentrico, laddove si riconosce la validità del previo vincolo matrimoniale ma se ne circoscrivono i confini alla condizione contingente. Pertanto, l'elaborazione in via interpretativa della regola concreta comporta, da una parte, il riconoscimento del vincolo matrimoniale e, dall'altra, la mancata estensione alle altre coppie omosessuali, in quanto omosessuali fin dal principio. A voler forzare la dizione utilizzata dal giudice di legittimità, sembra che l'esito ermeneutico di una siffatta operazione tenderebbe ad affermare l'istituto matrimoniale, al di là del paradigma eterosessuale, esclusivamente nell'ipotesi di unione divenuta, a seguito della rettificazione di sesso di uno dei due membri, omosessuale, senza comportare quindi il riconoscimento incondizionato a qualsivoglia relazione amorosa.

Ad ogni modo, in entrambe le pronunce analizzate, quella della Corte costituzionale e quella della Cassazione, sebbene attraverso formulazioni parzialmente divergenti, sembra risaltare un unico elemento significativo in grado di giustificare l'incostituzionalità dello scioglimento del vincolo matrimoniale, da una parte, e il mantenimento del vincolo stesso, dall'altra: si tratta del sopra citato "pregresso vissuto familiare" – come espresso dal giudice costituzionale – legittimamente fondato sulla celebrazione del matrimonio nella forma consentita, ossia secondo il paradigma eterosessuale, e tale da differenziare l'unione *de qua* dalle altre forme di relazioni familiari o, secondo alcuni, parafamiliari<sup>61</sup>.

7. Ponendoci su un livello più generale, astraendo dalla dimensione strettamente nazionale, può essere utile sottolineare come, nella prospettiva comparata, il matrimonio omosessuale<sup>62</sup> sia

---

<sup>61</sup> Così, A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito dell'originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), cit.

<sup>62</sup> Per una disamina complessiva dell'istituto del matrimonio omosessuale (e delle altre forme di tutela) nei principali Paesi europei, cfr. *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, a cura di P. Passaglia, e relativi aggiornamenti fino a dicembre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

riconosciuto nell'area europea in Belgio, Danimarca, Islanda, Paesi Bassi, Portogallo, Lussemburgo, Regno Unito, Svezia, Francia, Spagna, Finlandia (novembre 2014). A tale elenco si deve aggiungere la Norvegia, sebbene non faccia parte dell'Unione europea.

In particolare, si evidenzia che in Francia, era stato presentato il 7 novembre 2012 un disegno di legge che consente il matrimonio anche alle coppie omosessuali, giudicato conforme alla Costituzione dal *Conseil Constitutionnel* con decisione n. 2013-669 del 17 maggio 2013. La legge, una volta approvata dalle Assemblee parlamentari, era stata poi promulgata dal Presidente della Repubblica il 18 maggio 2013.

In Spagna, l'introduzione del matrimonio omosessuale nell'ordinamento interno si ha per il tramite della l. n. 13 del 2005, con la quale sono state modificate diverse disposizioni del codice civile, impugnata attraverso *recurso de amparo* per asserito contrasto con la disciplina costituzionale, e, segnatamente, con l'art. 32 della Costituzione. La vicenda si è conclusa con la sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 198 del 6 novembre 2012, nella quale il giudice costituzionale spagnolo arriva a giustificare la legittimità della normativa sulla base dell'assunto che l'art. 32 Cost. va interpretato nella duplice accezione di garanzia costituzionale e di diritto (costituzionale) a contrarre matrimonio. Peraltro, ciò che rileva è che la Suprema Corte spagnola addivene a consentire un'interpretazione evolutiva della disposizione costituzionale anche alla luce della ricca giurisprudenza straniera, nonché internazionale e convenzionale, nel senso di ammettere un'estensione dell'istituto matrimoniale anche alle coppie tra persone dello stesso sesso.

In senso favorevole si colloca anche la Slovenia, in cui il Parlamento di Lubiana ha recentemente approvato una legge che consente il matrimonio omosessuale e l'adozione da parte di persone dello stesso sesso<sup>63</sup>. Tale normativa ha incontrato l'opposizione, in sede parlamentare, dell'area di centrodestra, che ha già annunciato la proposizione di un *referendum* popolare. Un *referendum* in materia si era, in realtà, già svolto nel 2012, concludendosi con una netta bocciatura, con ben il 55% dei voti contrari.

Nel solco della stessa politica benevola si pone anche il Regno Unito: il 17 luglio 2013, la Regina Elisabetta ha apposto il *Royal Assent* al *Marriage Same sex Couples Act 2013*, con il quale è stato introdotto il matrimonio omosessuale in Inghilterra e in Galles. Più specificatamente, la *section 9* consente alle coppie omosessuali di trasformare la precedente *civil partnership* in matrimonio e la *section 12* – in riforma del *Gender Recognition Act 2004* – consente, in caso di riattribuzione del sesso di uno dei due coniugi e di consenso dell'altro, di proseguire il rapporto matrimoniale.

A proposito di unioni civili, è opportuno ricordare che le Unioni civili per coppie omosessuali sono previste in Austria, Germania, Irlanda, Repubblica ceca, Slovenia, Malta, Ungheria e Croazia. Queste ultime hanno espressamente vietato il matrimonio omosessuale nei rispettivi documenti costituzionali. In particolare, in Croazia<sup>64</sup> l'introduzione del divieto a livello costituzionale è avvenuta con *referendum* costituzionale dell'1 dicembre 2013 con il 65, 87 % dei votanti a favore, promosso da un gruppo di società civile cattolico, sostenuto anche dal partito conservatore e da altri gruppi religiosi.

---

<sup>63</sup> Così anche il Lussemburgo, in cui è stata approvata una legge che riconosce il matrimonio alle coppie omosessuali e la possibilità, per queste ultime, di accedere all'adozione. Proprio con riguardo a quest'ultimo profilo, si è registrato un dibattito politico interno particolarmente vivace, in quanto l'iniziale progetto di legge operava infatti una distinzione tra "adozione semplice" e "adozione piena", a seconda del mantenimento o meno del rapporto con i genitori biologici. A seguito del parere contrario del Consiglio di Stato circa la preclusione dell'"adozione piena" da parte delle coppie dello stesso sesso, il diritto di adozione è stato riconosciuto a tutte le unioni matrimoniali, etero e omosessuali.

<sup>64</sup> A tal riguardo, si segnala che nel luglio 2014 il Parlamento croato ha approvato una legge che disciplina le unioni civili omosessuali. A queste sono riconosciuti, in sostanza, tutti i diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali coniugate, con l'esclusione della possibilità di accedere all'adozione. Sebbene non sia possibile l'istituto dell'adozione, il testo di legge prevede la possibilità per il partner di condividere la responsabilità genitoriale del figlio biologico del compagno. La legge disciplina, peraltro, il regime giuridico delle unioni civili (omosessuali) non registrate, prevedendo la possibilità, per queste ultime, di acquisire gli stessi diritti propri delle unioni registrate dopo tre anni di convivenza continuativa.

Non hanno, per ora, alcuna normativa al riguardo Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Polonia, Lituania, Romania, Bulgaria e Slovacchia, e proprio quest'ultima ha approvato nel 2014 una legge di modifica della Costituzione, che aggiunge all'art. 41, comma 1, una definizione di matrimonio riservato esclusivamente alle coppie eterosessuali. La riforma è entrata in vigore il 1 settembre 2014.

Nella prospettiva così delineata, seppur al di fuori dei confini europei, occorre ancora segnalare la posizione restrittiva – e, in taluni accenti, fortemente repressiva – di taluni Paesi, quali l'Uganda – così come il Gambia e la Botswana –, in cui il 24 febbraio 2014 il Presidente ha firmato l'*Uganda Anti-Homosexuality Act*, che introduce il c.d. reato di omosessualità<sup>65</sup>, con pena detentiva fino a sette anni ovvero con l'ergastolo se il fatto è commesso da un superiore gerarchico, da persone affette da virus HIV o in aggiunta ad altri reati.

Si aggiunga, poi, la Russia, dove il Presidente Putin ha firmato il 30 giugno 2013 la legge che punisce la “propaganda di relazioni sessuali non tradizionali davanti a minori” con multa fino a 5mila rubli, elevabile a 50.000 rubli, nel caso di funzionari pubblici, e 800.000 rubli, nel caso di magistrati.

Ad essere punibili anche gli stranieri, con sanzione pecuniaria e, in taluni casi possono essere addirittura espulsi. Il 10 febbraio 2014 è stato inoltre introdotto il divieto di adozione di bambini russi da parte di coppie omosessuali e di singles residenti in Paesi che prevedono i matrimoni tra persone dello stesso sesso. Peraltro, la politica apertamente sessista russa ha recentemente trovato espressione nel regolamento che, nell'elencare i soggetti che medicalmente non possono accedere alla circolazione stradale a tutela della pubblica sicurezza, ricomprende anche gli omosessuali, i transessuali, i feticisti e i travestiti.

**8.** Anche alla luce di questa analisi comparatistica, oltre che delle riflessioni annotate alla [sentenza n. 170 del 2014](#), emerge chiaramente che la peculiare delicatezza della questione del riconoscimento delle unioni omosessuali comporta che la decisione sulle concrete modalità operative non possa essere affidata al sindacato dell'autorità giurisdizionale<sup>66</sup>, in ragione dell'esigenza di assicurare la maturazione di una sensibilità politica nuova<sup>67</sup>.

Invero, al cuore del dibattito sul tema si pone l'essenza stessa dell'*essere umano*. A giudizio di chi scrive, la [sentenza n. 170 del 2014](#), nel promuovere la necessità di preservare il progresso vissuto della coppia nonostante il sopraggiunto cambiamento sessuale, sembra sottolineare proprio

---

<sup>65</sup> Nell'agosto 2014 la Corte costituzionale dell'Uganda ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge contro le coppie omosessuali. Ciò che rileva è che, in realtà, il giudice costituzionale ugandese non sia entrato nel merito della questione ma sia addivenuto ad una tale pronuncia di incostituzionalità, ravvisando la sussistenza di vizi procedurali nell'approvazione della suddetta legge (in particolare, approvata senza il *quorum* richiesto previsto dal combinato disposto dagli artt. 2, c. 1 e 2, e 88 della Costituzione e l'art. 23 del regolamento parlamentare).

<sup>66</sup> Sia consentito il richiamo della singolare disposizione contenuta nel testo costituzionale argentino del 1949, laddove, all'art. 19, sicuramente anche sulla spinta della forte influenza cattolica sul territorio, si statuisce che “I comportamenti privati dei cittadini che in nessun modo offendano l'ordine e la morale pubblica, né pregiudichino alcun terzo, sono sottoposti unicamente al giudizio di Dio e non all'autorità dei magistrati” (corsivo nostro). Tuttavia, sebbene sia costituzionalizzata all'art. 2 l'osservanza del culto cattolico quale religione di Stato, di fatto non è mancato questo non il progressivo riconoscimento delle coppie omosessuali, in considerazione soprattutto del citato articolo 19, laddove ai giudici è precluso qualsiasi sindacato che in qualche modo incida sulle istanze dei singoli, tra cui – appunto – gli omosessuali.

<sup>67</sup> Cfr. A. SCHILLACI, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., 214, il quale evidenzia come la questione attinente al possibile riconoscimento del matrimonio omosessuale vada alle radici del costituzionalismo moderno, involvendo le problematiche relative alla tutela della dignità umana, sulla quale si fonda ciascuno ordinamento democratico moderno.

questo: la difficile compatibilità tra ciò che l'uomo è<sup>68</sup> e ciò che la società ritiene che *debba essere*<sup>69</sup>, quasi a conferma della raffigurazione di quest'ultimo come *estraneo inseparabile da sé*<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. M. GIANNI, *Cittadinanza differenziata e integrazione multiculturale*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 3, 1997, 497.

<sup>69</sup> A tal riguardo, particolarmente rilevante è l'immagine offerta da A. RATTI, *Essere se stessi. La protezione dell'identità sessuale nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., 19, la quale ricostruisce il diritto all'identità sessuale in termini relazionali, in quanto involve non solo la dimensione prettamente biologica, ma "anche e soprattutto, la percezione, il giudizio che altri ne hanno, in un processo continuo di costruzione del sé in cui l'individuo, ad un tempo, si autodefinisce e viene definito". Similmente, P. RIDOLA, *Presentazione*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., 15, il quale osserva efficacemente come risieda proprio nel pluralismo culturale e politico moderno la cifra distintiva del percorso di sviluppo e di crescita dei diritti fondamentali, specie delle minoranze. È propria sul terreno di una società segnata da spinte conformative che si muove la pretesa identitaria degli omosessuali, nella ricerca e nell'affermazione del proprio più intimo io.

<sup>70</sup> Cfr. L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno, centomila*, 1967, 20.



Alessandro Morelli

**Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax  
(a proposito di [Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15](#))**

1. Sorprendente almeno quanto la [sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale](#) è la [pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia](#) che ne rappresenta il seguito.

Il Giudice delle leggi aveva dichiarato illegittime le norme del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133 dello stesso anno, che prevedevano la c.d. *Robin Hood Tax*, «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione» della sentenza sulla Gazzetta ufficiale. Dalla motivazione della decisione della Corte si evinceva che gli effetti della stessa non si sarebbero prodotti nel giudizio *a quo*. E ciò in forza di un bilanciamento tra il «principio generale della retroattività» delle sentenze di accoglimento [ex artt. 136 Cost.](#) e [30 della legge n. 87 del 1953](#), da una parte, e il principio dell'equilibrio di bilancio riconosciuto ora dall'art. 81 Cost., dall'altra.

L'«impatto macroeconomico» della restituzione dei versamenti effettuati dai soggetti sottoposti al tributo avrebbe provocato, secondo la Corte, «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime». Il che avrebbe comportato una «irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole», nonché «un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.». Il vantaggio indebito che alcuni operatori economici del settore interessato dal tributo avrebbero potuto conseguire a causa dell'applicazione retroattiva della decisione della Corte «in una situazione caratterizzata dalla impossibilità di distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che hanno traslato gli oneri» sui consumatori avrebbe determinato, poi, un'ulteriore «irragionevole disparità di trattamento, questa volta tra i diversi soggetti che operano nell'ambito dello stesso settore petrolifero, con conseguente pregiudizio anche degli artt. 3 e 53 Cost.» ([Corte cost., n. 10 del 2015, punto 8 del cons. in dir.](#)). Per tutti questi motivi, il Giudice delle leggi aveva disposto la limitazione degli effetti della declaratoria d'incostituzionalità ai soli casi futuri, escludendo l'applicazione della sentenza persino al giudizio principale, benché l'illegittimità accertata fosse *originaria* e non sopravvenuta.

Il percorso argomentativo seguito dalla Consulta e il merito della decisione sul punto della delimitazione degli effetti della stessa sono stati criticati da buona parte della dottrina, la quale ha contestato sia, in generale, il potere che la Corte si è esplicitamente riconosciuto di sottoporre ad operazioni di bilanciamento anche norme inerenti ai suoi stessi processi [tra i tanti, soprattutto, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3 aprile 2015, 6; R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, [ivi](#), 6 aprile 2015, 1 ss.; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, [ivi](#), 9 aprile 2015, 1 ss.; e, se si vuole, il mio *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, [ivi](#), 27 aprile 2015, 4], sia la correttezza del bilanciamento effettuato nel caso di specie, considerato che l'obbligo di disapplicare la norma dichiarata illegittima dalla Corte in tutti i giudizi pendenti non sarebbe un principio, bensì una regola e, in quanto tale, non sottoponibile a operazioni di bilanciamento [R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 27 aprile 2015, 2 ss.; sulla distinzione tra regole e principi v. adesso A. SCERBO, *Regole e principi*, in corso di pubblicazione in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, per i tipi dell'Editore Giuffrè].

2. Con la [pronuncia](#) ora in esame, la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale definita con la [sent. n. 10 del 2015](#), ha applicato nel merito la decisione della Corte, dando così ragione alla società ricorrente, senza tener conto della delimitazione fatta nella pronuncia costituzionale degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità.

Il Giudice tributario muove dalla considerazione che il dispositivo della sentenza della Corte si limita a parafrasare il contenuto dell'art. 136 Cost. e quello dell'art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953; esso, nella sua «letteralità» e «“ordinarietà” redazionale», risulterebbe chiaro, non facendo sorgere dubbi «in ordine all'applicazione, anche nel caso di specie, del principio secondo cui la dichiarazione di illegittimità della norma si applica a tutte le fattispecie ancora pendenti alla data di pubblicazione della sentenza». Non avendo la Corte provveduto – come in altri suoi precedenti (nei quali, tuttavia, non si era mai esclusa l'applicazione della sentenza al giudizio *a quo* quando ricorreva un'ipotesi d'incostituzionalità originaria) – ad esplicitare nel dispositivo stesso la deroga al principio di retroattività degli effetti, né essendosi inserito nel dispositivo alcun richiamo alla motivazione, si poneva, dunque, il problema di conciliare le due parti della sentenza ([Comm. Trib. prov. Reggio Emilia, n. 217/3/15 del 12 maggio 2015, punto 4 dei motivi](#)).

La conclusione alla quale è giunta la Commissione tributaria è stata quella d'ignorare la motivazione, dando al dispositivo una sorta d'*interpretazione costituzionalmente orientata*: come, infatti, si legge nella sentenza, per espressa previsione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948, l'applicazione della decisione di accoglimento al giudizio *a quo* è «consustanziale al tipo di giudizio di costituzionalità voluto dal nostro ordinamento costituzionale: cancellare questa consustanzialità significa modificare il tipo di giudizio di legittimità di cui sopra bypassando il necessario intervento del Legislatore Costituzionale». In breve, l'assenza di indicazioni nel dispositivo deve condurre, secondo il Giudice tributario, ad applicare la sentenza anche nel giudizio *a quo*, dovendosi riconoscere «l'illegittimità della motivazione della sentenza» nella parte in cui pretende di disapplicare, di fatto, il meccanismo della pregiudizialità (ancora punto 4 dei motivi).

3. La possibilità di qualificare come invalida una sentenza della Corte costituzionale è stata ampiamente dibattuta in dottrina. Se, in astratto, tale ipotesi non può certamente essere esclusa, pesa, tuttavia, sulla soluzione del problema la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 137 Cost., secondo cui le decisioni della Corte costituzionale non sono impugnabili.

Il carattere definitivo delle pronunce dell'organo di giustizia costituzionale riduce sensibilmente, ma non azzerava del tutto, il ruolo «endoprocessuale» della motivazione, la quale anche nelle sentenze del Giudice delle leggi svolge diverse importanti funzioni, essendo, nel contempo, «sede di definizione» dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e della causa della decisione, nonché parte costitutiva di quest'ultima e «fonte di produzione della *efficacia*» della stessa pronuncia costituzionale [A. RUGGERI, *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in ID. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1991, 4]. La motivazione ha, inoltre, anche importanti funzioni «extraprocessuali», prima fra tutte quella di legittimare democraticamente lo stesso sindacato del Giudice delle leggi, che proprio attraverso le motivazioni delle proprie decisioni e l'uso in esse fatto di vari artifici retorici (in tema, cfr., per tutti, A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996) tende a persuadere il proprio «uditorio» circa la bontà delle ragioni sostenute.

Per le sentenze della Corte costituzionale la «funzione endoprocessuale» della motivazione può essere colta se si pensa che anche tali decisioni devono poi applicarsi nei giudizi *a quibus*; la parte motiva, proprio in forza delle diverse funzioni sopra richiamate, svolge, infatti, un ruolo indefettibile per la piena comprensione del *decisum* della pronuncia, dovendosi applicare anche nel giudizio di legittimità costituzionale il *principio di totalità*, in base al quale il dispositivo della sentenza deve

essere interpretato alla luce della motivazione (sul punto, L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Giappichelli, Torino 1995, 53 ss.).

Ora, nel caso di specie, la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia non solo non ha seguito il suddetto canone ermeneutico, ma ha, di fatto, *disapplicato* la stessa sentenza della Corte; e paradossalmente lo ha fatto seguendone il *decisum* “formale”. L’esito della vicenda sembra così dare ragione a quella dottrina che ha ravvisato nella [sent. n. 10 del 2015](#) una sorta d’inedita «doppia pronuncia»: di accoglimento per i casi futuri e di rigetto per quelli pendenti, compreso lo stesso giudizio *a quo* (A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, cit., 3 s.). E il giudice rimettente parrebbe aver disatteso la pronuncia (o la parte di pronuncia) che si riferiva specificamente al proprio giudizio.

4. La decisione in commento si presta ad alimentare ulteriormente il già acceso dibattito sul controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Mi limiterò qui a sviluppare, in merito, solo alcune brevi osservazioni, rinviando, per i profili più specificamente attinenti alla sentenza di accoglimento della quale la pronuncia del Giudice tributario costituisce il seguito, a quanto già argomentato in altra sede (*Tutela nel sistema o tutela del sistema?*, cit.).

Si può rilevare, innanzitutto, come la decisione della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia prospetti una ricostruzione del sistema costituzionale piuttosto diversa da quella proposta dalla decisione della Corte. *Nulla quaestio* se non fosse che le due ricostruzioni esprimono *bilanciamenti* tra principi costituzionali dagli esiti diametralmente opposti; e nella [sent. n. 10](#) il Giudice delle leggi aveva rivendicato la titolarità esclusiva della competenza a bilanciare i principi costituzionali in campo (punto 7 del cons. in dir.).

Dinanzi all’odierna “ribellione” del giudice *a quo*, c’è da chiedersi, innanzitutto, se, nella dimensione della democrazia costituzionale, tale affermazione risulti fondata o meno e se davvero possa darsi una sorta di *Kompetenz-Kompetenz* del Giudice delle leggi nella definizione dei concreti equilibri tra i principi costituzionali.

Senza poter qui approfondire un tema che meriterebbe ben altro spazio, può notarsi come quello indicato sia, in verità, un assunto piuttosto discutibile, considerato che, nello Stato costituzionale (caratterizzato da quello che si usa definire «diritto per principi»), il bilanciamento è una tecnica necessaria in ogni fase dell’attività di produzione e di applicazione del diritto: il legislatore, in prima battuta, adotta scelte normative che, il più delle volte, esprimono bilanciamenti tra diversi principi costituzionali; e, in sede di controllo, i giudici comuni sono chiamati ad effettuare bilanciamenti in un sistema caratterizzato, anche per l’intervento promozionale dello stesso Giudice delle leggi, da una sempre maggiore «diffusione» del controllo di legittimità costituzionale [in tema cfr., per tutti, i contributi pubblicati in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Giappichelli, Torino 2002].

Il problema semmai è se il giudice *a quo* possa, a valle del giudizio della Corte, operare un bilanciamento difforme da quello effettuato da quest’ultima, e in forza di tale diverso bilanciamento disapplicare, anche solo parzialmente, la decisione del Giudice delle leggi. Questione molto complessa, innanzitutto, perché – come si è osservato anche a proposito della [sent. n. 10 del 2015](#) – non tutte le norme sono bilanciabili: lo sono i principi e non le regole. E, d’altro canto, non è affatto facile distinguere un enunciato espressivo di un principio da quello contenente una regola. Vi è chi pure ha osservato che una stessa previsione normativa può essere intesa, di volta in volta, come un principio o come una regola, dipendendo tale qualificazione dagli esiti dell’attività interpretativa di chi è chiamato ad applicare (o a far applicare) la norma (L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1985, 70 s.).

A ciò si aggiunga che, pur escludendo dall’ambito del bilanciamento le *regole processuali*, si deve comunque ammettere che anche le disposizioni espressive di regole vanno interpretate e che le operazioni ermeneutiche ad esse inerenti possono dare luogo ad esiti diversi.

Nel caso di specie, può dirsi che la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia abbia bilanciato l'art. 137, ult. co., Cost. e che lo abbia ritenuto recessivo rispetto ad altri principi? E, ancora prima, può affermarsi che tale disposizione esprima un principio? La non impugnabilità delle decisioni della Corte costituzionale non ha piuttosto i caratteri di una regola? Ma, in ogni caso, anche ammettendo che di regola si tratti, la disapplicazione di una sentenza della Corte è ipotesi del tutto equiparabile ad un'ipotetica impugnazione della stessa?

Nella motivazione della pronuncia in esame, il Giudice tributario ha preso le mosse da una presunta discrasia tra motivazione e dispositivo della [sent. n. 10 del 2015](#), per poi applicare il secondo e ignorare la prima. Si tratta di un artificio piuttosto debole, risultando chiarissima la decisione della Corte e irrilevante l'assenza nel dispositivo di un espresso richiamo alla motivazione. E, difatti, lo stesso giudice *a quo* non ha potuto fare a meno di prendere posizione sul merito della pronuncia della Consulta, definendone addirittura illegittima la motivazione nella parte in cui escludeva la produzione degli effetti della declaratoria d'incostituzionalità nel giudizio principale. Se per "impugnazione" s'intende, dunque, il riesame di una decisione giudiziale volto alla conferma o all'annullamento (e, di conseguenza, alla disapplicazione) della stessa, sembra doversi concludere che la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia abbia effettivamente disapplicato e, dunque, violato l'art. 137, ult. co., Cost.

5. Si può ragionevolmente sostenere che l'esito al quale il Giudice tributario giunge – quello di disapplicare la *regola* prevista dall'ultimo comma dell'art. 137 Cost. – scaturisca, a sua volta, da un bilanciamento tra principi, posto che anche la non impugnabilità delle decisioni della Corte costituzionale è riconducibile ad un insieme di principi, primo tra tutti quello della certezza del diritto costituzionale. Da questo punto di vista, si può notare che, se non tutti, certo molti conflitti tra regole possono convertirsi in conflitti tra principi, poiché dietro quasi ogni regola è possibile rinvenire un principio.

Contrappoendo a quello della Corte un proprio, diverso bilanciamento – e nonostante la già richiamata precisazione dello stesso Giudice delle leggi circa la competenza ad effettuare bilanciamenti –, la Commissione tributaria sembrerebbe, quindi, aver voluto esercitare quella sorta di «diritto di resistenza» istituzionale che, secondo un'opinione dottrinale, sarebbe ammissibile proprio contro le «deviazioni» della Consulta, a patto che vi sia un «ampio, solido riconoscimento, e non l'occasionale rifiuto di una decisione indesiderata», riconoscimento da parte, innanzitutto, della dottrina, che avrebbe, dunque, una notevole responsabilità nella legittimazione di tale diritto (così A. RUGGERI, *Note introduttive*, cit., 27).

La tesi secondo cui la resistenza costituirebbe oggetto di un principio immanente all'ordinamento, che vivrebbe nei congegni istituzionali (sostenuta da L. VENTURA, del quale si vedano ora *Il diritto di resistenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2014, e *Frammenti costituzionali e disordine politico*, Giappichelli, Torino 2015, 25 ss.), si mostra ancora attuale nell'odierno scenario politico-istituzionale, anche se certo non è agevole l'identificazione dei meccanismi attraverso i quali è possibile esercitare tale diritto (o meglio: tale diritto/dovere; sull'attualità della ricostruzione appena richiamata sia consentito rinviare alla mia *Introduzione*, in L. VENTURA, *Il diritto di resistenza*, cit., 5 ss.).

Si è già accennato alle «deviazioni» della Corte alle quali il giudice *a quo* avrebbe reagito nel caso di specie: la disapplicazione dell'art. 136 Cost., dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 e, sostanzialmente, del meccanismo della pregiudizialità costituzionale, all'esito, come si è detto, di una discutibile operazione di bilanciamento. Scelta che, peraltro, è apparsa ancor più opinabile quando, poche settimane dopo, la stessa Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del blocco dell'indicizzazione delle pensioni con la [sent. n. 70 del 2015](#), "ignorando" questa volta l'art. 81 Cost. e le esigenze di salvaguardia dell'equilibrio del bilancio (A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 10/2015), che pure nella [sent. n. 10](#) avevano giustificato un notevole strappo alle regole processuali.

6. Dalla vicenda brevemente ricostruita emerge la condizione di sofferenza nella quale oggi versa la giustizia costituzionale italiana.

Le oscillazioni giurisprudenziali alle quali si è ora fatto cenno non sembrano rientrare nella fisiologia del sistema delle garanzie, poiché scaturiscono da bilanciamenti coinvolgenti anche norme processuali e che hanno condotto, in un lasso di tempo troppo breve, ad esiti diametralmente opposti.

Si ripropone, quindi, il tema della «forza politica» dell'organo di giustizia costituzionale (T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, ora in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Milano, 2000, 112 ss., e 206 ss.), che, non trovando giustificazione nel circuito istituzionale dell'indirizzo politico, rischia di risultare dirompente per la tenuta della democrazia costituzionale se le funzioni della Corte si disancorano del tutto (o in misura notevole) dalle forme e dai modi della giurisdizione (sul punto sia consentito rinviare al mio *Tutela nel sistema o tutela del sistema?*, cit., 3 ss.). Una «forza politica» che, peraltro, rischia di suscitare forme di «resistenza» come quella ora in esame, con un evidente *vulnus* per la stessa funzione di garanzia della legalità costituzionale.

Sia al fine di restituire certezza alla giurisdizione costituzionale sia a quello di preservarne la legittimazione nel sistema sarebbe, dunque, necessario un generale intervento di revisione del controllo di legalità costituzionale, introducendo, com'è stato proposto ancora di recente sull'esempio tedesco, la dichiarazione d'«incompatibilità» delle norme di legge (distinta da quella di annullamento, riservata ai casi più gravi), che lascerebbe al legislatore, magari entro un congruo termine, il compito di dare una soluzione adeguata al problema; e prevedendo, inoltre, le *dissenting opinion*, al fine di rendere note le dinamiche decisionali che hanno avuto luogo in camera di consiglio (cfr., per entrambe le proposte, A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2015, 4 s.; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio*, cit., 16). Probabilmente, anche a fronte degli ultimi ampliamenti operati dalla giurisprudenza nell'accesso al sindacato di costituzionalità, sarebbe opportuno, infine, introdurre il ricorso diretto individuale e il ricorso delle minoranze parlamentari (quest'ultimo previsto dal disegno di legge di revisione costituzionale attualmente in discussione nelle aule parlamentari, ma soltanto per la materia elettorale), disponendo adeguati strumenti utili a ridurre il rischio di un eccessivo incremento del lavoro della Corte.

È auspicabile, pertanto, una razionalizzazione del sistema di giustizia costituzionale volta non già a ridurre i poteri e le possibilità d'intervento del Giudice delle leggi, bensì a renderne più efficaci e, al tempo stesso, più sostenibili le competenze, anche al fine di scongiurare episodi di «resistenza» da parte degli organi chiamati a dare seguito alle pronunce della Corte e di agevolare l'affermazione e lo sviluppo di dinamiche inter-istituzionali orientate da uno spirito di leale collaborazione.



**Claudio Panzera\***

**Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali\*\***

SOMMARIO: 1. Obblighi internazionali e giurisprudenza costituzionale. – 2. I diritti sociali “in bilico” fra garanzie interne e vincoli esterni. – 3. “Massimizzazione” delle tutele e “indivisibilità” dei diritti fondamentali. – 4. [CEDU](#) e [Carta sociale europea](#) nell’ordinamento italiano: due pesi e due misure. – 5. La Carta sociale e il suo custode. – 6. La tutela più favorevole in quattro casi emblematici. – 7. Conclusioni.

*1. Obblighi internazionali e giurisprudenza costituzionale*

Il rispetto degli «obblighi internazionali», quale vincolo generale per l’esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni, fa la sua comparsa in Costituzione – com’è noto – a seguito della riforma del titolo V del 2001 (art. 117, c. 1). Ancorché la nuova clausola si saldi con le preesistenti disposizioni costituzionali in materia internazionalistica<sup>1</sup>, sin dalla prima ora non è sfuggito ai commentatori il suo potenziale innovativo<sup>2</sup>.

L’incertezza sulla portata del nuovo vincolo, che la legislazione attuativa ha contribuito ad aumentare<sup>3</sup>, è venuta in parte meno solo qualche anno più tardi, grazie all’intervento chiarificatore della Corte costituzionale. La notissima coppia di [sentenze nn. 348 e 349 del 2007](#), come molti hanno correttamente osservato, fa da “spartiacque” nella storia dei rapporti fra l’ordinamento italiano e il diritto internazionale pattizio, con particolare riferimento ad *un* trattato specifico, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la cui posizione nel sistema delle fonti interne viene sensibilmente a mutare proprio grazie alla novità dell’art. 117, c. 1<sup>4</sup>. Successive pronunce, in sostanziale continuità con la svolta del 2007, hanno ulteriormente precisato, perfezionato e consolidato il disegno tracciato da quelle sentenze, i cui tratti essenziali possono sintetizzarsi nel modo che segue:

a) la “porta di ingresso” della CEDU nel nostro ordinamento è l’art. 117, c. 1, con esclusione pertanto sia dell’art. 10 (concernente le sole consuetudini internazionali) che dell’art. 11 (applicabile solo alle norme del diritto UE). Ciò impedisce la disapplicazione delle leggi interne in contrasto con le norme convenzionali, ma consente alle seconde di operare verso le prime come termini di raf-

\* Ricercatore di *Diritto costituzionale*, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.

\*\* Destinato anche agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

<sup>1</sup> Artt. 10, 11 e 80 (nonché artt. 72, c. 4; 75, c. 2; 87, c. 8), cui vanno aggiunte le disposizioni degli Statuti delle Regioni speciali che richiamano gli obblighi internazionali come limite alla potestà legislativa primaria delle stesse (limite che la Corte costituzionale ha poi esteso, come si sa, anche alle leggi delle Regioni ordinarie).

<sup>2</sup> In realtà, com’è noto, la dottrina si è divisa fra quanti hanno rinvenuto nella nuova formulazione niente più che l’individuazione di un ulteriore criterio interno al riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, senza alcuna sostanziale alterazione dei preesistenti rapporti tra fonti interne ed esterne (ad es.: C. Pinelli, E. Cannizzaro), e quanti invece hanno ritenuto definitivamente mutato proprio tale ultimo assetto (spec. A. D’Atena, ma anche P. Caretti). L’interessante e ben più articolato dibattito è ripercorso, fra gli altri, da G. SERGES, sub *Art. 117, 1° co.*, in *Commentario alla Costituzione*, III, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino 2006, 2215 ss. ed estesamente analizzato da A. BONOMI, *Il ‘limite’ degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino 2008, 199 ss. e 270 ss.

<sup>3</sup> L’art. 1, c. 1, della legge “La Loggia” (n. 131 del 2003), facendo menzione dei «trattati internazionali» senza ulteriori specificazioni, avrebbe potuto surrettiziamente estendere la copertura offerta dall’art. 117, c. 1, anche agli accordi conclusi dal Governo che non richiedono il successivo coinvolgimento del Parlamento. Per una discussione critica sul punto, tesa ad armonizzare la citata disposizione con l’art. 80 Cost., v. ancora G. SERGES, *op. cit.*, 2218 s. ed A. BONOMI, *op. cit.*, 244 ss.; nella dottrina internazionalistica, cfr. per tutti A. CASSESE, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Bologna 2013<sup>2</sup>, 320.

<sup>4</sup> Fra i moltissimi commenti alle “sentenze gemelle” del 2007, ci limitiamo a rinviare per tutti ai contributi presenti in AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. Salazar e A. Spadaro, Milano 2009.

fronto per un'interpretazione convenzionalmente conforme o, in suo difetto, per la sollevazione della questione di costituzionalità<sup>5</sup>;

b) la CEDU è da prendere in considerazione non soltanto per quanto formalmente disposto nel suo testo vigente, bensì anche e soprattutto per il significato che vi attribuisce l'organo chiamato a darne l'interpretazione ultima, la Corte europea dei diritti dell'uomo (norma vivente);

c) l'interpretazione della Corte EDU – da intendersi comunque nella sua “sostanza”<sup>6</sup> – è vincolante per il giudice interno *solo se* resa in una controversia di cui questi sia ancora investito al fine di far cessare gli effetti lesivi della violazione accertata in sede europea, *oppure se* contenuta in una “sentenza-pilota” o se comunque frutto di un “orientamento consolidato”. Al di fuori di questi tre casi, torna ad espandersi nella sua ordinaria estensione l'autonomia interpretativa del giudice presidiata dall'art. 101 Cost., con conseguente eventuale “adattamento” della norma CEDU in senso costituzionalmente conforme (anche a prescindere dalla lettura datane dalla Corte di Strasburgo)<sup>7</sup>;

d) il vincolo che il diritto vivente CEDU è in grado di spiegare sulla legislazione interna in virtù dell'art. 117, c. 1, è condizionato al fatto che il primo sia a sua volta conforme a *tutta* la Costituzione, secondo lo schema ricorrente per le “norme interposte”. Il difetto di questa condizione impedisce al suddetto vincolo di operare nel caso specifico, permettendo alla legge interna – che non violi altri parametri costituzionali – di continuare a spiegare la propria efficacia nonostante l'*apparente* contrarietà (mediata) con l'art. 117, c. 1<sup>8</sup>. In realtà, secondo la prospettiva metodologica assunta dal Giudice delle leggi, non si avrebbe in ogni caso contrasto poiché il rispetto degli «obblighi internazionali», lungi dal rappresentare un valore “assoluto”, deve conciliarsi con gli altri principi costituzionali che vengono occasionalmente in gioco, secondo la logica flessibile del giudizio di bilanciamento;

e) proprio in tale ultima prospettiva si risolve il problema, implicito, del criterio in grado di orientare il confronto tra l'obbligo di rispettare la CEDU *ex* art. 117, c. 1, e l'osservanza di altri principi costituzionali. Vertendosi in tema di “diritti fondamentali”, la prevalenza nel caso specifico non potrà che assegnarsi alla disciplina (interna o esterna) che realizza la *massima tutela* del diritto in gioco, secondo un apprezzamento complessivo di tutte le esigenze in concreto rilevanti in base ad una visione «sistemica e non frazionata» dei diritti e dei valori costituzionali che la Corte costituzionale è chiamata a garantire<sup>9</sup>.

L'impostazione qui sinteticamente ricordata rappresenta una delle più importanti “svolte” della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio, nel solco di un progressivo abbandono della posizione di chiusura e marginalità rispetto al dialogo fra giurisdizioni nazionali ed europee cui la Corte si era fino a poco prima volontariamente confinata<sup>10</sup>. Un nuovo corso, si diceva, aperto ad integrazioni e sviluppi continui, ma che nelle sue linee di fondo pare ormai costituire *jus receptum*.

---

<sup>5</sup> Tale impostazione è stata confermata anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, che – ad avviso della Corte – non avrebbe comportato alcuna parificazione fra CEDU e norme UE nel trattamento riservato ad esse dal diritto interno, nonostante il richiamo fatto dall'art. 6 TUE alle prime quali «principi generali del diritto dell'Unione»: *ex multis*, [sentenze nn. 80 e 303 del 2011](#). Da sempre critico su questo “doppio regime”, però, A. RUGGERI, ad es. in *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII, *Studi dell'anno 2014*, Torino 2015, spec. 239 ss.

<sup>6</sup> Questa precisazione, aggiunta a partire dalla [sent. n. 311 del 2009](#) (ma v. pure [nn. 236 e 303 del 2011](#), [150 del 2012](#)), mira a temperare il vincolo ermeneutico che deriva dal riconoscimento alla Corte di Strasburgo di una «funzione interpretativa eminente» ([ancora sent. n. 348](#)), consentendo – in virtù del margine di apprezzamento statale, che vale anche per i giudici – di adattare l'interpretazione veicolata dalle pronunce della Corte europea alle peculiarità dell'ordinamento interno, specie quando le stesse siano rese nei riguardi di un Paese diverso o non costituiscano un orientamento consolidato (v. pure la nota successiva).

<sup>7</sup> Quest'ultima, tutt'altro che secondaria, precisazione è contenuta nella recente [sent. n. 49 del 2015](#).

<sup>8</sup> Per l'applicazione di tale criterio in una vicenda specifica, v. la [sent. n. 264 del 2012](#), che ha fatto prevalere il bilanciamento operato dalla normativa italiana impugnata rispetto alla diversa valutazione compiuta dalla Corte EDU nel caso *Maggio* ([sent. 31 maggio 2011](#)).

<sup>9</sup> V. spec. le [sentenze nn. 311 e 317 del 2009](#), che hanno così integrato sul piano delle valutazioni sostanziali (le garanzie predisposte) le premesse fissate sul piano formale (i rapporti tra le fonti) dalle sentenze gemelle del 2007.

<sup>10</sup> Concorre nella direzione indicata un'altra “storica” apertura della Corte costituzionale, quella relativa all'impiego dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, riconoscendosi la prima – tanto nei giudizi in via

## 1. I diritti sociali “in bilico” fra garanzie interne e vincoli esterni

Fatta eccezione per le affermazioni inscindibilmente connesse alle peculiarità della CEDU<sup>11</sup>, il trattamento che la Corte riserva a quest’ultima va logicamente esteso a *tutti* i trattati debitamente autorizzati, ratificati ed eseguiti *ex art. 80*, i quali potranno dunque vincolare la legislazione interna se a propria volta conformi alla Costituzione. Mentre la giurisprudenza comune sembra in effetti orientata in tal senso, maggiore cautela si scorge invece nella giurisprudenza costituzionale, come si vedrà meglio più avanti<sup>12</sup>.

Pur avendo una portata generale, è innegabile che il rispetto degli «obblighi internazionali» ponga questioni specifiche quando si verte in materia di diritti fondamentali, anche in ragione delle spinte integrative che su questo fronte provengono dall’esterno, in special modo dal Consiglio d’Europa e dall’Unione europea, quali sistemi di norme, istituzioni e valori che interagiscono con gli ordinamenti nazionali (e le loro ulteriori articolazioni interne) in uno spazio reale sempre più condiviso. In un quadro così composito, la convergenza *nel risultato* delle diverse interpretazioni rimane il primo obiettivo cui tendere ma non necessariamente il più facile da raggiungere, specie quando le condizioni del “dialogo” fra gli attori dei vari sistemi (legislatori e/o giudici) non agevolano la maturazione di uno *jus commune* europeo in materia<sup>13</sup>.

Ne costituisce un emblematico esempio la protezione dei *diritti sociali*, ambito nel quale i limiti al dialogo tra le giurisdizioni nazionali ed europee discendono dalla caratterizzazione assiologica degli stessi documenti normativi fondamentali che le une e le altre assumono a riferimento principale delle proprie decisioni<sup>14</sup>.

Nonostante la “permeabilità” sociale di alcuni contenuti della CEDU e, soprattutto, i progressi registratisi in materia nella parabola evolutiva della Comunità e poi Unione europea (culminati

d’azione quanto nei giudizi in via incidentale – come «giurisdizione nazionale» ai sensi dell’art. 267, c. 3, TFUE: cfr. [ordinanze nn. 103 del 2008](#) e [207 del 2013](#). Sulla “autoesclusione” di cui si dice nel testo, oggetto di critiche in dottrina, v. per tutti M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l’isolamento della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta e G. Silvestri, Milano 2002, 217 ss.

<sup>11</sup> Ad esempio, non ha molto senso il riferimento alla «funzione interpretativa eminente» o al “diritto vivente” in relazione a trattati che non prevedono l’istituzione di un organo di garanzia, cui sia possibile accedere direttamente (in forma individuale o collettiva), chiamato ad assicurarne sul piano internazionale l’effettività e l’uniforme interpretazione; né ha senso generalizzare il discorso relativo al raffronto tra distinti livelli di protezione dei diritti fondamentali e al principio della “massima espansione” con riguardo a trattati che non abbiano per oggetto specifico diritti. La questione, in realtà, è più complessa di quanto appare e meriterebbe un maggiore approfondimento: su di essa, v. l’ottima ricostruzione di E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano 2010, 106 ss., con ampî riferimenti giurisprudenziali.

<sup>12</sup> V. *infra*, § 4. Eppure, l’unica distinzione su cui la Corte ritorna con una certa insistenza è fra le norme convenzionali e il diritto UE o le consuetudini internazionali, con il duplice risultato di impedire la disapplicazione giudiziaria della legge nazionale in contrasto con la CEDU e di sottoporre quest’ultima al rispetto di tutta la Costituzione anziché dei suoi soli “principi fondamentali”. Quanto ai giudici comuni, come attesta lo studio citato alla nota precedente, dopo le “sentenze gemelle” essi hanno di fatto garantito il rispetto dei trattati diversi dalla CEDU – s’intende: quando ritenuti non in contrasto con norme costituzionali – facendo ricorso sia all’interpretazione conforme della legge interna che ai criteri cronologico e della *lex specialis*.

<sup>13</sup> Per la necessità di questo sviluppo, G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/2006, spec. 14 ss. e 24.

<sup>14</sup> In argomento, fra i molti, v. C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in AA.VV., *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di C. Salvi, Torino 2012, 121 ss. Tuttavia, sulla inscindibilità dell’equilibrio “interno” e di quello “esterno” per tutti i diritti fondamentali, a maggior ragione per quelli sociali, in un quadro di universalità, ragionevolezza e sostenibilità degli stessi, v. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista Aic*, 4/2011, 8 ss., ma già ID., *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell’età della globalizzazione*, Soveria Mannelli 2005.

nell'adozione di una propria Carta di diritti), una certa distanza fra i paradigmi sottesi alle Costituzioni nazionali e ai "testi costituzionali" europei residua ancora, riaffiorando inevitabilmente nei bilanciamenti svolti – e in parte nello stesso linguaggio adoperato – dalle rispettive giurisdizioni<sup>15</sup>.

Da questo punto di vista, l'insistenza della Corte costituzionale sulla necessità che le proprie decisioni assicurino una «tutela sistemica e non frazionata dei diritti e principi costituzionali» volta per volta in gioco (contenendo l'illimitata, "tirannica" espansione di uno solo di essi a scapito degli altri)<sup>16</sup> va oltre la contrapposizione al diverso approccio, casistico e parcellizzato, imputato alla giurisprudenza CEDU<sup>17</sup>. Quell'argomentazione, infatti, non vale certo a negare (e neppure potrebbe) che anche le Corti europee compiano veri e propri bilanciamenti, né ad escludere la "correttezza" di questi ultimi all'interno dei rispettivi ordinamenti, bensì più semplicemente a ribadire che tali valutazioni – lungi dal possedere un valore "assoluto" – entrano come oggetto in un *autonomo* giudizio di bilanciamento condotto dalla Corte costituzionale dal punto di vista del *proprio* sistema assiologico-normativo e in tendenziale coerenza con i propri precedenti, ma sempre mirando alla "massimizzazione" delle tutele<sup>18</sup>.

È alla luce di questo principio che, ad esempio, si è consentita la sopravvivenza di una legge interna contrastante con la giurisprudenza CEDU ([sent. n. 264 del 2012](#))<sup>19</sup>, come viceversa si è dichiarata illegittima la legge di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite nella parte in cui imponeva al giudice italiano di adeguarsi ad una particolare decisione della Corte internazionale di giustizia in materia di immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini di guerra e contro l'umanità ([sent. n. 238 del 2014](#)). Lo stesso principio potrebbe un domani portare ad una soluzione analoga – benché non auspicabile – nei confronti del diritto UE in caso di accertata lesione dei "controlimiti".

Si tratta, in verità, di esiti dagli effetti controversi, su cui la dottrina da tempo dibatte<sup>20</sup>. Peraltro, se la Corte italiana ha ritenuto opportuno fissare alcuni paletti nel dialogo con le Corti europee, ciò è avvenuto quasi sempre in fasi di apertura verso l'ordinamento sovranazionale (si pensi alla dottri-

<sup>15</sup> Si pensi, per esempio, alla reazione piuttosto fredda e distaccata delle Corti europee di fronte al tremendo impatto che la crisi economica ha avuto sulla tenuta dei diritti sociali ai diversi livelli. A parte quanto si dirà al § 6, per maggiori approfondimenti sul tema v., fra gli altri: C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista Aic*, 4/2013; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 79 ss.; S. GAMBINO-W. NOCITO, *Crisi finanziaria e diritti fondamentali fra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze sul futuro europeo*, in AA.VV., *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, a cura di B. Caruso e G. Fontana, Bologna 2015.

<sup>16</sup> V., nella giurisprudenza più recente, le [sentenze nn. 264 del 2012](#), [85](#) e [170 del 2013](#), [191 del 2014](#), [10 del 2015](#).

<sup>17</sup> Contrapposizione costantemente affermata dalla Corte a partire dalla [sent. n. 317 del 2009](#) e ancora da ultimo ribadita da un suo autorevole esponente: M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 44 s. Su alcune implicazioni più generali – e possibili equivoci – di questo approccio, v. però C. PINELLI, «Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4231.

<sup>18</sup> Facendo parlare direttamente la Corte: «Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali» ([sent. n. 317 del 2009](#)); e ancora: «La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele» ([sent. n. 264 del 2012](#)), ovvero condotte «in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento» ([sent. n. 191 del 2014](#)). In argomento, da ultimo, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'eguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Napoli 2015, 17 ss.

<sup>19</sup> V. *supra*, nota 8. Tuttavia, a seguito di una nuova pronuncia di condanna della Corte di Strasburgo in materia ([sent. 15 aprile 2014, Stefanetti](#)), la Cassazione ha sollevato un'ennesima q.l.c. sulla normativa italiana già scrutinata: cfr. Cass. civ., sez. lav., ord. 11 marzo 2015, n. 4881.

<sup>20</sup> V. da ultimo, G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio biario'*, in *Dir. pubbl.*, 3/2014, spec. 1077 ss., secondo cui l'orientamento descritto avrebbe «l'indubbio effetto di sostituire ad un criterio dinamico di integrazione, quello affidato alla 'massima espansione', un meccanismo più rigido perché fa leva piuttosto sulla cristallizzazione istituzionale del ruolo delle due Corti» (p. 1084).



na dei controlimiti rispetto al riconoscimento della *primauté* del diritto comunitario: [sentenze nn. 183 del 1973](#) e [170 del 1984](#)). Ancora di più oggi, in fondo, l'abbandono dell'autoisolamento e l'accettazione di un confronto diretto con le Corti europee hanno inevitabilmente comportato una parziale ridefinizione del ruolo di garanzia del Giudice delle leggi, specie con riguardo alla difesa strategica della "identità costituzionale" del nostro ordinamento.

Per altri versi, sia la CEDU che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) prevedono con formulazione simile "clausole di salvaguardia" dei (superiori) livelli di garanzia eventualmente assicurati dal diritto nazionale o da norme internazionali vincolanti i Paesi membri. Sebbene le disposizioni delle due Carte (per entrambe, l'art. 53) presentino sfumature testuali diverse e possano avere scopi non coincidenti<sup>21</sup>, il loro "effetto utile" comune è in ogni caso di *impedire interpretazioni al ribasso* dei diritti enunciati, laddove corrispondenti a quelli protetti negli ordinamenti nazionali o sul piano internazionale<sup>22</sup>. Diversamente opinando, la c.d. protezione multilivello dei diritti finirebbe per indebolire, contro la sua stessa *ratio* di fondo, l'integrazione fra i sistemi giuridici coinvolti, rendendola potenzialmente regressiva.

### 3. "Massimizzazione" delle tutele e "indivisibilità" dei diritti fondamentali

I canoni della "massima espansione" dei diritti e della "visione sistemica" delle tutele operano necessariamente in modo sinergico. A ben vedere, essi appaiono come due declinazioni o varianti – rispettivamente, in chiave teleologica e metodologica – dell'unico meta-criterio della promozione della dignità umana. Anche i *diritti sociali* pertanto, quali diritti fondamentali, sottostanno alla medesima logica<sup>23</sup>.

Milita in questo senso anzitutto una ragione di carattere teorico, ossia il principio di *indivisibilità* dei diritti fondamentali, espressamente enunciato sul piano internazionale (Convenzione di Vienna del 1993)<sup>24</sup> e implicitamente sotteso alla disposizione costituzionale che riconosce la "anteriorità" della persona umana e dei suoi diritti rispetto allo Stato (art. 2). Detto principio non è contraddetto dalla mera esistenza, sempre a livello internazionale, di Carte e forme di tutela distinte per i classici

---

<sup>21</sup> In questo senso, ad es., l'interessante proposta ricostruttiva di M. CARTABIA, sub *Art. 53*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna 2001, 362 s. Sull'art. 53 della CEDU, invece, v. per tutti: A. COSSIRI, sub *Art. 53*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, V. Zagrebelsky e P. De Sena, Padova 2012, 774 ss.

<sup>22</sup> V. molto chiaramente l'[ord. n. 223 del 2014](#), nella quale la Corte afferma – richiamando a tal fine l'art. 53 della CEDU – che i livelli di tutela garantiti dalla Convenzione costituiscono «un limite inderogabile per il legislatore italiano solo "verso il basso", ma non "verso l'alto"». In dottrina, spec. G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli 2011, 3419 (ma già ID., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli 2009, 17) e, da ultimo, G. D'AMICO, *op. cit.*, 23 ss. Insiste sulla portata prevalentemente "negativa" dell'art. 53 della CDFUE – la quale, lungi dal mettere a rischio la *primauté* del diritto dell'Unione negli ambiti di propria competenza, vieterebbe agli Stati di "strumentalizzare" le sue disposizioni «afin de diminuer le niveau de protection des droits déjà atteint par d'autres voies» – O. DE SCHUTTER, *Article 53. Niveau de protection*, in *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 2006, 411 ([http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf)).

<sup>23</sup> «I diritti sociali, dunque, sono nati come strutture atte a difendere la *pari dignità* dei cittadini contro le incisioni che questa potrebbe subire quando si realizzino condizioni che definiscono le forme della *diversità subita*»: C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000, 24 (c.vi nell'originale).

<sup>24</sup> «All human rights are *universal, indivisible and interdependent and interrelated*. The international community must treat human rights *globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis*. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms» (n. 5, c.vi aggiunti).



diritti di libertà e per i diritti sociali<sup>25</sup>: mentre la redazione di testi normativi risente inevitabilmente delle condizioni storico-culturali del momento in cui essa avviene, l'interpretazione giurisprudenziale degli stessi è per sua natura *dinamica* e consente, entro limiti ragionevoli, di colmare alcune distanze<sup>26</sup>. Come vedremo meglio più avanti, il ricordato principio di "indivisibilità" può favorire un minimo processo di integrazione *anche delle tutele*, sotto forma di dialogo fra le giurisdizioni, in piena coerenza con l'approccio teorico – qui condiviso – che ritiene doveroso, oltre che possibile, perseguire *congiuntamente* il massimo soddisfacimento dei valori di libertà ed eguaglianza<sup>27</sup>.

Quando però si scende sul terreno delle conseguenze pratiche, ragionare di "massima espansione" con riguardo a diritti che impegnano seriamente le risorse pubbliche, specie in questo periodo, può ingenerare perplessità o sembrare utopistico. Ed anche la facile obiezione che non esistono diritti "a costo zero" (perché, come dimostrano noti studi sull'argomento, *tutti* i diritti drenano risorse dall'erario) non rimuove ancora le difficoltà pratiche legate all'affermazione di pretese che, pur nella varietà dei sistemi di *welfare*, tendono in genere ad incrementare l'intervento pubblico in ambito economico e sociale<sup>28</sup>.

Se ciò è innegabile, non bisogna neppure dimenticare che l'uso di quel criterio nella giurisprudenza costituzionale è, di norma, assorbito all'interno del bilanciamento fra interessi contrastanti, cioè ricorre al termine di una valutazione che *dovrebbe* tenere già conto delle condizioni pratiche di realizzabilità del diritto favorito: come si usa dire nel caso dei diritti sociali, della (necessaria) "gradualità" nella loro attuazione<sup>29</sup>. L'espansione delle tutele cui la Corte mira è "massima" non in astratto, ma sempre e soltanto alle condizioni storicamente date e nella prospettiva definita dal caso concreto all'origine del giudizio di costituzionalità<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Come nel caso dei Patti Onu del 1966 e, in ambito più ristretto, delle due Carte fondamentali del Consiglio d'Europa (CEDU e Carta sociale europea).

<sup>26</sup> Il che, naturalmente, non vuol dire che ciò avvenga sempre: si veda, ad esempio, il caso della ridotta effettività nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo della parte della CDFUE dedicata ai diritti sociali, nonostante uno dei grandi meriti di tale documento sia stato proprio quello di aver posto su un piano di parità "assiologica" le varie generazioni di diritti. Sul punto si ritornerà anche più avanti (§ 6), ma v. fin d'ora, da ultimi: A. GUZZAROTTI, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella "costituzionalizzazione" dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 55 ss. e A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 4/2014, spec. 1165 ss. L'uso delle disposizioni della CDFUE nei giudizi innanzi alla Corte di giustizia, nel complesso, è comunque fortunatamente in aumento dopo il Trattato di Lisbona. A ciò consegue un'inevitabile espansione e finanche una trasformazione del ruolo di tale giudice, finora non accompagnata però da un corrispondente adattamento dello stile argomentativo e dell'approccio metodologico seguiti: per alcune proposte in tal senso, v. ad es. G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *20 Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 2 (2013), 168 ss.

<sup>27</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

<sup>28</sup> L'individuazione dei caratteri "tipici" dei diritti sociali come categoria a sé stante costituisce da sempre una questione molto dibattuta fra gli studiosi: nell'ampia bibliografia in merito, v. per tutti M. BENVENUTI, voce *Diritti sociali*, in *Dig. pubbl.*, Agg. V (2012), spec. 223 ss.

<sup>29</sup> Il criterio di "gradualità" rappresenta, difatti, una forma di bilanciamento: cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 107.

<sup>30</sup> «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»: così, la [sent. cost. n. 85 del 2013](#) (punto 9), relativa proprio ad un bilanciamento in concreto fra due diritti sociali elementari – alla tutela della salute e al lavoro – in una vicenda estremamente delicata e complessa (il "caso Ilva"). Per fortuna, com'è noto, la Corte italiana si è nel tempo dotata di tecniche decisorie che, pur nel silenzio della Costituzione, le consentono di modulare *anche nel tempo* l'impatto delle proprie pronunce, bilanciando così l'esigenza di una realizzazione piena e immediata del diritto invocato con il limite della risorse disponibili (e del connesso esercizio *ragionevole* della discrezionalità legislativa), secondo valutazioni flessibili e talvolta anche molto diverse da caso a caso, come testimoniano le due recenti [sentenze nn. 10 e 70 del 2015](#). In dottrina, fra i primi a sostenere la stretta complementarietà fra manipolazione degli effetti normativi e modulazione degli effetti temporali delle pronunce della Corte, G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 47 ss., ma v. pure ID., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo* (1998), ora in ID., *Le garanzie della Repubblica*, Torino 2009, 131

In tale quadro, è scontato che anche gli «obblighi internazionali» – insieme ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» – possano contribuire, integrandosi con le norme nazionali, al perseguimento della “tutela più intensa” dei *diritti sociali*.

Da un punto di vista logico è proprio così. Se, tuttavia, si guarda alla prassi della c.d. protezione “multilivello”, spesso si è portati a concludere che, rispetto a quelle operanti in ambito convenzionale e comunitario, le garanzie assicurate ai diritti sociali nel nostro ordinamento siano nel complesso ancora le migliori<sup>31</sup>. Nel confronto giurisprudenziale emerge, come si ricordava anche prima, non tanto un diverso patrimonio assiologico posto alla base dei rispettivi ordinamenti, ma – questo sì – un diverso *equilibrio* fra i valori costitutivi comuni, il cui “peso specifico” non può non riflettersi sull'esito dei bilanciamenti compiuti dalle Corti di vertice quali organi di chiusura di ciascun sistema<sup>32</sup>.

Questo pone il problema, che non va sottovalutato ma neppure esasperato, della necessaria *contestualizzazione* del diritto che si intende garantire<sup>33</sup>. Il fatto che alcuni diritti sociali ricevano una tutela meno intensa quando si proiettano oltre i confini nazionali dovrebbe rappresentare un valido argomento in favore dell'urgenza di spingere in avanti il processo di integrazione *politica* su scala europea (poiché la realizzazione di tali diritti implica precise scelte in chiave redistributiva), anziché una ragione per legittimare la chiusura degli ordinamenti nazionali in un'autoreferenziale quanto dannosa presunzione di completezza, da cui alla fine possono derivare esiti lesivi per gli stessi diritti sociali che si intende proteggere<sup>34</sup>.

Tuttavia, poiché – in assenza di un'adeguata «ripolicitizzazione» delle questioni sociali a livello dell'Unione<sup>35</sup> – il rischio accennato rimane, vale forse la pena chiedersi se gli ordinamenti nazionali non possano utilmente individuare un più equilibrato termine di confronto in un altro strumento del Consiglio d'Europa pensato come “complemento” alla CEDU, in quanto destinato alla tutela *generale* dei diritti sociali: la Carta sociale europea (CSE)<sup>36</sup>.

---

ss.; in argomento, se si vuole, cfr. da ultimo C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 128 ss. (*ivi*, ult. bibl.).

<sup>31</sup> V., fra gli altri, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Cavasino, G. Scala e G. Verde, Napoli 2013, 67 ss.

<sup>32</sup> Il funzionamento dell'integrazione, così, dipende tanto dal riconoscimento di un *minimo inderogabile* di diritti comuni ai vari Paesi (28 o 47 Stati), garantiti nel loro contenuto essenziale dalle Corti europee, quanto dal principio della *massima tutela* possibile, qualunque siano l'ordinamento e la Corte chiamati ad apprestarla. Da tale punto di vista, non pare avere molto senso il riferimento – contenuto nella citata [sent. n. 49 del 2015](#) – ad un presunto «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu», salvo intenderlo come un mero richiamo alla tesi, ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte, della subordinazione formale della Cedu a “tutta” la Costituzione.

<sup>33</sup> V. ancora G. SILVESTRI, *Fonti interne*, cit., 3422, nonché ID., *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in AA.VV., *Diritto civile e principi*, cit., 63 s.

<sup>34</sup> Lesioni cui, invece, pongono per fortuna rimedio proprio le normative e le giurisprudenze europee, come testimonia il ricco campo del diritto antidiscriminatorio, a conferma che *anche in materia sociale* l'integrazione delle tutele appare la prospettiva di gran lunga preferibile.

<sup>35</sup> S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, in AA.VV., *Diritto civile e principi*, cit., 115 ss.

<sup>36</sup> Adottata a Torino nel 1961, com'è noto, la CSE è stata integrata da vari protocolli e formalmente riveduta a Strasburgo nel 1996. Dei quarantasette Paesi membri del Consiglio d'Europa, trentatré hanno ratificato quest'ultimo testo, mentre dieci sono ancora vincolati alla prima versione (fra questi: Germania, Grecia, Polonia, Spagna, Regno Unito e Svizzera). L'Italia, che aveva già recepito la Carta nel 1965 (l. n. 929), ha poi ratificato la versione riveduta con la l. n. 30 del 1999. L'UE ribadisce il proprio «attaccamento» ai diritti iscritti nella CSE, tenendoli presenti nell'ambito della propria politica sociale (il considerando del Preambolo e art. 151 TUE); tale documento, poi, è tra le fonti di ispirazione della CDFUE.

#### 4. CEDU e Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: due pesi e due misure

Al riguardo, si deve subito rilevare che, a differenza della CEDU, la Carta sociale non gode di molta considerazione nell'ordinamento italiano. Basti pensare che, in cinquant'anni di vigenza, le volte in cui la giurisprudenza costituzionale vi fa riferimento si contano letteralmente sulle dita di una mano: cinque soltanto<sup>37</sup>.

La prima risale al 1983 ([sent. n. 163](#)), in una decisione di accoglimento in tema di regime assicurativo per i lavoratori invalidi, risolta comunque alla luce del solo parametro interno (art. 38 Cost.), rispetto al quale la Corte cita in aggiunta l'art. 15 della CSE, definendola «una previsione normativa più compiuta e puntuale», ma senza trarne alcuna specifica e autonoma conseguenza. La seconda occasione si presenta nel 1994 ([sent. n. 86](#)), quando, pur dichiarando inammissibile la questione proposta per rispetto della discrezionalità legislativa, si riconosce chiaramente che la mancata estensione alle collaboratrici familiari del divieto di licenziamento per maternità «non è più sostenibile nel nuovo ordinamento costituzionale, in particolare di fronte agli artt. 31 e 37 Cost., e contrasta inoltre con gli impegni internazionali assunti dall'Italia», fra i quali figura anche l'art. 8 della CSE.

In maniera singolare, il rilievo della Carta tende a scemare proprio dopo il 2001, *nonostante* la nuova formulazione dell'art. 117, c. 1.

Almeno in un caso, in materia di diritto all'istruzione dei minori disabili, la decisione è addirittura successiva alle «sentenze gemelle», ma ciò sembra non aver minimamente influito sulla posizione riconosciuta alla CSE ([sent. n. 80 del 2010](#))<sup>38</sup>. Più interessante, invece, una seconda questione, concernente il blocco degli aumenti stipendiali dei lavoratori degli enti pubblici non economici, purtroppo naufragata sugli scogli della manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza e carente motivazione sulla stessa ([ord. n. 434 del 2005](#))<sup>39</sup>: qui il remittente aveva concentrato le proprie censure sulla sola violazione dell'art. 4 della CSE alla luce dell'art. 117, c. 1, Cost., mentre la difesa erariale aveva contestato che le disposizioni della Carta integrassero gli obblighi internazionali in parola, costituendo a suo dire «impegni di carattere generalissimo, obiettivi da perseguire nell'ambito delle relazioni internazionali, come tali non direttamente applicabili ai singoli rapporti». Proprio per la maldestra confusione tra applicabilità diretta ed efficacia giuridica del trattato in parola, l'affermazione dell'Avvocatura statale avrebbe meritato un minimo chiarimento da parte della Corte che però, stante i rilevati vizi processuali, ha preferito non avventurarsi su un terreno che avrebbe portato dritto al nocciolo della questione (la rilevanza giuridica della CSE nel diritto interno).

Un piccolo spiraglio si coglie in una decisione del 2000, che ha dichiarato ammissibile il referendum abrogativo sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ([sent. n. 46](#)). Ribadendo che la reintegra nel posto di lavoro costituisce *una* delle tutele possibili in caso di licenziamento illegittimo, la Corte richiama espressamente l'art. 24 della CSE, osservando che – ove scomparisse la tutela reale – resterebbe comunque operativa, «anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea», la tutela obbligatoria prevista dalla legge italiana. Un riconoscimento dunque c'è, ma è davvero troppo poco per dedurre qualcosa in più del mero «ausilio interpretativo» (sempre *ad abundantiam*) della CSE rispetto al ben diverso rilievo che ha ormai assunto la CEDU come «parametro» – seppur interposto – della legislazione interna.

<sup>37</sup> Se si esclude la [sent. n. 30/1990](#), in cui la CSE è richiamata solo dalle parti private costitutesi in giudizio, ma ignorata dalla Corte.

<sup>38</sup> La questione era stata sollevata anche in relazione alle disposizioni della CSE e di altri trattati internazionali, ma il Giudice delle leggi ha preferito l'appiglio offerto dal testo costituzionale. Su tale scelta, tuttavia, può aver influito anche l'equivoco riferimento del remittente all'art. 10, c. 1, anziché all'art. 117, c. 1, Cost.

<sup>39</sup> In particolare, per la Corte: «la insufficiente descrizione delle fattispecie oggetto dei giudizi *a quibus* rende del tutto oscuro il significato che – in assenza, peraltro, di ogni specifica motivazione sul punto – dovrebbe attribuirsi, secondo i rimettenti, alla locuzione “lavoro straordinario” utilizzata dall'art. 4 della Carta sociale europea, nonché al riferimento, operato dal secondo comma della norma pattizia, alle “convenzioni collettive”, esplicitamente indicate quali strumenti “per garantire l'effettivo esercizio del diritto ad un'equa retribuzione”».

La cautela mostrata dalla Corte costituzionale può almeno in parte imputarsi ai limiti degli atti introduttivi dei suoi giudizi: se i giudici *a quibus* non invocano espressamente la Carta sociale, ben poco spazio si profila per un'autonoma iniziativa del Giudice delle leggi. In effetti, scorrendo la giurisprudenza comune non c'è da essere ottimisti: salvo sporadiche e del tutto isolate pronunce dei giudici di merito, la CSE viene comunemente utilizzata o in senso di mero *rafforzamento argomentativo* delle conclusioni comunque raggiungibili sulla sola base del diritto interno, o addirittura in senso *svalutativo*, negando che le sue norme abbiano «efficacia diretta» o «valore precettivo»<sup>40</sup>.

La conclusione che se ne trae è implacabile: per la CEDU e la CSE si segue la logica dei “due pesi e due misure” e, quel che più sorprende, ciò accade proprio *dopo* l'introduzione del vincolo al rispetto degli «obblighi internazionali» e *dopo* la svolta giurisprudenziale del 2007. Paradossalmente, la posizione dei due trattati fondamentali del Consiglio d'Europa era più simile prima, quando alla CEDU veniva riconosciuta al più una funzione “integrativa” delle fonti interne sul piano ermeneutico, senza però poter prevalere su leggi ordinarie successive (per il criterio della *lex posterior*)<sup>41</sup>.

Può dunque giustificarsi *adesso* una disparità di trattamento che *allora* non sussisteva? Ad essere cambiata, in fondo, è la disciplina costituzionale interna (e la ricostruzione giurisprudenziale) di quel vincolo internazionale, non il vincolo in sé e per sé considerato. In altri termini, non ci sembra giustificabile il doppio regime con riguardo a due trattati sulla stessa materia (diritti fondamentali) e dello stesso sistema (Consiglio d'Europa), entrambi ratificati ed eseguiti da tempo in Italia. Né si può affermare che la ricostruzione ermeneutica dell'art. 117 *in parte qua* operata dalla Corte costituzionale valga esclusivamente per la CEDU e non pure per altri trattati in materia di diritti. In senso estensivo militano ragioni logiche e testuali (*supra*, § 2), nonché anche recenti conferme giurisprudenziali: in due casi di accoglimento, la stessa Corte ha fatto riferimento *ex art.* 117, c. 1, alla Convenzione Onu sulle persone con disabilità del 2006 ([sent. n. 236 del 2012](#)) ed alla Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 1989 insieme alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996 ([sent. n. 7 del 2013](#)). Il che rende certamente più difficile sostenere l'*irrilevanza* come parametro interposto della Carta sociale<sup>42</sup>.

Cosa dunque impedisce di omologare nel trattamento interno CEDU e CSE? Le ragioni potrebbero essere legate: *a)* alle differenze, strutturali e funzionali, fra le due Carte e *b)* alla presunta inutilità della seconda rispetto ad altri sistemi di tutela delle medesime situazioni soggettive a livello europeo. All'esame di questi due punti saranno dedicati i paragrafi successivi.

<sup>40</sup> *Ex multis*: Cass. civ., sez. lav., 25 gennaio 2007, n. 1670; Cass. civ., sez. lav., 14 agosto 2008, n. 21706; Cass. civ., sez. lav., 15 marzo 2010, n. 6264; Cass. civ., sez. VI, 20 gennaio 2015, n. 900. Per maggiori indicazioni in merito, cfr. G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in AA.VV., *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, a cura di M. D'Amico, G. Guiglia e B. Liberali, Napoli 2013, 85 ss.

<sup>41</sup> Nella giurisprudenza costituzionale, v. fra le tante decisioni: [nn. 299 e 464 del 2005](#), [231 del 2004](#), [305 del 2001](#), [376 del 2000](#), [388 del 1999](#), [315 del 1990](#) (isolata invece, in questo filone, la ben diversa ricostruzione della legge di esecuzione della CEDU come fonte “atipica” espressa nella [sent. n. 10 del 1993](#)). Applica questo stesso ragionamento, con riguardo alla Carta sociale, Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2000, n. 4439.

<sup>42</sup> A ulteriore conferma di quanto sostenuto nel testo, arg. *a contrario* pure dalla citata [sent. n. 238 del 2014](#), concernente una consuetudine internazionale e due leggi interne di esecuzione di trattati internazionali (lo Statuto delle Nazioni Unite del 1945 e la Convenzione Onu sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004): pur non rilevando nel caso di specie l'art. 117, c. 1 (invocato solo dalla difesa delle parti dei giudizi principali ma giustamente escluso dalla Corte), la motivazione della decisione fa applicazione di diversi principi enunciati e utilizzati in passato con riferimento alla CEDU. Nella giurisprudenza costituzionale non mancano, tuttavia, anche orientamenti più restrittivi, come nel caso dello scarso rilievo attribuito alla *Carta europea dell'autonomia locale* dalle [sentenze nn. 325 del 2010](#) («gli evocati articoli della Carta europea dell'autonomia locale non hanno uno specifico contenuto precettivo, ma sono prevalentemente definitori ... programmatici ... e, comunque, generici») e [50 del 2015](#) («A prescindere dalla natura di documento di mero indirizzo della suddetta Carta europea...»). Osservazioni critiche a questa chiusura della Corte sono espresse, fra gli altri, da C. PADULA, *L'autonomia: un principio di scarso valore? La Carta europea dell'autonomia locale e le recenti riforme degli enti locali (legge “Delrio” e d.l. 95/2012)*, in AA.VV., *Il valore delle autonomie: territorio, potere e democrazia*, a cura di B. Pezzini e S. Troilo, Napoli 2015, § 4, e – con riferimento anche alla CSE – da A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Rivista Aic*, 2/2015, 22 ss.



## 5. La Carta sociale europea e il suo custode

Anche a livello europeo, la CSE è generalmente considerata la “sorella povera” della CEDU, come conferma in modo lampante il fatto che l’ingresso nel Consiglio d’Europa sia subordinato alla ratifica della seconda ma non pure della prima<sup>43</sup>. Ne discende, sempre in termini generali, un minore impatto della Carta sociale sugli ordinamenti nazionali che la recepiscono. All’origine di tale situazione stanno sia la differente natura dei diritti protetti che la diversità dei sistemi di controllo previsti per garantirne l’effettività<sup>44</sup>. Non sorprende, dunque, che le due Carte sorelle del Consiglio d’Europa viaggino a distinte velocità.

Eppure v’è qualcosa di paradossale in ciò, poiché solo se vengono concepiti come un *unicum* i due trattati concretizzano il ricordato principio di “indivisibilità” dei diritti fondamentali.

Già quest’ultima osservazione è sufficiente per sostenere l’opportunità – anzi, la necessità – di una lettura *integrata* dei due documenti, qualunque sia l’autorità chiamata ad interpretarli, anche al fine di ridurre il rischio di conflitti nella loro attuazione. Una tale “permeabilità” è facilitata dalla presenza anche nella CSE di una *clausola di maggior favore* per i diritti riconosciuti dalle leggi delle Parti contraenti o da ogni altro accordo al quale esse partecipino (art. H).

Una particolare attenzione alle implicazioni e relazioni esistenti fra tutti i diritti fondamentali è prestata dall’organo di garanzia della Carta, il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), la cui “giurisprudenza” – pur meno nota e considerata di quella CEDU – appare non solo un costante appello alla loro indivisibilità, ma anche una sua efficace dimostrazione<sup>45</sup>. Tale consapevolezza è fra le ragioni che hanno consentito al CEDS di sviluppare un’interpretazione *aggiornata e dinamica* di un testo le cui linee portanti risalgono ad oltre cinquant’anni fa, pur mantenendo un atteggiamento scevro da presunzioni di autosufficienza<sup>46</sup>.

In tal modo, proprio nel settore dove risulta più difficile trovare o elaborare standard di trattamento veramente comuni ai Paesi della “grande Europa”, il Comitato si distingue per essere l’organo di garanzia dei diritti europei maggiormente impegnato nel dare un’interpretazione *aperta e dialogica* – più che *ideologica* – della propria Carta.

Questi risultati sono ancora più apprezzabili se si considera che il Comitato, pur comportandosi “come se” fosse un giudice, formalmente non dispone di poteri analoghi a quelli riconosciuti alle giurisdizioni europee. E qui veniamo al secondo problema, quello delle garanzie.

La supervisione della Carta si svolge secondo due binari. Il primo segue la modalità tipica di altri organi internazionali simili, ovvero il *monitoraggio* su rapporti periodicamente sottoposti dai singo-

<sup>43</sup> «While there are many reasons which can be offered for the discrepancies that exist in practice, and not all of the differences in treatment are necessarily problematic, the bottom line is that social rights remain the poor step-sister of civil and political rights and this is every bit as true within the Council of Europe as elsewhere»: così, P. ALSTON, *Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter’s Supervisory System*, in AA.VV., *Social Rights in Europe*, a cura di G. De Búrca and B. De Witte, New York 2005, 47.

<sup>44</sup> Non è poi da sottovalutare il significato “politico-simbolico” che, in un’Europa divisa nei due contrapposti blocchi di influenza occidentale e sovietica, acquisivano le libertà proclamate nella CEDU per i Paesi aderenti: sottolinea giustamente questo punto, C. BENELHOCINE, *The European Social Charter*, Strasbourg 2012, 14.

<sup>45</sup> Cfr. J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights*, in AA.VV., *Social Rights in Europe*, cit., 90, cui si rinvia per le opportune indicazioni giurisprudenziali. Per un’analisi approfondita e “contestualizzata” dei diritti della Carta, v. per tutti M. MIKKOLA, *Social Human Rights of Europe*, Porvoo 2010.

<sup>46</sup> Fra le strategie argomentative impiegate dal CEDS, tre, in particolare, appaiono più strettamente connesse all’approccio evidenziato: una lettura sistematica della Carta, l’apertura al diritto internazionale, convenzionale e comunitario, un metodo interpretativo *value-oriented*. Per maggiori approfondimenti e indicazioni giurisprudenziali, sia consentito rinviare a C. PANZERA, *La Carta sociale europea presa sul serio*, in AA.VV., *Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*, a cura di A. Pérez Miras, E.C. Raffiotta e G.M. Teruel Lozano, in corso di stampa, § 2; per una generale ricostruzione delle tecniche interpretative del Comitato, v. invece F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea come “strumento vivente”*. *Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Jura Gentium*, 2/2012, 26 ss.



li Paesi<sup>47</sup>. Certamente più interessante la seconda procedura, operativa dal 1998 e consistente nella facoltà riconosciuta a specifiche ong internazionali e nazionali di presentare direttamente al CEDS un *reclamo collettivo* per denunciare la violazione in un caso specifico – ma sempre relativo ad un gruppo di persone – di una o più disposizioni della Carta. Una volta dichiarato ricevibile, il reclamo è esaminato nel contraddittorio tra le parti interessate e la decisione nel merito viene comunicata alle parti e al Comitato dei ministri tramite un rapporto, sulla base del quale quest'ultimo può adottare una raccomandazione o una risoluzione.

Le differenze con il sistema di protezione convenzionale – è impossibile negarlo – sono notevoli: la procedura descritta non ha carattere strettamente giurisdizionale; le conseguenze di una violazione non vanno formalmente oltre la raccomandazione o la risoluzione indirizzate allo Stato inadempiente; il reclamo non può essere sollevato dal singolo, ma solamente da associazioni determinate, di tipo prevalentemente sindacale<sup>48</sup>.

Nonostante ciò, è pacifico che l'introduzione della procedura dei reclami collettivi abbia rappresentato per la Carta l'inizio di una "seconda vita" ed impresso un forte slancio all'attività del Comitato, il quale, sotto la pressione dei casi concreti, ha arricchito di contenuti sostanziali gli orientamenti già espressi in sede di esame dei rapporti nazionali, affinando i metodi interpretativi con cui dare risalto al testo del trattato<sup>49</sup>.

Inoltre, sebbene il seguito procedurale delle decisioni del CEDS (necessario passaggio dal Comitato dei ministri) possa indurre a dubitare di una loro piena efficacia giuridica per gli Stati, in realtà il rispetto delle stesse non è da considerarsi meno obbligatorio di quanto non sia l'osservanza delle pronunce della Corte di Strasburgo: sul piano internazionale, infatti, tra CEDU e CSE non v'è alcuna differenza in termini di vincolatività. Né sarebbe corretto inferire dall'eterogeneità dei rispettivi sistemi di controllo che l'influenza del CEDS sugli ordinamenti nazionali sia *nei fatti* del tutto trascurabile. Al contrario, in diverse occasioni i suoi interventi hanno prodotto significative modifiche sul piano legislativo (Bulgaria), amministrativo (Croazia) e giudiziario (Francia), in tempi anche piuttosto brevi<sup>50</sup>. In un caso, poi, il *reasoning* di una decisione resa nei confronti di un Paese (la Grecia) è stato addirittura applicato a *preferenza della legislazione vigente* da alcuni giudici di un altro Stato (la Spagna) in relazione a controversie interne di identico tenore, e ciò è avvenuto nonostante quest'ultimo non avesse ancora ratificato la procedura dei reclami collettivi<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> In base ad una recente decisione del Comitato dei ministri [CM(2014)26], la procedura è stata ulteriormente semplificata per gli Stati membri che hanno aderito alla seconda forma di controllo (i reclami collettivi), prevedendosi ora la presentazione ogni due anni di un rapporto limitato all'illustrazione delle sole misure prese dalle autorità nazionali a seguito di una decisione di "condanna" dello Stato interessato resa in precedenza su uno o più reclami collettivi.

<sup>48</sup> Per altri versi, va anche notato come il carattere "collettivo" del ricorso obblighi gli Stati a misurarsi con la richiesta di riforme generali invece che con la soddisfazione di istanze meramente individuali: v. pure M. BELL, *Combating Discrimination through Collective Complaints under the European Social Charter*, in AA.VV., *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: une constitution sociale pour l'Europe*, a cura di O. De Schutter, Bruxelles 2010, 48.

<sup>49</sup> Sul punto, fra i molti: O. DE SCHUTTER, *The Two Lives of the European Social Charter* e C. O'CONNOR, *Social Rights and the European Social Charter – New Challenges and Fresh Opportunities*, entrambi in AA.VV., *The European Social Charter*, cit., 11 ss. e 167 ss.

<sup>50</sup> Ciò è accaduto con riguardo, rispettivamente, alle decisioni sul merito dei reclami nn. 48/2008 (*ERRC/Bulgaria*, 18 febbraio 2009), 45/2007 (*INTERRIGHTS/Croazia*, 30 marzo 2009) e 14/2003 (*FIDH/Francia*, 8 settembre 2004). Per maggiori indicazioni, L. JIMENA QUESADA, *Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: Indivisibility of Human Rights and Indivisibility of Guarantees*, in AA.VV., *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century/La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, a cura di M. D'Amico e G. Guiglia, Napoli 2014, 148 s.

<sup>51</sup> Approfondimenti in M. SALCEDO BELTRÁN, *Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España*, in *Lex social*, 2/2014, 29 ss. Per una decisa, e in parte provocatoria, presa di posizione in favore del giudizio di convenzionalità diffuso in Spagna (con riferimento anche alla CSE), v. L. JIMENA QUESADA, *Jurisprudencia nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor 2013.

Tale forma di sindacato “concreto”, soprattutto, si combina perfettamente con il controllo “astratto” sui rapporti nazionali: le due procedure si rafforzano poi reciprocamente perché l’una costituisce occasione di verifica di quanto lo Stato sotto esame abbia fatto per rimediare alla situazione di difformità dalla Carta precedentemente attestata nell’altra. L’integrazione fra i due strumenti è talmente evidente che il CEDS arriva talvolta al punto di richiamare principi o affermazioni contenuti in decisioni su reclami collettivi nell’esame dei rapporti nazionali concernenti Stati che non hanno ancora accettato quella procedura, con un’estensione *de facto* del raggio di influenza di quest’ultima<sup>52</sup>.

*Interdipendenza e sussidiarietà* sono dunque il vero punto di forza del sistema di “doppio controllo” previsto, con un netto guadagno per quell’effettività dei diritti sociali a livello europeo la cui carenza è spesso oggetto di lamentele e fin troppo facili critiche.

### 6. La tutela più favorevole in quattro casi emblematici

Veniamo alla seconda obiezione. L’apporto del Comitato potrebbe risultare comunque trascurabile di fronte all’azione delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo, che possono vantare mezzi più potenti ed efficaci – e, nel caso della seconda, anche di un testo più aggiornato (CDFUE) – da mettere al servizio della causa dei diritti sociali. Anzi, si osserva spesso che l’aggiunta di una voce in più nel già complicato “spartito” della tutela multilivello dei diritti potrebbe far aumentare confusione e incertezza nella sua lettura e, quel che è più grave, nella sua esecuzione<sup>53</sup>.

In effetti, su questo fronte, la Corte EDU ha mostrato di sapersi aprire ad istanze espressive di diritti sociali, sfruttando le potenzialità di alcune disposizioni chiave della Convenzione o dei suoi protocolli e giungendo ad affermare in termini molto generali l’inesistenza di “barriere ermeneutiche” tra la sfera dei diritti politico-civili e quella dei diritti economico-sociali<sup>54</sup>. Tuttavia, il contesto in cui aperture del genere sono in concreto maturate rimane pur sempre quello di un sistema primariamente volto alla giustiziabilità delle classiche libertà negative<sup>55</sup>, sicché pare piuttosto irrealistico attendersi un forte attivismo giudiziario nei settori tradizionali del *welfare* nazionale o una spontanea trasformazione della Corte europea in un giudice “anche” dei diritti sociali. Se cercare a Stra-

<sup>52</sup> Sulla stretta interdipendenza fra i due meccanismi di controllo, con vari esempi, cfr. ancora L. JIMENA QUESADA, *Interdependence*, cit., 151 ss.

<sup>53</sup> Per una critica a questo e ad altri aspetti del costituzionalismo “multilivello”, v. ad es. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2/2006, spec. 1658 ss.

<sup>54</sup> Cfr. *Airey/Irlanda*, 9 ottobre 1979, §26. Le disposizioni “ponte” sono soprattutto l’art. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti, con riguardo all’espulsione di un soggetto malato di AIDS in stadio terminale verso il Paese di origine nel quale però non sussistono cure adeguate: *D./Regno Unito*, 2 maggio 1997; ma v. in senso diverso il successivo caso *N./Regno Unito*, 27 maggio 2008), l’art. 8 (rispetto della vita privata e familiare, relativamente al godimento dei congedi parentali e, da ultimo, anche alla percezione dell’assegno familiare: *Konstantin Markin/Russia*, 22 marzo 2012, e *Dahabi/Italia*, 8 aprile 2014), l’art. 11 (diritto di dar vita a sindacati e aderirvi, per quanto concerne il diritto di contrattazione collettiva: *Demyr e Baykara/Turchia*, 12 novembre 2008), l’art. 1 prot. I (tutela della proprietà, con riguardo a diverse prestazioni sociali previdenziali: *Gaygusuz/Austria*, 16 settembre 1996; *Koua Poirrez/Francia*, 30 settembre 2003; *Moskal/Polonia*, 15 settembre 2009), ma anche l’art. 14 (divieto di discriminazione) e l’art. 6 (giusto processo), specie con riguardo alla tutela dei c.d. *property rights*. Per una ricostruzione delle principali tecniche elaborate dalla Corte europea in materia, v.: F. SUDRE, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme: un exercice de ‘jurisprudence fiction’?*, in *Rev. trim. dr. h.*, n. 55/2003, 758 ss.; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *El sistema de protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa*, in AA.VV., *A Eficácia dos direitos sociais*, a cura di F. Facury Scaff, R. Romboli e M. Revenga Sánchez, São Paulo 2010, 84 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 16 ss.; G. MALINVERNI, *The Court of European Human Rights, the Protection of Social Rights, its Relationship with the European Committee of Social Rights*, in AA.VV., *European Social Charter*, cit., 97 ss.; N. NAPOLETANO, *Estensione e limiti della dimensione economica e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempi di crisi economico-finanziaria*, in *Dir. umani dir. intern.*, 2/2014, 395 ss.

<sup>55</sup> «Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights»: *N./Regno Unito*, cit., §41 (che parrebbe rovesciare la logica espressa nella sent. *Airey*).

sburgo la soluzione di tutti i problemi nazionali può pure essere frutto di ingenua fiducia, bussare alle porte di quel giudice senza curarsi dei limiti contenutistici della sua azione rischia di apparire un attaccamento quasi “ossessivo” allo strumento convenzionale<sup>56</sup>.

Dal suo canto, anche l’UE ha ormai una propria Carta e questa contempla espressamente diritti sociali. E tuttavia: da un lato, la distinzione posta nel suo art. 52§5 fra *diritti* immediatamente azionabili (prevalentemente politico-civili) e *principi* giustiziabili solo una volta attuati dall’Unione o dagli Stati membri (prevalentemente sociali) rischia di sterilizzare *in nuce* l’applicazione giudiziaria delle disposizioni ispirate direttamente alla CSE; dall’altro, proprio su quest’ultimo versante la Corte di Lussemburgo ha valorizzato la CDFUE in chiave rafforzativa o anche espansiva della portata del diritto derivato in materia sociale (ad es., nel caso *Kamberaj*)<sup>57</sup>, ma conserva un’estrema prudenza quando si tratta di riconoscere un’efficacia orizzontale alle sue disposizioni sociali<sup>58</sup>.

Al di là di queste considerazioni generali, alcuni esempi concreti illustrano bene come, rispetto al sistema CEDU e al diritto UE, la Carta sociale possa offrire una tutela più incisiva dei diritti invocati.

Il primo esempio concerne le *austerity measures* imposte dalla Troika alla Grecia, nella logica dei “prestiti condizionati”. Qui, tanto la Corte europea quanto la Corte di giustizia hanno eluso le richieste di tutela avanzate: la prima dichiarando il ricorso contro le misure adottate manifestamente infondato, sulla base dell’assunto che il sacrificio imposto ai ricorrenti non era da considerarsi eccessivo e le scelte politiche del Governo ellenico rimanevano assorbite nel margine di apprezzamento statale<sup>59</sup>; la seconda rilevando *in limine* un difetto di legittimazione dei ricorrenti<sup>60</sup>. Il Comitato, invece, ha riconosciuto la violazione del diritto alla sicurezza sociale garantito dalla CSE (art. 12§3) per riduzione eccessiva dell’ammontare delle pensioni spettanti. Fra le ragioni addotte, spiccano il mancato svolgimento da parte delle autorità greche di analisi *ex ante* circa l’impatto che il cumulo delle misure contestate avrebbe realisticamente avuto sulla posizione dei soggetti interessati, particolarmente vulnerabili, l’assenza di coinvolgimento nella decisione delle associazioni rappresentative degli stessi e la mancata ricerca di soluzioni meno afflittive ma ugualmente idonee<sup>61</sup>.

Il secondo caso tocca un nervo scoperto della giurisprudenza UE, poiché verte sul seguito della notissima sentenza *Laval*. Chiamato in causa da un reclamo collettivo contro la legislazione svedese

<sup>56</sup> Denuncia giustamente il rischio di una «obsesión convencional», L. JIMENA QUESADA, *Jurisdicción nacional*, cit., 58.

<sup>57</sup> Corte giust., 24 aprile 2012, C-571/10.

<sup>58</sup> Nel caso *Association de médiation sociale* (sent. 15 gennaio 2014, C-176/12), la Corte ha affermato che l’art. 27 della Carta di Nizza, concernente il diritto dei lavoratori ad essere informati e consultati (cfr. pure l’art. 29 della CSE), «per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale», ed in ogni caso «non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale» (§§45 e 51). Sulla problematica *Drittwirkung* delle disposizioni sociali della Carta, si rinvia ancora allo studio di A. GUAZZAROTTI, *Il ruolo dei diritti sociali*, cit.

<sup>59</sup> *Koukafy e ADEDY/Grecia*, 7 maggio 2013, cui si può aggiungere *Conceição Mateus e Santos Januário/Portogallo*, 8 ottobre 2013.

<sup>60</sup> Ordinanze 27 novembre 2012, T-541/10 e T-215/11, *ADEDY*. La Corte di giustizia ha poi rifiutato di esaminare nel merito un’analogo richiesta oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del *Tribunal do Trabalho do Porto*, con la motivazione che l’atto contestato (la legge finanziaria portoghese per il 2011, che disponeva una temporanea riduzione delle pensioni di anzianità per i dipendenti del settore pubblico) non rientrava nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione e, quindi, che le disposizioni della Carta di Nizza invocate non potevano venire in rilievo (ord. 7 marzo 2013, C-128/2012, *Sindicato dos Bancários do Norte*). Sulla vicenda è poi intervenuto il Tribunale costituzionale portoghese, che ha riconosciuto con due decisioni – nn. 353 del 2012 e 187 del 2013 – l’incostituzionalità dell’intervento legislativo: v. per tutti R. ORRÙ, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2014, 1015 ss.

<sup>61</sup> V. le decisioni nel merito del 7 dicembre 2012 sui cinque reclami presentati dai sindacati dei pensionati greci (nn. 76-80/2012), la cui eco è chiaramente percepibile nella risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2014 su *Occupazione e aspetti sociali del ruolo e delle attività della Troika (2014/2007(INI))*, spec. §§26 e 40. Per un commento alle decisioni, v. G. GUIGLIA, *Il diritto alla sicurezza sociale in tempo di crisi: la Grecia di fronte al Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, IV/2013, 1400 ss.; per una più ampia ricostruzione del differente approccio segnalato nel testo, v. invece L. MOLA, *The Margin of Appreciation Accorded to States in Times of Economic Crisis. An Analysis of the Decisions by the European Committee of Social Rights and by the European Court of Human Rights on National Austerity Measures*, in *Lex social*, 1/2015, 174 ss.

di attuazione di quella pronuncia della Corte di Lussemburgo, il Comitato si esprime per una ridefinizione della vicenda in senso diametralmente opposto, grazie al diverso equilibrio fra libertà economiche e diritti sociali che le disposizioni della CSE in materia di negoziazione collettiva (art. 6§2 e 6§4) e protezione equivalente dei lavoratori migranti (art. 19§4) gli hanno consentito di fissare: la distanza tra i due approcci non potrebbe essere maggiore<sup>62</sup>. Non a caso, il Comitato approfitta dell'occasione per ribadire che – diversamente da quanto affermato dalla Corte di Strasburgo riguardo alla CEDU (sentenza *Bosphorus*) – non esiste alcuna “presunzione di conformità” alla CSE in favore del diritto dell'Unione e che, pertanto, lo Stato interessato non può ritenersi assolto dal rispetto della Carta neppure quando agisce in stretta esecuzione di una sentenza della Corte di giustizia<sup>63</sup>. È questa una delle ipotesi in cui, qualora fosse applicata senza riserve anche alla Carta sociale, la clausola di “maggior favore” contenuta nell'art. 53 della CDFUE potrebbe mettere in seria difficoltà la Corte di Lussemburgo nel proseguire sulla strada tracciata dal “*Laval quartet*”.

Gli ultimi due esempi riguardano la protezione della salute degli immigrati irregolari ed il diritto all'abitazione.

Quanto al primo, la Corte europea ha stabilito che l'espulsione di un cittadino straniero che usufruisca di assistenza sanitaria nel Paese ospitante ma sia privo di un valido titolo di soggiorno contrasta con l'art. 3 della CEDU solamente se il soggetto versa in *gravi* condizioni ed è provata l'*effettiva* assenza di cure disponibili nel Paese di origine<sup>64</sup>. Ben diversa la posizione del CEDS al riguardo: sebbene l'ambito soggettivo di applicazione della CSE sia piuttosto limitato, tale organo – facendo prevalere lo “spirito” sulla “lettera” della Carta – ha realizzato di fatto un'*estensione soggettiva* delle garanzie, includendovi anche gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale qualora il rifiuto di prestazioni sanitarie o di altro genere (come la garanzia di un riparo o la tutela contro gli sfratti forzosi) ne metta *astrattamente* a rischio la vita e/o la dignità, senza porre ulteriori condizioni<sup>65</sup>.

Nel secondo caso il confronto è ancora più diretto, poiché concerne la medesima disciplina di denazionalizzazione e successiva riforma della proprietà sociale della casa avviata in Slovenia a partire dal 1991, la quale ha sensibilmente peggiorato la condizione abitativa dei titolari del “diritto di occupazione speciale” previsto dalla normativa precedente. Il primo ad intervenire è il Comitato, che rileva la violazione delle disposizioni della Carta in materia di diritto all'abitazione, protezione della famiglia e divieto di discriminazione<sup>66</sup>. La Corte di Strasburgo invece, pur conoscendo quell'importante precedente (espressamente citato) esclude che siano violate le norme della Convenzione che proteggono il diritto al possesso dei beni, la vita familiare e i principi di non discriminazione e giusto processo<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Cfr. *LO-TCO/Svezia*, 3 luglio 2013 (recl. n. 85/2012), in rapporto a Corte giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*. Per un confronto in parallelo delle due decisioni, v.: M. SALCEDO BELTRÁN, *El Consejo de Europa frente a la Unión Europea. Vulneración de la Carta Social Europea por 'Lex Laval'*, in *Estudios Fundación 1 de Mayo*, 77/2014, 1 ss. e M. BASSINI-F. FERRARI, *Reconciling Social Rights and Economic Freedom in Europe. A Constitutional Analysis of the Laval Saga (Collective Complaint no. 85/2012)*, in AA.VV., *European Social Charter*, cit., 193 ss.

<sup>63</sup> *LO-TCO/Svezia*, cit., §§72-74.

<sup>64</sup> V. ancora, anche per una ricostruzione dei precedenti, la sent. *N./Regno Unito*, §§29-51.

<sup>65</sup> Esiste in materia una serie consistente di decisioni: *FIDH/Francia*, cit.; *ERRC/Italia*, 7 dicembre 2005 (recl. n. 27/2004); *DCI/Olanda*, 20 ottobre 2009 (recl. n. 47/2008); *COHRE/Italia*, 25 giugno 2010 (recl. n. 58/2009); *COHRE/Francia*, 28 giugno 2011 (recl. n. 63/2010); *DCI/Belgio*, 23 ottobre 2012 (recl. n. 69/2011); *FEANTSA/Olanda*, 2 luglio 2014 (recl. 86/2012); *CEC/Olanda*, 1 luglio 2014 (recl. 90/2013). Per una specifica trattazione sul tema, v.: J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *L'applicabilité ratione personae de la Charte sociale européenne: entre ombres et lumières*, in AA.VV., *The European Social Charter*, cit., 79 ss.; G. PALMISANO, *Sui limiti di applicazione della Carta sociale europea in termini di persone protette*, in AA.VV., *La Carta sociale europea*, cit., 39 ss. e, se si vuole, C. PANZERA, *The Personal Scope of the European Social Charter: Questioning Equality*, in *Rev. eur. der. fund.*, 24/2014.

<sup>66</sup> *FEANTA/Slovenia*, 8 settembre 2009 (recl. 53/2008).

<sup>67</sup> *Berger-Krall et al./Slovenia*, 12 giugno 2014.



## 7. Conclusioni

La casistica esaminata suffraga la tesi che il CEDS possa offrire un rilevante contributo alla causa dei diritti sociali e, per ciò stesso, dovrebbe essere messo in grado di darlo.

Ciò porta ad auspicare, a livello europeo, anzitutto che le Corti di Strasburgo e Lussemburgo comincino a tenere in maggiore considerazione la “sostanza” degli orientamenti emergenti dalle conclusioni e decisioni del Comitato (per riprendere una formula usata dal nostro giudice costituzionale con riguardo alla giurisprudenza CEDU), ma anche che l’Unione europea riconosca finalmente l’opportunità – proprio in chiave politica – di una formale adesione alla CSE. Difatti, essendo i diritti sociali parte essenziale del costituzionalismo contemporaneo, *qualunque prospettiva di integrazione costituzionale dell’UE deve necessariamente includere anche questa dimensione*. Naturale, allora, guardare alla CSE come all’“anello mancante” di un tale percorso e, del pari, inevitabile giudicare come assolutamente insufficiente lo spazio che ad essa dedicano i trattati fondamentali o la giurisprudenza comunitaria<sup>68</sup>.

Se quest’ultima prospettiva appare tuttavia incerta e comunque di lungo periodo, più concreta e immediata si presenta – sul versante interno – l’estensione alla Carta sociale, direttamente per mano del giudice costituzionale (magari su pressione dei giudici comuni), della copertura già offerta alla CEDU dall’art. 117, c. 1<sup>69</sup>. Naturalmente, ciò dovrebbe avvenire alle *medesime* condizioni operative, ossia: schema del parametro interposto; obbligo di interpretazione adeguatrice e, in subordine, sollevazione della q.l.c.; previo controllo di conformità della Carta a tutta la Costituzione; rilievo primario della giurisprudenza CEDS; principio della tutela più intensa<sup>70</sup>. Nel dialogo diretto con il Comitato, il Giudice delle leggi potrebbe trovare una sponda più sensibile al peculiare equilibrio interno fra diritti sociali e altri diritti o interessi costituzionali rispetto al confronto con le soli Corti europee, come conferma pure il fatto che, in piena crisi economica, quella del CEDS sia stata sostanzialmente l’unica voce in ambito europeo che si è levata, in modo ripetuto e convinto, per invitare

<sup>68</sup> Per l’evoluzione storica dei richiami alla Carta sociale nel diritto e nella giurisprudenza dell’Unione, cfr. L. JIMENA QUESADA, *La Carta social europea y la Unión europea*, in *Rev. eur. der. fund.*, 13/2009, 393 ss. e O. DE SCHUTTER, *Le rôle de la Charte social européenne dans le développement du droit de l’Union européenne*, in AA.VV., *The European Social Charter*, cit., 97 ss., del quale v. pure – per la proposta di una formale adesione dell’Unione alla Carta sociale – *L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne*, in *EUI Working Paper LAW*, 11/2004 (ora in versione aggiornata anche sul sito [www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter)); in argomento, v. anche i più recenti contributi di U. KHALIQ, *The European Union and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 15 (2012-2013), spec. 194 ss. e J. LUTHER, *Is there any ‘Perspective’ for an European Union Accession to the European Social Charter?*, in corso di stampa.

<sup>69</sup> Favorevoli a questa ipotesi anche G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (2010), 13 ss. e P. CARETTI, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia*, cit., 618.

<sup>70</sup> Sebbene la Corte di Strasburgo e il Comitato europeo siano organi strutturalmente diversi, come differenti sono le procedure applicabili, ci sembra tuttavia possibile estendere al secondo le considerazioni espresse dalle “sentenze gemelle” con riguardo al primo, in particolare ove si afferma che: «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell’uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa [...] tra gli obblighi internazionali assunti dall’Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia» ([sent. n. 348, punto 4.6 cons. dir.](#)); e ancora: «L’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall’interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima [...] In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest’ultima, così come interpretata dal “suo” giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale» ([sent. n. 349, punto 6.2 cons. dir.](#)).



gli Stati a compiere ogni sforzo utile a non abbassare, specie con riguardo alle categorie più deboli, il livello di tutela dei diritti sociali<sup>71</sup>.

Insomma, continuare ad ignorare la Carta sociale e soprattutto la giurisprudenza del suo Comitato significa privarsi di un contributo interpretativo tanto più prezioso quanto più proveniente dall'*unica* istanza europea "specializzata" nella tutela dei diritti sociali a *quel* livello.

D'altro canto, aggiungere una nuova voce al già corposo "coro" dei garanti dei diritti, non implica affatto sostenere la necessità di fissare gerarchie o priorità fra le varie giurisdizioni (pretesa tanto assurda quanto stabilire se i tenori siano più importanti dei bassi o i soprani più dei contralti), bensì impegnarsi nella paziente ricerca e sistemazione teorica dei molti fili – sostanziali, ma anche argomentativi – che legano e rendono *interconnesse, complementari e sussidiarie* le plurime garanzie apprestate e grazie ai quali si generano, molto più spesso di quanto si pensi, quotidiane "armonie" nella concreta affermazione dei diritti umani.

---

<sup>71</sup> Cfr. *Conclusions 2009-I*, §17 (ma v. pure *FEANTSA/Olanda*, cit., §128); invito poi ribadito anche dal Comitato dei ministri con una dichiarazione resa il 12 ottobre 2011 in occasione del cinquantenario della Carta sociale. Sul rispetto del *minimum core* dei diritti sociali anche quando la contrazione delle disponibilità finanziarie possono indurre gli Stati ad adottare misure regressive, v. altresì l'apporto del Comitato Onu sui diritti economici, sociali e culturali, analizzato ora da F. COSTAMAGNA, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Dir. umani dir. intern.*, 2/2014, spec. 376 ss.

**Antonino Spadaro****Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano *internazionale*, ma negati sul piano *costituzionale*****(nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la [CSE](#) e la [CEAL](#))\***

SOMMARIO: 1. Premessa: si intravedono spiragli di luce nel quadro fosco di una crisi profonda dello Stato sociale che rischia di portare alla “relativizzazione” dei connessi diritti? – 2. Sulla struttura nomologica “comune” di alcune norme di Diritto internazionale e Diritto costituzionale. – 3. Dal vincolo (astratto e generico) delle Carte internazionali al vincolo (concreto e puntuale) delle interpretazioni giudiziarie delle Carte stesse. – 4. La Carta sociale europea (CSE) e la Carta europea dell'autonomia locale (CEAL): in teoria – come “tutti” i trattati internazionali regolarmente ratificati – giuridicamente vincolanti «in quanto norme interposte» ... – 5. Segue: ma in pratica trascurati/ignorati da giudici comuni e Corte costituzionale. – 6. L'unica ragione accettabile, ma non indicata dalla Corte, per negare la natura giuridicamente vincolante di tali documenti: la violazione di norme costituzionali. – 7. Conclusioni: l'aporia di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negletti su quello nazionale–costituzionale. Un uso lacunoso della c.d. “sussidiarietà bidirezionale”.

1. *Premessa: si intravedono spiragli di luce nel quadro fosco di una crisi profonda dello Stato sociale che rischia di portare alla “relativizzazione” dei connessi diritti?*

Anche se *sembra* che l'Europa stia finalmente uscendo, sia pure in ordine sparso, dal lungo periodo di recessione economica iniziato nel 2008, la situazione complessiva che emerge non è incoraggiante, per varie ragioni.

Non si sono ancora veramente affrontati, risolvendoli “in radice”, i mali di una crisi economica di carattere strutturale, e non congiunturale. Infatti, purtroppo non pare che l'economia e la finanza siano significativamente più regolate e controllate di prima, tant'è che – sul piano internazionale, più che europeo – certo non si può ancora parlare di un'economia *sociale* di mercato. Le diseguaglianze sono cresciute e, con esse, il tasso di violenza (nel mondo l'1 % della popolazione detiene il 40% delle ricchezze): permane un pericoloso “disordine globale”<sup>1</sup>. Inoltre, le diffuse politiche di contenimento della spesa pubblica hanno determinato quasi ovunque un profondo indebolimento dello Stato sociale e spesso, troppo spesso, un ripensamento dei diritti sociali, rimessi in discussione sia dai legislatori nazionali (si pensi al *Jobs Act* in Italia e alle molteplici, potenzialmente discriminatorie, forme di licenziamento previste)<sup>2</sup>, che dagli stessi giudici delle Corti internazionali (l'elenco delle sentenze è troppo lungo e noto per essere qui ricordato). La situazione in genere del *Welfare* è così compromessa che, allo stato, probabilmente la tutela dei lavoratori, in futuro, sarà affidata più alle regole del diritto privato (nella prospettiva dell'autonomia negoziale) che del diritto pubblico (nella prospettiva delle garanzie costituzionali e internazionali). Né può sottovalutarsi il fatto che, forse, presto arriveremo addirittura a un *mercato transatlantico* sul commercio e gli investimenti – una sorta di mercato unico euro–americano (TTIP) – il quale esigerà una maggiore competitività delle imprese europee e quindi, probabilmente, un'attenuazione di alcune garanzie sociali, che accresceranno le diseguaglianze sociali, già molto forti soprattutto in Italia.

In questo quadro piuttosto fosco, che sembrerebbe portare a una graduale e inarrestabile *deminutio* dei diritti sociali e quindi a una sorta di *restauratione* di istituti e ordinamenti precedenti il *Welfare*

---

\* *Destinato anche agli Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone.*

<sup>1</sup> Su questa esiziale problematica sia consentito rinviare, fra i tanti, al mio *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (CZ) 2005.

<sup>2</sup> Fra i tanti, ci piace segnalare S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, e C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe dei diritti sociali?”* in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, in corso di stampa.

*State* postbellico, si intravedono però anche spiragli di luce e non mancano barlumi di speranza. Ne indico quattro.

Innanzitutto, per quanto negli ultimi anni i diversi tipi di “Stato sociale” europeo siano stati soggetti a forte “stress”, rimangono ancora, nel loro complesso, un modello politico–sociale apprezzato e inseguito a livello mondiale, come conferma anche la recente immigrazione crescente, anzi incontenibile, dal Nord Africa e dall’Asia verso l’Italia (divenuto quinto Paese a livello mondiale per “attrattività” migratoria)<sup>3</sup> ed in genere l’Europa occidentale. Paradossalmente proprio l’Europa occidentale è una zona del mondo il cui PIL non è cresciuto molto, anzi molto meno che altrove, ma in cui la “qualità della vita” è rimasta invidiabile.

In secondo luogo, non può sottacersi che l’Unione Europea – va riconosciuto: unico fra i grandi e importanti soggetti politici mondiali – proprio per garantire un livello minimo di qualità della vita ai suoi abitanti, agli albori della crisi (nel 2007), faceva la scelta strategica dello “sviluppo sostenibile”, legato alla c.d. terza rivoluzione industriale, a sua volta fondata su un nuovo regime energetico diffuso ed essenzialmente basato su fonti rinnovabili<sup>4</sup>.

In terzo luogo, da qualche anno nel Vecchio continente – soprattutto in Grecia, Spagna, Francia e Italia – si comincia a dubitare delle tradizionali, e da sole infruttuose, politiche di mera *austerità*. Per esempio, si dubita del valore giuridico vincolante di documenti internazionali come il *Fiscal compact* e il *Patto di stabilità e crescita*, al punto che v’è chi – com’è noto, fra i primi Giuseppe Guarino<sup>5</sup> – ne contesta la loro stessa compatibilità con le Carte costituzionali nazionali e con gli stessi principi che fondano i trattati dell’UE: piena occupazione, economia sociale di mercato, adeguata protezione sociale, tutela dell’istruzione e della salute, necessità di coesione sociale, ecc. Per la verità, importante non è tanto la tesi (radicale) di Guarino, quanto la più recente volontà politica dei Governi UE – pare – di cambiare, pur timidamente, rotta: senza abbandonare il rigore di fondo, rafforzando gli investimenti produttivi.

Nemmeno si deve scordare, o sottovalutare, l’esistenza in Europa di *garanzie minime* di protezione sociale, che ancora non sono state messe in discussione e probabilmente mai lo saranno, pena il venire meno di una delle più specifiche attrattività del modello europeo (ma un brutto segnale è, ora, l’ipotesi di referendum sul mantenimento dell’adesione del Regno Unito all’UE).

Infine, non va dimenticato pure che i vincoli derivanti dalle norme UE e Cedu, fissando solo la *tutela minima*, non “massima”, dei diritti sociali, certo non impediscono, ove possibile, *favor libertatis*, una protezione “più estesa” (*preferred position*), che di volta in volta potrà essere invocata ora a livello nazionale (sotto forma di contro–limite), ora invece a livello comunitario, ora ancora a livello internazionale. In questo senso («prevalenza della norma più favorevole»), in fondo, vanno letti gli artt. 53 della Cedu, 53 della Carta di Nizza e H (ex art. 32) della Carta sociale europea, che noi giuristi spesso invochiamo per disperazione come *extrema ratio*<sup>6</sup>.

Sarebbe ingenuo pensare che il *diritto* possa risolvere problemi che soltanto la *politica* (anzi la “grande politica”: internazionale, generosa e lungimirante), può cercare di affrontare in un quadro globale, ultra–europeo. Tuttavia, in un contesto del genere – che potremmo sinteticamente definire di strenua resistenza della “cittadella dei diritti” europea, attaccata da tutte le parti – sarebbe buona cosa

<sup>3</sup> Cfr. le eloquenti indicazioni statistiche globali fornite da *Wired*, n. 68, dicembre 2014 /gennaio 2015, 152 s.

<sup>4</sup> Cfr. J. RIFKIN, *La terza rivoluzione industriale. Come il “potere laterale” sta trasformando l’energia, l’economia e il mondo* (2011), trad.it. Milano 2012, spec. 84 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M.V. LO PRETE, «*Il Fiscal compact è nullo, il governo lo certifichi*». Parla Guarino, in *Il Foglio online*, 11 dicembre 2012, e Guarino: «*Il fiscal compact non è valido, andrebbe cestinato*», intervista in *Economia per i cittadini.it* (2012). Ma v. pure G. GUARINO, *The ‘truth’ about Europe and the Euro - A Second Essay (Preface of James K. Galbraith)* e ID., *The ‘truth’ about Europe and the Euro - 1/1/1999: coup d’état 1/2/2014 Rebirth?*, in *Nomos*, n. 2/2014.

<sup>6</sup> Sul punto, esiste ormai un non trascurabile consenso dottrinale. Cfr., fra gli altri, in particolare: G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, 13 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista online dell’AIC*, n. 4/2011, 12 ss.; G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.

se i giuristi più interessati (specialmente internazionalisti, comunitaristi, costituzionalisti e giuslavoristi) cercassero di coordinarsi in uno sforzo ricostruttivo e propositivo comune, capace di attivare creativamente tutte le forme, le sedi e le fonti di possibile protezione dei diritti, comprese quelle considerate, a mio parere a torto, marginali e secondarie. È il caso, come presto si vedrà, della *Carta Sociale Europea* (CSE) e della *Carta dell'autonomia locale* (CEAL).

## 2. Sulla struttura nomologica “comune” di alcune norme di Diritto internazionale e Diritto costituzionale.

Senza sminuire l'importanza del contributo degli studiosi delle altre discipline giuridiche ricordate, internazionalisti e costituzionalisti hanno il fondamentale compito di delineare, rispettivamente, la cornice *esterna* ed *interna* dei diritti in esame. Sappiamo bene, in questo senso, che una parte del Diritto internazionale è costituito da *soft law* e non *hard law*. Quindi è storia vecchia che alcuni diritti vengano “in astratto” proclamati, anzi declamati ai quattro venti, ma poi in concreto siano negletti o comunque restino inattuati.

Per certi versi, proprio quest'aspetto accomuna il Diritto internazionale e il Diritto costituzionale: due branche del diritto sempre più vicine e intrecciate per diversi motivi.

Infatti, è facile constatare che anche alcune dichiarazioni più enfatiche presenti in alcune Carte costituzionali nazionali – nonostante la formale prescrittività giuridica di tutte le disposizioni costituzionali – siano destinate a rimanere lettera morta o a concretizzarsi solo molto lentamente nel corso del tempo. È vero che il carattere programmatico di alcune norme costituzionali non ne inficia la loro formale vincolatività giuridica, ma è pur vero che i c.d. “principi costituzionali indeterminati” o “concetti-valvola” o “di gomma” (*Unbestimmte Begriffe, Ventilbegriffe, Kautschukbegriffe*), pur rimanendo cogenti, svolgono solo la funzione di indicatori meta-linguistici, sicché la loro concreta determinazione e attuazione pratica è spesso molto lenta, essendo affidata nel corso degli anni ai Governi, ai Parlamenti e talora alla stessa magistratura, proprio per il carattere molto alto e molto vago dei fini che essi perseguono<sup>7</sup>.

Insomma, la “struttura nomologica” di alcune norme – di Diritto internazionale e di Diritto costituzionale – si avvicina molto a quella propria dei *principi*: si tratta spesso di disposizioni indeterminate, finalistiche, teleologiche, di carattere giuridicamente ottativo, più che determinate e rigorosamente, *minuziosamente*, prescrittive<sup>8</sup>. In realtà, senza riprendere la vecchissima vicenda della natura delle norme costituzionali programmatiche, sappiamo che esse vincolano giuridicamente, ma non sappiamo esattamente come e quando. Le ricordate caratteristiche dei principi (e/o delle norme programmatiche) sono insieme un vantaggio e uno svantaggio: un vantaggio, perché permettono un *adattamento* storico, nel corso del tempo, dell'astratta prescrizione di principio; uno svantaggio, perché riducono il tasso di vincolatività giuridica *immediata* delle disposizioni giuridiche stesse.

Ad ogni modo, in un quadro armonico (o irenico, direbbe ironicamente qualcuno) di costituzionalismo multilivello, la presenza di Carte dei diritti sia *internazionali* che *nazionali* dovrebbe comunque essere considerata un vantaggio per tutti gli ordinamenti coinvolti, favorendo il processo di osmosi ed implementazione dei diritti medesimi<sup>9</sup>.

Tutto questo è abbastanza noto e non è il caso, ora, di indugiarvi oltre. La questione che qui desideriamo segnalare è un'altra, anche se non lontana da quanto appena accennato.

---

<sup>7</sup> Cfr., ormai fra i moltissimi, gli ancora attuali lavori di D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza di principi costituzionali*, Milano 1981 e M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982.

<sup>8</sup> Impossibile eludere, fra i tanti, il richiamo al classico R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), London 1978, trad. it. di F. Oriana, Bologna 1982.

<sup>9</sup> Le profonde influenze reciproche esistenti fra tali ordinamenti sono stati segnalate da molti. Fra gli altri, A. RUGGERI, parla di «costituzionalizzazione delle Corti europee»: cfr. *Presentazione* in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. XVIII, Torino 2015, X (*infra* varî saggi in cui il concetto è esplicito).

3. *Dal vincolo (astratto e generico) delle Carte internazionali al vincolo (concreto e puntuale) delle interpretazioni giudiziarie delle Carte stesse.*

In materia di diritti, soprattutto sociali, il passaggio dall'astratta dichiarazione di principio (di Diritto internazionale, Diritto comunitario o di Diritto costituzionale) al concreto godimento degli stessi, soprattutto in materia di assistenza e occupazione (e qui entra in giuoco più direttamente il Diritto del lavoro), presuppone – come si sa – che gli organi di indirizzo politico (governi, parlamenti), attraverso adeguate politiche economiche e sociali, rendano concretamente esigibili i diritti in esame. All'incirca dal 2008 la crisi economico-finanziaria internazionale, che si è tradotta in una più generale crisi dello Stato sociale, ha spesso impedito tali politiche sociali. L'effettiva tutela di molti diritti, dunque, è passata prevalentemente nelle mani dei giudici, internazionali e nazionali, ingenerando ricorrenti polemiche fra gli studiosi sulla trasformazione dello Stato *costituzionale* in Stato *giurisdizionale*. Ma anche su questo, ovviamente, qui non ci si può soffermare, se non per sottolineare che – stante le condizioni ricordate – il fenomeno era in qualche modo inevitabile.

È rimarchevole comunque che, al punto in cui siamo oggi in Europa, molto più importanti della Cedu, della Carta di Nizza e degli stessi testi costituzionali – contenenti disposizioni spesso astratte e generiche, se non declamatorie – siano proprio le decisioni, e quindi le interpretazioni, che di tali documenti giuridici vengono offerte dalle rispettive Corti (di Strasburgo, del Lussemburgo e costituzionali), in quanto espressione di vincoli giuridici reali, perché puntuali, concreti e viventi. Sotto quest'aspetto (ruolo crescente, ma purtroppo non risolutivo, della giurisprudenza), negli ultimi decenni il, per così dire, “Diritto dei diritti (sociali)” è sempre più un mix di *Common Law* e *Civil Law*, in cui il primo sembra prevalere.

Si è già accennato all'*influenza reciproca* della giurisprudenza prodotta da tali Corti ed anche – talora – a una certa, comprensibile *prudenza reciproca* sugli effetti delle rispettive decisioni. Ricordo solo i tratti essenziali della situazione in cui ci troviamo.

È noto anche che la Corte costituzionale italiana ha più volte riconosciuto espressamente la natura vincolante sull'ordinamento nazionale dei trattati UE (Carta di Nizza compresa, essendo ora recepita nel TUE) e, in particolare, l'efficacia *diretta* ed *immediata* delle fonti comunitarie da essi derivanti (regolamenti e direttive *self-executing*) – almeno a partire dalla [sent. n. 170/1984](#) – fatta salva l'ipotesi estrema di violazione del “nucleo duro” costituzionale, ossia dei principi fondamentali e diritti inviolabili costituzionalmente protetti, secondo la c.d. teoria dei controlimiti ([sent. cost. nn. 1146/1988](#), [366/1991](#), [73/2001](#), ecc.). In modo analogo alle norme comunitarie sono ora considerate anche le norme internazionali consuetudinarie, vincolanti *immediatamente* e *in toto* per l'ordinamento italiano, salvo al solito l'ipotesi di violazione del c.d. nucleo duro costituzionale ([sent. n. 238/2014](#)).

Al di là dell'ordinamento UE, che ha peculiarità sue proprie, la Corte costituzionale ha riconosciuto pure il carattere giuridicamente vincolante e applicabile della Cedu ed in genere dei trattati internazionali, salvo, però, in questo caso, il rispetto di “tutto” il testo costituzionale, sicché il giudice – di fronte a un contrasto fra fonte interna e fonte internazionale pattizia – nelle fattispecie in esame dovrà sollevare la q.l.c. alla Corte e, solo dopo (la dichiarazione di illegittimità della fonte interna), potrà applicare la fonte internazionale.

A partire dalle sentenze costituzionali c.d. “gemelle”, [nn. 348](#) e [349/2007](#), la Consulta soprattutto ha chiarito che non solo la Cedu, ma anche le *interpretazioni* della Cedu fornite dalla Corte di Strasburgo vincolano l'Italia. Ha poi precisato, un po' relativizzando il vincolo, che bisogna guardare alla “sostanza” delle decisioni della Corte edu ([sent. cost. nn.: 317/2009](#), [236](#) e [303/2011](#), [150/2012](#)), facendola ragionevolmente coincidere con la *giurisprudenza consolidata* del giudice europeo ([sent. cost. n. 49/2015](#)). Dunque, sia i trattati, sia le Carte in cui essi si sostanziano (per es. Cedu, ma non solo), sia l'*interpretazione consolidata* di questi atti fatta dagli organi a ciò preposti dai trattati stessi,



sono vincolanti giuridicamente, essendo essi qualificabili alla stregua di parametri costituzionali, e più precisamente quali “norme interposte”<sup>10</sup>.

Siamo così passati, dal vincolo (astratto e, per questo, più aggirabile) delle Carte internazionali al vincolo (concreto e quindi difficilmente eludibile) delle precise e puntuali interpretazioni delle Carte stesse fornite da competenti tribunali internazionali.

In conclusione, l’incidenza sul nostro ordinamento del diritto *comunitario* e del diritto *internazionale*, sia consuetudinario che pattizio, grazie al lavoro dei tribunali internazionali (di Lussemburgo e Strasburgo), progressivamente è molto cresciuta. Tali fonti esterne, almeno in teoria, prevalgono sul diritto interno, vuoi *direttamente* (essendo applicabili in modo immediato, salvo il caso di violazione della parte intangibile della Costituzione), vuoi *indirettamente* (essendo applicabili solo dopo che la Corte attesta la compatibilità del vincolo internazionale con tutto il testo costituzionale).

In ogni caso, dopo le sentenze “gemelle”, in materia di diritti fondamentali ormai siamo vincolati non solo alle astratte disposizioni di principio dei trattati internazionali, ma alle concrete determinazioni *giudiziarie* sui diritti, spesso di derivazione internazionale, che dai trattati derivano.

4. *La Carta sociale europea (CSE) e la Carta europea dell’autonomia locale (CEAL): in teoria – come “tutti” i trattati internazionali regolarmente ratificati – giuridicamente vincolanti «in quanto norme interposte»...*

Fin qui mi sono limitato sinteticamente solo a riassumere un quadro sicuramente complesso, ma tutto sommato teoricamente chiaro ai giuristi chiamati a fornire la cornice *esterna ed interna* di cui prima parlavo.

In questo contesto, tuttavia, la posizione dei giudici comuni e della Corte costituzionale italiana in ordine ai “documenti internazionali pattizi”, a ben vede meno netta e chiara di quanto parrebbe sulla base degli impegni pur formalmente dichiarati e assunti. La giurisprudenza è anzi ondivaga. Sembrerebbe, insomma, che i trattati internazionali non siano vincolanti *tutti e in toto*. In particolare sembrerebbe, ribadisco *sembrerebbe*, che tutte le volte in cui dai trattati internazionali regolarmente ratificati dal nostro Paese discende un documento solenne (un “Patto”, una “Carta” ecc.) – che costituisce parte integrante se non centrale dei trattati stessi – soprattutto la giurisprudenza costituzionale abbia forti remore ad attribuire valore giuridicamente vincolante a tali documenti. Ciò che, se non adeguatamente motivato, è però inesplicabile.

È il caso, in particolare, della CSE (Carta Sociale Europea) ed anche della CEAL (Carta Europea dell’Autonomia Locale): due documenti di diritto internazionale, regolarmente ratificati con trattati, ma a mio avviso clamorosamente trascurati/ignorati dai giudici e segnatamente dalla Corte costituzionale italiana, pur essendo invece Carte di grande importanza sia per il Diritto internazionale che per il Diritto costituzionale, a maggior ragione nel quadro di una coerente teoria del costituzionalismo multilivello.

Com’è noto, la prima (CSE) integra sul piano sociale il catalogo tradizionale dei diritti della Cedu, riuscendo fra l’altro – grazie al prezioso, e purtroppo talora misconosciuto, lavoro svolto dal connesso

---

<sup>10</sup> Sui trattati internazionali come norme interposte, fra gli altri, v. AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze n. 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. Salazar e A. Spadaro, Milano 2009. Una certa incoerenza rispetto alle c.d. sentenze gemelle viene ora segnalata da B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della Cedu*, in *Rivista online dell’AIC*, n. 2/2015, spec. 17 ss. L’Autrice solleva dubbi sull’opportunità, ora offerta al giudice ([sent. n. 49/2015](#)), di valutare direttamente «la conformità a Costituzione della giurisprudenza europea non consolidata»: si tratterebbe di un «dono avvelenato», che carica troppo i giudici comuni dell’accertamento del «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» (n. 4 del Cons. in dir.). Si conviene senz’altro sull’esistenza di un *revirement* della Consulta, ma l’introduzione di una sorta di parziale accertamento *diffuso* dell’incostituzionalità (della giurisprudenza Cedu “non consolidata”) potrebbe semplificare il lavoro della Corte costituzionale, chiamata così ad esprimersi non “casisticamente”, ma solo su *orientamenti* giurisprudenziali certi, consolidati, di dissenso fra le due Corti.

Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) – ad estendere agli immigrati extracomunitari e ai profughi non pochi diritti sociali. La seconda (CEAL) è volta a tutelare i diritti degli enti locali, che sono non meno importanti.

Ora, esattamente come emergono sempre più connessioni e intrecci tra Diritto internazionale e Diritto costituzionale, di cui il costituzionalismo multilivello europeo è traccia evidente, così cominciano a scorgersi i legami tra Carta Sociale Europea e Carta Europea dell'Autonomia Locale: basti pensare all'affermazione diffusa nel Vecchio continente dei concetti di decentramento e sussidiarietà, la cui rilevanza per adeguate prestazioni di *welfare* è fuori discussione. Che di un intreccio stretto possa parlarsi fra Diritto internazionale, Diritto costituzionale, CSE e CEAL, può dedursi da molti fattori. Per esempio dal fatto che – sul piano *internazionale* (CEAL) – si sancisca che il diritto di partecipazione politica democratica è vero solo se – sul piano *costituzionale* – viene declinato a più livelli, ossia in forma decentrata. E così pure – benché nella CEAL non si faccia menzione esplicita dei diritti sociali, tutelandosi piuttosto i diritti degli enti locali – l'intreccio emerge subito sol che si pensi al fatto che la menomazione appunto dei diritti degli enti locali (che hanno competenze sull'erogazione delle prestazioni legate ai servizi sociali) si riverbera immediatamente sui diritti sociali stessi.

Insomma, sempre più spesso, nella tutela dei diritti del soggetto collettivo (ente locale) risiede il presupposto della tutela di alcuni dei diritti del soggetto individuale (diritti sociali). Proprio la concreta realizzazione dei diritti sociali talvolta esige che esista, e venga tutelato – anche attraverso il riconoscimento di risorse autonome – l'ente locale erogatore della prestazione legata al diritto. La stessa prestazione erogata *non* in sede locale, infatti, potrebbe perdere di efficacia.

Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni<sup>11</sup>, sia la *Carta europea dell'autonomia* (CEAL), sia la *Carta sociale europea* (CSE) sono considerabili, oggi più che mai, documenti realmente *giuridici* che svolgono una preziosa funzione di *integrazione* dei cataloghi dei diritti – in un caso delle “autonomie”, nell'altro “sociali” – presenti nella Cedu, nella Carta di Nizza e nelle Carte costituzionali. Insomma, sembrerebbe che la presenza di queste due Carte arricchisca il testo e lo spirito della nostra Costituzione, più in generale rafforzando i diritti costituzionali. Le due Carte – riconosciute dai 47 Stati membri del Consiglio d'Europa – dovrebbero quindi essere considerate un vantaggio in più, se non addirittura, per usare un linguaggio calcistico, un *assist* per la Corte costituzionale italiana nell'esercizio della sua funzione di custode dei diritti nella loro evoluzione storica.

Del resto, è la stessa Consulta che – pur invocando, per le norme Cedu, un «necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela» – dichiara le «potenzialità» ermeneutiche insite nelle norme costituzionali a confronto con le Carte internazionali: «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti» (così sent. cost. [n. 317/2009](#))<sup>12</sup>.

##### 5. Segue: *ma in pratica trascurati/ignorati da giudici comuni e Corte costituzionale*

La Corte costituzionale, invece, pur predicando bene, alla fine – al pari dei giudici comuni – razzola male: spesso ignora le prima ricordate potenzialità ermeneutiche che, in materia di diritti, la

---

<sup>11</sup> In particolare A. Barbera, S. Ceccanti, C. Fusaro, V. Lippolis e M. Carli. Per indicazioni di dettaglio, cfr. spec. G. BOGGERO, *Il diritto all'elezione diretta negli Enti locali tra Carta europea dell'autonomia locale e convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo la c.d. legge Delrio*, in *Ist. del federalismo*, n. 3/2014, 573 ss.

<sup>12</sup> La citata sentenza, in realtà, è solo una di molte altre che ribadiscono, con integrazioni, il medesimo concetto. Sul punto, anche per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, v. G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, in corso di stampa.

Costituzione sprigiona a confronto con le Carte internazionali e talora nega pure il pur dichiarato riconoscimento del valore giuridico vincolante dei trattati internazionali.

In particolare, essa ha trascurato la CSE e la CEAL, manifestando anzi una certa indifferenza, se non insofferenza, verso le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS), che della Carta Sociale Europea è l'organo di controllo/garanzia. In breve, la Corte costituzionale italiana, al pari di altre giurisdizioni europee – seppure non tutte (cfr., invece, in senso virtuoso: Francia, Spagna, Grecia) – di fatto, almeno finora, sembra snobbare le due Carte, considerate una sorta di “cenerentole” rispetto alla sorella maggiore: la Cedu<sup>13</sup>.

Più precisamente, le tecniche usate dai giudici nazionali, Corte costituzionale compresa, per *anestetizzare* tali importanti documenti internazionali – n.b.: regolarmente ratificati, nel loro testo integrale e senza riserve da parte dell'Italia – sono in sostanza e alternativamente quattro, come subito si dirà. In breve, la CSE e la CEAL:

1. vengono letteralmente ignorate, pur costituendo parti importanti dei relativi trattati internazionali;

2. vengono considerate «senza uno specifico contenuto precettivo» (cfr. sent. cost. [n. 325/2010](#)), quindi quali «documenti di mero indirizzo», intendendo con questa formula equivoca “non vincolanti” (cfr. cons. in dir. n. 3.4.3 della sent. cost. [n. 50/2015](#));

3. sono usate solo quali argomenti integrativi, quindi meramente *ad adiuvandum*, di decisioni comunque prese sulla base di altre pezze di appoggio giuridiche, ritenute più solide (cfr. sent. cost. [nn. 183/1983](#) e [46/2000](#));

4. sono interpretate in modo elusivo e riduttivo, fino ad arrivare alla negazione dello stesso senso logico del testo: è il caso della CEAL, che – pure prescrivendo espressamente il suffragio universale *diretto* di almeno un organo degli enti locali – viene arditamente “interpretata” dalla Corte costituzionale, in relazione alle città metropolitane, come se (*als ob*) non lo dicesse affatto (così sent. cost. [n. 50/2015](#))<sup>14</sup>.

Questo comportamento, però – in assenza di adeguate motivazioni di rigetto del valore giuridico della CSE e della CEAL – appare inspiegabile e sembra piuttosto indice, più che di pigrizia, semmai di una certa inerzia e di un comodo conservatorismo giurisprudenziale da parte dei giudici comuni e della Corte costituzionale, non scevri forse da qualche riserva mentale (timore di menomazione della sovranità nazionale, rigida presunzione ideologica del carattere meramente etico delle Carte internazionali dei diritti quale puro *soft law*, condizionamento politico per l'indisponibilità di risorse finanziarie, ecc.)<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Riprendendo un analogo rilievo di P. Alston, di «sorella povera», in relazione alla CSE, parla C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, in corso di stampa. Ivi pure utili indicazioni sui casi virtuosi delle altre giurisdizioni straniere segnalate nel testo e indicazioni sul seguito alle decisioni del CEDS (fornite, però, dal legislatore e dalla P.A.) in Bulgaria e Croazia.

<sup>14</sup> Per un commento della quale mi permetto di rinviare al mio recente *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Rivista online AIC*, n. 3/2015, 1 ss. *Infra* si critica la mancata dichiarazione di illegittimità della Legge n. 56/2014, c.d. Delrio, nella parte in cui prevede solo l'eventualità, e non l'*obbligatorietà*, dell'“elezione diretta” del Sindaco nelle città metropolitane, ciò che a mio avviso determina – oltre alla violazione degli artt. 1 (sovranità popolare), 3 (uguaglianza), 5 (tutela delle autonomie locali) e 48 (diritto di voto) della Costituzione – altresì la violazione anche dell'art. 3 della CEAL. Ma sul carattere vincolante della CEAL – trattato reso integralmente esecutivo in Italia con la legge 30 dicembre 1989, n. 439 – v. già le lucide riflessioni di C. PADULA, *L'autonomia: un principio di scarso valore? La Carta europea dell'autonomia locale e le recenti riforme degli enti locali (legge “Delrio” e d.l. 95/2012)*, in [www.gruppodipisa.it](#) (versione provv., Bergamo 6-7 giugno 2014). Va inoltre va rilevato, in particolare, che: a) l'Italia non ha formulato alcuna riserva esplicita al Trattato che recepisce la CEAL e b) la possibilità di derogare allo stesso anche senza riserva esplicita riguarda solo gli enti locali funzionali, mentre la Città metropolitana è senz'altro un ente *territoriale*. Sul punto, cfr. G. BOGGERO, *op. cit.*, spec. 579 s.

<sup>15</sup> Ma, invero, almeno quest'ultima riserva (condizionamento politico per l'indisponibilità di risorse) non sembra *sempre* presente presso la Consulta. Basti pensare, ora, alla sent. cost. [n. 70/2015](#) che disinvoltamente, senza nemmeno citare l'art. 81, rischia di danneggiare gravemente le già pericolosa situazione finanziaria italiana e ha suscitato un vespaio di polemiche, a conferma del fatto che lo Stato *giurisdizionale* non può sostituirsi del tutto allo Stato *costituzionale* o politico *tout court*. Fra i tanti, cfr. sul punto A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico. Una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista online dell'AIC*, n. 2/2015.

Posto ovviamente che la Costituzione italiana deve essere sempre e integralmente rispettata, la Consulta *deve* però decidersi: o i trattati internazionali regolarmente ratificati, come aveva affermato fin qui, sono – *tutti* (non solo la Cedu in senso stretto), *in ogni loro parte* ed anche nell’*interpretazione concreta e consolidata* datane dagli organi giurisdizionali internazionali a ciò preposti – “vincolanti” per il nostro ordinamento, in quanto «norme interposte», o non lo sono. *Tertium non datur*.

La Corte, invece – se in genere ha dichiarato di considerare vincolanti giuridicamente i patti internazionali<sup>16</sup> – in relazione a CSE e CEAL mostra, come s’è detto, un atteggiamento di tiepido interesse, se non di freddezza, fino ad arrivare alla manipolazione ermeneutica. Ma sono «norme interposte» anch’esse o no? E, se no, perché? E, se sì, perché – sempre fermo restando l’obbligo del rispetto integrale della Costituzione – non sono considerate vincolanti?

Sicché – in assenza di alcuna giustificazione esplicita di diritto positivo, né invero senza alcuna spiegazione giurisprudenziale adeguata – al momento sembra che abbiamo vincoli giuridici derivanti da trattati internazionali di serie A, cui l’ordinamento italiano soggiace senza discussione (secondo l’esempio classico, apripista, delle c.d. sentenze “gemelle”: nn. 348 e 349/2007), e vincoli giuridici derivanti da trattati internazionali di serie B, cui invece il nostro ordinamento potrebbe resistere senza troppi problemi (ultimo esempio, appunto, quello adesso offerto dalla sent. n. 50/2015).

In ogni caso, quale che sia la ragione per cui la Corte sembra aver scelto – almeno per il momento – di *snobbare* i trattati internazionali del secondo tipo, essa dovrebbe spiegarci “perché”, cosa che invece la Consulta si guarda bene dal fare<sup>17</sup>.

*6. L’unica ragione accettabile, ma non indicata dalla Corte, per negare la natura giuridicamente vincolante di tali documenti: la violazione di norme costituzionali.*

A ben vedere, l’unica ragione coerente e metodologicamente accettabile che potrebbe giustificare questo atteggiamento, e dunque – per usare le parole della Corte – «escludere l’idoneità delle disposizioni della Carta stessa ad attivare la violazione dell’art. 117, primo comma, Cost.» (così il *cons. in dir.* 3.4.3 della sent. n. 50/2015), è la *violazione di una norma costituzionale* da parte di queste fonti. Qual è, nel caso di specie, questa violazione? La Corte non ce lo dice, evidentemente perché non c’è. Ma è *solo* la chiara violazione di una norma costituzionale – accertata attraverso un raffinato bilanciamento fra valori protetti dalle Carte internazionali (che sono pur sempre “norme interposte”) e valori costituzionali nazionali – che potrebbe giustificare la deroga ai vincoli internazionali pattizi, se regolarmente ratificati. In tutta franchezza, non sembra che questo rischio emerga per la *Carta europea dell’autonomia locale*, né per la *Carta sociale europea*. E non è un caso che la Corte costituzionale, almeno finora, nulla abbia detto in merito.

L’impressione è, piuttosto, che la Consulta – relativizzando il vincolo internazionale pattizio sui “diritti” enunciati in alcuni documenti solenni, ancorché regolarmente recepiti in trattati internazionali – si sia ritagliata un margine di manovra teoricamente a vantaggio dell’astratto principio di sovranità nazionale, principio che però appare tanto più inutilizzabile quanto più indeterminata è la violazione di norme costituzionali interne, unico parametro giuridico utilizzabile – si ribadisce – dalla Corte<sup>18</sup>.

Insomma, la tesi che qui si sostiene è che – per quanto l’interpretazione della Consulta sia *autorevole* – può escludersi che essa possa dirsi *autoritativa* al punto da invocare, sulla sua sola base, l’esistenza di un *marginale apprezzamento nazionale*. Stando alla stessa giurisprudenza della Corte,

---

<sup>16</sup> In realtà, il discorso è più complesso: andrebbero distinti gli accordi approvati dal solo Governo, e poi ratificati dal Presidente della Repubblica, dai trattati che *ex art.* 80 Cost. passano per una legge di autorizzazione parlamentare: molti hanno criticato l’idea che possano rilevare allo stesso modo ai fini dell’art. 117, 1 c.

<sup>17</sup> Limitandosi, per esempio, a rinviare in modo auto-referenziale alla sent. cost. n. 325/2010 (così nella sent. cost. n. 50/2015).

<sup>18</sup> A ragione, un autorevole Presidente emerito della Corte legge l’importante sent. n. 238/2014 come conferma della sostituzione del tradizionale fondamento di autorità/sovranità con quello, più nobile, di valore costituzionale: cfr. G. SILVESTRI, *Sovranità vs diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, n. 1/2015, 57 ss.



tale margine invece potrebbe essere invocato – e quindi una deroga ai trattati internazionali (CSE e CEAL compresi) potrebbe essere giustificata – solo se tali «nome interposte» violassero una disposizione costituzionale esplicitamente indicata dalla Consulta. Il che non è stato e non è.

*7. Conclusioni: l'aporia di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negletti su quello nazionale–costituzionale. Un uso lacunoso della c.d. sussidiarietà bidirezionale.*

Vista l'influenza negativa (per lo Stato sociale) che la crisi economica talora ha avuto sulla giurisprudenza delle Corti internazionali europee, è evidente che – per realizzare la clausola della «massima espansione delle garanzie» prima ricordata (cfr. § 1) – le sedi più idonee alla protezione dei diritti paradossalmente potrebbero essere le Corti costituzionali [ove le Carte nazionali esprimano una tutela *maggiore*], piuttosto che i Tribunali internazionali del Vecchio continente [laddove le Carte internazionali realizzino solo una tutela *minima*]. In questo senso, i diritti così sarebbero protetti, per così dire, dal basso e non dall'alto: potrebbe parlarsi, qui, di diritti negletti sul piano *internazionale*, ma (presumibilmente attraverso l'invocazione dei “controlimiti”) riconosciuti/garantiti sul piano *nazionale*. I diritti sociali – n.b.: solo nella misura in cui vengono riconosciuti quale parte integrante del nucleo duro del singolo ordinamento costituzionale – potrebbero essere l'ultima ed estrema forma di rivendicazione di sovranità nazionale. La clausola della «massima espansione delle garanzie», infatti, esige un'applicazione secondo il principio di *sussidiarietà*, il quale per natura opera – come da tempo sosteniamo – anche dal basso verso l'alto, ossia in modo rovesciato o bidirezionale<sup>19</sup>.

Non sembra, però, questo il caso della situazione relativa alla CSE, grazie alle decisioni del CEDS, o della CEAL. Qui la dimensione *internazionale* (delle Carte e, ove possibili, delle connesse decisioni) sembra spesso offrire “più” garanzie della dimensione *nazionale*, sicché l'intervento sussidiario più plausibile è tradizionale: va, per così dire, dall'alto verso il basso. Insomma: potrebbe parlarsi, qui, di diritti riconosciuti sul piano *internazionale*, ma negletti sul piano *nazionale*. È evidente, in questo secondo caso, che il circolo virtuoso che unisce la clausola della «massima espansione delle garanzie» con il principio di «sussidiarietà» viene interrotto dal basso, quando la Corte costituzionale italiana, inspiegabilmente visto il fine, impedisce di “usare” sussidiariamente la CSE e la CEAL per l'integrazione del catalogo dei diritti costituzionalmente protetti.

Ma, come s'è detto, la sussidiarietà funziona bene solo se è *bidirezionale*, ossia solo se – come un ascensore – ora sale, ora scende, a seconda dell'opportunità/convenienza. In pratica: se la tutela maggiore è a livello internazionale, allora l'intervento sussidiario dovrebbe venire *dall'alto* (Corte di Strasburgo o del Lussemburgo); se, invece, la tutela maggiore è a livello nazionale, allora l'intervento sussidiario dovrebbe venire *dal basso* (Corte costituzionale). La nostra idea originaria che, accanto alla tradizionale *separazione*, sussista anche un'*integrazione* multilivello fra le fonti – per cui le decisioni delle Corti sono anche “fungibili” l'una con l'altra (sussidiarietà *bidirezionale*) – esige, in astratta teoria, che lo scopo sia uguale e, quindi, che alla fine prevalga sempre la tutela “più favorevole”.

Ma questo vale *in teoria*. Purtroppo, *in pratica*, le cose sono ben più complesse e non sempre accade quanto dovrebbe.

Sia nel caso di intervento dall'alto che dal basso, le Corti coinvolte devono “confrontare”, o comunque tener conto, i valori/principi delle Carte internazionali e delle Costituzioni nazionali di

---

<sup>19</sup> Sia consentito rinviare, sul punto, al mio lontano *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1994, 1041 ss., dove sostenni la tesi del carattere “rovesciato” o, se si preferisce, della necessaria “bi-direzionalità”, del principio di sussidiarietà, il quale all'epoca comunemente veniva prospettato invece solo in senso orizzontale e verticale. La “bi-direzionalità” è, invece, carattere comune al principio considerato sia in senso orizzontale (quando l'intervento sussidiario è, contrariamente alla prassi, del *privato* verso il *pubblico*), sia in senso verticale, come nel nostro caso (quando l'intervento sussidiario è, contrariamente alla prassi, dell'ente *minore* a sostegno del *maggiore*).



volta in volta interessate<sup>20</sup>. In questo contesto “intrecciato”, ferme restando le differenze procedurali e di accesso, la separazione di competenze delle Corti è solo *tendenziale*: anche se una Corte fa riferimento più al catalogo della Carta di Nizza, un’altra più al catalogo Cedu e le altre ai cataloghi costituzionali nazionali, alla fine tutte si occupano sempre di diritti ed è piuttosto difficile distinguere – per le reciproche influenze ermeneutiche – le astratte competenze formali di ciascuna in ordine all’oggetto. Inoltre il “bilanciamento” operato ai diversi livelli non è uguale: quello posto in essere dalla Corte EDU, dalla CGUE e, per non limitarci all’Europa, dalla CIG (Corte Internazionale di Giustizia) – mirando a privilegiare i singoli valori/principi espressi nei trattati/consuetudini internazionali – tendenzialmente è più concreto e *casistico*; quello, invece, posto in essere dalla nostra, come dalle altre Corti costituzionali – mirando a preservare l’equilibrio interno alla tavola dei valori costituzionali nazionali – tendenzialmente è piuttosto *sistemico*, l’equilibrio “interno” dovendo prevalere su quello “esterno”, anche a costo di derogare alle decisioni delle altre Corti: basti pensare, di recente, al rovesciamento del bilanciamento fatto dalla CIG, da parte della nostra Corte cost., nella sent. [n. 238/2014](#).

Per la verità, lo stesso bilanciamento nazionale o “interno” – o *controlimite* in senso lato, quale formula riassuntiva dei principi costituzionali italiani prevalenti su tutte le fonti esterne, non solo comunitarie – ha una sorta di portata intrinsecamente bivalente: ora opera nell’interesse della maggiore tutela del diritto fondamentale; ora invece a discapito del diritto fondamentale riconosciuto in sede internazionale, in nome di “altri” valori costituzionali parimenti meritevoli di tutela. Insomma, prevalgono sempre i *controlimiti*, sì, ma – si noti bene – non sempre essi coincidono *tout court* con i diritti. Del resto, opportunamente la Corte usa sempre un’endiadi: «principi fondamentali e diritti inviolabili».

Quanto testé detto per il bilanciamento a livello nazionale, in fondo e a ben vedere vale anche per gli altri bilanciamenti. Ciò significa che la clausola di «massima espansione delle garanzie», seppure di solito miri all’astratta *maggior tutela del diritto fondamentale*, concretamente non sempre riesce nel suo intento: ad ogni livello – e non solo in un quadro sistemico (nazionale) di valori – può accadere contemporaneamente che una garanzia si *espanda* e la tutela di un diritto si *affievolisca*. I bilanciamenti servono appunto a questo<sup>21</sup>.

Né esiste una “gerarchia dei bilanciamenti”, che possa aiutarci. Anche per questo permangono prudenze e resistenze fra le Corti e operatori pratici e teorici del diritto spesso non sanno che pesci pigliare.

In conclusione, ci troviamo di fronte a un campo giuridico caratterizzato da tutele sovrapposte, ampio, flessibile e *in progress*, che chiaramente andrebbe “sistematizzato” attraverso regolari “percorsi” *normativi* (internazionali, comunitari e costituzionali) e non solo per affannose “rincorse” *giurisprudenziali*.

Come può vedersi, e limitando la riflessione all’Europa, lo scopo è sempre uno («massima espansione delle garanzie»), così come il mezzo, o strumento giuridico, praticamente è lo stesso («principio di sussidiarietà»), ma diversi sono i modi concreti di traduzione dello scopo comune (talora una palese, *maggior tutela del diritto*; talora un diverso, particolare *equilibrio assiologico*), diversi sono gli esecutori (Corte di Strasburgo, Corte di Lussemburgo, Corti costituzionali nazionali), diverso è il tipo di bilanciamento (esterni e tendenzialmente *casistici* quelli internazionali; interni e tendenzialmente *sistemici* quelli nazionali) e diversa è la direzione dell’operazione ermeneutica (bi-direzionalità: ora l’intervento sussidiario è *internazionale*, dall’alto verso il basso; ora l’intervento sussidiario è *nazionale*, dal basso verso l’alto).

<sup>20</sup> Parla, in questo senso, di un bilanciamento “bidirezionale” O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum online di Quad. cost.*, 16 dic. 2009.

<sup>21</sup> Sul fatto che le operazioni di bilanciamento presuppongano contestualmente *affievolimenti* ed *espansioni*, ma mai *estinzioni*, di principi-valori costituzionali – a maggior ragione se diritti – sia consentito rinviare ad A. SPADARO, *Dall’indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l’individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, n. 1/2006, 167 ss. e ID., *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. II, Milano Bompiani 2006, 1261 s.

Affinché si possa parlare di un circolo virtuoso nella tutela dei diritti, occorre il *riconoscimento* da parte di tutti i soggetti coinvolti di “competenze” chiaramente separate e di “fonti” chiaramente comuni.

Quanto alle *competenze*, dubito che la Corte di Lussemburgo possa pretendere di mettere veti a una maggiore tutela di un diritto apprestata da una Corte costituzionale nazionale che invochi i controlimiti, non solo e in generale per il riconoscimento eurounitario dei controlimiti stessi sotto forma di rispetto delle «tradizioni costituzionali comuni» (art. 6, n. 3), ma anche e in particolare per il rispetto dell’ «identità nazionale insita nella [...] struttura fondamentale» di ogni Stato membro (così art 4, n.2, del T.U.E.)<sup>22</sup>. Un eguale rispetto presumo “dovrebbe” manifestare anche la Corte costituzionale italiana nei confronti delle Corti europee, quando esse fossero “più garantiste” in materia di diritti, ove beninteso le decisioni di tali Corti non attentino ad “altri” principi costituzionali. Non può ancora escludersi del tutto, invece, il rischio di sanzioni da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, per violazione della Cedu, a carico dello Stato che – derogando a una decisione della Corte di Strasburgo – si trincerò dietro un controlimite, senza che sia riconosciuto un margine di apprezzamento nazionale, o di sanzioni da parte di altri organi internazionali per violazione in genere del diritto internazionale pattizio e consuetudinario<sup>23</sup>.

Quanto alle *fonti comuni*, v’è invece un forte scarto fra ciò che gli Stati formalmente “riconoscono nei trattati” e ciò che le Corti, internazionali e nazionali, sostanzialmente considerano davvero vincolante l’una per l’altra.

Segnatamente, come s’è detto, la Corte italiana è restia ad accettare i vincoli – quasi si trattasse di “farsi legare mani e piedi” da fonti anomale e non recepite – derivanti dalla CSE e dalla CEAL. Purtroppo, in questo caso, si può parlare di un *uso lacunoso della c.d. sussidiarietà bidirezionale* da parte (dei giudici comuni e) della Corte costituzionale italiana: infatti, non v’è traccia di un bilanciamento con “altri” valori costituzionali che giustifichi la mancata applicazione di tali fonti.

Ora, in assenza di un’improbabile *ricezione* della “Carta sociale europea” (ma, in fondo, anche della Carta europea dell’autonomia locale) nel Trattato UE, che certo risolverebbe in radice il problema, senza dubbio evidenziandone la natura vincolante sul piano giuridico<sup>24</sup>, si auspicano qui due cose. Si spera che: da un lato, *a*) più in generale, i giudici comuni prestino maggiore attenzione alla CSE e alla CEAL, usando questi documenti internazionali come parametri ulteriori o eterodossi di costituzionalità<sup>25</sup>; e, dall’altro, *b*) la stessa Corte costituzionale, in futuro, operi un coraggioso

---

<sup>22</sup> Infatti, mi sembra che – al di là di altre disposizioni – soprattutto il “combinato disposto” degli artt. 4, n. 2 e 6, n. 3 del T.U.E. garantisca principi o bilanciamenti sconosciuti a buona parte dei Paesi dell’UE e tuttavia meritevoli di essere rispettati in quanto “caratterizzanti” uno Stato membro. Tuttavia, nonostante questa, possibile e più che ragionevole, chiave di lettura ermeneutica, qualcuno lo stesso resta “sospettoso”. Cfr., per esempio – fra le *Dichiarazioni degli Stati membri* – la n. 53 della Repubblica ceca sulla Carta dei diritti fondamentali dell’UE, che, al n. 3, recita: «La Repubblica ceca sottolinea che, laddove la Carta riconosca i principi e i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali principi e diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni». “Diffidenti” anche Gran Bretagna e Polonia al punto di formulare l’*opting out* verso la Carta racchiuso nel Protocollo n. 30

<sup>23</sup> Benchè esamini un profilo particolare (l’incidenza delle decisioni della Corte Edu sul piano penalistico), si segnala ora l’articolo di F. COMPAGNA, *La Corte europea dei diritti dell’uomo fra inviolabilità dei principi di garanzia e conseguenti esigenze di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Nomos*, n. 1/2015.

<sup>24</sup> Fra i primi a promuovere quest’ipotesi – che anche chi scrive sostiene – O. DE SCHUTTER, *L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne*, in *EUI Working Paper LAW*, 11/2004, e L. JIMENA QUESADA (*La sostenibilidad de los derechos sociales*, relazione al convegno su *I Diritti sociali e regionalismo in Spagna ed in Italia*, Milano 31 marzo - 1 aprile 2011, p. 8 del testo dattiloscritto). Seppure la questione sia diversa, certo non va ora nella direzione di un’integrazione felice fra ordinamenti il secondo parere negativo 2/13 reso il 18 dicembre 2014 dalla Corte di Giustizia circa l’adesione dell’UE alla Cedu. Sul punto, cfr., fra gli altri, N. LAZZERRINI, “*Questo matrimonio (così?) non s’ha da fare*”: il parere 2/13 della Corte di Giustizia sull’adesione dell’Unione Europea alla Convenzione Europea sui Diritti dell’Uomo, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2015, spec. 17 ss., che sottolinea il conflitto di giurisdizione fra Corte di Giustizia e Corte edu.

<sup>25</sup> Alcune prime indicazioni sul punto già nel mio *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3/1998, 343 ss., spec. 389 ss.

*revirement* giurisprudenziale. Ciò determinerebbe l'auspicato circolo virtuoso, anche perché spronerebbe pure i giudici comuni ad un uso delle Carte in esame, dimenticate in quanto erroneamente considerate, per dir così, di serie B.

Questo “cambiamento di rotta” potrebbe dare molti, buoni frutti:

1. consentirebbe alla Corte di mantenersi coerente con la linea giurisprudenziale originariamente adottata attraverso le c.d. sentenze “gemelle”, cosa che oggi non accade (visto che invece alcuni trattati internazionali, pur uguali agli altri, inspiegabilmente non sono considerati tali, nonostante il formale rispetto “generale” degli obblighi internazionali di cui all'art. 117, I c., Cost.);

2. rafforzerebbe il processo, se non di integrazione, quantomeno di piena e armonica compatibilità fra Diritto internazionale pattizio europeo e i singoli Diritti costituzionali dei vari Paesi europei;

3. permetterebbe – tramite la CSE – di dare piena attuazione al principio costituzionale di uguaglianza, grazie ad un'intelligente espansione dei diritti sociali anche a favore dei soggetti extracomunitari<sup>26</sup>;

4. rafforzerebbe le autonomie locali italiane, a cominciare dalla natura necessariamente democratica dei loro organi. Infatti quello democratico – prim'ancora di essere un principio garantito dalla CEAL – è un principio costituzionale fondamentale: come ogni altro, può essere “bilanciato”, ma mai dimidiato.

Diversamente, se le cose restassero come sono, ci troveremmo di fronte alla contraddizione di una Corte che – per integrare il catalogo dei diritti costituzionali nazionali – riconosce non solo l'importanza “ermeneutica” delle Carte internazionali, ma anche il carattere “vincolante” dei trattati internazionali (persino nella loro concreta determinazione “giurisprudenziale” ad opera dei tribunali internazionali), senza però poi dar seguito pratico a tali riconoscimenti formali. Si determinerebbe, così, l'aporia logica di un gruppo di diritti (specialmente quelli sociali e degli enti locali) *internazionalmente* riconosciuti, ma *costituzionalmente* negati.

Più precisamente, assisteremmo al paradosso di diritti *internazionalmente* riconosciuti, anche dall'Italia (essendo stati i relativi trattati ratificati regolarmente e in modo integrale nel nostro ordinamento) – che, per di più, ufficialmente costituiscono per la Corte «norme interposte» costituzionalmente compatibili (in assenza di violazioni esplicite di norme costituzionali) – i quali (diritti) però, inspiegabilmente, non sarebbero considerati meritevoli di protezione costituzionale in Italia, benché essi non violino la Costituzione, ma al contrario ne implementino positivamente la portata.

Insomma, mi sembra che la Consulta sia un po' in difficoltà e si sia messa nei guai da sola. Da un lato riconosce un'efficacia giuridica generale dei trattati internazionali regolarmente ratificati, dall'altro pone pesanti riserve sul valore giuridico di alcuni di essi: due pesi e due misure. Evidentemente così non va: o la Corte fa marcia indietro, ed a mio avviso sarebbe la cosa migliore, o ci spiega seriamente – quindi con argomentazioni non apodittiche e riferimenti auto-referenziali di giurisprudenza – “perché” di fronte agli stessi trattati internazionali, distingue fra atti pienamente vincolanti e atti di mero *soft law*. In tutta franchezza, non vedo come possa riuscire a individuare i secondi rimanendo coerente alla sua stessa giurisprudenza, che esige l'espressa indicazione delle norme costituzionali lese dai trattati stessi. Tale individuazione – nel caso della CSE e della CEAL – per quanto soggetta ai più raffinati equilibrismi del bilanciamento, è operazione, a mio avviso, oltremodo difficile, se non impossibile.

---

<sup>26</sup> Più precisamente – non applicandosi formalmente la CSE agli extracomunitari – il Ceds ha esteso a questi ultimi alcune prescrizioni minime-essenziali (che anche il nostro ordinamento in parte riconosce) in condizioni eccezionali. Approfondimenti in C. PANZERA, *The Personal Scope of the European Social Charter: Questioning Equality*, in *Rev. eur. derechos fund.*, n. 24/2014 (ivi, ult. bibl.). Sul ruolo giuridicamente vincolante che la *Carta sociale europea* – come la *Carta europea dell'autonomia* – dovrebbe, e potrebbe svolgere, in tutti gli ordinamenti europei cfr., fra gli altri, il mio *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, op. et loc .cit. Ivi ulteriore bibl.

**Antonino Sgroi**

**La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. *La tutela costituzionale dei diritti previdenziali: la perequazione automatica.* – 2. *La sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale.* – 3. *La soluzione apprestata dal legislatore.*

1. *La tutela costituzionale dei diritti previdenziali: la perequazione automatica.*

La sentenza “Sciarra”<sup>1</sup>, [n. 70 del 2015](#) della Corte costituzionale, dichiarativa dell’illegittimità costituzionale della disciplina legislativa introdotta dalla cd. legge Fornero, che aveva condotto al blocco della perequazione automatica su tutti i trattamenti pensionistici superiori a tre volte il trattamento minimo Inps<sup>2</sup> nel biennio 2012 – 2013, ha scatenato un dibattito giornalistico, spesso

---

<sup>1</sup> Così A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Riv. Ass. It. Costituzionalisti*, 2015, n. 2, che la correla alla precedente sentenza del giudice delle leggi la n. 10 del 2015, cd. “sentenza Cartabia”. Sentenza, quest’ultima, ove pur essendo stata dichiarata l’illegittimità costituzionale della “Robin Hood Tax”, si stabilisce che la stessa abbia effetti solo per il futuro e si esclude che tale declaratoria abbia come effetto il rimborso delle imposte pagate dai contribuenti, ivi compreso il giudizio nel quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, perché tale restituzione comporterebbe «*uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra aggiuntiva, anche per non venir meno al rispetto dei parametri cui l’Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (art. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime*». La sentenza è stata, peraltro, disapplicata dal giudice di merito che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale (si tratta della [decisione resa dalla Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia il 12 maggio 2015, n. 217/3/15](#) annotata da A. Morelli, [Principio di totalità e “illegittimità della motivazione”: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax \(a proposito di Comm. Trib. Prov. Di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15](#), in [Consulta OnLine, 2015, II](#) (28.05.15) ed è stata oggetto di critiche da parte della dottrina come ricordato da ultimo da A. Morelli, [nota cit.](#), 483 e ss.; e da A. Ruggeri, [Attività di garanzia e attività d’indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali](#), [ivi](#) (15.05.15), 399 e ss., in specie 405, nota 20).

<sup>2</sup> Siffatta regola era preceduta dall’espressione “*In considerazione della contingente situazione finanziaria*” e il comma che la conteneva, il 25°, si trova inserito in un articolo, il 24, il cui primo comma recita: “*Le disposizioni del presente articolo sono dirette a garantire il rispetto, degli impegni internazionali e con l’Unione europea, dei vincoli di bilancio, la stabilità economico-finanziaria e a rafforzare la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico in termini di incidenza della spesa previdenziale sul prodotto interno lordo, in conformità dei seguenti principi e criteri:*

a) *equità e convergenza intragenerazionale e intergenerazionale, con abbattimento dei privilegi e clausole derogative soltanto per le categorie più deboli;*

b) *flessibilità nell’accesso ai trattamenti pensionistici anche attraverso incentivi alla prosecuzione della vita lavorativa;*

c) *adeguamento dei requisiti di accesso alle variazioni della speranza di vita; semplificazione, armonizzazione ed economicità dei profili di funzionamento delle diverse gestioni previdenziali.*” (per un commento di questi principi e il loro collegamento alla nota lettera della BCE pervenuta al Governo italiano, v. P. Sandulli, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l’altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *RDSS*, 2012, n. 1, 1 e ss., in specie § 3). Si osservi che a tale blocco si connetteva altresì l’istituzione di un contributo di solidarietà a carico degli iscritti e dei pensionati delle gestioni previdenziali confluiti nel Fondo pensioni lavoratori dipendenti e del cd. Fondo Volo, con esclusione dei trattamenti pensionistici di importo inferiore o pari a cinque volte il trattamento minimo Inps, contributo dovuto per il quinquennio 2012 – 2017 (art. 24, comma 21, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv.to con modif.ni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214). Le due disposizioni comporta(va)no pertanto con riguardo ai trattamenti pensionistici dei dipendenti privati, come *supra* individuati, superiori a cinque volte il trattamento minimo da un verso la sottoposizione a un contributo di solidarietà e da altro verso l’esclusione della rivalutazione monetaria della pensione fruita; ancorché con periodi diversi, quinquennale il primo, biennale il secondo. Infine è opportuno ricordare la [sentenza della Corte costituzionale del 5 giugno 2013, n. 116](#) (in *Riv. dir. trib.*, 2013, n. 6, 309 e ss., con nota di R. Succio, *Quando l’illegittimità costituzionale è annunciata: la Consulta cancella il prelievo sulle cd. “pensioni d’oro”*) che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma, art. 18, comma 22 bis, decreto legge n. 98/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 111/2011, come modificato dall’art. 24, comma 31 bis, decreto legge n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214/2011, che applicava sui trattamenti pensionistici di fonte pubblica i cui importi complessivamente superino 90.000 euro lordi annui un “contributo di perequazione” pari al 5 per cento della parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché pari al 10 per cento per la parte eccedente 150.000 euro e al 15 per cento per la parte eccedente i 200.000



sopra le righe e non rispettoso dell'organo costituzionale allorché le considerazioni “da uomo della strada” erano compiute da illustri cattedratici in materie economiche, nonché un dibattito tecnico-giuridico che si impernia sulla lettura dell'art. 38, ma ancor di più sulla lettura dell'art. 81 della Carta costituzionale<sup>3</sup>.

Il sistema previdenziale, come noto al fine di garantire l'adeguatezza delle prestazioni successivamente alla loro prima liquidazione, prevede la rivalutazione delle stesse agli indici del costo della vita in misura differenziata a seconda dell'importo della pensione, in applicazione dei principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale.

L'istituto si pone all'interno della tutela costituzionale apprestata dall'art. 38.2 Cost. in favore dei lavoratori, allorché il legislatore costituente usa il sintagma “mezzi adeguati” e pertanto da questo articolo e dalla lettura che costantemente ne hanno dato la Corte costituzionale e la Corte di cassazione è opportuno prendere le mosse, per poi chiedersi se tale diritto possa essere modulato da parte del legislatore e in quali termini, ovvero si chiedersi se è possibile una limitazione temporale o quantitativa o per ambito soggettivo di efficacia dello stesso.

La Corte costituzionale nella [sentenza del 5 febbraio 1986, n. 31](#)<sup>4</sup> ritiene che il legislatore, utilizzando l'espressione “mezzi adeguati”, abbia voluto garantire “*non soltanto la soddisfazione dei bisogni alimentari, di pura «sussistenza» materiale bensì anche il soddisfacimento di ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori. Le prestazioni previdenziali adeguate alle esigenze dei lavoratori ben possono pertanto, essere differenziate tra le diverse categorie dei medesimi...se ci si riferisce all'art. 38, comma 2, Cost. non è legittimo richiedere, una determinazione quantitativa unica, uniforme, per tutti i lavoratori, in quanto l'oggetto della valutazione che conduce al giudizio di adeguatezza dei mezzi alle esigenze di vita può riguardare anche la posizione economico-sociale delle diverse categorie di lavoratori, i rischi volontariamente assunti o comunque incombenti, i redditi conseguiti durante l'attività lavorativa ecc.: la valutazione ora indicata può ben condurre a determinazioni quantitativamente diversificate delle prestazioni previdenziali*”.

La ricostruzione fatta dalla Corte nel lontano 1986, la si rinviene, con un balzo temporale trentennale, in una decisione resa a sezioni unite dalla Corte di cassazione, la n. 10455 del 21 maggio 2015 e successiva alla sentenza qui annotata. In questa decisione, il giudice della nomofilachia evidenzia che “*dalla norma costituzionale discende una tutela effettiva, costituzionalmente vincolata, del diritto alla previdenza, considerato alla stregua di un diritto fondamentale, imprescrittibile e irrinunciabile ... Il diritto alla previdenza pone riparo allo stato di bisogno del lavoratore e della sua famiglia (cfr. C. Cost. 926/1988) in conseguenza di una serie di eventi idonei ad incidere sulla*

---

euro. Il giudice delle leggi ha ritenuto la natura tributaria del prelievo e un intervento impositivo irragionevole e discriminatorio ai danni di una sola categoria di cittadini. L'intervento riguarda, continua la Corte, i soli pensionati, senza garantire il rispetto dei principi fondamentali di uguaglianza a parità di reddito, attraverso una irragionevole limitazione della platea dei soggetti passivi. La dottrina che aveva commentato l'intervento legislativo del 2011 osservò, con riguardo al blocco della perequazione automatica, che “*la reiterazione a così breve distanza di tempo del blocco della perequazione automatica non può non richiamare all'attenzione il monito espresso dalla Corte costituzionale, quando con la sentenza n. 316/2010, detta Corte ha avvertito come la frequente reiterazione di misure di blocco del meccanismo di adeguamento delle pensioni possa esporre “il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili limiti di ragionevolezza e proporzionalità”*” (M. Cinelli, *La riforma delle pensioni del “Governo tecnico”*. *Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 385 e ss., in specie 391. Omologhe osservazioni formulò P. Sandulli, *op. cit.*, in specie 24 e 25 ove elenca i criteri estraibili dalla lettura della [sentenza della Corte costituzionale n. 316/2010](#)).

<sup>3</sup> Sin da ora si v., oltre allo scritto di A. Barbera *retro cit.*: gli interventi del seminario a porte chiuse organizzato il 15 maggio 2015 da [www.federalismi.it](#); E. Balboni, *Il caso pensioni tra Corte e Governo: da valanga e palombella*, in [www.forumcostituzionale.it](#); M. Cinelli, *Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: le ragioni*, in [www.csdle.lex.unict.it](#); S. Giubboni, *Le pensioni nello Stato costituzionale*, in [www.eticaeconomia.it](#), menabò n. 23/2015; M. Persiani, *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, dattiloscritto per gentile concessione dell'Autore, in corso di pubblicazione su *Giur. It.*, 2015; P. Sandulli, *La “telenovela” costituzionale della perequazione pensionistica*, in [www.csdle.lex.unict.it](#); G. Prosperetti, *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*, in [www.csdle.lex.unict.it](#); S. Lieto, *Trattare in modo eguale i diseguali?*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

<sup>4</sup> La si v., fra l'altro, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1771 e ss., con nota di M. Cinelli, *L'“adeguatezza” della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*.



*capacità lavorativa e sulla possibilità di produrre reddito, ma inoltre garantisce un quid pluris volto a tener conto, almeno parzialmente del “merito” che dal lavoro (ma anche dalla contribuzione) deriva e che trova riscontro nel tenore di vita raggiunto dal lavoratore alla conclusione della sua vita lavorativa. In definitiva...il secondo comma dell’art. 38 garantisce ai lavoratori “non soltanto la soddisfazione dei bisogni alimentari di pura sussistenza materiale, bensì anche il soddisfacimento di ulteriori esigenze relative al tenore di vita” “consentito da un pregresso reddito di lavoro, per cui solo per queste ultime è possibile far capo al parametro dell’art. 36, primo comma” (v. C. Cost. 196/1993).”*

Su tale incontrovertito quadro ricostruttivo, che trova concordi sia la Corte costituzionale, sia la Corte di cassazione nonostante la distanza temporale fra le due decisioni, si innesta l’istituto della rivalutazione economica dei trattamenti pensionistici, istituto teso a garantire i pensionati dalla erosione del potere di acquisto delle pensioni<sup>5</sup>.

Con riferimento a questo istituto è lo stesso giudice delle leggi, con la [sentenza dell’11 novembre 2010, n. 316](#), a ritenere che “*dal principio enunciato nell’art. 38 Cost. non può farsi discendere, come conseguenza costituzionalmente necessitata, quella dell’adeguamento con cadenza annuale di tutti i trattamenti pensionistici. E ciò, soprattutto ove si consideri che le pensioni incise dalla norma impugnata, per il loro importo piuttosto elevato, presentano margini di resistenza all’erosione determinata dal fenomeno inflattivo. L’esigenza di una rivalutazione sistematica del correlativo valore monetario è, dunque, per esse meno pressante di quanto non sia per quelle di più basso importo*”<sup>6</sup>.

A contrario si deve ritenere che la rivalutazione quale istituto di garanzia del potere di acquisto dei trattamenti pensionistici rientri nel concetto di “mezzi adeguati” e che lo stesso possa essere graduato nella sua applicazione a secondo della “forza economica del pensionato”. Ovverosia tanto più alto è il trattamento pensionistico, tanto meno necessaria è l’applicazione integrale e costante nel tempo della rivalutazione monetaria, ben potendo prefigurarsi senza lesione aprioristica di diritti quesiti, al fine di garantire la tenuta del sistema previdenziale in un quadro sincronico e diacronico che assicuri l’erogazione delle prestazioni non solo agli attuali lavoratori e pensionati, ma anche ai futuri lavoratori e pensionati:

- a) un’applicazione dell’istituto per fasce di reddito, in maniera inversamente proporzionale;

---

<sup>5</sup> Sull’erosione, in questi anni, del potere di acquisto delle pensioni e che ha interessato sia le pensioni di importo medio-basso, sia le pensioni di importo medio-alto, si v. L. Dragosei, *Pensioni, indicizzazione e soglie di povertà*, Menabò di Etica ed Economia, n. 19 dell’1 aprile 2015, [www.eticaeconomia.it](http://www.eticaeconomia.it). L’autrice conclude la propria ricognizione osservando che l’operare congiunto del meccanismo di indicizzazione e del prelievo fiscale non ha protetto né i pensionati più agiati, né i più poveri. E questi ultimi, in particolare, hanno visto aggravarsi le proprie condizioni di disagio non solo a causa di un maggiore prelievo fiscale, ma anche e perché il paniere di consumo utilizzato per l’indicizzazione non riflette l’effettivo andamento del loro costo della vita nei periodi di accelerazione dell’inflazione.

<sup>6</sup> Si osservi che la Corte, in questa decisione e nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, ha utilizzato nel suo procedere argomentativo anche la regola dell’art. 36 Cost., senza che nessun commentatore (si v. rispettivamente i commenti di: M. Gambacciani, *Perequazione automatica e provvedimenti di “blocco” tra principio di solidarietà, esigenze della finanza pubblica e tutela dei diritti dei pensionati*, in *Giur. cost.*, 2011, n. 1, 880 e ss.; P. Cro, *Anche i ricchi piangono. Per le pensioni di importo più elevato la perequazione annuale non è costituzionalmente necessitata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 2, 438 e ss.), a quel che consta, ha sollevato dubbi di sorta su tale richiamo, contrariamente a quanto avvenuto con la sentenza in commento. La Corte ha osservato che “*anche rispetto al principio di proporzionalità delle pensioni alle retribuzioni, contenuto nell’art. 36 Cost., la lesione ipotizzata dal giudice rimettente non sussiste. In relazione all’adeguatezza dei trattamenti di quiescenza alle esigenze di vita del lavoratore e della sua famiglia, questa Corte ha ripetutamente affermato che tale principio non impone un aggancio costante dei trattamenti pensionistici agli stipendi (ex plurimis, [sentenza n. 62 del 1999](#) e [ordinanza n. 531 del 2002](#)). Spetta, infatti, al legislatore, sulla base di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali, dettare la disciplina di un adeguato trattamento pensionistico, alla stregua delle risorse finanziarie attingibili e fatta salva la garanzia irrinunciabile delle esigenze minime di protezione della persona (per tutte, [sentenza n. 30 del 2004](#)). Esigenze, queste, che il livello economico dei trattamenti previsti dalla norma impugnata non scalfisce, per i suoi effetti limitati al 2008.*”

b) una disapplicazione temporanea dell'istituto medesimo, sia essa totale o parziale, che a secondo dei fini perseguiti dal legislatore, può riguardare tutti i pensionati o una parte di loro, e in quest'ultima ipotesi iniziando dai pensionati che godono di trattamenti più elevati<sup>7</sup>.

La stessa Corte di Cassazione, nella precedente decisione del 9 agosto 2003, n. 12055, aveva escluso la costituzionalizzazione del principio di integrale adeguamento automatico delle prestazioni pensionistiche, rilevando che il sistema di perequazione automatica delle pensioni, a partire dall'art. 21, legge n. 730 del 1983, è stato caratterizzato, da un canto, dalla previsione di un adeguamento automatico dei trattamenti pensionistici in forza di un indice ISTAT ricognitivo dell'andamento dei prezzi di consumo, dall'altro, da meccanismi di contenimento (in primo luogo, le c.d. 'fasce') che differenziano l'automatismo, facendolo regredire ad adeguamento solo parziale, secondo l'importo (da ultimo, complessivo) del trattamento pensionistico.

Questo meccanismo, continua la Cassazione, va valutato alla luce degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale secondo i quali, benché non sia stato costituzionalizzato il principio della piena perequazione automatica del trattamento pensionistico (tra le altre, [Corte cost., sent. n. 62 del 1999](#); [ord. n. 256 del 2001](#)), occorre tuttavia che risulti assicurata una ragionevole corrispondenza tra dinamica delle pensioni e dinamica delle retribuzioni ([Corte cost., sentt. n. 226 del 1993](#); [n. 42 del 1993](#))<sup>8</sup>.

L'esame di queste decisioni evidenzia, contrariamente a quel che traspare dalla lettura dei commenti "a caldo" della decisione in commento, che sin dal lontano 1993 entrambe le Corti avevano escluso un diritto automatico e totalizzante alla rivalutazione del trattamento pensionistico, riconoscendo che tale diritto poteva essere diversamente modulato, per fasce di reddito e limitato temporalmente.

---

<sup>7</sup> Appare ovvio per chi scrive che tali scelte legislative, ancorché agganciate a esigenze di parità di bilancio fissate nella carta costituzionale - come nel nostro ordinamento -, sono sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale da parte dell'organo a ciò preposto, senza che tale controllo possa comportare alcuna *deminutio capitis* da parte dell'organo legislativo. Quest'aspetto di persistenza del vaglio di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, vaglio che potrebbe sfociare in una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma scrutinata, se si è ben compreso, non sarebbe più possibile secondo l'opinione di parte della dottrina in quanto "le nuove disposizioni costituzionali (dettate dall'art. 81) pongono le premesse per un diverso modo di essere della "costituzione finanziaria". In particolare, la decisione annuale di bilancio, stabilendo il quadro delle grandezze di politica economica dell'intera Repubblica, in linea con gli impegni europei diretti alla direzione del debito pubblico e per il pareggio strutturale di bilancio, ha acquistato pieno valore normativo, nel senso specifico che rappresenta parametro e limite della legislazione sostanziale. Rovesciando il rapporto tradizionale tra bilancio e leggi di spesa, queste ultime non possono più modificare nel corso dell'esercizio finanziario i saldi di bilancio e, quindi, il contenuto di principio della decisione annuale di bilancio. Un simile vincolo non vale, ovviamente, solo per la legislazione, ma per qualsiasi provvedimento che possa incidere sui saldi e sugli impegni europei. Tutto questo ha o meno effetti nei confronti della giurisprudenza costituzionale, specie quella creativa di impegni di spesa,..." (A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 maggio 2015, 15).

<sup>8</sup> In forza di tale argomentare la Suprema Corte ritenne manifestamente infondata:

a) sia la questione di legittimità costituzionale degli artt. 11, D. Lgs. n. 503 del 1992 e 21, legge n. 730 del 1983, sollevata in riferimento agli artt. 3, 36, primo comma e 38, primo e secondo comma, Cost., qualora, come nella specie, non risulti sussistente l'inidoneità del meccanismo di adeguamento a preservare la sufficienza della pensione ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia mezzi adeguati alle esigenze di vita ed una esistenza libera e dignitosa;

b) sia la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, cit., in relazione all'art. 76, Cost., nella parte in cui prevede un sistema di rivalutazione per 'fasce', tenuto conto del principio secondo il quale il legislatore delegato doveva assicurare la stabilizzazione del rapporto tra spesa previdenziale e prodotto interno lordo, mentre l'eliminazione della dinamica delle retribuzioni è nel criterio di delega che considera la perequazione automatica delle pensioni in funzione della salvaguardia del loro potere d'acquisto.

Nella specie, la Corte ritenne che l'assunto del ricorrente, secondo il quale dal 1985 al gennaio 1998 si era visto ridurre la pensione erogata dall'Inps di circa lire 1.5000.000 l'anno non permetteva di ritenere neppure dedotto l'ampliamento della 'forbice' tra pensione e retribuzione necessario per dare consistenza al dubbio di illegittimità costituzionale.

Ma, aspetto ancor più rilevante, le Corti si erano imbattute nelle esigenze di bilancio, quali contrappesi alla rivalutazione delle prestazioni pensionistiche e le avevano ritenute legittime laddove avevano portato a una rimodulazione per fasce di reddito delle pensioni<sup>9</sup>.

Tant'è che la Corte costituzionale, nella [sentenza n. 316/2010](#), riconobbe per un certo verso meritevole il fine perseguito dal legislatore, di concorso al riequilibrio delle conseguenze finanziarie indotte dall'eliminazione del cd. scalone<sup>10</sup>, ovverosia dell'innalzamento repentino a sessant'anni, a far data dall'1 gennaio 2008, dell'età minima per l'accesso alla pensione di anzianità e la sua sostituzione con un sistema più graduale e flessibile dei pensionamenti, basato sul raggiungimento di quote risultanti dall'età anagrafica e dall'anzianità contributiva.

Nel quadro sin qui sommariamente delineato si innerva la decisione in commento che appare in linea con il *trend* interpretativo L'unica differenza di non poco conto è che il risultato è stato opposto a quello avutosi con lo scrutinio della precedente legge in tema di blocco della perequazione automatica, comportando ovviamente dei costi per l'erario.

## 2. La [sentenza n. 70 del 2015](#) della Corte costituzionale.

Giunti a tale approdo bisogna chiedersi con riferimento alla decisione in commento:

a) quali siano i poteri di "investigazione" della Corte in punto di eventuali oneri economici connessi all'eventuale espunzione dall'ordinamento della norma sottoposta al vaglio di costituzionalità;

b) se, alla luce della pregressa giurisprudenza costituzionale sulla questione era prevedibile, da parte del legislatore storico, ovverosia quello della decreto legge "Salva Italia", un esito di tal fatta e se, ancora più a monte, sarebbe stato possibile confezionare una disciplina sul blocco della perequazione automatica conforme alle indicazioni date dal Giudice delle leggi (si osservi che la medesima problematica attiene ora al testo dell'art. 1, primo comma, del decreto legge 21 maggio 2015, n. 65, in specie lo spezzone di norma che introduce il comma 25-*bis* nel corpo dell'art. 24 del decreto legge "Salva Italia", tema sul quale ci si soffermerà in conclusione);

c) come operi il dettato dell'art. 81 Costituzione con riguardo alla salvaguardia del sistema di sicurezza sociale;

d) se la Corte, invece di limitarsi a dichiarare l'illegittimità della disposizione sottoposta al suo vaglio, avrebbe fatto meglio a utilizzare altre soluzioni, ferma restando la rimozione dall'ordinamento della disposizione sottoposta allo scrutinio di costituzionalità.

La prima questione che ha affaticato oltremodo gli opinionisti dei giornali e televisivi appare abbastanza banale per le seguenti considerazioni:

1) è interesse della parte pubblica prospettare a un organo terzo, qual è la Corte costituzionale, tutti gli aspetti giuridici, sociali ed economici radicati su una questione di legittimità costituzionale; dati questi in esclusivo possesso della parte pubblica interessata al rigetto della questione di legittimità costituzionale e che devono e possono essere messi nella disponibilità della Corte per il tramite della difesa tecnica, fornendoli a quest'ultima;

---

<sup>9</sup> La legge delega del 23 ottobre 1992, n. 421 affidava al Governo il compito di emettere una legge delegata ove disciplinare la perequazione automatica delle pensioni dei lavoratori dipendenti e autonomi "*al fine di garantire, tenendo anche conto del sistema relativo ai lavoratori in attività, la salvaguardia del potere di acquisto;*" (art. 3, primo comma, lett. q), l. ult. cit.). Il Governo, con il decreto delegato 30 dicembre 1992, n. 503, fra l'altro agganciò gli ulteriori aumenti della perequazione automatica all'andamento dell'economia e prevede che gli stessi potevano essere stabiliti con legge finanziaria (art. 14.2, l. ult. cit.).

<sup>10</sup> La Corte costituzionale ritenne, come detto nelle pagine precedenti, che dal principio enunciato dall'art. 38 Costituzione non poteva farsi discendere, come conseguenza costituzionalmente necessitata, quella dell'adeguamento con cadenza annuale di tutti i trattamenti pensionistici. Appartiene infatti alla discrezionalità del legislatore, col solo limite della palese irrazionalità, stabilire la misura dei trattamenti di quiescenza e le variazioni dell'ammontare delle prestazioni, attraverso un bilanciamento dei valori contrapposti che tenga conto, accanto alle esigenze di vita dei beneficiari, anche delle concrete disponibilità finanziarie e delle esigenze di bilancio.

2) la Corte costituzionale strutturalmente non può avere al suo interno specialità tecniche su tutti i campi dello scibile universale, ivi compresi gli eventuali costi economici connessi all'ablazione della norma sottoposta al vaglio di costituzionalità; tant'è che in casi omologhi all'odierno coinvolgenti la materia previdenziale, a quel che consta e non volendo limitarsi a informazioni assunte in via informale, la Corte utilizza lo strumento dell'ordinanza, con destinatari il Presidente del Consiglio dei Ministri, il Ministro del tesoro, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale ed eventuali altri Ministri coinvolti<sup>11</sup>.

La seconda questione, ovvero sia un giudizio prognostico da parte del legislatore storico sulla tenuta costituzionale del blocco della perequazione automatica così come confezionato nel comma 25°, dell'art. 24 del d.l. n.201 del 2011, appare anch'essa di non difficile soluzione. Infatti la lettura dei precedenti della Corte costituzionale da parte di chi procedette alla stesura della norma avrebbe condotto a riformulare la stessa secondo i criteri indicati dalla Corte e pianamente individuati nella [decisione n. 316/10](#)<sup>12</sup>.

La Corte, piaccia o non piaccia sotto un profilo metagiuridico, nella sentenza in commento ha pianamente applicato le regole che aveva previamente utilizzato allorché era stata chiamata a vagliare la legittimità costituzionale di disposizioni legislative che fissavano il blocco della rivalutazione, pervenendo però alla conclusione dell'illegittimità costituzionale di una disposizione che prevedeva il blocco per più di un anno della rivalutazione monetaria, senza distinzioni di sorta nei riguardi di tutti i trattamenti pensionistici di importo superiore a tre volte il trattamento minimo erogato dall'Inps.

Ma la Corte non si è limitata a far questo, nonostante quanto possa trasparire dalla lettura di parte dei commenti alla stessa, ha fatto almeno due passi ulteriori, ovvero sia:

a) ha sottoposto al suo vaglio anche il sistema di rivalutazione della pensione introdotto dalla successiva legge 23 dicembre 2013, n. 147, con la scusa che l'esame dello stesso era strumento ermeneutico necessitato per dimostrare *“la singolarità”* (così testualmente nella sentenza) della disposizione sottoposta al suo vaglio che era avulsa non solo dalle disposizioni precedenti ma anche da quelle successive, e ha ritenuto legittimo tale sistema, rilevando che *“il legislatore torna dunque a proporre un discrimen fra fasce di importo e si ispira a criteri di progressività, parametrati sui valori costituzionali della proporzionalità e dell'adequazione dei trattamenti di quiescenza.”*<sup>13</sup>;

b) ha reiterato, in più parti della decisione, la ricostruzione compiuta con le precedenti decisioni, che rimane ferma stante la singolarità della norma scrutinata e che può costituire stella polare di un successivo intervento legislativo dopo la sentenza della Corte.

Sulla scorta di tali inferenze, si può dedurre che è la stessa Corte a riconoscere al legislatore la possibilità di intervenire anche con riguardo al passato, una volta espunta dall'ordinamento la disciplina dichiarata incostituzionale, affinché lo stesso introduca una disciplina che, per gli anni 2012 e 2013 e con effetti sulla base del trattamento pensionistico utilizzabile per la rivalutazione degli anni successivi, consenta sì il riconoscimento della perequazione automatica, ma con una modulazione per fasce di reddito, che tuteli precipuamente i titolari dei trattamenti previdenziali modesti, al fine di garantire a tutti la conservazione del potere di acquisto delle somme percepite<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Si v. l'[ordinanza resa dalla Corte il 7 febbraio 1985, n. 45](#). In questa ordinanza la Corte costituzionale chiese al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro del tesoro, al Ministro del lavoro e della previdenza sociale e al Ministro della sanità *“per quanto di competenza”* di fornire, fra l'altro, *“i dati puntuali relativi all'incidenza della contribuzione di malattia di ciascuna singola categoria di lavoratori sul finanziamento globale del Fondo sanitario nazionale...”*.

<sup>12</sup> Contezza di tale evidenza e del rischio che correva la disposizione la si rinviene in P. Sandulli, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra...., op. cit.*, in specie 24.

<sup>13</sup> Ma a questo considerazione se ne può aggiungere altra connessa a uno scenario che si sarebbe potuto aprire qualora la Corte avesse voluto sollevare dinanzi a se stessa (come accaduto per altre questioni di legittimità costituzionale afferenti alla materia previdenziale) la questione di costituzionalità della medesima disciplina legislativa, per violazione degli artt. 2 e 53 Costituzione e quindi anche con riferimento all'art. 81. Su questo aspetto si può predicare che una disposizione di blocco della rivalutazione monetaria delle pensioni superiori a un valore soglia potrebbe consentirsi solo nel rispetto della solidarietà fra destinatari delle prestazioni previdenziali e non – come accaduto – per inserirsi nella solidarietà generale, così eludendo la verifica della capacità contributiva e della progressività.

<sup>14</sup> Se questo è il filo di Arianna da seguire, ne consegue che il legislatore ordinario potrebbe porre in essere una disciplina che per il biennio di riferimento garantisca, in modo inversamente proporzionale, una rivalutazione monetaria



La lettura prospettata della sentenza della Corte non pare, contrariamente a quanto ritenuto da altri commentatori<sup>15</sup>, condurre a premiare pensioni imm modificabili o utilizzare il “*concetto ottocentesco del diritto quesito utilizzabile, oramai, soltanto nei rapporti individuali*”; ma tende a garantire, seppur con i limiti connessi alla situazione economica che è data nel momento storico e che si ripete giustificano una sospensione temporanea della rivalutazione monetaria nei confronti delle pensioni e consentono in ogni caso una modulazione per fasce di reddito della stessa, un trattamento pensionistico che garantisca mezzi adeguati di vita in favore del lavoratore, pur nella genericità dell’espressione utilizzata dal legislatore. Mezzi adeguati che ovviamente non sono imm modificabili ma che sono funzione non solo della contribuzione versata dal lavoratore divenuto pensionato, ma che sono funzione altresì delle risorse economiche che tempo per tempo il legislatore ha a disposizione per soddisfare, al meglio, le esigenze della collettività, individuando scale di priorità modificabili nel tempo e urgenze che necessitano di interventi contingenti che comportano il reperimento di risorse laddove è più facile e veloce rinvenirle.

Quanto da ultimo osservato conduce a soffermarsi sulla penultima delle questioni prospettate, ovverosia quale sia l’incidenza nel sistema di sicurezza della regola costituzionale contenuta nell’art. 81 della parità di bilancio<sup>16</sup>.

La parità di bilancio, per quanto è dato comprendere, non porta con se la legittimità del sacrificio dei diritti previdenziali e assistenziali, come implicitamente prospettato da alcuni commentatori alla [sentenza n. 70](#), ogniqualevolta il legislatore decida di intervenire su di essi, senza che di tale sacrificio renda una ragionevole ed espressa spiegazione che possa costituire spunto di riflessione anche per il giudice delle leggi. Sul punto appare condivisibile la posizione della dottrina<sup>17</sup> secondo la quale dal principio dell’equilibrio di bilancio non si può dedurre automaticamente un lasciapassare al libero arbitrio della politica nello stabilire a chi farne pagare il prezzo.

Il legislatore deve sempre e comunque tenere conto dell’uguaglianza della giustizia, tanto più in quanto siano in questione diritti previsti a salvaguardia dei ceti più deboli.

La parità di bilancio non può comportare un regresso indiscriminato e non motivato della tutela dei diritti di sicurezza sociale, siano essi in atto o in potenza.

Si deve prefigurare da parte del legislatore, che tempo per tempo è chiamato a intervenire nella materia, una valutazione di breve, medio e lungo periodo del diritto da sacrificare, nella sua assolutezza e in rapporto con altri diritti facenti parte del sistema di sicurezza sociale o facenti parti di altri micro sistemi, al fine di comporre una scala di priorità in equilibrio instabile che muti con il mutare delle esigenze perseguite dal legislatore e delle risorse disponibili, ma che non comporti

---

tanto più pingue tanto meno pingue è il trattamento pensionistico in godimento. Senza che nulla escluda altresì, come accaduto per altre questioni previdenziali che hanno comportato oneri di spesa non previsti dopo decisioni della Corte costituzionale, che il pagamento degli arretrati avvenga non immediatamente e con titoli di Stato (accede a questa soluzione, P. Sandulli, *La telenovela...*, *op. cit.*).

<sup>15</sup> Ci si riferisce a G. Prosperetti, *Alla ricerca...*, *op.cit.*; e a M. Persiani, *Ancora incertezze...*, *op. cit.*

<sup>16</sup> La Corte ha dedicato a tale articolo un passaggio della sentenza, rilevando come la disposizione sottoposta al vaglio di costituzionalità, “*si limita a richiamare genericamente la “contingente situazione finanziaria”, senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede id conversione, non è dato comprendere alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori, come previsto dall’art. 17, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196...(sentenza n. 26 del 2013, che interpreta il citato art. 17 quale “puntualizzazione tecnica” dell’art. 81 Cost.)*”. Il giudice delle leggi, in questo passaggio argomentativo, se ben lo si è compreso, lamenta che il legislatore del decreto “Salva Italia” non abbia supportato la sua scelta di sacrificare i diritti previdenziali da un “ragionamento” verificabile *a posteriori* e da un organo terzo, qual è la Corte costituzionale.

La Corte non preclude al legislatore il sacrificio dei diritti di sicurezza sociale al fine di garantire la parità di bilancio, ma vuole che tale sacrificio passi attraverso la verificabilità della congruità e ragionevolezza scelta fatta, dato che la stessa incide sui diritti costituzionali dei più deboli.

<sup>17</sup> G. Zagrebelsky, Intervista a “La Repubblica” del 9 maggio 2015, E. Balboni, *Il caso pensioni...*, *op.cit.*, 4; S. Giubboni, *Le pensioni nello Stato sociale*, *op. cit.*



sempre e comunque il sacrificio di un sistema di diritti, sol perché all'interno di essi è più facile attuare nel breve periodo i risparmi di spesa o reperire le necessarie risorse economiche<sup>18</sup>.

Ne discende, con riguardo alla sentenza annotata, che questa ha ritenuto che la norma affatto singolare sottoposta al suo vaglio non poteva essere "salvata" sol perché con la stessa si metteva a rischio la parità di bilancio<sup>19</sup>, senza che tale assunto fosse supportato da qualsivoglia motivazione.

Da ultimo è da chiedersi se è condivisibile o meno che la Corte si sia limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione sottoposta al suo vaglio o se fosse stato meglio, come prospettato da qualche annotatore, che la stessa avesse utilizzato lo strumento sperimentato nella precedente [sentenza n. 10/2015](#) o avesse rimodulato la disposizione indicando le ipotesi per le quali era fatto salvo il blocco della perequazione automatica<sup>20</sup>.

Entrambe le soluzioni non appaiono praticabili, affidando alla Corte un potere che, allo stato dell'arte, la stessa non pare abbia.

La sterilizzazione per il passato degli effetti di una sentenza di illegittimità costituzionale ivi compreso il giudizio *a quo*, come fatto con la *Robin Hood Tax*, è opportuno che passi attraverso una scelta del legislatore e non attraverso un modulo pretorio che sopperisce all'inerzia di quello.

Oltremodo opportuna appare la scelta della Corte, nella sentenza annotata, di non avere indicato in seno a questa le fattispecie normative costituzionalmente legittime di blocco della perequazione per il biennio 2012 – 2103.

La Corte ha affidato al legislatore tale compito, indicando allo stesso i confini costituzionali all'interno dei quali muoversi, che garantiscono il superamento dell'eventuale vaglio di costituzionalità della disposizione emananda<sup>21</sup>.

### 3. La soluzione apprestata dal legislatore.

Il Governo, in presenza della rimozione della disposizione che avrebbe comportato l'applicazione per il biennio 2012-2013 della regola previgente in tema di rivalutazione delle pensioni, è intervenuto con il decreto legge del 21 maggio 2015, n. 65<sup>22</sup>.

In questa sede è da chiedersi se la disposizione confezionata sia o meno conforme alle indicazioni fornite dal giudice delle legge, auspicandosi che tale conformità garantisca il legislatore dal vaglio di legittimità costituzionale alla quale sarà con molta probabilità sottoposta.

Compito del legislatore deve essere, a parere di chi scrive, confezionare una disposizione che, pur tenendo conto dei vincoli di bilancio odierni e sempre motivando perché si deve sacrificare quel

---

<sup>18</sup> È predicabile in via d'urgenza il reperimento di risorse o l'attuazione di risparmi di spesa in settori dell'ordinamento ove è più immediato e facile attuarli, ma non si può immaginare, o un'urgenza perenne o che, una volta usciti dall'urgenza, tale metodo diventi ordinario per assicurare il principio di parità di bilancio, senza approntare politiche di medio e lungo periodo che garantiscano il reperimento di risorse o i risparmi di spesa costante nel tempo. Tale ragionamento condotto all'interno della nostra materia giustifica da un verso l'utilizzo di misure contingenti e straordinarie a condizione che le stesse non siano reiterate in tempi ristretti e diventino strumento ordinario di governo del sistema di sicurezza sociale, che garantiscano la riduzione della spesa pensionistica. Da altro verso l'utilizzo di misure strutturali che, sulla scorta delle risorse disponibili, rimodulino il modello di sicurezza sociale a regime, così evitando interventi plurimi, reiterati e spesso inconcludenti o strutturalmente contrapposti, in brevi lassi temporali.

<sup>19</sup> Si osservi che la ragionevolezza della scelta del legislatore del 2011 non può esistere sol perché esiste una serie di dati contabili dal quale si inferisce l'importo delle somme risparmiate con il blocco della rivalutazione. Tale elenco doveva necessariamente essere corredato da una relazione illustrativa che consentisse di comprendere perché, in quel dato momento storico, l'unica manovra economica possibile era quella di sacrificare quel diritto e non altri diritti e perché in quella misura e non in un'altra.

<sup>20</sup> S. Cassese, nell'editoriale del 12 maggio 2015 de "Il Corriere della Sera", lamenta che la Corte avrebbe potuto fare una sentenza additiva di principio.

<sup>21</sup> In questi termini S. Giubboni, *Le pensioni nello Stato costituzionale*, op. cit.

<sup>22</sup> Si prescinde in questa sede dall'investigare la questione sulla possibilità da parte del legislatore di rimodulare il beneficio dopo una decisione ablativa della Corte costituzionale e sulla possibilità da parte del Governo di intervenire con decretazione d'urgenza.

diritto e in quella misura e non altri ai fini della giustiziabilità costituzionale della nuova disciplina, adempia in maniera compiuta alle prescrizioni della Corte costituzionale<sup>23</sup>.

La disposizione dettata dal primo comma dell'art. 1, da un verso sostituisce il comma 25° e da altro verso introduce il comma 25-bis in seno all'art. 24 del decreto "Salva Italia".

Il nuovo comma venticinquesimo, a una prima lettura e in attesa della sua definitiva conversione, pare accogliere *in toto* le indicazioni della Corte, declinando una disposizione che riconosce per fasce di reddito la rivalutazione monetaria<sup>24</sup>, ancorché si ha l'esclusione dal beneficio nei confronti dei percettori di pensioni superiori a sei volte il trattamento minimo di pensione. Nei confronti di costoro, stante il ragionamento fatto dalla Corte costituzionale con riguardo al superamento dell'annualità, forse sarebbe stato opportuno immaginare il riconoscimento ancorché in misura oltremodo ridotta; si osservi che alla fascia di reddito precedente è riconosciuto un beneficio nella misura del dieci per cento, della rivalutazione monetaria.

Di converso, sempre a una prima lettura e in attesa della conversione da parte del Parlamento, appare "a rischio" la disposizione contenuta nel comma 25-bis. Disposizione che, limitatamente ai trattamenti pensionistici superiori a tre volte il minimo, limita per il futuro l'effetto economico scaturente dall'applicazione della rivalutazione economica delle prestazioni per gli anni 2012 e 2013, nella misura del 20% con riguardo al biennio 2014-2015 e nella misura del 50% a far data dal 2016.

È facile constatare che con siffatta regola il legislatore ottiene un'ulteriore decurtazione del meccanismo della rivalutazione così come declinato nel precedente comma, ancorché si riferisca ad annate successive. Infatti il modello della rivalutazione prevede che la stessa diventi parte del trattamento pensionistico e che diventi a sua volta base di calcolo della rivalutazione dell'anno successivo. Di converso il Governo, con la norma in commento, limita quest'effetto trascinarsi per il biennio 2014-2015 al solo venti per cento della percentuale riconosciuta, già in misura non piena con il precedente comma 25; e per il periodo successivo al cinquanta per cento.

Ognun vede che ci si trova davanti a una disposizione che abbassa ulteriormente il livello della rivalutazione monetaria per il biennio 2012-2013, con effetti duraturi nel tempo.

A fronte di tale scelta legislativa opaca, che ha l'effetto economico di incidere sul trattamento di durata, cosa che invece non accade con le somme erogate a titolo di rivalutazione con la disposizione del comma precedente che limita i suoi effetti economici al 2012-2013, forse sarebbe stato meglio operare in chiaro una riduzione ancor più forte delle percentuali di rivalutazione monetaria ma consentire l'effetto trascinarsi delle stesse per gli anni successivi.

---

<sup>23</sup> Critico sulla scelta del legislatore è F. R. Pizzuti, *La fedeltà di Renzi all' "Agenda Monti"*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.org](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org), consultato il 3.6.2015, che constata che il Governo ha deciso di applicare la sentenza della Corte nella misura del 12%.

<sup>24</sup> Si ha il riconoscimento integrale per i percettori di pensione non superiore a tre volte il minimo e all'opposto il disconoscimento della rivalutazione monetaria per i percettori di pensione superiore a sei volte il trattamento minimo pensionistico.

**Enrico Albanesi**

## **La Corte torna sull'attività dei Consigli regionali in *prorogatio* (sentt. Corte cost. nn. 44, 55, 64 e 81/2015)**

SOMMARIO: 1. I principi elaborati nella [sent. n. 68 del 2010](#) in tema di limiti all'attività dei Consigli regionali in *prorogatio*. – 2. Le leggi regionali oggetto delle quattro sentenze in commento e le decisioni della Corte. – 3. Le statuizioni che emergono dal complesso delle quattro sentenze: *a)* il requisito della necessità ed urgenza non costituisce «unico e generale presupposto» per l'esercizio dei poteri in *prorogatio*; – 4. (*segue*): *b)* il requisito della necessità ed urgenza comporta che l'intervento legislativo sia adottato «nell'immediatezza» della situazione alla quale si intende porre rimedio; – 5. (*segue*): *c)* gli strumenti utilizzati dalla Corte per accertare la sussistenza dei requisiti legittimanti le attività del Consiglio in *prorogatio*. – 6. Conclusioni.

1. *I principi elaborati nella [sent. n. 68 del 2010](#) in tema di limiti all'attività dei Consigli regionali in prorogatio*

Nelle [sentt. nn. 44<sup>1</sup>, 55<sup>2</sup>, 64<sup>3</sup> e 81<sup>4</sup>](#) del 2015, la Corte costituzionale è stata chiamata a sindacare in via principale cinque leggi regionali impugnate per violazione dell'articolo dello statuto della Regione Abruzzo recante limiti all'attività del Consiglio regionale in periodo di *prorogatio*. Nel farlo, la Corte ha dato applicazione ai principi elaborati in materia nella [sent. n. 68 del 2010](#)<sup>5</sup>.

Non è peraltro la prima volta che la Corte si trova a dare applicazione a siffatti principi: lo aveva infatti già fatto proprio nella sentenza del 2010, subito dopo averli enunciati. In quella sentenza, tuttavia, la Corte era prettamente impegnata ad elaborare ed esplicitare per la prima volta i principi stessi ed aveva dedicato solo rapidi cenni ad argomentare le specifiche ragioni in base alle quali fossero da ritenersi costituzionalmente illegittime le leggi regionali allora oggetto di giudizio.

Nelle sentenze qui in commento la Corte si sofferma invece a dare conto, più o meno approfonditamente, di tali ragioni nonché degli strumenti utilizzati per accertare di volta in volta la compatibilità delle singole leggi al suo esame con i principi affermati nella sentenza del 2010.

Non solo. A ben guardare, attraverso alcune statuizioni la Corte giunge in tali sentenze a sviluppare, arricchire e precisare quei principi stessi.

Prima di dare conto delle statuizioni che emergono dal complesso delle quattro sentenze, appare in ogni modo indispensabile richiamare i principi espressi nella [sent. n. 68 del 2010](#).

La Corte era stata in quel caso chiamata ad esprimersi sulla questione di legittimità di alcuni articoli di due leggi della Regione Abruzzo adottate tra il settembre ed il novembre 2008, a seguito cioè delle dimissioni del Presidente della Giunta e dello scioglimento del Consiglio regionale. Ai sensi dell'art. 86, comma 3, dello statuto della Regione Abruzzo, il Consiglio regionale si trovava allora in periodo di *prorogatio*.

Il ricorrente aveva impugnato le due leggi per violazione dell'art. 86, comma 3, dello statuto regionale e per violazione indiretta dell'art. 123 Cost. in quanto non erano state approvate né in circostanze straordinarie o di urgenza né per il compimento di atti dovuti, uniche condizioni queste ultime in grado di legittimare l'attività legislativa di un Consiglio regionale in periodo di *prorogatio*. Il ricorrente traeva quest'ultimo assunto dal fatto che la Corte costituzionale aveva riconosciuto in capo ai Consigli regionali in *prorogatio* la possibilità di esercitare solo poteri attenuati<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. [Corte cost. sent. 25 marzo 2015, n. 44](#).

<sup>2</sup> Cfr. [Corte cost. sent. 31 marzo 2015, n. 55](#).

<sup>3</sup> Cfr. [Corte cost. sent. 17 aprile 2015, n. 64](#).

<sup>4</sup> Cfr. [Corte cost. sent. 15 maggio 2015, n. 81](#).

<sup>5</sup> Cfr. [Corte cost. sent. 26 febbraio 2010, n. 68](#).

<sup>6</sup> Si citava in proposito, da ultimo, la [sent. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 196](#), anche se in verità in quella sentenza la Corte, riconoscendo dopo la riforma del Titolo V una riserva in materia in capo agli statuti regionali, parlava di

La difesa della regione resistente asseriva tuttavia che l'art. 86, comma 3, dello statuto si limitava a disciplinare l'istituto della *prorogatio* senza disporre (nel testo allora vigente) alcuna limitazione ai poteri del Consiglio regionale, non potendosi quindi tale articolo configurare come idoneo parametro interposto di costituzionalità per il caso in esame.

Ebbene la Corte nella [sent. n. 68 del 2010](#) a chiare lettere ha affermato come la suddetta disposizione dello statuto abruzzese «non può che essere interpretata come facoltizzante il solo esercizio delle attribuzioni relative ad *atti necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili*, e non già certo come espressiva di una generica proroga di tutti i poteri degli organi regionali», poiché l'esistenza di tali limiti è «immanente all'istituto» della stessa *prorogatio* (corsi aggiunti). Tali limiti, aggiungeva la Corte, ove «non espressi dalla disciplina statutaria, potrebbero successivamente essere definiti tramite apposite disposizioni legislative di attuazione dello statuto o anche semplicemente rilevare nei lavori consiliari o dallo specifico contenuto delle leggi adottate»<sup>7</sup>.

Siffatte limitazioni all'attività in *prorogatio* (che, va ricordato, presuppone la scadenza, naturale o anticipata, del mandato del Consiglio regionale) discendono d'altronde dalla *ratio* stessa dell'istituto, che è quella di coniugare il «principio di rappresentatività» politica del Consiglio regionale «con quello della continuità funzionale dell'organo, continuità che esclude che il depotenziamento possa spingersi ragionevolmente fino a comportare una indiscriminata e totale paralisi dell'organo stesso» (come già la Corte aveva affermato nella [sent. n. 515 del 1995](#)<sup>8</sup> nonché nella [sent. n. 68 del 2010](#)<sup>9</sup>). D'altra parte, ha aggiunto la Corte nella medesima sentenza del 2010, nell'immediata vicinanza al momento elettorale, il Consiglio regionale «deve comunque astenersi, al fine di assicurare una competizione libera e trasparente, da ogni intervento legislativo che possa essere interpretato come una forma di *captatio benevolentiae* nei confronti degli elettori»<sup>10</sup> (esigenza quest'ultima che la Corte ha peraltro ritenuto sottesa anche all'istituto della c.d. prescadenza dei Consigli regionali nella più recente [sent. n. 181 del 2014](#)<sup>11</sup>).

Accolta con alcune perplessità dalla dottrina per l'esiguo margine di scelta che in proposito residua in capo alle regioni<sup>12</sup>, la [sent. n. 68 del 2010](#) ha in ogni modo definito puntualmente i requisiti in base ai quali l'attività di un Consiglio regionale in *prorogatio* possa ritenersi legittima e cioè l'essere esercizio di attribuzioni relative ad atti: a) necessari ed urgenti; b) dovuti; oppure c) costituzionalmente indifferibili.

---

«eventuale» *prorogatio* e di «eventuali» limiti all'attività degli organi in *prorogatio* e, in ogni caso, non definiva la portata di tali poteri.

<sup>7</sup> Cfr. [il punto 4.3 del Considerato in diritto](#).

<sup>8</sup> Cfr. [Corte cost. 22 dicembre 1995, n. 515](#), punto 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Cfr. [il punto 4.3 del Considerato in diritto](#).

<sup>10</sup> Cfr. [il punto 4.3 del Considerato in diritto](#).

<sup>11</sup> Cfr. [Corte cost. 23 giugno 2014, n. 181](#), punto 2.1 del *Considerato in diritto*. Si sono tuttavia espresse in altra sede alcune perplessità sull'impianto di tale sentenza, nella quale la Corte, da un lato, distingue nettamente i due istituti quanto a struttura e *ratio*, dall'altro, li assimila quanto ad intensità di poteri. Sul punto cfr., volendo, E. ALBANESI, *La c.d. prescadenza dei Consigli regionali tra differenziazioni ed assimilazioni con l'istituto della prorogatio* (*sent. Corte cost. n. 181/2014*), in *Rass. parl.*, 2014, p. 633 ss. Sulla sentenza cfr. anche F. CORVAJA, *Prescadenza e prorogatio del Consiglio regionale*, in *Le regioni*, 2014, p. 1212 ss.

<sup>12</sup> Alcuni Autori hanno sottolineato come la sentenza lasci in tal modo alle regioni esigui margini di autonomia in ordine alla definizione dei limiti oggettivi della attività in periodo di *prorogatio*. Si vedano in tal senso G. DEMURO, *Prorogatio del Consiglio regionale e "limiti immanenti"*, in *Le regioni*, 2010, p. 1299 ss., D. PICCIONE, *I «limiti immanenti» della prorogatio dei poteri dei Consigli regionali e la (in)certezza della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 791 ss. e E. DI SALVATORE, *Il Consiglio regionale abruzzese in regime di prorogatio*, ivi, p. 794 ss. Riconosce come il tentativo di differenziazione operato negli statuti regionali in materia di *prorogatio* sia reso privo di effetti dalla *sent. n. 68 del 2010* perché «sulla scorta di tale giurisprudenza, tali disposizioni devono essere tutte interpretate in maniera "uniforme" in virtù della clausola dell'armonia con la Costituzione» D. CODUTI, *La prorogatio dei Consigli regionali: l'armonia con la Costituzione tra uniformità e omogeneità*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), 2011. Ritiene invece che nel caso della disciplina dei poteri in periodo di *prorogatio* non venga in rilievo una materia caratterizzante ed irrinunciabile per l'autonomia regionale G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale torna sul tema della prorogatio degli organi politici regionali. Considerazioni a margine della sentenza n. 68 del 2010*, in *Le regioni*, 2010, p. 1318 s.

Ciò a cui tuttavia la [sentenza n. 68](#) dedicava solo qualche cenno era, come si è detto, l'individuazione degli strumenti utilizzati per accertare la sussistenza o meno di tali requisiti in capo alle leggi oggetto del sindacato costituzionale. Nella [sentenza n. 68](#) la Corte si limitava infatti ad affermare che le due leggi regionali al suo esame dovessero ritenersi prive di tali requisiti «in considerazione del loro contenuto»<sup>13</sup>, tenendo conto del fatto che «dai lavori preparatori [non] risulta che siano state adottate specifiche argomentazioni» a sostegno della sussistenza dei requisiti<sup>14</sup>. Nulla più.

Dalle parole della Corte sembrava trapelare solamente il riconoscimento, da un lato, di una sorta di onere in capo al legislatore di fornire nel corso dei lavori preparatori la motivazione circa la sussistenza di tali requisiti; dall'altro, del rilievo del contenuto della legge ai fini della pronuncia della Corte sulla sussistenza degli stessi. Non era tuttavia esplicitato quale specifico peso avesse ciascuno dei due elementi (contenuto e lavori preparatori) ai fini della decisione della Corte né era chiarito in che senso lo specifico contenuto delle due leggi non soddisfacesse i suddetti requisiti.

## 2. Le leggi regionali oggetto delle quattro sentenze in commento e le decisioni della Corte

Per comprendere le argomentazioni della Corte nelle quattro sentenze in commento è necessario dare conto dei parametri in relazione ai quali le cinque leggi regionali sono state impugnate e, succintamente, del contenuto di queste ultime<sup>15</sup>.

Tutte e cinque le leggi sono state impugnate per violazione dell'art. 86, comma 3, lettera a), dello statuto della Regione Abruzzo e dunque per violazione indiretta dell'art. 123 Cost.<sup>16</sup>.

Tale articolo dello statuto, modificato nel 2012 proprio a seguito della [sent. n. 68 del 2010](#), dispone oggi che le funzioni del Consiglio regionale in *prorogatio* sono limitate agli «interventi che si rendono dovuti in base agli impegni derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, a disposizioni costituzionali o legislative statali o che, comunque, presentano il carattere della urgenza e necessità». Si segnala peraltro che il Regolamento interno per i lavori del Consiglio della Regione Abruzzo richiede altresì all'art. 141, comma 2, che siffatte urgenza e necessità siano «espressamente dichiarate ed adeguatamente motivate con riferimento alle situazioni di estrema gravità che esigono interventi immediati ed improcrastinabili, la cui adozione non può essere rinviata senza arrecare grave danno per gli interessi affidati alle cure della Regione».

La Corte si affretta a chiarire incidentalmente nella prima delle quattro sentenze qui in commento, che l'articolo 86, comma 3, lett. a), dello statuto, «non travalica il principio costituzionale sotteso all'istituto della *prorogatio* poiché legittima l'assemblea scaduta alla sola adozione degli “atti necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili”»<sup>17</sup>.

Venendo al contenuto, la prima delle cinque leggi (legge della Regione Abruzzo 28 aprile 2014, n. 24) era la *Legge quadro in materia di valorizzazione delle aree agricole e di contenimento del consumo del suolo*. La Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 123 Cost. nella [sent. n. 44 del 2015](#)<sup>18</sup>.

La seconda e la terza legge impugnate erano rispettivamente la legge della Regione Abruzzo 28 aprile 2014, n. 23, recante *Modifiche ed integrazioni alle leggi regionali 3 marzo 1995, n. 18, 21 febbraio 2011, n. 5, 16 luglio 2013, n. 19, 19 dicembre 2007, n. 44, 16 settembre 1998, n. 81 e ulteriori*

---

<sup>13</sup> Si trattava di una legge recante *Norme regionali contenenti l'attuazione della parte terza del d.lgs. n. 152/06 e s.m.i. e disposizioni in materia di personale* e di una legge recante *Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 10 marzo 2008, n. 2. Provvedimenti urgenti a tutela della Costa Teatina*.

<sup>14</sup> [Cfr. i punti 4.5 e 4.6 del Considerato in diritto](#).

<sup>15</sup> Con riserva di tornare più approfonditamente su di esso *infra* nei paragrafi 3, 4 e 5.

<sup>16</sup> In via subordinata, alcuni specifici articoli delle cinque leggi sono stati inoltre impugnati per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere l), s), e m), Cost. in quanto ritenuti lesivi di alcune competenze legislative esclusive dello Stato.

<sup>17</sup> Cfr. [sent. n. 44 del 2015](#), punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> Ritenendo la Corte assorbita l'ulteriore questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.



*disposizioni normative* e la legge della Regione Abruzzo 21 maggio 2014, n. 32, recante *Provvidenze sociali a favore dei malati oncologici e dei soggetti trapiantati, modifiche alle leggi regionali nn. 20/2010, 2/2013, 23/2014, 24/2014, sostegno alimentare alle persone in stato di povertà e finalizzazione di risorse e determinazione aliquote addizionale Irpef per l'anno d'imposta 2014 e aliquote imposta regionale sulle attività produttive per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2014*. Nella [sent. n. 55 del 2015](#) la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 123 Cost. delle due leggi, salvo che per l'art. 12 della legge n. 23 del 2014 e che per gli artt. 9 e 11 della legge n. 32 del 2014<sup>19</sup>.

La quarta era la legge della Regione Abruzzo 28 aprile 2014, n. 26, recante *Disposizioni regionali per il coordinamento della pianificazione paesaggistica con gli strumenti di pianificazione*. Con la [sent. n. 64 del 2015](#) la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata avverso tale legge per violazione dell'art. 123 Cost.<sup>20</sup>.

La quinta era infine la legge della Regione Abruzzo 28 aprile 2014, n. 25, recante *Integrazione alla L.R. 21 luglio 1999, n. 44 recante "Norme per il riordino degli Enti di edilizia residenziale pubblica" e modifiche alla L.R. 25 ottobre 1996, n. 96 recante "Norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e per la determinazione dei relativi canoni di locazione"*, che la Corte con la [sent. n. 81 del 2015](#) ha dichiarato costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 123 Cost.<sup>21</sup>.

La Corte ha dunque ritenuto conforme ai requisiti richiesti per gli interventi del Consiglio regionale in periodo di *prorogatio* solamente la legge n. 26 del 2014 nella sua interezza nonché gli artt. 12 della legge n. 23 del 2014 e 9 ed 11 della legge n. 32 del 2014. Al contrario le leggi n. 23 (salvo l'art. 12), n. 24, n. 25 e n. 32 (salvo gli artt. 9 e 11) sono state dichiarate illegittime in quanto adottate al di fuori di tali requisiti.

Resta quindi ora da esaminare attraverso quali argomentazioni la Corte costituzionale è giunta a tali conclusioni, dando quindi conto delle statuizioni che, inserendosi nell'alveo dei principi già affermati nella [sent. n. 68 del 2010](#), emergono dal complesso delle quattro sentenze.

*3. Le statuizioni che emergono dal complesso delle quattro sentenze: a) il requisito della necessità ed urgenza non costituisce «unico e generale presupposto» per l'esercizio dei poteri in prorogatio;*

La prima rilevante statuizione che emerge dal complesso delle quattro sentenze è che il requisito della necessità ed urgenza non costituisce «unico e generale presupposto» per l'esercizio dei poteri del Consiglio in periodo di *prorogatio*.

Si tratta di un assunto già sicuramente implicito nella [sent. n. 68 del 2010](#) dove, come si è detto, i requisiti per un legittimo intervento in periodo di *prorogatio* erano stati distintamente individuati dalla Corte nel dover essere gli atti del Consiglio necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili. La Corte esplicita ora tale principio (nella [sent. n. 64 del 2015](#), nel dichiarare non fondata la questione di legittimità della legge della Regione Abruzzo n. 26 del 2014) in relazione a quanto disposto nell'art. 86, comma 3, dello statuto abruzzese.

Poiché tutte le censure nel ricorso avverso la legge n. 26 erano incentrate sull'assunto dell'assenza nella legge impugnata dei caratteri di necessità ed urgenza (richiamandosi in proposito il sopra citato art. 141 del Regolamento interno del Consiglio che, come si è visto, fa riferimento alla sola necessità ed urgenza), la Corte sottolinea l'erroneo presupposto interpretativo del ricorrente di ritenere la

---

<sup>19</sup> La Corte ha però ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 9 della legge n. 32 del 2014 per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., mentre ha ritenuto assorbite le ulteriori censure sollevate con riferimento a quest'ultimo parametro.

<sup>20</sup> Mentre ha ritenuto costituzionalmente illegittimi due commi di un articolo per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

<sup>21</sup> Dichiarando assorbito l'ulteriore motivo di impugnazione, l'asserita lesione cioè dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.

necessità e l'urgenza dell'intervento come l'unico requisito legittimante l'esercizio dei poteri in *prorogatio*.

L'art. 86, comma 3, dello statuto abruzzese, chiarisce infatti la Corte, fa riferimento, oltre che agli atti caratterizzati da urgenza e necessità, anche agli «interventi che si rendono dovuti in base agli impegni derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea [nonché] a disposizioni costituzionali o legislative statali». Quanto all'art. 141 del Regolamento interno richiamato dal ricorrente, la Corte sottolinea come questo si limiti a prescrivere una motivazione per i (soli) atti caratterizzati da necessità ed urgenza ma non definisca esso stesso le categorie di requisiti legittimanti l'intervento<sup>22</sup>.

Da ciò deriva che, pur non essendo la legge della Regione Abruzzo n. 26 del 2014 caratterizzata dalla necessità ed urgenza, la questione di legittimità sollevata nei suoi confronti deve essere comunque rigettata in quanto l'intervento legislativo è comunque riconducibile ad un'altra delle categorie ammissibili in periodo di *prorogatio*: quella degli atti dovuti «in base a disposizioni costituzionali e/o statali».

Nel caso concreto si trattava di un atto dovuto, argomenta la Corte, poiché tale legge, recando una disciplina regionale del coordinamento della pianificazione paesaggistica con gli altri strumenti di pianificazione, si prefiggeva di colmare il vuoto normativo creatosi con una sentenza della Corte (la [sent. n. 211 del 2013](#)<sup>23</sup>) che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della precedente legge regionale in materia. La stessa Corte costituzionale in quest'ultima sentenza aveva d'altronde sottolineato la necessità che la Regione predisponesse una nuova disciplina in materia.

4. (segue): b) *il requisito della necessità ed urgenza comporta che l'intervento legislativo sia adottato «nell'immediatezza» della situazione alla quale si intende porre rimedio*

Una seconda rilevante statuizione è che il requisito della necessità ed urgenza comporta che «l'intervento normativo sia adottato nell'immediatezza della grave situazione alla quale esso intende porre rimedio». Ove così non fosse, chiarisce la Corte, verrebbe consentito al Consiglio di agire al di là dei limiti connaturali all'istituto della *prorogatio*, dato che l'intervento del Consiglio in tale periodo (come peraltro disposto dall'art. 141 del Regolamento interno del Consiglio abruzzese) non solo deve porre rimedio ad una situazione grave ma deve essere anche improcrastinabile.

La Corte precisa tale profilo nella [sent. n. 81 del 2015](#), nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Abruzzo n. 25 del 2014.

Tale legge recava una disciplina generale delle procedure di accertamento della condizione di stabile equilibrio economico-finanziario delle Aziende Territoriali per l'Edilizia Residenziale abruzzesi (da tempo in situazione di grave difficoltà economica e finanziaria), modificandone l'assetto organizzativo e gestionale; della devoluzione del loro patrimonio immobiliare al risanamento del deficit; nonché del trattamento retributivo dei dirigenti e dei direttori di tali aziende.

Tuttavia, sottolinea la Corte, tale disciplina andava ad incidere «su situazioni già da tempo connotate da gravità, in presenza delle quali il Consiglio regionale, allorché era nella pienezza dei suoi poteri, non aveva ravvisato quell'urgenza e quella necessità di intervenire, che ravvisa invece dopo la scadenza della legislatura, quando si trova in regime di *prorogatio*»<sup>24</sup>. Trattavasi dunque di un intervento non adottato nell'immediatezza della grave situazione alla quale si intendeva porre rimedio e quindi illegittimo.

In definitiva, secondo la Corte, l'intervento del legislatore abruzzese nel disciplinare le Aziende Territoriali per l'Edilizia Residenziale si presta piuttosto ad essere interpretato come «una forma di *captatio benevolentiae* nei confronti degli elettori»<sup>25</sup>, dalla quale, come si è visto<sup>26</sup>, il Consiglio regionale deve comunque astenersi in periodo di *prorogatio*.

<sup>22</sup> Cfr. [il punto 2.3 del Considerato in diritto](#).

<sup>23</sup> Cfr. [sent. Corte cost. 18 luglio 2013, n. 211](#).

<sup>24</sup> Cfr. [il punto 4.4 del Considerato in diritto](#).

<sup>25</sup> Cfr. [il punto 4.4 del Considerato in diritto](#).

<sup>26</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 1.

5. (segue): c) *gli strumenti utilizzati dalla Corte per accertare la sussistenza dei requisiti legittimanti le attività del Consiglio in prorogatio*

Altre rilevanti statuizioni che emergono dalle quattro sentenze attengono agli strumenti utilizzati dalla Corte per accertare, in capo alle leggi oggetto del sindacato costituzionale, la sussistenza o meno dei requisiti legittimanti le attività del Consiglio in *prorogatio*.

Nella [sent. n. 44 del 2015](#) la Corte non si discosta di molto dal modo di procedere già seguito nella [sent. n. 68 del 2010](#), limitandosi infatti ad affermare che dal «contenuto» e dai «lavori preparatori» della legge della Regione Abruzzo n. 24 del 2014 (recante una disciplina di carattere generale per la valorizzazione delle aree agricole e la loro salvaguardia) non emergono elementi idonei per ritenere sussistente alcuno dei requisiti legittimanti la sua approvazione in *prorogatio*<sup>27</sup>. Da qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge.

Analogamente nella [sent. n. 55 del 2015](#) la Corte non dedica alcun cenno per argomentare le ragioni in base alle quali le leggi della regione Abruzzo n. 23 e n. 32 del 2014 sono da ritenersi prive dei requisiti legittimanti e dunque costituzionalmente illegittime, nonostante la regione resistente, costituitasi nel solo giudizio avverso la legge n. 23 del 2014, avesse addotto numerosi elementi in senso contrario desunti dalle disposizioni della legge e dai suoi lavori preparatori.

La Corte si sofferma invece in tale sentenza ad argomentare i motivi per cui due specifici articoli delle due leggi sono al contrario da ritenersi adottati in costanza dei requisiti, con conseguente rigetto delle specifiche questioni di legittimità costituzionale. In proposito la Corte richiama peraltro l'art. 141 del Regolamento interno del Consiglio regionale che, come si è detto, impone che l'urgenza e la necessità dell'intervento siano espressamente dichiarate ed adeguatamente motivate. Ebbene, gli specifici strumenti utilizzati dalla Corte per dimostrare l'urgenza e la necessità sono qui, nel caso dell'art. 12 della legge della Regione Abruzzo n. 23 del 2014, l'espressa dichiarazione di necessità ed urgenza ad opera dell'articolo stesso<sup>28</sup>, e, nel caso dell'art. 11 della legge della Regione Abruzzo n. 32 del 2014, una risoluzione approvata dal Consiglio regionale l'8 aprile 2014 dalla quale risulta l'urgenza di adottare tale articolo<sup>29</sup>.

Nella [sent. n. 64 del 2015](#) la Corte argomenta con accuratezza le ragioni in base alle quali la legge della Regione Abruzzo n. 26 del 2014 è da ritenersi conforme ai requisiti, in quanto atto dovuto. Gli strumenti per accertare siffatta natura di tale legge sono individuati dalla Corte nei «lavori preparatori», in particolare la relazione al progetto di legge, nella quale si dà conto di come la legge regionale sia finalizzata a colmare il vuoto normativo creatosi con una sentenza della stessa Corte costituzionale, come già si è detto<sup>30</sup>. La Corte sottolinea peraltro che nel caso concreto i lavori preparatori, nel dare conto delle ragioni dell'intervento legislativo, sono «lungi dal configurarsi come giustificazioni meramente pretestuose circa la sussistenza dei requisiti»<sup>31</sup>.

Infine nella [sent. n. 81 del 2015](#), dopo aver rapidamente affermato l'assenza nel «contenuto» della legge e nei «lavori preparatori» di elementi idonei a dimostrare la necessità ed urgenza dell'intervento legislativo, la Corte si sofferma tuttavia ad argomentare nel dettaglio i motivi in base ai quali la legge della Regione Abruzzo n. 25 del 2014 non presenta i requisiti di necessità ed urgenza<sup>32</sup> (si tratta delle ragioni già dette, connesse alla non immediatezza dell'intervento legislativo rispetto alla grave situazione alla quale si intende porre rimedio<sup>33</sup>).

---

<sup>27</sup> Cfr. [il punto 3.2 del Considerato in diritto](#).

<sup>28</sup> L'art. 12 dispone infatti al comma 1 che «la presente disposizione si rende necessaria e urgente al fine di adeguare, nei casi di accorpamento delle consultazioni elettorali e referendarie, la disciplina sulla composizione degli Uffici elettorali di sezione relativi al referendum consultivo a quella prevista per i medesimi Uffici relativi alle elezioni».

<sup>29</sup> L'art. 11 dispone l'incremento di spesa per il sostegno alimentare alle persone in stato di povertà, il cui relativo capitolo di bilancio, come appunto risulta dalla risoluzione consiliare citata, era stato progressivamente svuotato.

<sup>30</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 3.

<sup>31</sup> Cfr. [il punto 2.4 del Considerato in diritto](#).

<sup>32</sup> Cfr. [il punto 3.2 del Considerato in diritto](#).

<sup>33</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 4.

Dalla lettura delle quattro sentenze non appare dunque di immediata percezione, da un lato, se sussista o meno (al di là di quanto disposto dall'art. 141 del regolamento interno del Consiglio abruzzese in ordine ai soli requisiti di necessità ed urgenza) in capo al legislatore regionale una sorta di onere di "motivazione" dell'intervento in *prorogatio* ai fini del sindacato di legittimità costituzionale; dall'altro, quali siano gli strumenti che la Corte ritiene determinanti al fine di individuare la sussistenza o meno dei requisiti.

In alcuni casi, infatti, la Corte non si sofferma ad argomentare in alcun modo le ragioni dell'insussistenza dei requisiti, ove ed in quanto questi ultimi non sono espressamente motivati ([sentt. n. 44](#) e [n. 55](#) ma già [sent. n. 68 del 2010](#)), ma solo quelle della loro sussistenza, ove ed in quanto i requisiti sono stati espressamente motivati ([sent. n. 55](#)). In altri casi invece la Corte approfondisce nel dettaglio sia le ragioni della sussistenza ([sent. n. 64](#)) sia quelle dell'insussistenza ([sent. n. 81](#)) di tali requisiti, espressamente motivati nel primo caso e non espressamente motivati nel secondo.

Ancora, in due sentenze si richiamano, senza alcuna specificazione, il contenuto della legge ed i lavori preparatori ([sent. n. 44](#)<sup>34</sup> ma già [sent. n. 68 del 2010](#)). In un'altra sentenza si attribuisce natura decisiva alla dichiarazione espressa della necessità ed urgenza dell'intervento, nel caso specifico contenuta nell'articolo stesso o in una risoluzione consiliare ([sent. n. 55](#)<sup>35</sup>). In un'ulteriore sentenza si lascia però intendere che, se pur non nel caso in esame, gli elementi desunti dai lavori preparatori potrebbero anche non essere sufficienti, potendo questi assumere le vesti di una «giustificazion[e] meramente pretestuos[a]» circa la sussistenza dei requisiti ([sent. n. 64](#)<sup>36</sup>). Nell'ultima sentenza si richiamano ancora una volta il contenuto della legge ed i lavori preparatori, affermandosi però che l'urgenza e la necessità «debbono in ogni caso emergere oggettivamente dal contenuto delle disposizioni impugnate, anche a prescindere dall'esistenza di [...] elementi formali» quali una dichiarazione o una motivazione espressa, dato che queste ultime, «in caso contrario, rischierebbero di trasformarsi in vere e proprie formule sacramentali» ([sent. n. 81](#)<sup>37</sup>).

## 6. Conclusioni

Dalle quattro sentenze emergono dunque due importanti statuizioni che contribuiscono a sviluppare, arricchire e precisare i principi già enunciati nella [sent. n. 68 del 2010](#): la prima è che il requisito della necessità ed urgenza non costituisce «unico e generale presupposto» per l'esercizio dei poteri in *prorogatio* (sussistendo anche quello degli atti dovuti in base a disposizioni costituzionali e/o legislative statali); la seconda è che il requisito della necessità ed urgenza comporta un intervento legislativo adottato «nell'immediatezza» della situazione alla quale si intende porre rimedio.

Come si è detto, non è invece di immediata percezione se sussista in capo al legislatore regionale una sorta di onere di "motivazione" dell'intervento in *prorogatio* e (profilo, questo, connesso al primo) quali siano gli strumenti che la Corte ritiene determinanti al fine di individuare la sussistenza o meno dei requisiti. L'impressione complessiva che si trae infatti dalle statuizioni su quest'ultimo

---

<sup>34</sup> Cfr. [il punto 3.2 del Considerato in diritto](#).

<sup>35</sup> Cfr. [i punti 4.3 e 4.4 del Considerato in diritto](#).

<sup>36</sup> Cfr. [il punto 2.4 del Considerato in diritto](#).

<sup>37</sup> Cfr. [il punto 4.2 del Considerato in diritto](#).

punto è che esse siano il frutto di un graduale assestamento, di sentenza in sentenza<sup>38</sup>, da parte della Corte<sup>39</sup>.

Assestamento che consente alla Corte di ricondurre a sistema il complesso delle singole statuizioni.

Alla luce di quanto affermato specie nella [sent. n. 81](#)<sup>40</sup>, come il più comprende il meno, sembra infatti doversi concludere riconoscendo che per la Corte l'espressa motivazione dell'intervento regionale in *prorogatio* ha un valore utile ma non necessariamente sufficiente ai fini della dimostrazione della sussistenza dei requisiti legittimanti un intervento legislativo in *prorogatio*. Ciò in modo peraltro non dissimile da quella giurisprudenza costituzionale in tema di accertamento dei presupposti di necessità ed urgenza del decreto-legge ([sent. 171 del 2007](#)<sup>41</sup> e [128 2008](#)<sup>42</sup>) che individuava, ad esempio, nel titolo, nel preambolo, nel testo e nei lavori preparatori del decreto-legge, gli «indici intrinseci ed estrinseci» per dimostrare l'evidente carenza dei presupposti di necessità ed urgenza: a nessuno di tali elementi la Corte attribuiva infatti valore definitivo, non avendo il sindacato di costituzionalità lo scopo di accertare la mera enunciazione di tali presupposti<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Le quattro sentenze (sulle quali la Corte ha deliberato, per le prime tre, il 10 marzo 2015 e, per la quarta, il 29 aprile 2015) sono state affidate alla relazione (e poi alla redazione) di quattro distinti giudici (Aldo Carosi per la [sent. n. 44](#), Giuliano Amato per la [sent. n. 55](#), Paolo Grossi per la [sent. n. 64](#) e Daria de Pretis per la [sent. n. 81](#)) e depositate in date distinte (il 25 marzo 2015 la [n. 44](#), il 31 marzo 2015 la [n. 55](#), il 17 aprile 2015 la [n. 64](#) ed il 29 aprile 2015 la [n. 81](#)). Solo due dei cinque ricorsi sono stati affidati ad un unico giudice e le rispettive cause riunite per essere decise in un'unica sentenza: si tratta dei ricorsi n. 49 (avverso la legge della Regione Abruzzo n. 23 del 2014) e n. 58 del 2014 (avverso la legge della Regione Abruzzo n. 32 del 2014), decisi con la [sent. n. 55](#). Ciò in ragione, scrive la Corte in quel caso, della «identità dei profili di legittimità fatti valere nei due ricorsi» (cfr. [sent. n. 55 del 2015](#), punto 2 del *Considerato in diritto*). La Corte sembra con ciò riferirsi al fatto che: *a*) sia la legge n. 23 sia la legge n. 32 del 2014 erano state impugnate (non solo nella loro interezza in relazione all'art. 86, comma 3, dello statuto della Regione Abruzzo e quindi dell'art. 123 Cost. ma anche) per alcuni specifici articoli in via subordinata con riferimento all'art. 117, secondo comma, lett. *s*), Cost.; *b*) lo specifico articolo della legge n. 32 del 2014 impugnato nel secondo ricorso andava a modificare lo specifico articolo della legge n. 23 del 2014 impugnato nel primo ricorso.

<sup>39</sup> La scelta della Corte di non riunire tutte e cinque le cause sembra derivare dalla non perfetta identità dei parametri invocati in via subordinata in ciascun ricorso (cfr. *supra* le note 16, 18, 19, 20 e 21). Non si intende in ogni modo entrare qui nel merito di tale scelta, anche perché non è sempre agevole cogliere la logica sottesa alle decisioni della Corte di procedere o meno alla riunione delle cause. Si vedano in proposito le analisi di C. SALAZAR, *Riunione delle cause nel giudizio sulle leggi e teorie del «caos», ovvero: della «leggerezza» (insostenibile?) del processo costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 358 ss. e, con riferimento al solo giudizio in via incidentale, E. BINDI, *Le riunioni delle cause nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Padova, Cedam, 2003, specie p. 144 ss.

<sup>40</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 5.

<sup>41</sup> Cfr. [Corte cost. 9 maggio 2007, n. 171](#), punto 6 del *Considerato in diritto*. Sui profili di tale sentenza connessi al tema della motivazione della legge, cfr. in particolare S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in [www.federalismi.it](#), 2007, n. 17. Più in generale sul tema della motivazione della legge, anche in connessione con il sindacato di legittimità costituzionale, cfr. M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011 e S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008, specie p. 301 ss.

<sup>42</sup> Cfr. [Corte cost. 30 aprile 2008, n. 128](#), punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>43</sup> Sul punto cfr. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., p. 452 ss.



**Elena Malfatti**

**La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile**

Con la [pronuncia n. 96/2015](#) la Corte costituzionale interviene per la terza volta in questi anni, in modo importante, sulla legge n. 40/2004, dando seguito agli interventi demolitori - già messi in campo sul fronte della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA) - con le note sentt. nn. [151/2009](#) e [162/2014](#).

Che la decisione fosse nel senso dell'accoglimento, per di più additivo, si poteva facilmente presagire dal comunicato stampa diramato dagli Uffici della Corte all'indomani della camera di consiglio del 14 maggio scorso (che ha preceduto di tre settimane esatte il deposito della motivazione), un comunicato dal testo pressoché identico al dispositivo della sentenza in commento. Ciò che invece sorprende è il tenore delle argomentazioni portate dalla Corte a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 1 (commi 1 e 2) e 4 (comma 1) della legge censurata, nella parte in cui, fino ad oggi, non hanno consentito il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale – e dunque alla diagnosi c.d. preimpianto - alle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili (aprendo in tal modo un complesso e non trascurabile filone giurisprudenziale, a fronte di numerose richieste di intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria).

Anzitutto, per “quantità”, la parte motiva della decisione in esame appare assai scarna, in controtendenza rispetto a quelle decisioni che nel passato recente, hanno risolto questioni relative ai diritti fondamentali della persona strettamente connesse ad interventi i quali fossero già stati posti in essere, nella stessa materia, dalla Corte europea di Strasburgo. Stride, ad esempio, il contrasto con la [sent. n. 49/2015](#), già molto commentata in dottrina, che da ultimo ha consentito alla Corte di esprimere una posizione decisamente elaborata, pur culminante in una pronuncia di inammissibilità, sul tema dell'interpretazione della giurisprudenza Cedu ai fini della sua applicazione [a partire dal problema dell'inflizione di una sanzione “penale” (nel caso, la confisca) ad una persona assolta o comunque senza il conforto di una sentenza che ne avesse affermato la responsabilità penale, affrontato dalla Corte Edu con riferimento al ricorso individuale [Varvara c. Italia nel 2013](#)]. E non si pensi che l'argomentare stringato prediletto stavolta possa in qualche modo spiegarsi con il volersi porre in continuità, la [sent. n. 96/2015](#) rispetto alla precedente, dato che la [sent. n. 49/2015](#) non viene neppure menzionata, pur avendo essa assunto immediatamente un rilievo generale, ben oltre la vicenda specifica, come autorevoli studiosi hanno con prontezza evidenziato.

Per lo stile, poi, l'odierna pronuncia appare a dir poco singolare, se si tiene conto che il *Considerato in diritto* è ritagliato e confinato, in buona sostanza, nell'ultima parte della motivazione, i punti del medesimo da *1 a 5 compreso* riprendendo - a guardar bene – tutti i rilievi del giudice rimettente (neppure una sentenza altrettanto recente, delicatissima e discussa quale la [sent. n. 70/2015](#), che come si sa ha affondato la scure sul blocco dell'indicizzazione dei trattamenti previdenziali e che, anche a limitarsi al piano processuale, sembra porre più di un problema sul piano dello sviluppo del ragionamento e delle tecniche di giudizio adottate dalla Corte, presenta in definitiva un andamento della motivazione tanto curioso).

Ma anche in “qualità” la [sent. n. 96/2015](#) spiazza un poco, condensando la Corte in pochi passaggi le considerazioni in ordine a rilevanza e merito della questione sollevata, quasi a ricondurle nel solco della propria giurisprudenza in ordine – rispettivamente – al trattamento da riservare alle norme di legge interne che appaiano incompatibili con quelle convenzionali, e al proprio potere-dovere di porre rimedio alla irragionevolezza del divieto assoluto di ricorrere alla PMA per le coppie affette (o portatrici sane) da patologie genetiche ereditarie. Così facendo, la Corte pare aver perso la preziosa occasione di affrontare in profondità un nodo concettuale finora non dipanato, ovvero quello della forza da riconoscere alle sentenze di condanna, pur variamente gradate, che giungano da Strasburgo al nostro Paese, e conseguentemente del ruolo che può in questo senso esercitare l'operatore giuridico; sia esso il soggetto dell'amministrazione implicata, sia esso il giudice comune, allo scopo di adottare misure individuali dirette a porre concretamente fine alla violazione accertata.

Chi scrive ha tentato di affrontare *funditus* il problema in un contributo più ampio che è in corso di pubblicazione nella raccolta di Scritti in onore di Gaetano Silvestri, ma ritiene di poter sinteticamente osservare, in primo luogo, che solo apparentemente ha contribuito all'impostazione metodologica di tale quesito l'importante [sent. n. 210/2013](#) allorché, prendendo le mosse dalla non meno conosciuta vicenda [Scoppola c. Italia del 2009](#), essa è infatti venuta indicando un *modus operandi* – *transitare attraverso l'incidente di costituzionalità* – adeguato al caso in cui dalla Corte europea fosse giunta la richiesta di adozione di misure generali a livello nazionale; in mancanza (e in attesa) delle quali ci si doveva porre la questione del trattamento da riservare a coloro che si trovassero in una situazione identica al soggetto vittorioso a Strasburgo, e tuttavia non potessero vantare una specifica sentenza di condanna a fronte della quale chiedere il ripristino di un proprio diritto leso tramite l'applicazione di una norma sostanziale. Ma l'orizzonte del discorso è in realtà stato circoscritto alle ipotesi in cui vertenze processuali pendessero nella fase di "esecuzione", ovvero in una fase in cui si fosse chiesto ad un giudice, pur diverso da quello che aveva pronunciato la sentenza definitiva all'origine del ricorso a Strasburgo, una rivalutazione della propria situazione, altrimenti coperta dal provvedimento passato in giudicato.

Questo stesso tipo di ragionamento – che ha implicato il coinvolgimento della Corte costituzionale – non doveva quindi venire necessariamente esteso (almeno sul piano logico, e prima della [sent. n. 96/2015](#)) ai casi come quello alla base dell'odierno giudizio in via incidentale, ovvero a fattispecie che viceversa risultassero – nel momento in cui è intervenuta la Corte europea – ancora *sub iudice*, o addirittura in uno stadio prodromico rispetto a quello della pendenza in giudizio; casi che richiederebbero pertanto, nello stesso giudizio comune e nella sua fase di cognizione, o persino in sede cautelare, l'applicazione della medesima normativa già censurata a Strasburgo. E ancora, bisognava chiedersi che fare nel caso in cui gli stessi ricorrenti vittoriosi a Strasburgo interpellassero *per la prima volta* l'autorità amministrativa o giudiziaria nazionale. Sono tutte ipotesi in cui non c'è evidentemente alcun giudicato interno che possa costituire ostacolo all'attività di conformazione al *dictum* europeo, quel preciso ostacolo che invece le sezioni unite penali della Corte di cassazione avevano rivenuto alla base dell'ordinanza di rimessione che ha poi consentito alla Corte costituzionale di intervenire con la [sent. n. 210/2013](#).

Che la Corte di cassazione avesse specificamente bisogno di ricevere dalla Corte costituzionale un chiarimento in ordine a quale fosse il più coerente meccanismo di aggressione di un giudicato penale, in sede di incidente di esecuzione, è risultato piuttosto chiaro dai successivi interventi delle sezioni unite, in particolare dalla sent. 7 maggio 2014, n. 18821 (caso Ercolano), nella quale la Suprema Corte ha lasciato intendere che il sistema della Convenzione, in particolare l'art. 46 Cedu possa divenire – nelle altre e differenti ipotesi – fonte di un'attività ben più pregnante da parte dei giudici comuni, per risolvere direttamente una criticità sistemica individuata dalla Corte di Strasburgo. A tacere qui di più approfondite riflessioni che potrebbero trarsi da questo intervento delle sezioni unite, preme rilevare che sembrerebbe in ogni caso essersi aperto un varco in sede giurisprudenziale, per condurre alle più coerenti conseguenze, su scala generale, le sentenze di condanna dell'Italia in sede europea a fronte di una normativa inadeguata alle esigenze di effettività di tutela dei diritti contemplati nella Cedu; a meno che non sia proprio lo specifico intervento di condanna a Strasburgo del nostro Paese a mettere in crisi il primato della Costituzione sulla Convenzione, primato riconfermato dalla giurisprudenza anche recentissima dei Giudici della Consulta (all'idea di un «predominio assiologico» accede la [sent. n. 49/2015](#)), senza che possa pertanto operarsi una resezione della Carta fondamentale che lasci indenni i soli principi supremi, come accade invece da tanto tempo nei rapporti con l'ordinamento "eurounitario".

In questo senso, e vengo a una seconda osservazione, pare condivisibile il metodo adoperato dal Tribunale di Roma, richiesto di intervenire dalla coppia di coniugi Costa e Pavan, vittoriosa a [Strasburgo nel 2012](#) (e mai rivoltasi in precedenza ad un giudice per chiedere di applicare una disciplina che chiaramente li escludeva dall'accesso alla PMA), allorché la Corte europea ha stigmatizzato fortissimamente (e forse opinabilmente, spiegherò perché) la nostra legislazione di settore, che sarebbe risultata caratterizzata da un'incoerenza di fondo: da un lato essa vietando la

diagnosi e quindi l'impianto in utero dei soli embrioni sani, dall'altro lato però autorizzando in via generale (e quindi anche i ricorrenti che lo avessero chiesto) ad abortire il feto che fosse poi risultato affetto da quella stessa patologia di cui i ricorrenti risultavano portatori sani. Ebbene il Tribunale, pur con notazioni non del tutto perspicue, ha ritenuto che l'unico vaglio che esso era chiamato a compiere fosse appunto quello di valutare la conformità del principio applicabile secondo la Corte europea all'ordinamento costituzionale italiano. Vaglio che ha dato poi esito positivo, ponendosi il divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili e al contempo trasmettitori potenziali di gravi malattie – già risultato non in linea con la Convenzione - in totale dissonanza con il diritto alla salute consacrato nella nostra Carta fondamentale; sembrando accedere il Tribunale di Roma, infine, all'idea di un'applicazione diretta della decisione europea, avendo superato quest'ultima l'esame di (non in)costituzionalità, a scapito della legge nazionale.

Così, in definitiva, si è proceduto – da parte del giudice comune - non tanto ad un tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme della legge n. 40/2004 (di fatto reso impraticabile dalla intervenuta pronuncia della Corte di Strasburgo), ma piuttosto a sottoporre al *test* dell'interpretazione costituzionalmente conforme quanto acclarato in sede europea; e la decisione interna del Tribunale di Roma è divenuta strumento di una peculiare tutela diffusa del diritto fondamentale riconosciuto a livello sovranazionale. E' stato tuttavia lo stesso Tribunale, in diversa composizione monocratica, a non aver voluto rinunciare a implicare nel "seguito" alla condanna di Strasburgo la Corte costituzionale, dandole lo spazio della decisione qui in commento, su impulso di altre coppie versanti in situazione "omologa" (secondo l'espressione adoperata, come dirò subito, dalla [sent. n. 96/2015](#)) a Costa e Pavan. Recuperando il limite tradizionale (*rectius*: impostato fin dalle sentenze c.d. gemelle nn. [348](#) e [349/2007](#)) cui andrebbe incontro l'interpretazione convenzionalmente conforme, ossia il tenore letterale – ed effettivamente ben poco sfumato sul punto - della legge 40, che non si presterebbe ad alcun adattamento in via ermeneutica, il Tribunale romano non ha riconosciuto a se stesso la possibilità di declinare in modo inedito il canone dell'interpretazione conforme sulla scorta di un puntuale intervento della Corte europea; marginalizzando invece quest'ultimo e appiattendolo viceversa il proprio ragionamento sugli sviluppi del percorso giurisprudenziale della Corte Costituzionale sui rapporti tra norme interne e Convenzione (in genere).

E sul medesimo binario tracciato dal giudice *a quo* sembra ricollocarsi, sostanzialmente, la [sent. n. 96/2015](#). Con fraseggio stringato, la Corte richiama la pronuncia [Costa e Pavan c. Italia](#) quasi *incidenter tantum*, e lo fa riferendosi al profilo di tale decisione che risultava a mio avviso più debole. Ovvero, la Corte costituzionale non si misura con il fatto in sé che la Corte di Strasburgo sia intervenuta in un caso identico ("omologo"), dunque dovendosi chiarire quali spazi di intervento questo potesse aprire al giudice comune, e come ciò si riflettesse conseguentemente sui rapporti con il giudizio costituzionale; ma, piuttosto, rievocando la denunciata incoerenza del sistema legislativo italiano, con un ragionamento della Corte europea che però provava troppo: perché, volendo esso evitare un paradosso nel caso di specie (diagnosi preimpianto dell'embrione no, diagnosi post-impianto sì, e quindi eventuale interruzione della gravidanza in presenza di feto malformato), rischiava in realtà di produrre esiti ancor più paradossali, avallando implicitamente le richieste di accesso alla PMA da parte di qualsiasi coppia fertile che ravvisasse l'esigenza di uno *screening* anticipato sul prodotto del (o meglio, di quello che potrebbe essere altrimenti il) proprio concepimento. Come negare infatti, a fronte di tali ulteriori eventuali istanze, il medesimo profilo di incoerenza tra legge 40/2004 e legge 194/1978? Ché, forse, si potrebbe argomentare, le sofferenze psicologiche prodotte dall'esito negativo dell'esame del DNA del feto che una donna qualunque porta in grembo sono inferiori, o meritevoli di minor considerazione, rispetto a quelle di cui deve farsi carico una donna portatrice di malattie genetiche? La risposta credo sia, fatalmente, negativa, ripensando oltretutto al fatto che il Governo italiano, nel tentare di difendere la legge 40 dal giudizio della Corte europea, si era riferito proprio all'esigenza di proteggere «la santé de «l'enfant» et de la femme».

E' evidente dunque che, così argomentando, la Corte europea avrebbe potuto condurre l'esperienza italiana, in questo ambito, su di un pericoloso piano inclinato, alimentando numerose

richieste di una “protezione” anticipata della salute tramite PMA; pare altrettanto evidente, ma non molti in dottrina sembrano averlo notato, che la sentenza *Costa e Pavan* fosse incorsa in un equivoco, ritenendo che vigesse, in Italia, un divieto generalizzato di diagnosi preimpianto (viceversa smontato attraverso vari interventi, prima dei giudici ordinari, poi di quello amministrativo, infine attraverso la riscrittura delle linee guida ministeriali in materia di PMA, riconoscendosi in tutte queste sedi come il divieto in questione non stesse nella legge ma sul livello delle norme secondarie). E proprio per stigmatizzare tale divieto la Corte di Strasburgo sembrava essersi risolta infine a condannare l’Italia, pur ordinando l’equa riparazione ai sensi dell’art. 41 Cedu, e senza viceversa chiedere, almeno espressamente, un nuovo intervento del legislatore o una modifica della prassi. Se avesse invece compreso l’apertura dell’ordinamento italiano, ormai avvenuta, alla diagnosi preimpianto per le coppie infertili, la Corte europea avrebbe probabilmente potuto mettere a fuoco la latitudine di questo peculiare diritto, e conseguentemente, forse, invitare il nostro Paese ad ulteriori aperture “mirate” della disciplina sulla PMA (che altro interesse può vantare, infatti, una coppia fertile, a ricorrevi, se non quello di poter chiedere, all’interno delle relative procedure, la diagnosi sullo stato di salute dell’embrione ottenuto *in vitro*?).

Da tale punto di vista, e soltanto da questo (quindi, sul piano del merito, ma non necessariamente su quello del metodo, sul quale tornerò in conclusione), ritengo si debba salutare con favore l’intervento attuale della Corte costituzionale; esso suona infatti non soltanto come dichiarazione di illegittimità della legge 40 nella parte in cui preclude il ricorso alla PMA alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, ma (a mio avviso, soprattutto) come invito al legislatore ad auspicabilmente individuare, anche periodicamente sulla base della evoluzione tecnico-scientifica, le patologie (e le correlative procedure di accertamento) che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili. Forse, evocandosi la discrezionalità delle scelte del legislatore, si poteva puntare più in alto, facendo più ampiamente riferimento alle “situazioni” (piuttosto che alle “patologie”) meritevoli di tale forma di tutela: giacché se si continua ad avallare (come ha fatto la nostra Corte) l’idea di un’irragionevolezza, dunque di un’incoerenza tra le leggi che campeggiano in materia, ricalcando in tal modo il ragionamento già imbastito a Strasburgo (pur richiamato, apparentemente, solo *ad adiuvandum*, collocandosi la chiave di lettura della Corte nell’alveo dell’art. 3 Cost.) per giungere *sic et simpliciter* a ritenere violato il diritto fondamentale garantito dall’art. 32 Cost., non possiamo escludere che, in futuro, appunto coppie con altre caratteristiche – magari semplicemente un po’ in là con gli anni (e dunque “statisticamente” a rischio di produrre embrioni malformati), oppure soggette ad una particolare esposizione ambientale – vengano a lamentare un *vulnus*, o comunque un pericolo alla salute fisica e psichica femminile derivante dall’esclusione, *a fortiori*, dalle tecniche di PMA (e pertanto dalla possibilità di chiedere l’individuazione del cariotipo per accertare l’assenza delle alterazioni genetiche più frequentemente riscontrabili, come si può fare invece con la diagnosi prenatale). E la giurisdizione nel suo complesso (o addirittura l’amministrazione, attraverso le strutture abilitate ad effettuare la PMA, che risultino investite di nuove richieste) si ritroverà inevitabilmente in prima linea, nel tentare di fornire risposte a casi diversi da quelli per i quali la Corte costituzionale, sulla scorta della giurisprudenza europea, ha ormai impostato la soluzione.

Il compito del Parlamento italiano quindi doveva (ma potrebbe ancora) risultare meno circoscritto di quanto non appaia da una prima lettura della pronuncia qui in esame, una volta di più appalesandosi l’insufficienza dell’orizzonte progettuale nel quale ci si è mossi nel 2004, per restituire viceversa, ad una materia così sensibile (non frammenti normativi già usciti, in sostanza, dalla “bocca” delle Corti, ma) una cornice espressiva anche di un movimento, di un’apertura culturale, di nuove consapevolezza acquisite.

Un’ultima riflessione sul metodo della [sent. n. 96/2015](#). In attesa di una risposta (se verrà) sul piano della legislazione, i Giudici della Consulta sembrerebbero nel frattempo con difficoltà tenere insieme i “pezzi” della propria giurisprudenza, risolvendo la denunziata carenza di previsioni della legge 40 esclusivamente (almeno dal punto di vista formale) come problema di diritto interno (la censura relativa all’art. 117 Cost. risulta infatti infine assorbita), e dimenticando come poche settimane addietro essi stessi avessero offerto spunti – con una complicata costruzione, dagli esiti non

limpidi - che in teoria avrebbero potuto spronarla nella direzione di chiarire una volta per tutte il significato del vincolo di recepimento, per l'ordinamento italiano, di quanto stabilito a Strasburgo. Ma, lo accennavo inizialmente, la [sent. n. 49/2015](#) “non è pervenuta“, nonostante contenesse oscillazioni vistose – al netto dei numerosi richiami a ulteriori antecedenti affermazioni della Corte, allusive al tema - tra la prospettiva dell'allentamento del vincolo medesimo [«sarebbe errato ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali (...) passivi recettori di un comando esegetico impartito altrove nella forma della pronuncia giurisdizionale»], e quello invece – se è vero che una doppia negazione afferma - di un suo più chiaro riconoscimento [è (...) solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»].

A meno che non siano stati proprio la consapevolezza di queste oscillazioni, dello “strabismo” delle proprie indicazioni, di alcuni perduranti contrasti - forse - nelle posizioni interne al Collegio, come pure il timore di riconoscere un ruolo da protagonista al giudice comune, nel “tempo” successivo ad una condanna europea, ad avere suggerito alla Corte una sorta di nuovo agnosticismo, rifugiandosi nel porto sicuro dei principi fondamentali della Carta repubblicana; c'era tra l'altro, da questo punto di vista, il precedente della [sent. n. 278/2013](#) in materia di adozione la quale, pur dopo la pronuncia a Strasburgo [Godelli c. Italia del 2012](#) che aveva chiaramente dichiarato violata la Convenzione da parte del nostro Paese, aveva prediletto un approccio tutto interno alla questione di legittimità del diritto negato a conoscere le proprie origini biologiche. E allora la Corte potrebbe aver preferito rinunciare al rigore dell'argomentazione, “annacquare” la forma dell'emanando provvedimento, per salvare una sostanza che premeva: rimanere essa saldamente collocata “al centro”, sul crocevia degli operatori del diritto (amministrativi, giudiziari, finanche politici) chiamati a dar seguito alle pronunce di Strasburgo.



**Antonio Ruggeri**  
**Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema”**  
**(notazioni di metodo)\***

SOMMARIO: 1. La questione preliminare, relativa alla problematica connotazione dei diritti “sociali” rispetto ai “non sociali”, sotto lo specifico profilo del costo comunque richiesto dall’appagamento di tutti, quanto meno per ciò che attiene ai “livelli essenziali” della loro tutela. – 2. La questione relativa a come conciliare il variare dei “livelli” delle prestazioni relative ai diritti, in ragione del variare dei contesti, col carattere intangibile della relativa “essenza” e la sua soluzione nel riferimento alla *Costituzione come “sistema”*. – 3. Le proiezioni dell’idea della Costituzione come “sistema” al piano delle esperienze della giustizia costituzionale: in specie, la distensione del sindacato di costituzionalità sull’intero ordinamento e i casi di abnorme bilanciamento tra i canoni che governano lo svolgimento del sindacato stesso e le norme relative ai diritti (esempi tratti dall’ultima giurisprudenza). – 4. Il sistema quale “*sistema di sistemi*”, la Costituzione e le altre Carte dei diritti quali documenti “*intercostituzionali*” e la loro mutua integrazione in applicazione della *Grundnorm* della massimizzazione della tutela. – 5. Davvero minore, come comunemente si pensa, la tutela dei diritti sociali in ambito europeo rispetto all’ambito interno? – 6. Se i diritti sociali godano di buona salute e cosa possa farsi al fine di migliorarne la condizione, specie facendo leva sulla cooperazione interistituzionale. – 7. Al tirar delle somme: promuovere i diritti sociali attraverso la solidarietà.

*1. La questione preliminare, relativa alla problematica connotazione dei diritti “sociali” rispetto ai “non sociali”, sotto lo specifico profilo del costo comunque richiesto dall’appagamento di tutti, quanto meno per ciò che attiene ai “livelli essenziali” della loro tutela*

Tornare oggi a discutere dei c.d. “diritti sociali” è come addentrarsi in un labirinto, girare e rigirare al suo interno senza riuscire ad imboccare l’uscita; e ciò, per plurime ragioni che tenterò, nei limiti dello spazio di cui ora dispongo, di riassumere brevemente.

Credo che pochi dubbi possano aversi a riguardo del fatto che i diritti fondamentali (che d’ora innanzi, per comodità, indicherò senza dover ogni volta ripetere l’aggettivo che li qualifica) richiedano analisi differenziate, ciascuno insomma la sua propria, diversi essendone il riconoscimento costituzionale, i modi della tutela e, soprattutto, l’effettivo “grado” o la “misura” della stessa conseguiti (ad opera del legislatore ovvero, e sempre più di frequente, dei giudici), pur nelle obiettive difficoltà dell’accertamento, chiamato non di rado a svolgersi su un terreno scivoloso ed in un contesto complessivamente appannato e confuso.

Per altro verso, i diritti stessi manifestano una palese insofferenza a farsi riguardare – come in passato e, però, come ancora oggi molti sono soliti fare – *per categorie*, distinguendosi appunto i diritti dei quali siamo oggi chiamati a discorrere da altri “tipi”, a partire dalle classiche libertà negative per la cui tutela – come si sa – basterebbe (o, diciamo meglio, si pensava un tempo che sarebbe bastato) un mero *non facere* da parte dei pubblici poteri. Per quest’aspetto, i diritti parrebbero invero richiedere un discorso unitario che tutti li comprenda, “sociali” e non; solo che, così facendo, verrebbe appunto a smarrirsi il *quid proprium* di alcuni diritti, oltre una certa soglia l’analisi non potendo più restare indifferenziata, *allgemeingültig*.

Molti argomenti possono essere addotti a sostegno di quest’assunto.

Innanzitutto, per l’aspetto oggettivo, si hanno evidenti difficoltà a separare in modo netto l’area materiale ricoperta da ciascun “tipo”, segnandone in modo marcato e fisso i confini, a motivo delle mutue implicazioni che tra i diritti tutti s’intrattengono, in un “gioco” senza fine di dare-avere di cui è praticamente impossibile stabilire sia l’inizio che la fine<sup>1</sup>; e ciò, in disparte l’infelice scelta

---

\* Lo scritto riproduce, con minimi aggiornamenti e riferimenti di lett., il testo di un intervento svolto in occasione del Seminario su *Salute, assistenza sociale, istruzione fra garanzie costituzionali e innovazione normativa in alcuni ordinamenti statali*, Università della Calabria, Arcavacata di Rende (CS) 4-5 giugno 2015.

<sup>1</sup> Di ciò si ha consapevolezza anche fuori delle mura statali, come ancora di recente ci viene opportunamente rammentato (A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in

terminologica adottata per designare i “tipi” stessi, essendo ormai provato che tutti i diritti rimandano a relazioni intersoggettive e, per ciò stesso, sono, tutti... *sociali*<sup>2</sup>. Né soccorre ormai più, se mai ha potuto davvero soccorrere, il criterio che ha riguardo ai costi richiesti per l'appagamento dei diritti stessi, dal momento che – come pure è noto<sup>3</sup> – ad essi vanno incontro, quale più quale meno, tutti i diritti. Diciamo pure, allora, che si è ormai formata una vera e propria *consuetudine culturale* diffusa, da noi come altrove, che porta ad etichettare alcuni diritti appunto come “sociali” ed altri come “non sociali”; e consuetudini siffatte – come si sa – esprimono alle volte una *vis* prescrittiva ancora più intensa di quella che è propria di molte norme giuridiche (scritte e non).

La questione dei costi è di centrale rilievo; e obbligherebbe ad un lungo ed articolato discorso qui evidentemente impossibile a farsi.

Mi limito solo, al riguardo, a due sole notazioni, l'una con riferimento al modello costituzionale e l'altra all'esperienza.

Per l'un verso, che le cose stiano così come si è appena rammentato se ne ha conferma dall'art. 117, II c., lett. m) che considera unitariamente bisognosi di prestazioni tanto i diritti “civili” quanto appunto quelli “sociali”, con ciò, allo stesso tempo, dando mostra della necessità di distinguere gli uni dagli altri e però anche di unificarne, almeno per alcuni aspetti, il regime: tutti, dunque, bisognosi di prestazioni, nondimeno differenziate<sup>4</sup>.

Per l'altro verso, il discorso appare essere molto complesso, sol che si pensi alla opacità del contesto ed alla estrema mutevolezza degli elementi di cui esso si compone, che variamente si combinano tra di loro dando vita a forme continuamente cangianti e mostrandosi sfuggenti e refrattari ad una loro stabile sistemazione e descrizione. Per avvedersene, basti solo tener conto del fatto che, accanto ai costi *diretti* ed immediatamente *visibili*, se ne hanno altri *indiretti* ed *occulti*, conseguenti molte volte al modo con cui altri diritti, anche di specie diversa, sono fatti oggetto di tutela.

Un solo esempio per tutti.

Una volta riconosciuto anche allo straniero irregolare il diritto al matrimonio col cittadino (e, ovviamente, a questi con quello)<sup>5</sup>, dal matrimonio stesso discendono subito alcuni diritti sociali e, quindi, a seguito dell'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero, tutta una serie di diritti, anche non sociali, e di relative prestazioni, di cui tale soggetto non avrebbe altrimenti beneficiato.

Si diceva un momento fa che il disposto costituzionale sopra richiamato non consente di riprodurre l'antica partizione teorica tra diritti *con* e diritti *senza* prestazioni, per tutti comunque necessarie. È pur vero, tuttavia, che i “livelli essenziali”, di cui è ivi fatta parola, possono essere, così come sono, non solo diversi per ciascun “tipo” ma anche per uno stesso “tipo”, con riferimento ai singoli diritti che vi appartengono, e, persino, con riferimento ad uno stesso diritto nel corso del tempo.

Quella appena fatta può sembrare una osservazione persino ovvia; il punto è però che non è affatto chiaro fin dove questa tesi possa spingersi e dove invece si trovi costretta ad arrestarsi a pena di sacrificare la garanzia costituzionale.

È fuor di dubbio che il legislatore, cui spetta la fissazione dei “livelli” suddetti, goda di un ampio (anzi, amplissimo) margine di discrezionalità valutativa sia nella fissazione iniziale che nei successivi spostamenti del... *livello dei livelli*; ed è parimenti chiaro che le discipline allo scopo prodotte soggiacciono ad un giudizio che è, a un tempo, di *competenza* e di *ragionevolezza*, o meglio di una competenza che, a conti fatti, si apprezza e appunto *misura* per il tramite della ragionevolezza. La quale ultima, poi, a sua volta, si proietta tanto *verso il basso*, al piano cioè degli interessi

---

AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 379, con richiamo a Corte EDU, *Airey c. Irlanda*).

<sup>2</sup> La vacuità delle formule di “diritti sociali” o “Stato sociale” è da tempo rilevata dalla più avvertita dottrina [di recente, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2011].

<sup>3</sup> Ancora da ultimo, ce lo rammenta S. GAMBINO, nel suo corposo *paper* illustrato in occasione del nostro incontro di oggi, dal titolo *Crisi economica e diritti sociali*.

<sup>4</sup> La norma, poi, non chiarisce se siffatta differenziazione riguardi le categorie in quanto tali ovvero ciascun diritto indipendentemente dall'appartenenza a questa o quella categoria; ma, di ciò, subito *infra*.

<sup>5</sup> Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. n. 245 del 2011](#).

costituzionalmente protetti, rendendosi palese per il modo con cui le discipline positive si risolvano (riescano effettivamente a risolversi) nella congruità rispetto agli interessi oggetto di regolazione, quanto *verso l'alto*, la tavola dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”, dovendosi ricercare sintesi assiologiche apprezzabili tra tutti gli interessi suddetti, nell'intento di fissare il più in alto possibile il punto di realizzazione della Costituzione come “sistema”, *magis ut valeat*, secondo la magistrale indicazione teorica di una indimenticata dottrina<sup>6</sup>.

Tutto ciò, secondo modello; e, però, come tutti sanno, è estremamente disagevole averne effettivo riscontro nella pratica giuridica, a motivo del carattere sommamente incerto di ogni qualificazione secondo ragionevolezza<sup>7</sup>. La stessa idea della *Costituzione come “sistema”*, sulla quale la giurisprudenza costituzionale, specie la più recente, è molto insistente<sup>8</sup>, appare essere uno strumento multiuso, idoneo a tradursi in plurime combinazioni di ordine assiologico, secondo occasionali convenienze<sup>9</sup>. Ricercare un minimo di obiettività nelle concrete applicazioni di quest'idea appare essere un'impresa pressoché disperata; eppure a questo sforzo non possiamo (e dobbiamo) sottrarci, altrimenti sarebbe come ammettere che la giurisprudenza *si serva* della Costituzione e dei suoi valori, piegandoli alle decisioni che di volta in volta intende adottare, anziché *servirli*, come dev'essere e come, ad onor del vero, molte volte (ma, appunto, non sempre) è.

2. *La questione relativa a come conciliare il variare dei “livelli” delle prestazioni relative ai diritti, in ragione del variare dei contesti, col carattere intangibile della relativa “essenza” e la sua soluzione nel riferimento alla Costituzione come “sistema”*

Dunque, che il “livello dei livelli”, di cui si dice nel disposto costituzionale sopra richiamato, possa e debba variare (e, comunque, è inevitabile che varî) non si discute. Si dà tuttavia un ostacolo teorico preliminare all'ammissione di questa eventualità; ed è legato al carattere “essenziale” dei livelli. Una formula che, come si sa, ha animato un fitto (e ad oggi non finito) dibattito, i cui termini... *essenziali* – mi scuso per il bisticcio di parole – qui non è possibile riferire neppure in sunto<sup>10</sup>. Sta di fatto però che, se “essenziale” è ciò di cui non è possibile comunque fare a meno risultandone altrimenti pregiudicata la stessa esistenza “libera e dignitosa” della persona (per riprendere qui, generalizzandola, una incisiva espressione della Carta), è da chiedersi come possa siffatta “essenza” andare soggetta a cambiamenti, in particolare soffrire una diminuzione di prestazioni, quale quella in modo sempre più vistoso imposta dalla crisi economica soffocante, forse destinata a non avere fine<sup>11</sup>, in atto<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Ovvio il riferimento al magistero di V. Crisafulli. Quanto, poi, all'idea di *Costituzione come “sistema”* e dei modi con cui può aversene riscontro nell'esperienza, specie al piano delle relazioni interordinamentali (sulle quali qui pure torno a riflettere), ne ho più volte discusso nelle mie più recenti riflessioni (di recente, in *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 24 marzo 2015).

<sup>7</sup> Indicazioni a riguardo dei modi con cui essa prende forma nelle esperienze della giustizia costituzionale possono, colendo, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 115 ss.

<sup>8</sup> Tra le altre, decc. [nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170 e 202 del 2013](#) e, ora, [10 e 49 del 2015](#).

<sup>9</sup> Ad es., al piano dei rapporti interordinamentali, più volte la Consulta se n'è avvalsa al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee, specie di quella di Strasburgo, unitamente ad altre tecniche retorico-argomentative, quale quella secondo cui la giurisprudenza di quest'ultima Corte va osservata unicamente nella sua “sostanza” o – com'è stato da ultimo precisato ([sent. n. 49 del 2015](#), sopra cit.) – laddove si esprima in indirizzi “consolidati” ovvero a mezzo di sentenze-pilota.

<sup>10</sup> Indicazioni in D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012, e N. LONGO, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Aracne, Roma 2012.

<sup>11</sup> Diffuso è, infatti, il timore che si tratti di crisi di “sistema”, di modello complessivo di organizzazione e di relazioni sociali, coinvolgente a conti fatti l'intero pianeta.

<sup>12</sup> Forse, si è poco fatto caso alla circostanza per cui l'abbassamento del livello delle prestazioni si deve altresì alla “invenzione” di sempre nuovi diritti e bisogni in genere meritevoli di appagamento che, posta in correlazione alla disponibilità complessiva delle risorse, comporta una spartizione viepiù parcellizzata di queste ultime.

La ragionevolezza – si è veduto – si apprezza e in modo incessante rimette a punto, nelle sue non di rado incerte e sofferte applicazioni, attraverso il contemporaneo e duplice riporto al “fatto” ed ai valori: dunque, si storicizza e contestualizza ed è pertanto, per sua indeclinabile vocazione, soggetta a mutamento, ciò che era ieri ragionevole potendo non esserlo più oggi o un domani, e viceversa<sup>13</sup>. Si dà, pur tuttavia, una soglia invalicabile, al di sotto della quale cioè non è possibile scendere, altrimenti smarrendosi l’*umanità* stessa della persona, la sua essenza, la dignità<sup>14</sup>.

Questa soglia – contrariamente ad una diffusa credenza – non può considerarsi rimessa all’esclusivo apprezzamento di ciascun soggetto, dotato di piena autodeterminazione in ordine a quelli che sono i suoi bisogni primari e, dunque, a ciò che è la sua dignità. È una tesi che – come si sa – si è fatta strada specie con riferimento alle vessate questioni riguardanti inizio e fine vita, laddove invero il bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti risulta essere di estrema delicatezza<sup>15</sup>; ma è una tesi che – come si viene dicendo – va altresì sottoposta a verifica nelle sue proiezioni di ordine teorico-generale. Giusta l’accezione “soggettiva” di “esistenza libera e dignitosa” e portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, dovrebbe infatti ammettersi – ciò che, però, palesemente non si può – che ciascuno di noi sia abilitato a fissare il livello delle prestazioni richieste per l’appagamento di un proprio diritto (e di tutti assieme), a partire da quello relativo alla retribuzione, rapportata ai parametri costituzionali della quantità e qualità dell’attività lavorativa svolta e, in ogni caso, a quanto è appunto richiesto per una esistenza “libera e dignitosa”<sup>16</sup>.

D’altro canto, non vedo come possa in tutta franchezza sostenersi l’idea che si darebbe un’accezione soggettiva della dignità in un certo campo materiale di esperienza ed una invece oggettiva in un altro. Non si nega che l’autodeterminazione trovi ampio riconoscimento nella Carta; la tesi c.d. “oggettiva” della dignità, cui qui pure si è appena fatto richiamo, di certo non intende appiattare e svilire l’autodeterminazione stessa, così come, di rovescio, la tesi “soggettiva” non può negare che si diano limiti e vincoli di sistema, di ordine normativo, al libero spiegarsi e realizzarsi della personalità di ciascun soggetto.

Il vero è che l’autodeterminazione – come mi sono sforzato di mostrare altrove – non è né *tutto* né *niente*; è un bene della vita o, se più piace, un valore che richiede di essere bilanciato con altri beni o valori e che ha appunto nella dignità, a un tempo, il suo *fine* e il *confine*, la *meta* e il *limite*.

Ora, tornando alla questione dianzi posta, il “livello dei livelli” può, sì, abbassarsi, malgrado designi ciò che è “essenziale”, a condizione tuttavia che trovi compenso nell’innalzamento del livello riguardante altro o altri diritti (e, più in genere, beni della vita costituzionalmente protetti<sup>17</sup>) e, comunque, non comporti il complessivo degrado della persona, lo smarrimento del suo vivere in modo libero e dignitoso.

---

<sup>13</sup> In realtà, soggetta a mutamento non è la ragionevolezza *ut sic*, quanto gli esiti delle sue costanti ed uniformi applicazioni in ragione del diverso contesto nel quale s’inscrivono. Ciò che è “logico” o, appunto, “ragionevole”, quale attività intellettuale espressiva di certi canoni che la orientano e ne sorreggono lo svolgimento, è sempre identico a sé. Il risultato pratico, ad ogni buon conto, non cambia, pur con questa precisazione.

<sup>14</sup> Che la dignità appartenga ad ogni uomo in quanto tale e ne identifichi appunto l’essenza può considerarsi ormai provato; su ciò, d’altronde, come si sa, le menti più lucide di ogni tempo hanno trovato il loro *punctum unionis*, al di là poi delle divergenti qualificazioni datane per altri aspetti, anche di non secondario rilievo (nel senso qui nuovamente accolto, da ultimo e per tutti, G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè, § 2, a cui opinione la dignità “non deve essere ‘meritata’ dal singolo individuo e non può mai essere perduta”).

<sup>15</sup> Riferimenti, nella ormai incontenibile lett., per tutti, in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, più di recente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it), 1/2014.

<sup>16</sup> Quest’ appunto critico è presente nel mio *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell’uomo*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 15 aprile 2014, dove sono talune notazioni di ordine generale a riguardo altresì della opposta accezione “oggettiva” di dignità, qui pure riprese ed ulteriormente precisate.

<sup>17</sup> Si pensi, ad es., all’impiego di risorse finanziarie anche cospicue che si rende oggi indispensabile nel campo della sicurezza, allo scopo di far fronte all’emergenza dilagante del terrorismo dilagante (su ciò, anche a breve).



Il punto è di cruciale rilievo proprio nel quadro di una riflessione, quale quella che ora si avvia, avente ad oggetto i diritti sociali, i più esposti a palese sofferenza a motivo della crisi<sup>18</sup>. Come suol dirsi, però, non di solo pane è fatta l'esistenza di ciascuno di noi; e di non minor peso sono i condizionamenti discendenti da misure fortemente coercitive per la persona in ragione della peculiare congiuntura segnata dal terrorismo internazionale, per far fronte alla quale si vanno adottando, da noi come altrove, misure invasive della persona umana, frutto di un bilanciamento vistosamente attratto verso il polo della sicurezza, individuale e collettiva, a discapito del polo che vorrebbe appieno salvaguardata l'integrità fisica e morale della persona<sup>19</sup>.

Sta di fatto che, laddove dovesse assistersi ad un mutamento dei livelli, si tratta ogni volta di chiedersi quale ne possa essere la ricaduta sull'intero sistema, sulla *Costituzione come "sistema"* appunto. È interessante notare come la questione si ponga tanto nel caso (realisticamente più frequente) di mutamento *in peius*, quanto in quello (sia pur remotamente, ugualmente configurabile) di mutamento *in melius*, ove si consideri che la maggior cura dedicata ad un diritto può risolversi in

---

<sup>18</sup> Opinione corrente; non coincidenti sono, invece, le valutazioni a riguardo di come uscire da questa situazione fattasi insopportabile per fasce sempre più larghe del corpo sociale o, quanto meno, attutire i negativi effetti della crisi [in argomento, *ex plurimis*, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi, cit., e, dello stesso, ora, Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in questa *Rivista, Studi, 2015/II* (3 giugno 2015), 504 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. l'ult. cap.; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit.; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; S. GAMBINO - W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in L. CHIARA - F. FORTE - S. GAMBINO - G. MOSCHELLA - P. NAVARRA - W. NOCITO - A. RUGGERI, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2013, 75 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013, e, della stessa, quindi, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, Relaz. alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguaçu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, in *paper*, e *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 novembre 2013; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 20 gennaio 2014; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2014; S. GAMBINO, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23/2014, e, dello stesso, ora, *Crisi economica e diritti sociali*, cit.; inoltre, utili indicazioni in molti degli scritti che sono in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 19/2014; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014, e, nella stessa *Rivista*, A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, 1/2015; Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss.; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni "fuori dal coro"*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 19 marzo 2015, nonché, se si vuole, il mio *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in questa *Rivista, Studi, 2012* (21 settembre 2012). Infine, con specifico riguardo al discusso (e discutibilissimo) *Jobs Act*, da ultimo e per tutti, oltre allo scritto di C. Salazar sopra cit., F. ANGELINI, *Il Governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. "Jobs Act"*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1/2015, 3 giugno 2015].

<sup>19</sup> In argomento, tra i molti altri, T.F. GIUPPONI, in molti scritti (e, spec., in *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna 2010, e, dello stesso, *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura di L. Ronchetti, Giuffrè, Milano 2014, 105 ss.); M. RUOTOLO, *Le declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza. Il problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 15 ss.; C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova 2012; AA.VV., *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, a cura di N. Gallo e T.F. Giupponi, Franco Angeli, Milano 2014; A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2015. Infine, G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2015, 20 maggio 2015.



una minore protezione per altri, quanto meno appunto laddove ciò comporti spostamenti consistenti di risorse necessarie per le prestazioni ad essi offerte.

La qual cosa non porta – a me pare – di necessità acqua al mulino della tesi, come si sa ricorrente<sup>20</sup>, che induce a qualificare tutti i diritti “a somma zero” e non comparabili le tutele agli stessi apprestate in seno ad uno stesso ordinamento nel corso del tempo ovvero, in uno stesso tempo, da più ordinamenti o Carte. Una tesi che, nella sua rigida formulazione, non può essere accolta; in particolare, essa va, a mia opinione, incontro ad una non rimossa aporia di costruzione per il fatto di portare all’esito fatale di considerare comunque diverse e non “soppesabili” le tutele. La qual cosa equivarrebbe però a dire che non sarebbe possibile disporre di un criterio certo, con profitto utilizzabile in sede di sindacato di costituzionalità avente ad oggetto le soluzioni legislative al riguardo adottate, sotto lo specifico aspetto dell’indebito abbassamento dei “livelli essenziali” delle prestazioni assicurate a questo o quel diritto.

Ora, senza disconoscere le difficoltà al riguardo obiettivamente esistenti, che il sindacato stesso possa (e debba) aver luogo ai miei occhi appare un punto fermo, indiscutibile, se si vuol continuare a dare teorico e pratico senso all’idea della Costituzione quale legge fondamentale della Repubblica, i cui disposti possiedono valore autenticamente *prescrittivo*, e non meramente *persuasivo*, pur nella varia *intensità* della prescrizione stessa, anche in ragione della maggiore ovvero minore apertura esibita dalla struttura nomologica dei singoli enunciati, alcuni dei quali – come si sa – sono afflitti da un tasso assai elevato di vaghezza concettuale<sup>21</sup>.

Fermo questo punto, dunque, si tratta ogni volta di non circoscrivere l’esame al solo ambito materiale in cui si impiantano e svolgono le esperienze relative al singolo diritto ma di allargarlo all’intero sistema di diritti, tentando di stabilire se si mantenga ovvero si pregiudichi l’“essenzialità” dello stesso, della sua tutela<sup>22</sup>.

*3. Le proiezioni dell’idea della Costituzione come “sistema” al piano delle esperienze della giustizia costituzionale: in specie, la distensione del sindacato di costituzionalità sull’intero ordinamento e i casi di abnorme bilanciamento tra i canoni che governano lo svolgimento del sindacato stesso e le norme relative ai diritti (esempi tratti dall’ultima giurisprudenza)*

Si ha così conferma del fatto che il giudizio di costituzionalità, pur laddove abbia riguardo ad una singola disposizione di legge relativa ad un diritto dato, coinvolge sempre l’intero sistema legislativo e l’intero sistema dei diritti. È questa, a mia opinione, la lineare ed obbligata conseguenza teorico-ricostruttiva della previa adozione della “situazione normativa” quale oggetto del sindacato di costituzionalità<sup>23</sup>. Ed è per la medesima ragione che il sindacato, pur facendo riferimento a specifici parametri di costituzionalità evocati nell’atto introduttivo del giudizio, in realtà finisce con l’irradiarsi all’intero spettro dei parametri, non potendosi altrimenti stabilire se la Costituzione come “sistema” riceva effettivo appagamento ed inveroamento nell’esperienza<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Vedila, ancora di recente, riproposta da R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2015, § 5.

<sup>21</sup> La qual cosa – come pure è noto – si riscontra proprio negli enunciati espressivi di valore in grado eminente, vale a dire nei principi fondamentali, con l’effetto che proprio le norme apicali dell’ordinamento ed usualmente considerate dotate della maggiore *durezza*, al punto di mostrarsi refrattarie alla loro innovazione per via legale, sono quelle provviste della minore *intensità prescrittiva* e, perciò, esposte a frequenti ed incisive, pur se non sempre nitidamente visibili, manipolazioni (ahimè, non solo ad opera dei decisori politici ma degli stessi garanti, a partire dal massimo di essi, la Corte costituzionale).

<sup>22</sup> L’“essenzialità”, insomma, come si è tentato di mostrare, è attribuito, più che del singolo diritto, del “sistema” dagli stessi composto, quale risultante da operazioni di bilanciamento assiologicamente ispirate.

<sup>23</sup> ... nei termini che si è tentato di precisare altrove (ancora di recente, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, cit., 93 ss.).

<sup>24</sup> Raggiungo così nuovamente, attraverso un diverso percorso argomentativo, una meta cui sono già pervenuto altrove (in particolare, nel mio *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990).

Ogni questione di costituzionalità è “tagliata” in un certo modo, avendo oggetto e parametro suoi propri, così come risultando denunziati taluni vizi e non altri, ma finisce sempre col riguardare l’intero sistema, dovendosi stabilire se quest’ultimo ne soffra ovvero ne abbia un guadagno per effetto della introduzione della norma sottoposta a giudizio e, dunque, per effetto del verdetto adottato a conclusione di quest’ultimo.

La qual cosa, poi, riconsiderata al piano delle dinamiche della normazione, dà ulteriore conferma del segno lasciato sulle stesse da qualificazioni secondo valore, alle quali cioè si pervenga riguardando all’intero sistema, ai modi della sua composizione e dell’incessante rinnovamento interno, in prospettiva assiologicamente orientata, puntando diritto a verificare se, ora caducando la norma sottoposta a giudizio ed ora invece mantenendola in vigore, si dia modo alla Costituzione di affermarsi al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto. Ecco perché non di rado si assiste all’attivazione di limiti all’innovazione normativa, in deroga al canone della *lex posterior* e, talora, persino della gerarchia e della separazione delle competenze<sup>25</sup>, laddove cioè sia provato che, per effetto della innovazione stessa, risulti inciso un parametro costituzionale che offra “copertura” all’atto anteriore o – possiamo ora ancora meglio dire – risulti pregiudicata la realizzazione della Costituzione come “sistema”. Il giudice delle leggi, infatti, è quotidianamente chiamato a soppesare la situazione normativa qual è con la norma sindacata in vigore con la situazione normativa quale invece potrebbe essere a seguito della caducazione della norma stessa, è chiamato cioè a far luogo a bilanciamenti di tipo diacronico (estesi, come si vedrà a momenti, altresì al piano delle relazioni interordinamentali), in occasione della cui messa in atto un cruciale rilievo acquista il contesto in cui le norme s’inscrivono e fanno valere, restando quindi rimesse all’apprezzamento del giudice<sup>26</sup>.

Così stando le cose, si capisce perché alle volte si ammetta che la norma giudicata debba esser fatta salva malgrado risulti di dubbia compatibilità (o, diciamo pure, di provata incompatibilità) con questo o quel parametro costituzionale, persino se espressivo di un principio fondamentale dell’ordinamento.

Molti sono gli esempi che potrebbero essere al riguardo addotti, anche solo a circoscrivere l’esame al campo materiale qui specificamente coltivato. Piuttosto, va rilevato che talora la giurisprudenza dà invero l’impressione di essersi portata oltre il rigo, immolando sull’altare in cui si dispongono beni pure meritevoli di ogni considerazione canonici che parrebbero essere indisponibili, quanto meno ove si abbia a cuore di preservare la “giurisdizionalità” dell’attività svolta dalla Corte, condizione questa senza la cui scrupolosa osservanza verrebbe meno la legittimazione stessa della Corte, il titolo cioè che ne fonda e giustifica la posizione e il ruolo nel sistema, spianando la via per la messa in atto dei bilanciamenti suddetti.

Il carattere “giurisdizionale” (nella sua ristretta e propria accezione) rimanda infatti, al fine del suo riconoscimento ed apprezzamento, al previo rispetto dei canoni che presiedono allo svolgimento delle

---

<sup>25</sup> Un caso che ha fatto molto discutere in cui una disciplina normativa è stata fatta salva, ancorché riconosciuta viziata per incompetenza, a motivo del servizio da essa prestato a diritti sociali è quello di cui a [Corte cost. n. 10 del 2010](#) (con riguardo alla introduzione della *social card*); ma altri ancora potrebbero essere adottati nel medesimo senso. La giurisprudenza costituzionale appare, nondimeno, ad oggi incerta per ciò che attiene l’assoggettabilità delle norme sulla normazione (segnatamente, al piano dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali) a bilanciamento con norme sostantive, specie laddove volte a dare protezione ai diritti sociali. In senso affermativo, oltre alla decisione appena richiamata, può vedersi [Corte cost. n. 62 del 2013](#); in senso negativo, invece, [nn. 39 del 2013](#) e [99 del 2014](#), nelle quali ultime è altresì un richiamo a [sentt. nn. 148 e 151 del 2012](#) (altri riferimenti, anche in prospettiva comparata, di recente, in S. COCCHI, *Constitutional Courts in the age of crisis a look at the European Mediterranean Area*, in [www.federalismi.it](#), 21/2014, spec. al § 2.1 ss.). Il superamento delle competenze è, poi, stato riconosciuto (da [Corte cost. n. 317 del 2009](#) e succ.), con specifico riguardo ai rapporti tra CEDU e diritto interno (ma con considerazioni che, a mia opinione, posseggono generale valenza), in applicazione del canone della massimizzazione della tutela, del quale si dirà tra non molto.

<sup>26</sup> ... al punto che – come si è tentato di mostrare altrove – il contesto può farsi esso stesso parametro, specie laddove si tratti appunto di vagliarne la ricaduta sulla tutela dei diritti sociali (indicazioni, di recente, nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista, Studi, 2014](#) (6 novembre 2014).

funzioni della Corte<sup>27</sup>, canoni che proprio nella loro uniforme ripetizione temporale hanno la cifra identificante e complessiva valenza, secondo quanto è d'altronde proprio sia delle norme sulla normazione che di quelle sulla giurisdizione.

Qui, infatti, non è in gioco tanto la credibilità di questa o quella pronunzia, vale a dire la sua plausibilità in ragione dei termini della questione, per il modo con cui sono nel merito vagliati e posti a reciproco confronto, quanto piuttosto la stessa *riconoscibilità* di una pronunzia che non risulti rispondente alle norme stabilite per la sua adozione<sup>28</sup>.

Nessuno dubita del fatto che possiamo riconoscere un atto come appartenente al tipo “legge” in quanto posto in essere da un organo chiamato Parlamento o Consiglio regionale, secondo un certo procedimento, rivestito di certe forme, complessivamente idoneo a produrre certi effetti. Ma una “legge” approvata da un organo diverso – come si è, peraltro, avuto in un caso che ha molto fatto discutere<sup>29</sup> – da quelli sopra indicati non potrebbe essere riconosciuta come tale e, pertanto, sarebbe da considerare radicalmente *nullo-inesistente*, insuscettibile di produrre persino l'effetto della sua assoggettabilità al sindacato di costituzionalità; di modo che questioni che lo riguardino dovrebbero essere subito respinte per manifesta inammissibilità.

Che dire allora di pronunzie della Consulta che assumano di poter essere adottate su oggetto impossibile (quali sono norme non scritte: [sent. n. 238 del 2014](#)) o di disporre dei propri effetti, laddove gli stessi risultano precostituiti e alle stesse pronunzie prescritti ([sent. n. 10 del 2015](#))?

Proprio i casi ora richiamati, sui quali – come si sa – si è assistito ad nutrito dibattito ad oggi in corso – si presentano di particolare interesse ai fini del discorso che si va ora facendo. Entrambi sono infatti relativi a diritti, e non a caso; e ci si deve quindi chiedere come mai abbiano ricevuto dalla Corte il trattamento che sappiamo. La risposta è – a me pare – subito pronta: la Corte ha fatto ciò che ha fatto, esponendosi al rischio incombente (per non dire, alla certezza...) della propria delegittimazione in ragione della posta in gioco, perché cioè sapeva (o riteneva) di non potere fare altrimenti.

Per il resto, i due casi sono molto diversi. Nel primo, davanti alla dignità di persone che hanno molto sofferto durante il secondo conflitto bellico, la Corte è passata sopra ogni regola, posponendo tutto: ha preso in esame – come si diceva – una norma consuetudinaria, qualificandola come inesistente in ambito interno (o, ad esser più precisi, qualificando inesistente la norma interna di adattamento), laddove fin qui anche le violazioni di principi fondamentali è stata considerata quale causa di possibile annullamento di norme che se ne siano rese responsabili, dunque considerate esistenti<sup>30</sup>.

Nel secondo, nel corso del quale – come si sa – la Consulta ha dichiarato che la propria decisione non avrebbe prodotto effetti per il passato (neppure con riguardo al giudizio *a quo*), il diritto è stato invece sacrificato: paradossalmente, *riconosciuto meritevole di protezione ma poi non effettivamente tutelato*. A dire del giudice delle leggi, infatti, lo sfioramento dei conti pubblici conseguente alla perdita di effetti della norma incostituzionale anche con riferimento al giudizio principale (e, in genere, ai rapporti pendenti) avrebbe comportato un costo comunque insopportabile: il bilanciamento

---

<sup>27</sup> Un fermo richiamo a siffatto rispetto è stato (ed è) indirizzato alla Corte dalla più avvertita dottrina (sopra tutti, R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali, da ultimo, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale* ab origine: *natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6 aprile 2015).

<sup>28</sup> È questa la ragione per cui, a mia opinione, pronunzie irrispettose dei canoni in parola vanno a rigore qualificate come *nulle-inesistenti* e, perciò, sprovviste della “copertura” in via generale offerta alle decisioni della Corte dall'art. 137, ult. c., cost.

<sup>29</sup> Una “legge” era stata infatti adottata dal Presidente della Regione Calabria, giustamente qualificato dalla Consulta una “mera parvenza di legge” ([sent. n. 361 del 2010](#)). Sulla nullità delle leggi, v., part., G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; altri riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, cit., 98 ss.

<sup>30</sup> La Corte non ha chiarito la ragione per cui proprio in quel caso, e non in altri, la violazione della Carta veniva a risolversi nella qualifica della inesistenza della norma che se ne è resa responsabile né ha detto come stabilire per l'avvenire quando la violazione stessa possa esser causa ora di una dichiarazione di nullità-inesistenza ed ora invece di una di annullamento.

tra il principio costituzionale della parità del bilancio e il diritto in campo non poteva dunque che risolversi, ad avviso del giudice costituzionale, che a beneficio del primo.

Se posso esser franco, a me sembra mostruoso che possa farsi applicazione nei rapporti pendenti (e persino nello stesso giudizio *a quo*) di una norma la cui incostituzionalità sia acclarata. Tanto mostruosa questa evenienza che l'autorità remittente si è apertamente ribellata al verdetto del giudice costituzionale, disattendendolo<sup>31</sup>. Ha così preso forma una catena di illeciti costituzionali, per quanto quello commesso dal giudice comune sia stato posto in essere al fine di porre riparo ad una decisione viziata della Consulta, la quale *potrebbe* rivendicare per sé la “copertura” dello scudo protettivo eretto dall'art. 137, ult. c., nella circostanza con disinvoltura messo da canto<sup>32</sup>.

La cosa singolare è che però, a brevissimo torno di tempo, il bilanciamento tra i medesimi beni della vita in campo si è risolto a beneficio del diritto e con il conseguente sacrificio delle esigenze di bilancio<sup>33</sup>.

Questa vicenda è particolarmente istruttiva, per almeno tre ragioni.

La prima è che è assai poco credibile, come si diceva, una Corte che, in un contesto non dissimile, reputi di poter far luogo a bilanciamenti di cui risulti assai problematica la *reductio ad unum*, la reciproca armonizzazione.

La seconda è che, con specifico riguardo alla questione definita con la pronuncia da ultimo richiamata, la Corte dà mostra di non aver tenuto presente che, per effetto della decisione presa, potrebbero essere adottate misure fortemente penalizzanti per altri diritti non meno meritevoli di considerazione di quello nella circostanza in gioco. È chiaro che il problema del “seguito” normativo alle sentenze d'incostituzionalità è affare di cui deve farsi carico specificamente il legislatore. Qui però il vuoto aperto nei conti pubblici rischia di rivelarsi un'autentica voragine, specie laddove – come prevedibile – si abbia quindi una valanga di ricorsi avverso i provvedimenti-tampone varati dal legislatore per colmare almeno in parte il vuoto causato dalla Consulta<sup>34</sup>. Né, ovviamente, si ha alcuna certezza e garanzia che le risorse finanziarie indispensabili al fine di ripianare il vuoto stesso non saranno attinte proprio dalle stremate casse di larghi strati della società, determinando quindi palesi e gravi sacrifici a carico di persone già particolarmente bisognose ed esposte al vento impetuoso della crisi.

La terza fa riferimento al fatto che, pur essendo adottata a parametro una norma costituzionale, si dà altresì un parametro occulto, sullo sfondo, che poi sta a base della stessa modifica apportata all'art. 81 e che è dato dall'osservanza dei vincoli discendenti dall'Unione europea, vincoli fattisi col tempo viepiù stringenti, alla cui osservanza – piaccia o no – a quanto pare si ritiene di non potersi sottrarre. Nessuna concessione, dunque, alla dottrina dei “controlimiti”, pure – come si sa – ripetutamente predicata ma nei fatti non praticata<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> V. [Comm. trib. prov. Reggio Emilia, n. 217/3/15](#), Per vero, si è sottilmente distinto tra il formale rispetto del dispositivo e la sostanziale messa da canto della motivazione della decisione della Consulta (una previsione in tal senso era stata prontamente affacciata da R. ROMBOLI, nel suo scritto da ultimo cit.). In disparte però la circostanza per cui l'art. 136 della Carta, richiamato nel dispositivo, è stato costantemente inteso come non preclusivo della efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento, anche in forza di quanto al riguardo stabilito nell'art. 30, l. n. 87 del 1953, resta il vizio di fondo della mancata osservanza del canone della “totalità” della decisione (per questo ed altri rilievi critici, A. MORELLI, [Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax \(a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/II](#) (28 maggio 2015), 483 ss.

<sup>32</sup> Dico “parrebbe”, perché poi si tratta di vedere se il vizio in discorso sia da considerare “di tipo debole”, tale da esporre l'atto che ne sia affetto a possibile annullamento (nella circostanza, però, impraticabile proprio per effetto della previsione costituzionale), ovvero – come a me pare – “di tipo forte”, sì da far qualificare come radicalmente nullo-inesistente l'atto stesso che perciò, sprovvisto della “copertura” suddetta, potrebbe essere subito disapplicato, come appunto ha fatto nella circostanza il giudice *a quo*.

<sup>33</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla discussa questione della indicizzazione delle pensioni, di cui alla [sent. n. 70 del 2015](#).

<sup>34</sup> Diffuso è il rilievo secondo cui il “seguito” dato dal legislatore alla decisione della Consulta sarebbe riduttivo e parziale.

<sup>35</sup> ... quanto meno, appunto, sul suo terreno elettivo, dei rapporti con l'ordinamento dell'Unione, mentre se n'è fatto uso nella già richiamata [sent. n. 238 del 2014](#), al piano dei rapporti col diritto internazionale non scritto.



Proprio qui è, a mia opinione, il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa. Perché nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale ormai avanzata, oltre che da vincoli viepiù stringenti venuti dalla Comunità internazionale, la ricerca del modo con cui, in una singola esperienza data, pervenire all'affermazione della Costituzione come “sistema” richiede di essere ambientata al piano delle relazioni interordinamentali, più (e prima ancora) che a quello delle relazioni di diritto interno e delle loro complessive vicende.

Di questo bisogno mostra in via generale di essere avvertita la stessa giurisprudenza costituzionale (e, più largamente, la giurisprudenza in ogni sua espressione), secondo quanto, peraltro, testimoniano i sempre più insistiti richiami a Carte dei diritti diverse da quella costituzionale, pur se esse stesse *materialmente* costituzionali, specie nel loro farsi “diritto vivente”, per il modo cioè con cui prendono forma a mezzo della giurisprudenza delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti.

Di ciò dobbiamo ora, con la massima speditezza, passare a dire.

#### 4. *Il sistema quale “sistema di sistemi”, la Costituzione e le altre Carte dei diritti quali documenti “intercostituzionali” e la loro mutua integrazione in applicazione della Grundnorm della massimizzazione della tutela*

Che il “sistema” sia, in struttura e funzione, un “sistema di sistemi” discende, a mia opinione, dal modo di essere, in struttura e funzione, della Costituzione per un verso, delle altre Carte per un altro: documenti tutti – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi<sup>36</sup> – “intercostituzionali”. Termine col quale intendo dar voce ad un'indicazione venuta dalla stessa giurisprudenza costituzionale, in una sua ormai lontana ed ispirata pronunzia, la [n. 388 del 1999](#), laddove si mette in chiaro che i documenti stessi “si integrano reciprocamente nella interpretazione”.

Non importa qui indagare circa il grado raggiunto dalla integrazione sovranazionale al piano istituzionale; cosa che, peraltro, richiederebbe approfondimenti d'indagine estesi a praticamente tutti i campi materiali di esperienza, verificando per ciascuno di essi quanta parte della sovranità un tempo riservata allo Stato sia trasmigrata altrove (e, segnatamente, appunto in capo all'Unione). Un'indagine improba, comunque esorbitante l'ambito entro cui questa riflessione è tenuta a stare. Importa solo che l'integrazione stessa si abbia al piano della tutela dei diritti e per effetto di essa. La qual cosa può dirsi provata, testimoniata appunto dai numerosi e sempre più fitti richiami che le Corti si fanno a vicenda e dalle non infrequenti convergenze d'indirizzo delle relative giurisprudenze, pur nelle parimenti non infrequenti divergenze e persino negli aperti, aspri contrasti.

Sulle une e sugli altri molto è stato detto e molto ancora potrebbe invero dirsi. Mi preme tuttavia qui far nuovamente osservare, dopo averne già detto in altri luoghi, che secondo modello l'integrazione delle Carte è un fatto dovuto, per la elementare ed ovvia ragione che è prescritta dalle Carte stesse, tutte riconoscendosi nel “superprincipio”, un'autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, della *massimizzazione della tutela*, che le chiama a ritagliarsi per sé un ruolo “sussidiario”, a poter cioè valere in ambito interno alla condizione che sia provata la loro attitudine ad innalzare il livello della tutela stessa rispetto a quello raggiungibile in applicazione delle altre Carte<sup>37</sup>. In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, il principio suddetto, ancora prima di

---

<sup>36</sup> L'affermazione che subito segue trovasi argomentata, sotto diversi profili e per esigenze di ordine teorico-costruttivo parimenti diverse, in alcuni miei scritti, tra i quali, di recente, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2015, 20 maggio 2015.

<sup>37</sup> Del principio in parola si è molto discusso e si seguita a discorrere senza sosta: tra gli altri e variamente, G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, 13 ss.; S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13/2014; G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, E. CASTORINA - C.



presiedere alla scelta della norma (o, meglio, del “sistema” di norme) che possa dare giovamento per il caso, orienta ed illumina il processo interpretativo degli enunciati relativi ai diritti, un processo – vorrei qui ribadire – *unitario*, proprio per il fatto che nessuna norma può estrarsi in modo compiuto restando nel chiuso di ciascuna Carta (e, più largamente, di ciascun ordinamento), ogni enunciato attingendo semanticamente dagli altri e tutti assieme appunto componendosi in “sistema”.

Gli ordinamenti restano, sì, distinti e, almeno in parte, separati, secondo quanto specificamente attestato dai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale pattizio, e distinte dunque ne sono le *fonti* ma integrate le *norme*, in special modo – come si viene dicendo – quelle riguardanti i diritti.

Integrate le norme ed integrati alle volte gli indirizzi giurisprudenziali, che si compongono in “catene” connotate da proiezione interordinamentale; e basti solo al riguardo por mente alla fioritura di pronunzie “di principio” cui danno vita le Corti (le “sentenze-pilota” della Corte di Strasburgo, le additive di principio della nostra Corte, ecc.) che, al tempo stesso in cui sollecitano l’intervento riparatore del legislatore, per l’intanto si affidano ad altri giudici per la loro opportuna implementazione in ambito interno.

Ciò che maggiormente preme ora mettere in chiaro è che, nel quadro qui sommariamente descritto, in disparte i vincoli di ordine giuridico discendenti dal regime stabilito in ordine agli effetti propri di ciascuna specie di decisione, uno speciale significato va assegnato all’incidenza culturale esercitata dall’un orientamento giurisprudenziale nei riguardi dell’altro o degli altri. Stabilire ciò che più si dà ovvero si riceve nel circolo interpretativo è, tuttavia, impresa assai ardua, comunque incerta ed approssimativa negli esiti ricostruttivi; e, così, assai disagiata è, ad es., fissare il punto di effettivo rilievo delle “tradizioni costituzionali comuni” in ordine alla elaborazione degli indirizzi della Corte dell’Unione, come pure “misurare” o soppesare il condizionamento che le stesse, una volta metabolizzate in ambito sovranazionale e fatto quindi ritorno in ambito interno, sono in grado di esercitare nei confronti degli indirizzi giurisprudenziali in quest’ultimo formatisi<sup>38</sup>; e così pure, ovviamente, al piano delle relazioni dei giudici nazionali con la Corte di Strasburgo, oltre che di quest’ultima con l’altra Corte europea.

Non si trascurino, poi, i flussi di materiali normativi e giurisprudenziali e delle indicazioni da essi desumibili al piano delle relazioni “orizzontali”, degli ordinamenti statali *inter se*, per quanto quest’ultimo fronte sia invero ancora oggi scarsamente battuto e coltivato, laddove invece anche da esso potrebbero aversi stimoli di non secondario rilievo al fine della incessante rigenerazione semantica degli enunciati delle Carte (e, per ciò pure, degli indirizzi giurisprudenziali che li hanno ad oggetto)<sup>39</sup>.

Insomma, se l’obiettivo si sposta dal piano delle *fonti* a quello delle *norme* l’integrazione, con specifico riguardo alle esperienze relative ai diritti, ha largo e diffuso riscontro, pur se alle volte sembri scarsamente o, addirittura, nient’affatto visibile, a motivo del fatto che i flussi culturali hanno

---

NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, spec. al § 3 (quest’ultimo può vedersi anche in questa *Rivista, Studi, 2015/II* (3 giugno 2015), 488 ss.; v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, cit.

<sup>38</sup> Riferimenti, di recente, alle questioni ora accennate in O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero sia l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in questa *Rivista, Studi, 2015/I* (21 aprile 2015), 242 ss.

<sup>39</sup> Ecco perché giuridico sommamente fruttuosi incontri di studio, quale quello nostro di oggi, nel corso del quale si confrontano esperienze di Paesi diversi, da cui possono venire preziose indicazioni tanto in sede di reinterpretazione del diritto vigente quanto in vista del suo eventuale aggiornamento positivo. D’altro canto, senza la comparazione, nel presente contesto proiettato verso una crescente integrazione sovranazionale, non si costruisce nulla di buono.

sovente un andamento carsico, solo in taluni punti ed occasioni mostrandosi alla luce e per il resto scorrendo per via sotterranea, ma non per ciò perdendo il vigore e la spinta che li porta alla meta.

5. *Davvero minore, come comunemente si pensa, la tutela dei diritti sociali in ambito europeo rispetto all'ambito interno?*

Se le cose stanno come qui son viste e tenuto conto del fatto che il contesto in cui maturano le esperienze riguardanti i diritti va sempre di più complicandosi, anche per effetto dei sempre più frequenti richiami che – come si diceva – le Corti si fanno a vicenda, appare impostata su basi metodico-teoriche assai fragili, per non dire del tutto inconsistenti, la comune opinione che reputa essere senza dubbio alcuno maggiormente efficace la tutela assicurata ai diritti (in ispecie, appunto, a quelli sociali ma, per taluno, ai diritti *tout court*) dalla Costituzione e, in genere, da fonti di diritto interno rispetto a quella invece apprestata da altre Carte (e fonti). Non nego che questo, ovviamente, possa talora (e, se si vuole, non poche volte) aversi; d'altronde sono le stesse Carte di origine esterna (e, segnatamente, la CEDU e la Carta dell'Unione, entrambe all'art. 53) ad ammettere questa eventualità, ritagliando di conseguenza per se stesse un ruolo – come si rammentava poc'anzi – meramente “sussidiario”. Solo che, per un verso, “sussidiario” non può che essere altresì il ruolo della stessa Costituzione, salvo a ritenere assiomaticamente che essa sia perfetta, esente da menda alcuna, autosufficiente (e, però, anche autoreferenziale), così come è portata a credere non poca dottrina e la stessa giurisprudenza che paiono ispirarsi ad un nazionalismo o patriottismo ingenuo ed infecondo. Per un altro verso, poi, il vero è che la conclusione suddetta sembra afflitta da un vizio di fondo, che è appunto metodico ancora prima che teorico-ricostruttivo, per il fatto di immaginare come plurimi e reciprocamente in modo netto separati, esenti da ogni possibile influenza o contaminazione esterna, i processi interpretativi.

Debbo però convenire a riguardo del fatto che la tesi qui criticata dispone a suo sostegno di non pochi argomenti alimentati da prassi assai discutibili cui le stesse Corti danno frequentemente vita. Perché il vero è che sono proprio le Corti che, pur facendosi – come si diceva – continui richiami, sono restie ad ammettere che Carte diverse da quella di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante possano innalzare il livello della tutela, in ragione delle peculiari esigenze del caso.

La stessa [sent. n. 388 del 1999](#), dietro richiamata, pur dichiarando che la Costituzione e le altre Carte si integrano a vicenda nei fatti interpretativi, allo stesso tempo con sicumera rileva essere in ogni caso non meno intensa la tutela apprestata ai diritti dalla nostra Carta; e non dissimile è l'atteggiamento di orgogliosa rivendica di una *primauté* incondizionata a vantaggio delle Carte europee in molte occasioni manifestato dalle relative Corti. Una pretesa, questa volta a stabilire ordini precostituiti di natura gerarchica tra le Corti, che – com'è stato efficacemente fatto notare<sup>40</sup> – appare essere “tanto assurda quanto stabilire se i tenori siano più importanti dei bassi o i soprani più dei contralti”: a dimostrazione del fatto che a fare “orchestra” tutti i “suonatori” sono comunque necessari.

Sarebbe tuttavia un grave errore di metodo desumere che prassi devianti dal modello possano invece farsi esse stesse... *modello*. La stessa esperienza, peraltro, come si è venuti dicendo, appare essere alquanto articolata, oscillante, discontinua; ed allora il rischio è quello di generalizzare critiche pur fondate indirizzate a singole pronunzie (quali quelle che, in materia sociale, sono state diffusamente rivolte nei riguardi di *Viking*, *Lavall*, *Rüffert*, ed altre ancora), trascurando però il concorso che la stessa giurisprudenza sovranazionale ha dato (e dà) allo svecchiamento della giurisprudenza interna, nonché di taluni schemi teorici ormai logori messi a punto in sede dottrinale.

Vi è, poi, un dato al quale occorre prestare la massima attenzione, che si fa riportare a quelle mutue implicazioni che si intrattengono tra i diritti delle diverse specie, nonché pure tra quelli appartenenti alla medesima specie, di cui si diceva poc'anzi. Le dinamiche che prendono corpo in seno al sistema

---

<sup>40</sup> C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, cit., § 7.

dagli stessi composto somigliano infatti a quelle proprie del sistema dei vasi comunicanti, di cui riproducono la “logica” e le più salienti movenze. E, invero, non di rado diritti di per sé non “sociali” – a stare agli antichi schemi teorici d’inquadramento – ottengono effettiva tutela anche (e talora soprattutto) grazie all’operosa e coraggiosa intraprendenza delle Corti europee; una tutela che quindi s’irradia altresì al piano sociale ed in ambito interno, ora portando alla estensione della cerchia dei beneficiari di certi diritti ed ora variamente concorrendo all’appagamento di quelli di già riconosciuti nell’ambito stesso<sup>41</sup>.

Soprattutto a quanti hanno mosso (e muovono) aspre critiche alla giurisprudenza dell’Unione sembra, dunque, di dover rivolgere l’invito a riconsiderare le non poche novità registratesi nella giurisprudenza interna (costituzionale e non) per effetto della sistematica profondamente innovativa della Carta di Nizza-Strasburgo<sup>42</sup> e della giurisprudenza “eurounitaria” – come a me piace chiamarla – sia precedente che successiva alla sua entrata in vigore, senza peraltro tacere il ruolo viepiù rilevante al riguardo giocato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>43</sup>.

Non nego che si dia un qualche “*deficit sociale europeo*” – com’è stato chiamato da una sensibile dottrina<sup>44</sup> – che fa il paio con il più noto, annoso *deficit* democratico: nel senso, però, che la giurisprudenza dell’Unione potrebbe fare ancora di più e di meglio di quanto ha fin qui fatto a salvaguardia dei diritti c.d. “sociali”, non già nell’accezione drasticamente negativa che la dottrina sopra richiamata sembra invero assegnare alla formula suddetta. Onestà intellettuale tuttavia c’impone di riconoscere che non meno vistoso appare essere l’effettivo “*deficit sociale nazionale*”, per lo specifico aspetto della insufficiente attenzione manifestata dagli operatori di diritto interno verso le Carte dei diritti, che invece avrebbero potuto (e potrebbero) esser di non poco giovamento per le aspettative di tutela dei diritti stessi; e basti solo al riguardo rilevare lo scarso rilievo assegnato nelle pratiche giurisprudenziali di diritto interno alla Carta sociale europea<sup>45</sup>, malgrado la “copertura” di cui essa pure risulti astrattamente provvista dalla Costituzione (e non solo, come comunemente si dice, dall’art. 117, I c., bensì, ancora prima e di più, dagli artt. 2 e 3 nel loro fare “sistema” coi principi fondamentali restanti<sup>46</sup>).

---

<sup>41</sup> Un esempio per tutti può valere a rendere meglio il concetto. E, dunque, si pensi al diritto alla vita privata e familiare, con specifico riferimento alle sue applicazioni a vicende nel corso delle quali si è avuto tangibile riscontro della protezione ad esso assicurata dalle Corti europee (a coppie di conviventi, ecc.), una protezione che ha quindi avuto non poche volte il suo opportuno “seguito” ad opera dei giudici nazionali. L’espansione di diritti “non sociali” può, insomma, produrre un effetto di trascinarsi, specificamente percepibile al piano dei rapporti interordinamentali, determinando perciò talora una espansione “conseguenziale” dei diritti “sociali” nell’ordine interno.

Questo fenomeno attende ancora oggi di essere indagato come si conviene.

<sup>42</sup> Si pensi solo al significato posseduto dal riconoscimento della dignità e della solidarietà, nel vario combinarsi e ricaricarsi a vicenda, secondo quanto peraltro si avrà modo di vedere meglio sul finire di questa esposizione.

<sup>43</sup> Basti solo pensare ai benefici di ordine economico conseguenti alla presa di posizione da tale Corte assunta in merito all’uso delle leggi d’interpretazione autentica (come nella vicenda dei dipendenti ATA).

<sup>44</sup> D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, cit., 94.

<sup>45</sup> Lo rilevano, opportunamente, ora, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, spec. §§ 4 ss., e C. PANZERA, nello scritto sopra cit., spec. al § 4 ss.

<sup>46</sup> L’orientamento dell’analisi verso questo o quel parametro è espressivo di un indirizzo metodico ora formalmente ed ora assiologicamente ispirato. Di solito, fanno capo all’art. 117, I c., quanti guardano alle *fonti*, assumendo che alcune di esse godano comunque, quali che siano le *norme* dalle stesse prodotte, di “copertura” costituzionale. Una prospettiva – come si vede – che non distingue tra questo o quel documento normativo, tutti comunque, a motivo della loro provenienza dalla Comunità internazionale o dall’Unione europea, ugualmente protetti. Guardare, invece, ai principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, nei quali emblematicamente si riassumono ed esprimono i valori fondanti la Repubblica, significa impostare lo studio delle dinamiche della normazione in prospettiva assiologicamente orientata. La giurisprudenza costituzionale sembra risolutamente attratta verso il primo polo, pur non facendo difetto “schieghe” di giurisprudenza – come le si è altrove chiamate – riportabili al secondo; e basti solo, a quest’ultimo riguardo, pensare ai casi in cui si è ammesso che uno stesso documento normativo possa esprimere norme di natura e grado diversi (ad es., un trattato internazionale che “razionalizzi” norme non scritte della Comunità internazionale) ovvero al criterio della massimizzazione della tutela, cui si è dietro accennato, che può portare (ed effettivamente porta) all’abbandono delle usuali sistemazioni secondo forma, vale a dire alla conversione della *gerarchia delle fonti* in *gerarchia delle norme*.

Ogni medaglia ha due facce: tenere nascosta l'una e portare alla luce l'altra non è, dunque, darne una compiuta e fedele rappresentazione.

6. *Se i diritti sociali godano di buona salute e cosa possa farsi al fine di migliorarne la condizione, specie facendo leva sulla cooperazione interistituzionale*

Dobbiamo, a questo punto, chiederci se i diritti sociali (e i diritti in genere) godano, o no, di buona salute e cosa possa farsi al fine comunque di migliorarne la condizione<sup>47</sup>.

Credo di aver già implicitamente risposto ad entrambe le domande ma, a fugare ogni dubbio, desidero esplicitare ancora meglio il mio pensiero.

Che i diritti, specie nella presente congiuntura profondamente segnata da una crisi economica devastante, si trovino in uno stato di palese sofferenza è un dato sotto gli occhi di tutti, su cui sarebbe ozioso indugiare ulteriormente. Tutto ciò posto, sarebbe ingeneroso, espressivo di una visione miope e parziale, non prendere atto dei non pochi passi avanti fatti nel corso degli anni a tutela di diritti che, fino a non molto tempo addietro, ne erano sprovvisti. Una tutela che ha tratto non poco beneficio dal c.d. “dialogo” tra le Corti, malgrado lo stesso sia stato non di rado inquinato da irrigidimenti di posizione da una parte e dall'altra, espressivi di quell'exasperato “patriottismo costituzionale”, di cui un momento fa si diceva.

Il metodo del “dialogo” non si discute. Può anche non piacere, come a più d'uno non piace<sup>48</sup>; improponibile è, ad ogni buon conto, l'idea però di un ritorno ad un passato che vedeva la Costituzione quale unico punto di unificazione-integrazione dell'ordinamento e, per ciò pure, quale il solo punto di riferimento dei diritti, specie di quelli maggiormente bisognosi di garanzia. Il presente e – viene da pensare – ancora di più il prossimo futuro è, infatti, nel segno di un ordine “intercostituzionale”, caratterizzato da un “gioco” cui la Costituzione e le altre Carte (e queste ultime *inter se*) danno vita combinandosi in vario modo, all'insegna della *Grundnorm* della miglior tutela; un “gioco” idoneo a risolversi a beneficio di questa ovvero di quella Carta, senza alcun ordine di priorità astrattamente preconstituito, e, auspicabilmente, di tutte assieme, reciprocamente integrate nell'interpretazione.

A questo “gioco” tutte le Carte, Costituzione inclusa, non possono sottrarsi; non può, per ciò che maggiormente qui preme mettere in evidenza, farlo la nostra Carta, ove si convenga – come devesi – che il principio dell'apertura al diritto di origine esterna (internazionale e sovranazionale) rientra a pieno titolo tra i principi fondanti della Repubblica (artt. 10 ed 11) e che lo stesso è, a sua volta, obbligato a combinarsi coi principi fondamentali restanti, a fare cioè “sistema”, in ispecie a porsi al servizio della “coppia assiologica fondamentale” – come la si è altrove chiamata – costituita da libertà ed eguaglianza (e, ancora più in alto o a fondo, dignità).

L'idea “curtense” di Costituzione, appieno autosufficiente e perfetta in se stessa, è dunque rigettata, a un tempo, dalla stessa Costituzione e da un contesto complessivamente ed irreversibilmente segnato dall'abbattimento delle barriere statali e da una integrazione sovranazionale che parrebbe essere, per un verso, minacciata dalla crisi ma anche incoraggiata a portarsi ulteriormente in avanti<sup>49</sup>.

Il vero è che le pretese di tutela dei diritti, specie appunto di quelli sociali, possono essere almeno in parte appagate unicamente dallo sforzo congiunto prodotto a plurimi livelli istituzionali e frutto di “leale cooperazione” di tutti gli operatori. Una cooperazione, innanzi tutto, apprezzabile – come si è

---

<sup>47</sup> Utili indicazioni, anche in prospettiva comparata, sono venute proprio dagli studi, pur vari per ambito tematico coltivato ed orientamento, i cui esiti sono stati esposti in occasione del nostro incontro odierno.

<sup>48</sup> E ciò, a prescindere dalla critica radicale venuta da un'autorevole dottrina in ordine all'uso stesso del termine per ciò che attiene alle relazioni tra le Corti (G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna 2010).

<sup>49</sup> La crisi, infatti, può spingere verso l'uscita di alcuni Stati (a partire dalla Grecia) dall'Unione; e, però, incoraggia all'adozione di misure di contenimento concertate in ambito internazionale ed eurounitario, destinate quindi ad essere perfezionate nei singoli ordinamenti nazionali. È una delle tante, apparenti contraddizioni del tempo presente.



venuti dicendo – al piano delle relazioni interordinamentali e quindi, in seno ad uno stesso ordinamento, al piano delle relazioni tra organi ed enti, i quali possono (e devono) attingere a tutte le risorse di cui sono dotati in vista del conseguimento dello scopo comune.

Dunque, una cooperazione, in primo luogo, tra legislatore e giudici: all'uno spettando il compito di dare il primo, diretto e necessario svolgimento alle scarse indicazioni costituzionali (della Carta nazionale come delle altre Carte) e di darlo a mezzo di discipline normative essenziali, duttili, *per principia* insomma, che quindi si affidino ai giudici per le loro opportune specificazioni-attuazioni<sup>50</sup> e i necessari bilanciamenti richiesti dai casi<sup>51</sup>.

Una cooperazione, in secondo luogo, tra tutti gli enti (specie a base territoriale) in cui si articola la Repubblica, da ciascuno di essi attendendosi prestazioni idonee a dare beneficio ai diritti; e basti solo al riguardo pensare a quanto già hanno fatto ed a quanto ancora di più possono fare, ad es., le Regioni al servizio dei diritti<sup>52</sup>. Non è a caso che la crisi in cui versa – temo, senza riparo – l'autonomia regionale si sia accompagnata alla sensibile contrazione della tutela dei diritti sociali. La qual cosa conferma che l'autonomia fa tutt'uno coi diritti e gode dunque di buona salute se stanno bene anche questi, e viceversa: i diritti potendo avere giovamento da un'adeguata promozione dell'autonomia, in linea con l'indicazione data dal principio di cui all'art. 5, nel suo fare "sistema" coi principi di libertà ed eguaglianza<sup>53</sup>.

### 7. Al tirar delle somme: promuovere i diritti sociali attraverso la solidarietà

Al tirar delle somme, un'accresciuta e complessivamente adeguata protezione dei diritti, nei limiti consentiti dai tempi, non sembra possa aversi se non per effetto di un mutamento di mentalità, di metodo appunto, nel modo con cui ci si deve correttamente porre davanti ai diritti stessi, dando ascolto alle loro pressanti e diffuse richieste di salvaguardia.

Questo mutamento si rende apprezzabile – come si è tentato di mostrare – attraverso un profondo e critico ripensamento dei rapporti tra le Corti e di queste col legislatore; allo stesso tempo vanno sottoposti a revisione antichi e collaudati schemi teorici d'inquadramento, a partire da quello che vede i diritti tenuti rigidamente separati dai doveri e giudicati comunque meritevoli di prioritaria

---

<sup>50</sup> Che i giudici siano talora chiamati ad un'attività di "attuazione", anziché – come pure opina un'accreditata dottrina [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*] – meramente "applicativa", che perciò si connota come "normativa" pur laddove le decisioni che vi fanno luogo risultino improduttive di effetti generali, è provato – a tacer d'altro – dai non infrequenti casi in cui l'attività stessa si raccorda a precedenti decisioni "di principio", al fine di darvi l'opportuno "seguito" (in argomento, da ultimo, A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015).

<sup>51</sup> Del bisogno di un complessivo riequilibrio dei rapporti tra legislatore e giudici molti si mostrano avvertiti, pur nella diversità delle prospettive da cui si guarda ai rapporti stessi e dei conseguenti esiti teorico-ricostruttivi (di recente e per tutti, G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*. Infine, volendo, può vedersi anche il mio *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 novembre 2014).

<sup>52</sup> Particolarmente istruttivo, al riguardo, il quadro risultante dalla corposa ricerca di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli - L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014.

<sup>53</sup> Che l'autonomia abbia la sua cifra identificante e più genuinamente espressiva proprio nel suo porsi al servizio dei diritti e nel riuscire a dare un'effettiva e non meramente nominale tutela agli stessi è argomentato in alcuni miei scritti, tra i quali *L'autonomia regionale (profili generali)*, cap. II dei *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura mia e di G. Verde, Giappichelli, Torino 2012, nonché in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2011.

Sull'incidenza della crisi tanto sull'autonomia quanto sui diritti, varie notazioni, oltre che nei contributi di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, cit., in C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit.; S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013; G.G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014; F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 17/2014. Infine, *L'impatto della crisi sulla tutela dei diritti nelle Regioni. La prospettiva italiana, spagnola ed europea*, Università Lumsa di Roma, 13 novembre 2014.



considerazione. Si trascura, tuttavia, di considerare che alla radice di molte delle carenze riscontrate al piano della salvaguardia dei diritti sta una distorta rappresentazione del rapporto intercorrente tra diritti e doveri, in ispecie una insufficiente percezione di ciò che può (e deve) fare il dovere di solidarietà, unitamente al dovere di fedeltà alla Repubblica, al servizio dei diritti<sup>54</sup>.

Ho sempre pensato (e vado sempre di più radicandomi in questo mio convincimento) che il dovere di solidarietà, al pari del cervello umano, sia stato sfruttato (e, prima ancora, conosciuto) per non più del cinque per cento del suo formidabile potenziale espressivo. Se solo si fosse finalmente messo a punto un organico programma di giustizia sociale, volto ad una complessiva redistribuzione della ricchezza, unitamente alla lotta all'evasione fiscale ed alla corruzione, in vista del recupero di un minimo etico in seno al tessuto sociale, molti degli ostacoli che ad oggi impediscono un effettivo e sostanziale appagamento dei diritti sociali potrebbero considerarsi rimossi e spianata, perciò, la via per un armonico sviluppo della persona umana.

La solidarietà – è stato opportunamente messo in luce dagli studi di sensibili studiosi<sup>55</sup> – ha da aprirsi e spiegarsi a raggiera, praticamente per ogni dove, facendosi apprezzare altresì nelle sue proiezioni intergenerazionali e al piano delle relazioni interordinamentali.

Il legislatore, per un verso, e le Corti, per un altro, come si è tentato di mostrare, possono (e devono) fare molto a questo fine, senza di che i diritti sociali (e, riassuntivamente, la dignità) rischiano di restare confinati tra le mere, generose ma ingenui, declamazioni, incapaci tuttavia – per riprendere la metafora iniziale – di uscire dal labirinto nel quale si trovano.

---

<sup>54</sup> Particolarmente complessa ed impegnativa la questione relativa al rapporto tra solidarietà e fedeltà. Una interessante proposta ricostruttiva è di recente venuta da A. MORELLI, *I principi costituzionali in materia di doveri inderogabili di solidarietà*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 20 aprile 2015. A mia opinione, entrambe sono, e cioè fanno, la dignità *in action*.

<sup>55</sup> Per tutti, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit.

**Pasquale Costanzo**

**Le principe “*non bis in idem*” : concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour de Justice de l’Union Européenne ?**

SOMMAIRE: 1. Prolégomènes. – 2. Le principe «non bis in idem» dans le Protocole VII à la Convention de Rome et dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. – 3. Le principe “non bis in idem» dans l’Union européenne. Les différentes perspectives: *a)* du marché et *b)* de la circulation transfrontière. – 4. La Charte des droits fondamentaux. – 5. Remarques finales.

**1. Prolégomènes**

Le principe “*non bis in idem*”, qui exprime l’interdiction qu’une personne soit jugée de nouveau pour le même chef d’accusation a, comme on le sait, des origines anciennes, si on considère qu’un tel principe se trouverait déjà dans le *Corpus Juris Civilis* et qu’on pourrait déjà trouver quelques références chez Démosthène. Il a été ensuite perpétué au fil des siècles, comme en témoigne, entre autres, l’attention particulière que lui a accordée, au moyen-âge, dans la *Common Law*, l’archevêque de Canterbury, Thomas Beckett et plus tard encore en Italie Bartolo de Saxoferrato.

Le même principe trouve sa place parmi les «valeurs» du constitutionnalisme libéral et démocratique et il a été reçu par presque toutes les Constitutions plus récentes, même s’il figure déjà dans le cinquième amendement de la Constitution des États-Unis d’Amérique, dont la Cour suprême a déclaré que «l’idée sous-jacente, qui est profondément enracinée au moins dans le système anglo-américain de jurisprudence, c’est que l’État, avec toutes ses ressources et sa puissance, ne peut pas permettre des tentatives répétées pour faire condamner une personne pour une infraction présumée, en le soumettant ainsi à l’embarras, à frais et à la souffrance et en l’obligeant à vivre dans un état permanent d’anxiété et d’insécurité».

Bien qu’il semble difficile de reconnaître l’existence d’un tel principe en le droit international, au-delà du plan conventionnel, il s’agit d’examiner ici la portée et les implications du principe dans la jurisprudence des cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg, avec l’objectif premier, comme le titre de ma contribution déclare, de comprendre si la relation entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour de Justice de l’Union Européenne peut se définir “complémentaire” ou bien “concurrentielle”.

Du fait de la superposition des intérêts et des droits produite par le processus d’intégration de l’Union européenne et par l’action menée par la Cour européenne des droits de l’homme, la matière a subi un développement véritablement particulier en Europe, si bien qu’il est possible d’identifier clairement la séquence des phases qui a caractérisé l’affirmation du principe non bis in idem: on commence tout d’abord par une phase, pour ainsi dire, purement politique, dans laquelle joue un

rôle décisif la volonté souveraine des États et on arrive à la dernière phase, qui voit l'existence d'un droit subjectif des individus à se prévaloir du principe, en passant aussi par des phases hybridées par les deux situations susmentionnées. Donc, au départ, l'interdiction du "non bis in idem" a fait l'objet d'accords bilatéraux et de conventions multilatérales, qui sont arrivés jusqu'à donner de l'importance même aux événements judiciaires passés dans des pays tiers. Depuis les années 1980 le même principe a trouvé une reconnaissance progressive dans le cadre des politiques de coopération et cohésion européenne et aujourd'hui le non bis in idem jouit, grâce à la Charte de Nice, d'une reconnaissance constitutionnelle au niveau européen.

## ***2. Le principe «non bis in idem» dans le Protocole VII à la Convention de Rome et dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg***

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, quelques conventions signées entre 1957 et 1972 n'ont pas eu la suite envisagée au moment de leurs signature, et, en conséquence, même l'interdiction du "non bis in idem" prévue dans ces conventions est restée dans l'ombre.

Il faudra attendre l'entrée en vigueur (le 1er novembre 1988) du 7<sup>me</sup> Protocole d'Application de la Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (signé à Strasbourg le 22 novembre 1984) pour qu'un tel principe reçoive une reconnaissance formelle et effective, grâce à la prévision selon laquelle "Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat" (art. 4).

Cette reconnaissance a contribué au changement de perspective dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, si l'on se souvient que la Commission européenne des droits de l'homme avait auparavant refusé la possibilité de dégager le principe de l'article 6 de la Convention de Rome (voir, par exemple, [Commission, 13 juillet 1970, requête n° 4212/69](#)).

En effet, l'observation de la jurisprudence de Strasbourg démontre que la Cour a bâti, au fil du temps, pièce par pièce un cadre plus "compact" que celui des juges de Luxembourg, visant à étendre les garanties prévues par la disposition citée du protocole n° 7 à la Convention.

Parmi les premières questions auxquelles la Cour a dû répondre il y a eu celle concernant la nature des accusations portées contre certains sujets à l'intérieur des États membres du Conseil de l'Europe. À cet égard, la Cour a sauvegardé les interprétations déjà établies dans sa jurisprudence concernant l'"accusation criminelle" et la "peine" visées par les articles 6 et 7 de la Convention.

De ce point de vue, la Cour a adapté au principe du non bis in idem les trois paramètres dressés dans les années 1970 dans l'[affaire Engel](#).

Le premier critère «Engel» considère le classement de l'infraction (par exemple, administrative ou pénale) par le droit interne des États. Pourtant, ce critère, loin d'être décisif, constitue dans la jurisprudence de la Cour, un simple point de départ, d'une valeur, pour ainsi dire, tout à fait symptomatique. La Cour veut en effet garder sa pleine autonomie complète en la matière. Cela est confirmé par le désormais célèbre arrêt [Grande Stevens](#), par lequel la Cour a, bien sûr, condamné l'Italie, mais, en même temps, elle a remarqué que «les manipulations du marché reprochées aux requérants ne constituent pas une infraction pénale en droit italien».

Le deuxième critère «Engel» prend en compte le nombre des destinataires des sanctions, estimant, usuellement, comme règles relevant d'un statut administratif, les normes particulières et concrètes et, par contre, comme règles relevant du droit criminel, celles dont la teneur est générale et abstraite. De ce point de vue, il est tout d'abord important pour la Cour de vérifier le classement des procédures similaires dans les autres États membres du Conseil de l'Europe (affaire [Öztürk c. Allemagne](#)).

Toutefois, dans la jurisprudence la plus récente, on a fait référence surtout à la taxinomie de sanctions «traditionnellement» utilisées par les législateurs pour protéger les biens juridiques dont on discute, en utilisant, le cas échéant, une analyse comparative. C'est pour cette raison que la décision [Grande Stevens](#) accorde une grande importance au fait qu'« Il s'agit là d'intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal». Le but même des sanctions n'est pas négligé, en excluant, selon les théories modernes de la «fonction des peines», le caractère criminel, s'il est établi que le seul but des dommages-intérêts est préventif et non pas répressif.

Le troisième critère «Engel» vise à vérifier le degré afflictif de la peine. Dans cette perspective, le caractère criminel est normalement prétendu si on a prévu des sanctions qui restreignent la liberté personnelle. Cependant, même la prévision d'amendes n'empêche pas de classer les sanctions comme criminelles dans les cas où l'on pourrait les remplacer par des mesures qui restreignent la liberté personnelle. Décisive pour cette évaluation est encore le degré afflictif de la peine, même si elle est seulement de nature pécuniaire (affaire [Grande Stevens](#) et, dans l'UE, [affaire Spector](#)).

Quant au deuxième aspect du problème, c'est-à-dire le «bis» (nous venons de discuter du premier, celui du «idem»), soulignons avant tout que la signification de l'interdiction ne concerne pas seulement les sanctions, mais aussi la procédure, étant donné que l'article 4 du protocole numéro 7 prévoit une garantie contre les poursuites redoublées ou contre le risque de telles actions et pas seulement contre une déclaration de culpabilité ou un acquittement répétés. Plus précisément, l'interdiction entre en jeu dans l'éventualité qu'un processus nouveau démarre tandis que la

précédente décision d'acquiescement ou de condamnation a été déjà prononcée, donc hors de cas de litispendance.

Le point le plus controversé concerne la duplication des sanctions législatives de toutes sortes pour les mêmes faits. En effet, la Cour de Strasbourg, à propos des «surtaxes», considérées comme criminelles, a censuré l'établissement simultané de sanctions administratives et pénales. Encore récemment (affaire [Nykänen c. Finlande](#) du 20 août 2014, *Chanceux Dev c. Suède* du 7 février 2015 et [Kiiveri c. Finlande](#) du 10 mai 2015), la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé qu'il y a violation du principe non bis in idem en présence de la double voie des sanctions administratives et pénales en matière fiscale (ce qui a poussé la Finlande à modifier son système fiscal et notre Cour suprême à réfléchir sur son approche traditionnellement favorable à la duplication administrative et criminelle des sanctions ([Cour de Cassation, 15 mai 2014, n° 20266, 1er octobre 2014 n° 40526; 10 juillet 2014, n° 30267](#)), et même le [Tribunal de cette belle ville de Bologne a soulevé, le 21 avril dernier](#), une question de constitutionnalité pour violation de la Convention de Rome.

Étonnamment, la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir été plus disponible dans l'affaire mentionnée [Grande Stevens](#), si l'on considère que l'Italie n'aurait pas été obligée par la jurisprudence de la même Cour, si les sanctions prévues avaient été de nature différente (c'est-à-dire, fiscales et criminelles).

Dans le passé, la Cour avait statué que l'interdiction, qui découle du mot «idem», aurait été contrevenue, si des faits avaient été juridiquement qualifiés par l'État de la même manière. Par contre, actuellement, elle veille à ce que des sanctions ne soient pas appliquées pour les mêmes faits.

Par conséquent, à l'heure actuelle on peut dire que, dans sa jurisprudence relative au principe non bis in idem, visé par le protocole n° 7, la Cour européenne des droits de l'homme s'attache uniquement à l'identité des faits et non à l'identité des intérêts juridiquement protégés. Ainsi comme on l'a déjà exposé dans le contexte du principe non bis in idem du droit de l'Union, la notion d'idem devrait être orientée par la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme en vertu de laquelle c'est l'identité des faits qui est déterminante, tandis que l'intérêt juridiquement protégé ne présente que peu d'importance à cet égard. C'est avec l'affaire [Zolotoukhine](#) de l'année 2009 que la Cour a établi cette jurisprudence, en assonance avec la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, c'est-à-dire, nous le répétons, en écartant le critère de la qualification juridique des faits, pour faire prévaloir exclusivement l'identité des faits et des «décisions [...] appuyées sur les mêmes conduites».



### ***3. Le principe “non bis in idem» dans l’Union européenne. Les différentes perspectives : a) du marché et b) de la circulation transfrontière***

Dans l’Union européenne, le principe «non bis in idem» a été reconnu même antérieurement au Conseil de l’Europe, et partant on peut réputer bien fondée l’opinion selon laquelle on retrouve ce principe parmi les principes le plus “fortement enracinés dans le droit communautaire”.

En effet, c’est au moins depuis la deuxième moitié des années 1960, que la Cour de Luxembourg s’est engagée à mettre en valeur le principe à la fois dans le cadre du droit de la fonction publique et dans le domaine du droit de la concurrence, malgré la fragilité des bases juridiques.

En ce qui concerne la concurrence et les sanctions arrêtées par la “Communauté”, la tendance semble soutenir une application rigoureuse de l’interdiction du “non bis in idem”. On s’aperçoit que les points les plus critiques concernent l’identification des hypothèses qui sont soumises à l’interdiction du non bis in idem. La Cour de Luxembourg a codifié les règles particulièrement dans l’affaire [Cemento](#), en interdisant «de sanctionner une même personne plus d’une fois pour un même comportement illicite, afin de protéger le même bien juridique», et en imposant la triple condition de l’identité des faits, de l’unicité du contrevenant et de l’identité de l’intérêt juridique protégé.

De ce point de vue, c’est surtout la troisième condition qui s’oppose à la jurisprudence de Strasbourg en raison du fait que la condition de l’identité de l’intérêt légal protégé entraîne l’amointrissement du niveau de protection.

Ce sont ainsi les avocats généraux de la Cour de Justice qui souhaitent l’alignement des deux Cours, plaidant pour la thèse selon laquelle «l’identité des faits (qui inclut nécessairement l’identité du contrevenant) devrait désormais constituer le seul critère déterminant dans l’interprétation de la notion d’idem dans le cadre du principe non bis in idem du droit de l’Union».

Comme il arrive souvent dans l’Union, la reconnaissance du potentiel du principe «non bis in idem» a été la conséquence de la faveur pour la réalisation des objectifs de la libre circulation et du processus d’intégration européenne.

(14) Nous nous référons, précisément, à l’article 54 de la Convention d’application de l’accord de Schengen, signée à Schengen le 9 juin 1990 –, qui prévoit que “Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d’exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation”. On a bien remarqué que cet article «a pour objectif d’éviter qu’une

personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs États membres».

On a ici également demandé à la Cour d'expliquer si la définition de «mêmes faits» (le «idem») s'appuie, conformément à la méthode suivie en matière de concurrence, sur la qualification juridique donnée par les systèmes pénaux nationaux ou si, par contre, le critère décisif est seulement dans l'identité matérielle des faits. Il n'est pas anodin qu'ici, à la différence d'une attitude de la concurrence, la Cour de Luxembourg a adopté l'approche la plus favorable. Plus exactement, c'est plutôt la crainte des obstacles à la libre circulation dans l'espace Schengen», que l'application du critère de l'identité de l'intérêt juridique protégé aurait impliqués («étant que l'intérêt varie d'un État à l'autre»), qui a amené la Cour à croire que «le seul critère pertinent aux fins de l'application de l'article 54 de la CAAS est celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles» (arrêts du 9 mars 2006, [Van Esbroeck](#); du février 2003, [Gözütok et Bruegge](#) et du 28 septembre 2006, [Francesco Gasparini](#)).

Cependant, le problème majeur intéresse ici la condition prévue par l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen concernant «l'exécution de la peine», car, en vue de rendre le bis in idem plus difficile, cette condition finit par abaisser le niveau de protection de l'interdiction même en contradiction avec Strasbourg.

La complexité de la situation a été remarquée, récemment, même par la Grande Chambre de la Cour, qui a jugé nécessaire (affaire [Zoran Spasic](#), C-129/14 PPU du 27 mai 2014) une position claire de soutien de la compatibilité d'une telle disposition avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il faut en effet souligner que dite Charte consacre le principe non bis in idem sans imposer aucune condition quant à son application, tandis que la Convention d'application de l'accord de Schengen introduit une condition supplémentaire, notamment que la sanction infligée ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'État de condamnation. La Cour a estimé que cette condition supplémentaire ne remet pas en cause le principe non bis in idem en tant que tel, du moment qu'elle vise plutôt à éviter l'impunité des personnes condamnées. En effet, en permettant, en cas de non-exécution de la sanction imposée, aux autorités d'un État membre autre que l'État membre de condamnation, de poursuivre pour les mêmes faits le condamné, le risque que ce dernier reste impuni du fait qu'il a quitté l'État de condamnation est évité. La Cour a aussi trouvé que cette même condition est proportionnelle et n'excède pas ce qui est nécessaire pour éviter l'impunité des personnes condamnées.

Dans un autre arrêt rendu l'année dernière (affaire M., [C 398/12](#), 5 juin 2014), la Cour a interprété l'article 54, en précisant qu'afin de déterminer si une décision judiciaire constitue une

décision jugeant définitivement une personne, il convient de s'assurer qu'elle a été rendue à la suite d'une appréciation portée sur le fond de l'affaire. Ainsi, le non-lieu prononcé à la suite d'une instruction au cours de laquelle ont été rassemblés et examinés divers moyens de preuve doit être considéré comme ayant fait l'objet d'une appréciation portée sur le fond.

L'efficacité du principe non bis in idem dans les procédures pénales au sein de la plus vaste matière des conflits de compétence a fait l'objet d'une analyse dans un Livre vert du 23 décembre 2005, qui a conduit, à son tour, à l'adoption de la Décision-cadre 2009/948/JAI "relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales", même s'il faut rappeler que la Commission européenne a signalé le juin 2014, que seuls 15 États-membres sur 28 avaient procédé à cette date à la transposition de la mesure et que des retards, ainsi que de petites inconsistances persistaient dans leurs mise en œuvre).

La Cour de Luxembourg a été appelée pour la première fois à rendre des décisions préliminaires sur la portée de cette décision-cadre au sein de dite affaire [Mantello](#). L'occasion à confirmé la volonté claire de la Cour de se référer à l'interprétation du "non bis in idem" qui «figure également dans l'art. 54» de la Convention d'application de l'accord de Schengen, en considérant l'identité et «l'objectif commun des articles 54 de la CAAS et 3, paragraphe 2, de la décision-cadre» 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen, «consistant à éviter qu'une personne ne soit à nouveau poursuivie ou jugée au pénal pour les mêmes faits». Sur cette base, la Cour a donc précisé que cette notion devrait être «interprétée comme visant la seule matérialité des faits et englobant un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles, indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé».

En ce sens, la Cour a affirmé que «Lorsque est portée à la connaissance de l'autorité judiciaire d'exécution l'existence dans un État membre d'un jugement définitif pour les 'mêmes faits' que ceux visés par le mandat d'arrêt européen dont elle est saisie, dite autorité doit, conformément à l'article 3, point 2, de la décision-cadre, refuser l'exécution de dit mandat d'arrêt, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'État membre de condamnation» ([affaire Mantello](#)).

En revanche, selon la Grande chambre, le caractère «définitif» d'un jugement visé par l'article 3, point 2, de la décision-cadre «relève du droit de l'État membre où ce jugement a été rendu». Ainsi, selon la Cour, une décision qui, selon le droit de l'État membre ayant engagé des poursuites pénales à l'encontre d'une personne, n'éteint pas définitivement l'action publique au niveau national pour certains faits «ne saurait avoir, en principe, pour effet de constituer un obstacle procédural à ce que des poursuites pénales soient éventuellement entamées ou poursuivies, pour les mêmes faits, à l'encontre de cette personne dans l'un des États membres de l'Union».

#### ***4. La Charte des droits fondamentaux***

Le moment est venu d'aborder la consécration du «droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction», faite par l'article 50 de la Charte de l'Union européenne déjà mentionné, qui prévoit que «nul ne peut être poursuivi ou déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union après un jugement pénal définitif conformément à la loi».

Si on considère d'abord les explications de l'article, on apprend que la «règle du non-cumul vise le cumul de deux sanctions de même nature, en l'espèce pénales» et qu'elle ne devrait pas s'appliquer «uniquement à l'intérieur de la juridiction d'un même État, mais aussi entre les juridictions de plusieurs États membres». Et, surtout, que «Cela correspond à l'acquis du droit de l'Union». Selon les mêmes explications, les «exceptions» par lesquelles des «conventions permettent aux États membres de déroger à la règle 'non bis in idem'» sont «très limitées» et «sont couvertes par la clause horizontale de l'article 52, paragraphe 1, sur les limitations»; et finalement que «En ce qui concerne les situations visées par l'article 4 du protocole n° 7, à savoir l'application du principe à l'intérieur d'un même État membre, le droit garanti a le même sens et la même portée que le droit correspondant de la CEDH».

Toutefois, ne sont pas encore complètement résolus, à cause d'une jurisprudence contradictoire, le problème du destin des dispositions restrictives nationales du principe de non bis in idem attachées à l'accord de Schengen, d'une part et celui des complications liées à la ratification manquée du mémé Protocole, chaque fois qu'il pourrait être utilisé contre une législation nationale d'application de l'Union européenne, de l'autre. Bien qu'il semblerait logique de supposer que l'article 50 de la Charte ait englobé et mis «entièrement» à jour le principe.

En effet, avec l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, il faut reconnaître au principe non bis in idem une dignité constitutionnelle dans l'Union européenne, à savoir «un fondamental droit inhérent aux systèmes juridiques de tous les États membres, inhérent à la notion de principe de la primauté du droit et expressément consacré par la Charte «valide en tant que tel, pas seulement au sein de domaines spécifiques comme dans le passé, mais en ligne générale - encore que toujours dans le cadre des compétences conférées à l'Union européenne». Plus précisément, il peut être observé que, à propos du profil du «idem», la Cour, en ce qui concerne la mise en œuvre nationale du droit de l'Union, tend à suivre la conception large du principe, soulignant l'exigence de l'identité des seuls faits matériels. C'est ainsi que, uniquement en ce qui

concerne le domaine de la concurrence, à Luxembourg on continue à postuler la triple condition pas seulement de l'identité des faits, mais également de l'unicité du contrevenant et de l'identité de l'intérêt juridique protégé.

A vrai dire, une telle situation n'a pas manqué de susciter des perplexités au sein de la Cour même, qui a considéré comme «Le fait que le principe non bis in idem fasse l'objet d'une interprétation et d'une application variant ainsi en fonction du domaine de droit» est préjudiciable «à l'unité de l'ordre juridique de l'Union». Ou bien elle a considéré que cela aujourd'hui est inacceptable étant donnée «l'importance vitale de ce principe comme un principe du droit communautaire». En définitive «La portée fondamentale que revêt la règle non bis in idem en tant que principe général du droit de l'Union, élevé au rang de droit fondamental, a pour conséquence que son contenu ne devrait pas être substantiellement différent en fonction du domaine juridique concerné». En ce sens, certains Avocats Généraux sont persuadés que «Pour déterminer les garanties que confère le principe non bis in idem, tel qu'il est aujourd'hui codifié à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, les mêmes critères devraient s'appliquer dans l'ensemble du droit de l'Union, en couvrant les différents domaines qui le composent».

On a considéré également que rien ne justifie objectivement que le principe non bis in idem soit soumis, en droit de la concurrence, à d'autres conditions qu'ailleurs. En effet, le principe vise de la même manière à assurer la libre circulation des citoyens de l'Union sur le territoire de l'Union comme un «espace de liberté, de sécurité et de justice et pour améliorer et faciliter les activités commerciales des entreprises dans le marché intérieur et, en fin de compte, à uniformiser les conditions de concurrence dans l'ensemble de l'espace économique européen».

En revanche, rien ne prouve que la Cour de Strasbourg puisse accepter de reconnaître au principe, dans le secteur spécifique du droit de la concurrence, une moindre capacité de protection.

Cependant, c'est la question du "bis" qui présente des problèmes majeurs. En principe, on peut dire que la Cour de Luxembourg, en reprenant les «règles» de l'affaire [Engel](#) de la Cour de Strasbourg, continue à se référer soit à la nature des infractions, soit aux objectifs des sanctions. Mais, on remarque dans l'ensemble, une démarche conduite davantage sur le terrain que de façon systématique. Alors, à côté des cas où, en particulier dans le domaine de la concurrence, la Cour a admis le caractère matériellement «criminel» des surtaxes appliquées afin d'assurer la mise en œuvre du droit de l'Union, on remarque plusieurs décisions différentes (notamment dans le secteur agricole en raison, par exemple, de l'existence de sanctions qui punissent de simples irrégularités ou de sanctions qui comportent le rejet de demandes de subventions économiques). En ce sens, récemment, la Grande chambre, compte tenu de l'importance de la nature criminelle de la sanction pour l'application de l'interdiction du principe non bis in idem dans l'espace européen, a rappelé



«que l'exclusion temporaire d'un opérateur économique d'un régime d'aides ne constitue pas une sanction pénale».

C'est, en particulier, dans l'affaire [Fransson](#), que la Grande Chambre de la Cour a éclairé le champ d'application de l'article 50 de la Charte.

La Cour, après avoir rappelé les intérêts financiers et la compétence de l'Union relativement à la valeur ajoutée, en se référant à la jurisprudence Engel, a affirmé qu'il y a trois critères pertinents permettant d'évaluer la nature criminelle des pénalités fiscales. Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le deuxième la nature même de l'infraction et le troisième la nature ainsi que le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé.

La Cour a encore expliqué que «Le principe ne bis in idem énoncé à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, successivement une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal».

La Cour a jugé enfin qu'«Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier, à la lumière de ces critères, s'il y a lieu de procéder à un examen du cumul de sanctions fiscales et pénales prévu par la législation nationale par rapport aux standards nationaux [...] ce qui pourrait l'amener, le cas échéant, à considérer ce cumul comme contraire aux dits standards, à condition que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives».

### ***5. Remarques finales***

On peut remarquer pour finir que les affaires [Fransson](#) et [Grande Stevens](#) représentent actuellement les pointes plus avancées, respectivement, du Luxembourg et de Strasbourg sur le principe non bis in idem, en donnant la preuve d'une relation profitable entre les deux Cours européennes.

Les domaines des compétences demeurent en tout cas bien délimités: en effet, dans l'affaire [Fransson](#), on tient à souligner que «le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la CEDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national»; tandis que, dans l'[affaire Grande Stevens](#), on remarque clairement la Cour de Strasbourg «n'interprète pas la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne». Encore, la reconnaissance du principe non bis in idem, qui fait désormais partie du Bill of Rights de l'Union

européenne, signifie, pour la Cour de Luxembourg, que son champ d'application va au-delà des cas purement nationaux pour s'étendre aux situations transfrontalières, alors que la Cour européenne des droits de l'homme définit le contenu minimal du principe exclusivement au sein des États membres selon ce qui est établi par l'article 4 du protocole no 7, qui voit les juges des États comme les destinataires de l'interdiction.

De surcroît, si on pouvait discuter jusqu'ici de complémentarité, c'est plutôt de concurrence que, en revanche, nous sommes autorisés à parler après les interventions de deux Cours sur le fond des questions.

En effet, alors que la Cour de Luxembourg a adopté les critères d'évaluation de "idem" et "bis" élaborés à Strasbourg, la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier en la matière de surtaxes, maintient l'interdiction de la "double voie" pénale et administrative, de sorte qu'on pourrait parler, au lieu d'«harmonie», de «dissonance» avec l'Union et avec certains pays européens.

Ce n'est que récemment que la même Cour de Strasbourg a paru déterminée à rejoindre le droit communautaire, en reconnaissant l'inaptitude des sanctions de toutes sortes à activer l'interdiction, et en acceptant un amoindrissement du niveau de protection dans la région européenne dans le but d'une nouvelle "complémentarité" entre les systèmes (arrêt [Grande Stevens](#) et, auparavant, [Hans Åkerberg](#), arrêt [Fransson](#)).

Par conséquent, aujourd'hui, l'on peut dire que le dénominateur commun d'une réglementation européenne basée sur le principe "non bis in idem" est représenté par la reconnaissance de l'interdiction des doubles sanctions pénales, non seulement au sein des États, mais aussi entre les États membres, tandis qu'en vue de la prédétermination de «régimes de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives», la double voie des sanctions criminelles et administratives s'avère occasionnellement concevable, mais le plus souvent non réalisable, avec tous les problèmes qu'on connaît.

En tout cas, à ce stade, pour pouvoir parler de complémentarité ou plutôt de concurrence dans la protection des droits fondamentaux, il faudra rester attentifs à l'évolution des jurisprudences à propos de la norme interdisant de juger quelqu'un deux fois pour le même fait par rapport aux articles 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

À cet égard, une orientation de la Cour de Luxembourg met en avant la «clause de l'homogénéité» de l'article 52 de la Charte, en donnant au principe non bis in idem le même sens et la même portée que les normes correspondantes de la Convention de Rome, selon l'interprétation fournie par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (v. [affaire Bonda](#)).

Complètement à l'opposée se trouve l'orientation qui considère «pas trop audacieux» et «presque inévitable» que le non bis in idem «doit être considéré comme étant un principe autonome dans le contexte de l'Union européenne», «ou *propriae naturae*», si bien qu'il va «s'adapter aux spécificités du contexte supranational dans lequel il s'applique» (en particulier Conclusions affaire [Francesco Gasparini](#)). Pourtant, une orientation médiane, tout en reconnaissant la validité du «principe d'homogénéité», selon lequel «les droits de la charte qui correspondent à des droits garantis dans la CEDH doivent se voir reconnaître le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite CEDH», précise que «l'article 4, paragraphe 1, du protocole n° 7 de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, désigne le standard minimal qu'il y a lieu de garantir dans l'interprétation et l'application du principe non bis in idem en droit de l'Union».

Enfin, on peut également considérer que la poursuite d'un résultat herméneutique et dogmatique exclusif de l'Union est strictement lié à la capacité des traditions constitutionnelles communes d'être une source autonome à l'égard de Strasbourg pour l'interprétation des droits fondamentaux des citoyens de l'Union. D'autre part, comme l'a affirmé l'avocat général Villalón dans l'[affaire Fransson](#), «Dans le cas de la double sanction administrative et pénale, l'intensité de cette présence et de cet enracinement pourrait même être qualifiée de tradition constitutionnelle commune aux États membres».

À cet égard, la représentation de l'avocat général semble validée par le récent arrêté du Conseil constitutionnel français du 18 mars 2015, qui dans le « Considérant » 19, stipule: « que le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction ».

C'est donc sur cette base que, comme l'ont toujours reconnu les avocats généraux, «l'adoption de l'article 52, paragraphe 3, de la charte revêt nécessairement des caractéristiques propres lorsqu'elle est appliquée au principe non bis in idem»; par conséquent «Dans ces circonstances, [...] l'article 50 de la charte requiert une interprétation partiellement autonome» ... «Il convient bien sûr de tenir compte de la jurisprudence actuelle de la Cour de Strasbourg, mais le seuil de protection auquel la Cour doit se tenir doit être le fruit d'une interprétation indépendante et exclusivement fondée sur les dispositions et la portée de l'article 50 précité» (v. Conclusions dans l'affaire «[Fransson](#)»).

À ce propos, ne semble pas non plus sans effet l'avis même n° 2/13 rendu par la Cour de Justice le 18 décembre 2014 et dans lequel elle a exprimé une opposition au traité d'adhésion de l'Union

européenne à la Convention des droits de l'homme. Comme il a été souligné, cet avis traduit également un certain conservatisme tandis que le droit pénal de l'Union Européenne continue de se construire sur les bases qu'il s'est donné au fil des ans

**Giancarlo Guarino**  
**Corte costituzionale e diritto internazionale:**  
**noterelle a margine della sentenza 49/15.**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Il «predominio assiologico» un inedito criterio di legittimità? – 2. La logica dell'analisi. – 2.1. L'Italia e il sistema giuridico internazionale. – 3. Spunti per un dialogo, mancato, tra le Corti. – 3.1. La valenza generale della giurisprudenza internazionale, che costruisce il diritto internazionale. – 3.2. La certezza del diritto. – 3.3. Gli effetti perversi dell'istituto della prescrizione dal punto di vista dei diritti dell'uomo. – 4. I possibili e auspicabili argomenti di dialogo tra le corti. – 4.1. La natura formalistica della giurisprudenza CEDU. – 4.2. L'interesse dimenticato: la protezione dell'ambiente. – 4.3. La ondivaga valenza del diritto EDU. – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione

In due recenti scritterelli di poco conto<sup>1</sup> e in un terzo in corso di stampa<sup>2</sup>, saggiamente ignorati dalla dottrina più avvertita<sup>3</sup>, sottolineavo quella che potrebbe definirsi, oggi più che mai, una sorta di idiosincrasia, o almeno di sindrome di rigetto della nostra Corte costituzionale<sup>4</sup> nei confronti dell'intero diritto internazionale, tanto che, ovviamente in termini volutamente esagerati - stavo per dire scherzosi se mai fosse permesso dismettere talvolta il laticlavio - parlavo di una sorta di redivivo *estoppel*.

Aggravato, a mio modesto parere, dal fatto che verso il diritto internazionale si fondava, e si fonda, una sorta di disparità di trattamento tra sistemi giuridici: ostilità netta e generalizzata verso il diritto internazionale, comune e dei diritti dell'uomo, ossequio quasi pedissequo verso la UE e la sua Corte, sia pure sulla base della ben nota, ma a mio parere alquanto avventurosa, interpretazione dell'art. 11 Cost. Ciò, peraltro, con la contraddizione difficilmente comprensibile date le premesse, per cui le corti internazionali (e in particolare, la CIG nel caso della [sentenza 238/14](#) e la CtEDU, da ultimo, nel caso che ci occupa, *per relationem* la [sentenza Varvara](#)<sup>5</sup>) “dicono”, secondo la Corte, l’“ultima parola” in materia, salvo ... ad ignorarne il contenuto.

Per cui, evidentemente, il diritto della UE non viene considerato parte, benché particolare e importante, del diritto internazionale, ma bensì una sorta di *tertium genus*<sup>6</sup>, quasi un portatore della sindrome di Morris, molto rispettato, perfino magico o, come nella mitologia, divino, benché atipico e, forse proprio per quello, tenuto in grande considerazione<sup>7</sup>, e poi ignorato.

<sup>1</sup> Entrambi su [Consulta Online](#), 2014, 29.9.14 e 04.12.14

<sup>2</sup> Negli Scritti in onore di G. LAURINI, Napoli (ESI) 2015, dal titolo *Corte costituzionale e Diritto internazionale: diritto internazionale e diritto interno un amore contrastato?*, in corso di stampa. Ma v. anche, per una analisi da un altro punto di vista GUARINO G., *Sovranità dello stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015.03.15, in <http://www.rivistaoidu.net/>

<sup>3</sup> Da ultimo in *La Comunità internazionale*, 2015, 1, 13 ss, TANZI A., *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*.

<sup>4</sup> D'ora in avanti semplicemente *Corte*, per distinguerla da quelle CEDU, CtEDU, e UE, CGUE.

<sup>5</sup> Affaire [Varvara c. Italie \(Case of Varvara v. Italy\)](#) n. 17475/09, 24.3.2014.

<sup>6</sup> A quando il sesto e il settimo e così via, il quarto e il quinto essendo, come noto, già contemplati da certa dottrina?

<sup>7</sup> E non è certo un caso che in questo torno di tempo, mentre si discute alla riunione annuale 2015 della SIDI (ISIL per chi avesse dubbi sulla traduzione inglese) del criptico tema della *Incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (forse con allusioni al diritto naturale?) si propone di cambiare il nome della Società per aggiungervi la menzione del diritto dell'Unione europea (con, temo, qualche complicazione nella sigla, ormai nota e quindi consolidata nella percezione degli studiosi) a confermare che quest'ultimo non è diritto internazionale. Voglio dire: nessuno si sognerebbe di dire “diritto commerciale e delle società per azioni”, a meno di intendere che quest'ultimo è cosa diversa dal primo. Non è forse compito di una società qualsiasi di dare motivazioni approfondite delle sue scelte onomastiche, ma certo una *società scientifica* dovrebbe motivare, scientificamente appunto, e adeguatamente le proprie scelte, specie se di tanta, e divisiva importanza, a meno di correre il rischio (assolutamente escluso da chi scrive!) che la scelta appaia frutto di alchimie accademiche piuttosto che di valutazioni culturali.



È proprio qui il punto, come cerco di mostrare in poche parole, più avanti, ma, per ora e sinteticamente, non si può non ricordare che il diritto internazionale, come ogni ordinamento giuridico, *non ha mai*, per definizione, *un punto fermo*. In altre parole, nessuna sentenza mai è la parola ultima, non solo nel senso ovviamente banale, per cui ogni sentenza è suscettibile di essere “riscritta” (anche con il principio dello *stare decisis* il diritto si evolve!) ma anche nel senso che non può costituire la base unica e definitiva, e per di più immodificabile, del diritto o di una parte di esso. È ovvio, sia chiaro, che la *Corte* è perfettamente conscia di ciò, ma quando invece, come in questo caso, quella giurisprudenza la rifiuta *tout court* rifiuta nel contempo di “aiutarlo”<sup>8</sup>, quell’ordinamento, a “progredire” non ostante che la *Corte* ritenga di essere ... il sale della terra<sup>9</sup>. D’altro canto, il riferimento della *Corte*, alla “giurisprudenza consolidata” (qualunque cosa significhi) è la conferma di questa distorsione interpretativa. Il diritto insomma, secondo la *Corte*, si consolida e si sclerotizza, non è ben chiaro quando come vedremo più avanti, in un che di immutabile, aggravato dal fatto per cui, nel dubbio (o almeno finché non si sia “consolidato”<sup>10</sup>) è il “nostro” diritto quello che prevale<sup>11</sup>. Il diritto, invece, dovrebbe essere, anzi è, in continua evoluzione.<sup>12</sup>

### 1.1. Il «predominio assiologico» un inedito criterio di legittimità?

Nella sentenza, che sarà oggetto delle righe seguenti, la *Corte* sembra appunto cercare una sorta di *summa* esaustiva delle sue posizioni, di sintesi definitiva, senza appello con un linguaggio tanto assertivo quanto, talvolta, impervio; sempre con un pizzico di ironia, una sorta di «Augh, ho detto!».

Esordisce, infatti, la sentenza, rivolta ai giudici in un tono tanto infastidito quanto pedagogico: «sfugge al rimettente [che, poi, trattandosi della Corte di Cassazione, proprio di un imberbe uditore giudiziario non dovrebbe trattarsi] che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito<sup>13</sup>, è, *ovviamente*, subordinato al prioritario compito di

<sup>8</sup> Come spiego meglio *infra* § 0.

<sup>9</sup> Per un interessante analogo rilievo v. CONTI R., [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte costituzionale sentenza 49/15\)](#), in [Consulta Online, Studi, 2015/1](#) (09.04.15), 181 ss., dove giustamente l’Autore rileva: «La Corte costituzionale restringe i paletti che consentono alla CEDU e al suo diritto vivente di entrare nell’ordinamento interno ribadendo con forza ed anzi estremizzando la costruzione gerarchica sulla quale sono posti, *l’una sopra all’altra*, la Costituzione e la CEDU. Ne viene fuori, così, un edificio poggiato stabilmente sulle fondamenta della Costituzione, rispetto alle quali la CEDU “non consolidata” non è in grado di incidere in alcun modo, *proprio in ragione del suo essere “inferiore”* e dunque obbligata a ritrarsi, a non operare, se vogliamo ad essere “disapplicata” dal giudice - comune e (sia pur con forme diverse) costituzionale - quando essa contrasta con la Costituzione» (corsivo mio). Ma v. ancora più nettamente RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno: a prima lettura di corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015 in [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI\\_2015a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI_2015a.pdf). Il rischio è che, ho l’impressione che, a furia di fissare paletti, ci si trovi ridotti all’asfissia!

<sup>10</sup> Sorvolo qui sui criteri accennati dalla *Corte* per comprendere se una giurisprudenza sia o meno “consolidata”, ivi compreso il più atipico se non eccentrico di essi: la presenza o meno di opinioni dissidenti (autorevoli, poi ... come si fa a sapere se una opinione è autorevole?) che purtroppo dimostra la scarsa attenzione della *Corte* al modo di essere del diritto e quindi della giurisprudenza internazionali. Dove, tra l’altro, ogni fenomeno, anche il più emarginato e lontano (certo perfino il turco delle regioni più remote che tanto pare sorprenda RAIMONDI G., *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili*, intervista a D. Tega, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 2, 463 ss., 468, che però, se ben capisco, lamenta la scarsa conoscenza del diritto EDU da parte dei giudici ... italiani, come cit. in TEGA D., cit. *infra* nt. 15) serve, talvolta in maniera decisiva a *fare diritto*, ripeto *fare* non solo interpretare o applicare; mi domando come questa sentenza possa aiutare il giudice italiano ad orientarsi positivamente!

<sup>11</sup> In altre parole, ciò che, ad esempio nel diritto internazionale privato è l’*extrema ratio*, la soluzione disperata del giudice che, con le spalle al muro non riesce a trovare o applicare il diritto “competente” (L. 31.5.1995 n. 228, art 14.2 *in fine*: «... In mancanza si applica la legge italiana») qui diventa addirittura la premessa metodologica.

<sup>12</sup> L’entropia, per dirla anche qui scherzosamente, non è propria del diritto, anzi, ne è l’opposto. V. di recente lo splendido articolo di D’AMATO A., *Groundwork for International Law*, in *American Journal of International Law*, 2014, 650 ss. V. anche *infra* § 0.

<sup>13</sup> Invero, la frase citata nel testo, è preceduta, appunto, da una affermazione alquanto criptica, quando afferma: «In primo luogo, esso presuppone che competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle *superiori* previsioni della CEDU. È pertanto quest’ultima, e non

adottare una lettura costituzionalmente conforme, *poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU* (sentenze [n. 349](#) e [n. 348](#) del 2007)»<sup>14</sup>.

Dunque, addirittura un predominio e per di più assiologico<sup>15</sup> e, come se non fosse abbastanza, in una interpretazione costituzionalmente conforme: sono questi i due punti sui quali intendo dire qualche parola, se pure tralasciando gli altri spunti suggeriti dalla sentenza. La frase, come vedremo, contiene due affermazioni, entrambe molto assertive e non, a mio modesto parere, affatto condivisibili.

Chiara, invero, è la volontà della *Corte* di affermare il “predominio” cioè la prevalenza del diritto interno, sia pure costituzionale, italiano sul diritto CEDU e dunque sul diritto internazionale, perché, almeno su ciò non credo sia lecito dubitare, il diritto CEDU - o meglio i diritti dell’uomo esplicitati, tra l’altro, nella *Convenzione europea sui diritti dell’uomo* e il relativo sistema<sup>16</sup> - sono parte del diritto internazionale e cedono sistematicamente, anzi sistemicamente, il passo al diritto costituzionale italiano: dunque questa affermazione, specie se letta alla luce di altra precedente analoga giurisprudenza (in particolare la già ricordata [sentenza 238/14](#)) conferma l’idea della *Corte* per cui, almeno, spetta ad essa, e ad essa sola, di valutare se e quando applicare il diritto internazionale. E qui, siamo al passaggio ulteriore secondo la *Corte*: il diritto costituzionale italiano prevale *sempre e comunque* sul diritto internazionale dei diritti dell’uomo (e quindi, ripeto, sul diritto internazionale *tout court*) perché assiologicamente superiore. Portatore cioè di *valori* superiori a quelli della stessa Convenzione.

Vediamo un po’ più a fondo. Innanzitutto, valori, non diritti, doveri o altro, *valori*. Sorvoliamo pure sul “superiore”<sup>17</sup>, che in un testo giuridico fa pensare ad un rapporto gerarchico sul quale è lecito

---

*la legge della Repubblica, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato. Naturalmente, non è in discussione che, acquisita una simile dimensione, competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa (sentenza n. 239 del 2009), a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008)» (corsivi miei). L’andamento ondivago della affermazione, risulta francamente assai poco chiaro forse per la mia incapacità di accedere alla richiesta dimensione ermeneutica, ma poco importa, ciò che conta è la conclusione di cui nel testo. Francamente, però, la costruzione della Corte, mi sembra esageratamente puntigliosa. Certamente la CtEDU valuta il modo in cui una legge si applica nel concreto e il giudice interno, quindi, deve applicarne la sentenza “nella dimensione ermeneutica”, insomma nel caso specifico così come visto dalla CtEDU. Ma, a parte il fatto che il risultato non mi sembra che cambi poi tanto, se il giudice interno è subissato di “paletti” perché non può tenere conto della sentenza EDU se è “eccentrica rispetto alla legge”, così come se non ne adotti “una lettura costituzionalmente conforme”, tanto vale affermare che si deve ricorrere continuamente alla Corte costituzionale. Quei “paletti”, insomma finiscono per essere solo altrettanti motivi di impugnazione e di ricorsi. Per di più, ripeto a costo di sbagliare clamorosamente, in netto contrasto con quanto la stessa Corte afferma con riferimento alle sentenze pilota, che proprio e principalmente su una legge incidono.*

<sup>14</sup> [Sentenza 49/15](#), 26.3.2015, punto 4 del *Considerato in diritto* (corsivo mio). E dunque, oltre i “paletti” di cui *supra* nt. 13, questo ne è un altro!

<sup>15</sup> La stranezza del concetto è stata giustamente rilevata, ma non commentata, da MORI P., *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *Blog SIDI*, 15.4.2015 in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1393>, ma v. anche più ampiamente TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/nota\\_49\\_2015\\_tega.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/nota_49_2015_tega.pdf).

<sup>16</sup> È proprio sulla base di questo, del resto ovvio, assunto, che avevo criticato la [Sentenza 1/14](#), per la parte in cui non teneva minimamente conto del diritto internazionale dei diritti dell’uomo, dove, a mio parere, vi sono indicazioni assai precise in materia di legge elettorale: indicazioni che non possono essere ignorate a meno di considerare il diritto internazionale un semplice *optional*.

<sup>17</sup> Quasi a conferma della mia impressione, v. in senso critico verso la “prevalenza” di talune norme internazionali, di recente SPADARO A., [Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale \(nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL\)](#), in [Consulta Online, Studi, 2015/II](#), 504 ss.. Ma v. specialmente RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno: A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, in [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI\\_2015a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI_2015a.pdf), che giustamente allude ad una visione “piramidale” dei rapporti tra, direi io, diritto interno e diritto internazionale, su cui, come si vedrà tra poco, mi sarebbe molto difficile concordare, se l’Autore non rilevasse molto giustamente, 3: « La Corte, insomma, è restia a disporsi nell’ordine di idee secondo cui Costituzione e CEDU (e, a mia opinione, ogni altra Carta dei diritti) possono e

avere seri dubbi<sup>18</sup>, ma cosa c'entrano i valori con il diritto? Il diritto, comunque lo si voglia definire (e non è questo il luogo per attardarsi in questa discussione) è un sistema di norme, un sistema di diritti ed obblighi e relative sanzioni. Ebbene, un sistema di valori, a quanto ne so, definisce semmai il *modo* in cui le norme vanno scritte, la scelta di quali norme scrivere o il loro contenuto, ma non più né meno che questo.

L'affermazione della *Corte* è dunque estremamente, stavo per dire, arrogante: anzi, lo dico<sup>19</sup>.

Il nostro sistema di valori (qualunque esso sia, perché così definito è solo una petizione di principio, destituita di contenuti normativi, ma, ad onore del vero, anche etici) prevale, è migliore, o come lo si voglia dire, di qualunque altro: per principio, non perché se ne sia dimostrata la migliore qualità o, meno che mai, la *prevalenza gerarchica*. Di qualunque altro, ivi compreso quel diritto internazionale, che *almeno* gli articoli 10.1 e 117.1 della nostra Costituzione ci impongono di rispettare, anzi, rendono, lo si voglia o no, diritto interno<sup>20</sup>. Ma, sia pure forzando un po' per amor di polemica: e se domani nella riforma della Costituzione in corso (già magari discutibile alla luce della CEDU) si inserisse la pena di morte: predominerebbe assiologicamente?

Ma la *Corte* non si ferma qui, dato che, più avanti, fornisce una nuova lettura dell'art. 117.1, quando asserisce che il giudice "comune" è comunque tenuto<sup>21</sup> a rispettare e applicare la giurisprudenza CEDU (secondo quanto già affermato in precedenza) *perfino nel dubbio di conformità alla Costituzione* di fronte però ad una giurisprudenza CtEDU "consolidata"<sup>22</sup> (?) o a una sentenza pilota, ma, si badi, «in senso stretto»<sup>23</sup> (!). Naturalmente mi sbaglio e ne chiedo fin d'ora scusa, ma

---

devono soggiacere a reciproca ("circolare", appunto) interpretazione conforme: una interpretazione – è superfluo dover qui nuovamente rammentare – assiologicamente orientata ed ispirata a quel canone della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti nel loro fare "sistema" ... », cosa che, nel mio piccolo ho cercato e cerco qui di dimostrare. (corsivo mio).

<sup>18</sup> Anche se, come abbiamo appena visto, è proprio la nostra *Corte* a parlare di superiorità, *supra* nt. 13. Come può una norma *superiore* sottostare al *predominio* di una norma *inferiore*? È, allora, legittimo domandarsi, come già in passato ho fatto: e se una gerarchia non vi fosse e quindi le norme si ordinassero in termini di *strumentalità* e quindi di logica applicativa? V. anche RUGGERI A., *Fissati*, cit., *supra* nt. 17.

<sup>19</sup> Immaginiamo, per amor di polemica, che questa affermazione sia valida. Se lo fosse, lo sarebbe sempre *e in ogni caso*. Il predominio assiologico, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico considerato, sarebbe dunque un fatto acquisito e dovrebbe valere per tutti gli ordini giuridici. Perché, allora, non considerare acquisita la predominanza dei "valori", che so, del cd. *stato islamico*, del regime fascista o nazista, ecc.? Ma andiamo un passo più a fondo, posto che verosimilmente pochi ammetterebbero detto predominio (interessati seclusi) e domandiamoci: all'insorgere del conflitto tra valori, *chi decide quale valore predomini*? Questa, mi pare, è una domanda fondamentale, alla quale, salvo a nascondere la testa sotto la sabbia, non si può sfuggire, come vedremo nel prossimo paragrafo. Dato che, se si afferma che ognuno decide per sé, saremmo alla distruzione di ogni ipotizzabile convivenza. Se non lo si afferma, la domanda è inevitabile: chi decide? E una risposta urge!

<sup>20</sup> In qualche modo, devo sottolineare, si tratta delle negazione preventiva e "politica" di una possibile integrazione, dato che il presupposto è che comunque i nostri "valori" (le nostre norme costituzionali?) prevalgono su tutto, *a priori*, per principio, per postulato.

<sup>21</sup> *Sentenza* cit., punto 7 del *Considerato in diritto*: «... il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo ... », *infra* nt. 23.

<sup>22</sup> Testualmente, punto 7 del *Considerato in diritto*: «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre *nessun obbligo* esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» (corsivo mio). Ma come fa un "orientamento" giurisprudenziale a diventare definitivo? Voglio dire: un orientamento non è una decisione e proprio perché tale, non può mai essere definitivo, tale infatti sarebbe, semmai, la decisione frutto di quell'orientamento. Un orientamento, insomma, indica una direzione non una meta: il giudice, invece, è la meta che deve "applicare". V. sul punto, le puntuali e secche osservazioni di VIGANÒ F., *La consulta e la tela di Penelope: Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo* in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427701683VIGANO%202015.pdf>, 9 ss., che appunto sottolinea brillantemente questa ... "ondivaghezza" ermeneutica.

<sup>23</sup> Punto 7 del *Considerato in diritto*: «Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione"», con riferimento, come accennato nel testo, alla giurisprudenza precedente (in particolare *sentenza* 80/11). Anche qui una piccola osservazione di metodo: le sentenze pilota sono quelle di cui all'art.

io credo di vedere qui una certa contraddittorietà: i nostri “valori”, mi pare di capire, cedono di fronte ad una giurisprudenza consolidata, ecc. Ma allora: che valori sono e come fanno ad essere “superiori” se basta insistere un po’ per farli saltare?<sup>24</sup> Viene voglia di parlare di “relativismo giuridico”.

Ma su ciò più avanti. Cerchiamo prima di capire di che cosa stiamo parlando, o meglio, di che cosa cerco di parlare io nel criticare la sentenza.

## 2. La logica dell’analisi

L’Italia, vale a dire *a.*- l’«espressione geografica» Italia così come risultante dai confini definiti concordemente dopo la seconda guerra mondiale più gli “aggiustamenti” ulteriori, *b.*- la sua popolazione di cittadini e non e di persone giuridiche italiane e non, *c.*- la sua struttura organizzativa di governo centrale e periferica, costituisce, complessivamente intesa, ciò che si definisce un *soggetto di diritto internazionale* del tipo *stato*, regolato al suo interno dal relativo ordinamento giuridico. Il quale (stato e relativo ordinamento), a sua volta concorre, unitamente ad altri soggetti di diritto internazionale *stati e non stati* - e, in taluni casi, perfino ad enti non soggetti di diritto internazionale, ma rilevanti per esso - alla formazione di quella Comunità e del suo sistema giuridico, che vanno, rispettivamente, sotto il nome di *Comunità internazionale* e di *diritto internazionale*, coesenziali l’uno all’altro, non diversamente dall’ordine giuridico del soggetto rispetto al soggetto.

Il diritto internazionale, dunque, è l’ordine o (meglio) il sistema giuridico dei soggetti di diritto internazionale, da essi stessi creato, governato e del quale essi stessi sono obbligati, avendolo creato, a rispettare le norme, che sono tali<sup>25</sup> se *effettive*, cioè: *a.*- applicate *tout court*, *b.*- riconosciute come da applicare, *c.*- non oggetto di opposizione *significativa* se applicate o riconosciute da applicare. Dove la *significatività* della opposizione rileva quando sia tale da impedire che la norma nasca, talché il fatto di praticare o non praticare concretamente il comportamento prescritto dalla norma *in itinere*<sup>26</sup> è irrilevante, grazie al fatto che il sistema contempla, e non potrebbe non contemplare, logicamente e necessariamente, accanto alla possibilità (rara) ad opera dei soggetti di “dichiarare”<sup>27</sup> l’esistenza della norma, la possibilità che uno o più soggetti affermino o manifestino la propria opposizione alla nascita della norma comportandosi (o “dichiarando” di volersi, all’occasione, comportare) in maniera difforme, senza che ciò sia un illecito (la norma, infatti, non c’è) o fin tanto che, non applicarla, sia o

---

61 del Regolamento della CtEDU, quindi di una norma non contrattuale. Ciò già, dovrebbe indurre a moltissima cautela nell’individuare il significato normativo, almeno più labile di quello delle norme contrattuali. È appena il caso di ricordare quanto discutibili e discusse siano state e siano le cdd. misure provvisorie (interim measures) di cui all’art. 39 del medesimo Regolamento. Gli stati, come noto (per tutti SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino (Giappichelli) 2006) sono molto scarsamente propensi ad applicarle anche se la tendenza a farlo tende a prevalere. Ma appunto, questa è una differenza fondamentale, nel diritto internazionale, dove si distingue (terminologia a parte) tra una norma obbligatoria ed una cd. di “soft law”. Attribuire, insomma, a sentenze di discutibile validità, addirittura una valenza tale da permettere di aggirare la Costituzione così gelosamente difesa in altri casi, appare almeno incomprensibile.

<sup>24</sup> Cfr. Anche, in termini comparativi, MARTINICO F., *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale” Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle convenzioni (CEDU e convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015 in [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1430150015MARTINICO\\_2015.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1430150015MARTINICO_2015.pdf).

<sup>25</sup> Diversamente da ciò che accade in un sistema giuridico interno.

<sup>26</sup> Dove perciò è ovvio che “norma *in itinere*” è solo un modo di dire, posto che di una norma si può solo dire che c’è o che non c’è, *tertium non datur*.

<sup>27</sup> Possibilità che definisco “rara” perché le norme sono per lo più, quando lo siano, applicate dai soggetti, magari affermando di applicare una norma vigente, ma molto di rado sono “enunciate” come norme. Beninteso, anche qui, *cum grano salis*: è infatti ovvio, e certo non eccezionale, che una o più norme siano “dichiarate” tali sia in vere e proprie dichiarazioni uni o multi-laterali, sia in veri e propri accordi (cdd. *di codificazione*). Ma, premesso che la semplice dichiarazione è e resta solo un atto diplomatico in quanto tale, *che dunque può solo contribuire alla formazione della norma non scritta o alla constatazione della sua esistenza*, l’accordo di codificazione è solo un accordo, che vincola le parti, salvo che acquisti rilevanza (di fatto) tale da *determinare o contribuire a determinare* la norma generale. Tutto ciò, ovviamente, è troppo noto per richiedere ulteriori approfondimenti in questa sede,



diventi illecito dato che la norma c'è, o meglio, nel frattempo si è concretizzata e dunque: *da quel momento* quel comportamento, fino ad allora *irrilevante* per il diritto internazionale, *diventa* illecito per il medesimo diritto internazionale così come è lecito (o magari obbligatorio) il suo opposto<sup>28</sup>.

Non pretendo con queste poche parole, magari solo per avere usato l'espressione «soggetti di diritto internazionale», di avere risolto il circolo vizioso denunciato, come noto, da Alf Ross, per il quale gli stati, che determinano il diritto internazionale sono da esso determinati, nella misura in cui il diritto internazionale stabilirebbe i requisiti dello stato, mentre è lo stato quello che creerebbe il diritto internazionale stesso<sup>29</sup>. Infatti, con quel disegno brevemente e insufficientemente schizzato, mi propongo addirittura di negare la stessa esistenza di quel circolo vizioso, affermando che *non* è il diritto internazionale quello che definisce i requisiti degli stati destinatari del diritto stesso o più genericamente dei soggetti del diritto internazionale, *né* sono gli stati quelli che definiscono il contenuto del diritto internazionale *non contrattuale* e specialmente che la “fonte” della obbligatorietà del diritto internazionale *non sono* gli stati: 1.- *non lo sono* perché non soltanto da loro discende l'obbligatorietà delle norme del diritto internazionale e il loro stesso contenuto; 2.- *non lo sono* perché gli stati e in genere i soggetti non sono *processualmente* alla base della formazione delle norme, se non altro perché la effettività di una norma non dipende dal fatto che la maggioranza dei soggetti la affermi o la pratici in concreto, in base al loro averla “riconosciuta” (secondo quanto spiego più avanti) come norma obbligatoria; 3.- *non lo sono* perché non appare dimostrabile che solo le norme *volute*, sia pure tacitamente e implicitamente<sup>30</sup>, dagli stati sono norme effettive di diritto internazionale. Ciò, specialmente, nel diritto internazionale moderno.

Non è evidentemente questo il luogo per discutere del fondamento e dell'origine del diritto internazionale, queste righe sono, infatti, solo il modo per affermare, spero con sufficiente seppure troppo schematica chiarezza, che non sono i singoli stati a fare il diritto internazionale, non diversamente da come non sono i singoli stati a poter decidere quale norma applicare e quale no, così come, viceversa, non è il diritto internazionale a “fare” gli stati soggetti di esso<sup>31</sup>: ci sono, infatti, “stati” che non sono soggetti di diritto internazionale, ci sono soggetti di diritto internazionale che non sono “stati”<sup>32</sup>. In larga misura, gli stessi stati sono il frutto della prassi o meglio del fatto che, essendosi consolidati, acquisiscono diritti e prerogative, legati alla loro esistenza, non alla loro “qualità” formale<sup>33</sup>.

L'ordine giuridico in questione, perciò e diversamente dagli ordini giuridici degli enti che fanno parte della Comunità internazionale (e quindi stati e non stati: soggetti di diritto internazionale) non

<sup>28</sup> A ben vedere, al di là della diversità dei meccanismi, ciò non è poi tanto diverso da quello che accade in un ordinamento giuridico interno, dove fin tanto che una norma non esista il relativo comportamento non è né lecito né illecito, è *irrilevante*; una volta regolato da una norma, può diventare illecito. Beninteso, ma è solo una banalità ovvia, in un ordinamento interno, diversamente da quello internazionale, la “posizione” delle norme è fatta in via autoritativa utilizzando i meccanismi a ciò predisposti.

<sup>29</sup> ROSS A., *Lehrbuch des Völkerrechts*, Stuttgart (Kohlhammer) 1951. Che poi, come spiego anche più avanti, è almeno discutibile, assai discutibile, che siano gli stati (o anche i soggetti) a creare il diritto internazionale.

<sup>30</sup> Insomma, la *Vereinbarung* di Triepel, *infra* nt. 46, 51 ss. «Die Vereinbarung besteht wie der Vertrag aus den zusammenfassenden Willenserklärungen mehrerer Personen. Diese Erklärungen werden, gleichfalls wie beim Verträge, gegeneinander abgegeben. Aber, anders als beim Verträge *erklärt hier jede Partei einen Willen, der dem Willen der anderen vollkommen gleich ist...* Während der Vertrag der Erfüllung entgegengesetzter Interessen dienen soll, ist die *Vereinbarung* bestimmt, *gemeinsame oder gleiche Interessen zu befriedigen* » (corsivo mio).

<sup>31</sup> Sul punto v. ampiamente i ben noti studi di ARANGIO-RUIZ G., e in particolare: *La persona internazionale dello Stato*, Milano (UTET, Wolters Kluwer) 2008, 29 ss.

<sup>32</sup> Non a caso la stessa *Convenzione* di Montevideo (26.12.1933) afferma all'art. 1: «The State as a person ... should possess ...»: qualifica dunque i “requisiti” del soggetto (“person”) stato, quando possieda certe caratteristiche, di fatto: non esiste alcun organismo che conferisca la qualifica di stato o anche solo di soggetto ad un ente. Il requisito, perciò, è una situazione di fatto, che assume rilievo solo come relazione, rapporto giuridico.

<sup>33</sup> V. sul punto, in senso parzialmente difforme, BERNARDINI A., *Dall'Iraq e Jugoslavia all'Ucraina: violazione della sovranità statale e dell'autodeterminazione dei popoli*, in *Iraq, Libia, Siria, Somalia, Ucraina, ecc.*, in «*Blethering on peace*» o «*wiping subjects out*»? , *Atti del Convegno di Napoli 27-28.10.2015*, in corso di stampa in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, § 5 e § 12.



è definibile, per usare il famoso riferimento semiserio di Hart<sup>34</sup> perché ne è riconoscibile l'autore supremo ("il diritto inglese, visto dall'esterno, è ciò che la regina ordina", per usare il suo famoso riferimento) per il semplice duplice fatto che: *a.*- manca un ente o un soggetto che si sia imposto o sia capace di imporsi a tutti i soggetti come l'ente ordinatore della Comunità internazionale e, *b.*- gli stessi soggetti del diritto internazionale *non vogliono* creare un ente del genere, pur potendolo, in astratto, fare. In altre parole: i soggetti del diritto internazionale *non sono contrari al diritto internazionale*, ma alla costituzione di un ente che *crei autoritativamente* quel diritto e che lo gestisca<sup>35</sup>.

Di tal che: *a.*- un ente ordinatore dell'intero sistema del diritto internazionale, allo stato degli atti non esiste; *b.*- esso ben potrebbe essere "creato" dai soggetti di diritto internazionale, ma *a condizione di conferirgli i poteri necessari in maniera irreversibile*<sup>36</sup>, ma non è stato creato; *c.*- un ente di tal fatta potrebbe, in astratto, *autoimporsi* ai soggetti o, anche, un singolo soggetto (e ogni tanto ce ne è qualcuno che ci prova) potrebbe assumere potere e forza sufficienti per imporsi all'intera Comunità internazionale<sup>37</sup>, e quindi, ma solo se, capace di far valere i propri comandi non solo efficacemente (che potrebbe bastare un autocrate) ma *validamente* e anche questo, mi pare, allo stato dei fatti non c'è, e meno che mai c'è un ente capace di farlo validamente: non basterebbe, infatti, che un simile ente fosse *capace concretamente o effettivamente* di fare valere la propria volontà (magari con la forza), ma occorrerebbe che esso potesse farla valere legittimamente e dunque predisponga meccanismi (ad esempio procedurali) di controllo della validità del comando, tali che l'accertamento della sua invalidità *ne escluda ogni effetto giuridico*, o anche, perché no, che sia esso stesso il giudice *legittimo* della loro validità, tornando così all'esempio di Hart.

Gli stati "nascono", sia pure solo formalmente e detto in termini strettamente descrittivi<sup>38</sup>, dal fatto che le persone che li abitano e che si sentono legate al creando stato, decidono (come ovvio, fittiziamente<sup>39</sup>) di affidare a determinati organi o persone, il *potere* di governare in senso lato. Per dire, insomma, che l'elemento distintivo di uno stato, come anche di un qualunque ente organizzato non stato, è il *potere* di organi o persone di definire le regole di comportamento dei cittadini (non a caso, formalmente sudditi) o degli abitanti in genere, di amministrarli e di risolvere le loro

<sup>34</sup> HART H.L.A., *The Concept of law, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Rice*, Oxford (Un. Press) 2012, edizione Kindle, pos. 286, e 1242 Cap. 2 *Law Commands and Orders*, 2. *Law as coercive orders*,

<sup>35</sup> È ovvio, solo per chiarire pur essendo lapalissiano, che i soggetti non vogliono un ente centralizzato perché ciò gli consente di disporre di un sistema giuridico estremamente "flessibile" e dalla incerta definizione delle norme e quell'ente dunque non c'è. Però, sta in fatto, che non c'è soggetto che sia uno (ISIS incluso, se lo si considera come credo inevitabile per quello che è: un soggetto, forse esecrabile, ma un soggetto di diritto internazionale; anzi, proprio perché è un soggetto di diritto internazionale, è esecrabile e dunque suscettibile di sanzione) non c'è soggetto, dico, che *neghi* che vi sia il diritto internazionale. Una cellula non "sa" chi vuole che faccia certe cose e nemmeno perché, ma "sa" farle perfettamente e "sa" di doverle fare o meglio ancora, le fa perché non può fare altrimenti.

<sup>36</sup> Come è invece accaduto negli ordinamenti *interni* degli stati, dove la *reversibilità* è data solo dalla rivoluzione, come spiego più avanti.

<sup>37</sup> Non solo perciò come soggetto, ma come soggetto ordinatore della intera Comunità internazionale. I due pareri consultivi della CIG sulla responsabilità per danni ai funzionari e sulle spese: ICJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, 10.4.1948 e *Certain expenses of the United Nations*, 20.7.1962.

<sup>38</sup> Sorvolo, insomma e me ne scuserà il lettore, sulla discussione sullo stato organo, sullo stato persona, sullo stato nazione, ecc., per limitarmi a descrivere ciò che nella realtà, magari *fittizia*, accade.

<sup>39</sup> Fittiziamente, ma fino ad un certo punto, visto che, mi sembra, la teoria della autodeterminazione dei popoli ha dimostrato che un popolo che non si senta legittimamente rappresentato dal governo (o meglio: regime), può *altrettanto legittimamente* ribellarsi ad esso, per rovesciarlo e sostituirlo con altro più consono regime. Ciò è molto importante perché, questo è il, o almeno uno dei passaggi che legano il diritto interno al diritto internazionale, posto che è quest'ultimo cui, *solo*, compete di "accertare" la legittimità della pretesa del popolo (che non essendo soggetto di diritto internazionale, non può azionarla) e di garantirne la realizzazione. Su ciò rinvio al mio GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, *passim*, ma specialmente GUARINO G., [Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire](#), in [Consulta Online, Studi, 2013](#) (21.06.2013). Tesi, del resto, *mutatis mutandis* come ovvio, già sostenuta, come noto, addirittura oltre che da Bartolo di Sassoferrato, da COLUCCIO SALUTATI, *De Tyranno*, 1400, su cui v. ERCOLE F., *Da Bartolo all'Althusio: Saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del Rinascimento italiano*, Firenze (Vallecchi) 1932, 341 ss.

controversie, oltre a garantirne il rispetto delle regole se del caso con la forza<sup>40</sup>. Che ciò accada perché il popolo si riunisca e decida chi e come lo governi e così via, o che ciò accada (come la gran parte, se non la totalità, delle volte accade) perché qualcuno (persona o gruppo) riesce ad imporre il proprio governo, magari (come accade almeno nelle “democrazie” più evolute) grazie ad una sorta di miscela di imposizione e di concorde compromesso<sup>41</sup>, sta in fatto che l’ente si manifesta come capace, attraverso i suoi organi, di *imporre* determinate regole, *ivi comprese quelle per definire chi i propri cittadini siano* così come, nei regimi democratici moderni, gli stessi cittadini sanno preventivamente chi e come può emettere comandi, sulla base di quale e quanto del loro consenso<sup>42</sup>.

È, dunque, proprio la libera volontà dei soggetti del diritto internazionale quella che impedisce la verticalizzazione istituzionale della Comunità internazionale, *ma non impedisce la natura normativa dei suoi comandi*, comunque formati, purché effettivi. Dove l’effettività, in un ordinamento così congegnato, non vuol dire che il comando venga concretamente eseguito, cioè sia efficace, ma solo che esso può e deve, all’occasione, essere eseguito, diventando così efficace, e quindi che sia stato, fin dall’inizio, *legittimo*<sup>43</sup>. In questo senso, e solo in questo senso, si può parlare di *validità*<sup>44</sup>, tenuto conto, però, che essa nell’ordinamento internazionale non può derivare da un atto o da una procedura formale, ma sempre e solo da un dato di fatto: il “riconoscimento” del comando come tale, e la non opposizione significativa ad esso, dove il lemma “riconoscimento” (a lungo studiato ed approfondito come è noto da Hart) va letto nel senso letterale di «rendersi conto dell’identità di qualcuno o di qualcosa» (che, dunque, già c’è) o di «considerare valido e operante, ammettere ufficialmente o apertamente» o anche di «fare atto di ammissione di qualcosa»<sup>45</sup>, non, insomma, in senso costitutivo. Ciò perché la gran parte delle norme del diritto internazionale è di formazione “consuetudinaria” (in senso lato, molto lato), non scritta, ma non derivante da un accordo sia pure tacito così come nemmeno da una generica *Vereinbarung* à la Triepel<sup>46</sup>, posto che spesso quelle norme in realtà non derivano affatto, come accennato, da comportamenti, e nemmeno da esplicite affermazioni di volontà dei soggetti, ma, per lo più, semplicemente dalla mancata negazione della loro esistenza e, conseguente, obbligatorietà<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> È, per fare un esempio, di questi giorni (fine Maggio, inizio Giugno 2015) il caso clamoroso di una associazione privata (la FIFA), che, sommersa di scandali che ne colpiscono gli organi dirigenti, conferma la propria esistenza e quegli stessi dirigenti, con un meccanismo, magari sgradito e sgradevole, ma perfettamente legittimo: il voto dei suoi membri. I membri della FIFA, ne sono i padroni. Ma i soggetti di diritto internazionale *non* sono i padroni del diritto internazionale, se non altro perché hanno scientemente rinunciato a fondare una ... FIFA!

<sup>41</sup> Sul punto basterebbe un richiamo a quanto ebbi a scrivere con riferimento alla *sentenza* CC 1/14 e alla legge elettorale italiana, v. *supra*, nt. 1.

<sup>42</sup> È ciò che mi ha indotto a criticare *ab imis* nonché la sentenza della Corte costituzionale 1/14, la legge elettorale adottata in Italia nel 2015, L. 52/2015, che appare una sorta di grande passo avanti nella individuazione di un Norman Muller risolutore definitivo à la ASIMOV I., *Diritto di voto*, 1955, in ID., *Tutti i Racconti*, I, Milano (Mondadori) 1991, 69, che non a caso alla fine afferma: «Mi domando ... ni domando chi è stato eletto». Sulla legge di cui sopra, v. di recente e criticamente CANALE G., *Italicum: sognando la California, si va verso Itaca. Una prima lettura critica della Legge n. 52 del 2015*, in *Consulta Online, Studi*, 2015/II (27.05.15), 437 ss. e SCHMIT H., *Eppur è incostituzionale, ibidem* (27.05.15), 449 ss.

<sup>43</sup> In altre parole: un comando, una norma, può esistere, essere effettiva, ma non essere mai stata eseguita o utilizzata, dato che il solo fatto che non sia usata non vuol dire che non esista e che esista come norma.

<sup>44</sup> Con tutte le precauzioni del caso, sottolineate come noto da Hart e su cui v. anche più di recente VAN DE KERCHOVE M., OST F., *Legal System between order and disorder*, Oxford (Clarendon) 1994, 2.

<sup>45</sup> V. Vocabolario della lingua italiana TRECCANI, [http://www.treccani.it/vocabolario/riconoscere\\_\(Sinonimi-e-Contrari\)/](http://www.treccani.it/vocabolario/riconoscere_(Sinonimi-e-Contrari)/).

<sup>46</sup> TRIEPEL H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig (von C.L. Hirschfeld) 1899, Aalen (Scientia) 1958.

<sup>47</sup> V. infatti, in senso critico, VERDROSS A., *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle: Zugleich ein Beitrag zum Problem der Grundnorm des positiven Völkerrechts*, in *Festschrift Hans Kelsen zum 50° Geburtstage gewidmet*, Wien (Springer) 1931, 356 ss.

## 2.1. L'Italia e il sistema giuridico internazionale.

Tornando ora all'inizio di questo paragrafo, posto che l'Italia è un soggetto di questo sommariamente descritto sistema giuridico, essa non può in nessun caso sottrarsi alle norme effettivamente vigenti, se non altro perché, magari involontariamente, ha *per definizione* contribuito e contribuisce continuamente a costruirle<sup>48</sup>: contribuisce continuamente e incessantemente<sup>49</sup>, dato che un ordinamento fondato su norme non scritte è in continua permanente evoluzione ed essendo privo di autorità centralizzate capaci di creare le norme, la stessa ricerca del loro punto di origine (la norma base, insomma o un suo equivalente) potrebbe essere vana<sup>50</sup>, in quello che appare un sistema "circolare", per dirla con Luhmann<sup>51</sup>, costruito autopoieticamente, per dirla con D'Amato<sup>52</sup>.

Ma questo è un discorso su cui non intendo ora addentrarmi.

Preme solo sottolineare che l'Italia, soggetto di diritto internazionale, contribuisce, con il suo comportamento, cioè con la sua prassi fatta di atti e di affermazioni, alla formazione e alla modifica di norme, che, a loro volta, determinano i comportamenti dell'Italia stessa, secondo lo schema di funzionamento classico di un sistema<sup>53</sup>, di nuovo dicendolo per ora in modo superficiale e schematico. Ogni parte del sistema, insomma, è determinata dal e determina il sistema stesso, per cui è semplicemente impensabile che una parte, per minima che sia, di esso si estranei o "esca" dal sistema, che per definizione è (e non potrebbe non essere) unico e necessario<sup>54</sup>.

Almeno per quanto attiene agli ordinamenti giuridici e a quello internazionale in particolare, ciò è incontrovertibile.

Forse si potrebbe aggiungere, con qualche possibile eccesso, che nel diritto internazionale il concetto stesso di *obbligo* sfuma nel concetto di *necessità*<sup>55</sup>, non diversamente (sempre per portare il

---

<sup>48</sup> L'unico modo per escludere l'obbligo di rispettare la norma potrebbe essere, come accennato più sopra, quello di opporvisi, *fin tanto che essa non sia entrata* in vigore. Diversamente, il diritto internazionale sarebbe una sorta di scatola di gioco, da usare fin tanto che se ne abbia voglia per rimetterla nell'armadio quando non si voglia più servirsene. Il "punto di partenza" dell'ordinamento internazionale, non essendo riposto in una autorità capace di imporsi, *di fatto* anche solo di fatto, ai soggetti tutti, né potendosi concepire in una *norma base* non a caso definita come ipotetica dallo stesso Kelsen (che lucidamente, ne vede la inevitabilità logica), può solo essere trovato nella comunità stessa che produce quel sistema, che è una collettività variabile nei soggetti, e unita da un solo punto di accordo: il rifiuto della centralizzazione del *potere* di comando.

<sup>49</sup> È evidente, ne sono certo, il riferimento agli studi sugli *open systems* di VON BERTALANFFY L., ad esempio in *Perspectives on general system theory: scientific and philosophical studies*, New York (Braziller) 1975, 43 ss. e *passim* e v. la lucida sintesi nella prefazione di LASZLO E., *ibidem*, 11: «... the phenomena of immediate interest to us – living species, societies ... – are not fruitfully viewed as mechanistic macro-objects obeying the eternal and deterministic laws of motion like billiard balls pushed hither and thither ... We need an alternative and improved way of looking at these curious phenomena, which, instead of disaggregating into random disorder, build up into higher, more intricate patterns of order. We need concepts of nonequilibrium...rather than an external teleology of final cause...and must seek the detailed structures and functions through which these "islands of negentropy in the sea of entropy" (Wiener) arise and maintain themselves» (il riferimento è a WIENER N., *Cybernetics*, Eastford (Martino Fine Books) 1961).

<sup>50</sup> Di nuovo senza entrare nel vivo di una discussione che qui non trova posto, basti fare riferimento a VAN DE KERCHOVE, OST F., *Legal cit.*, 20.

<sup>51</sup> LUHMANN N., *Rechtssoziologie*, Wiesbaden (VS Verlag) 2008.

<sup>52</sup> D'AMATO A., *Groundwork for International Law*, in *AJIL*, 2014, 650 ss., dove sviluppa magistralmente quanto già affermato in una famosa lezione al *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* del 15.11.2003, in <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/auto/PLANCK-1.pdf> poi anche nel 2007 in <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/International%20Law%20Autopoietic-2007scan.pdf> Per azzardare in uno slogan quello che intendo, si potrebbe dire che *manca la gerarchia, ma non l'obbligo*, come in qualche modo ricavabile anche nella prefazione di LASZLO, cit. *supra* alla nt. 49.

<sup>53</sup> È per questo, che azzardavo sopra che forse di gerarchia non si possa più parlare.

<sup>54</sup> Ovviamente non entro nel merito della distinzione tra sistemi aperti o chiusi, salvo per ricordare che secondo lo schema descritto nel testo, mentre i sistemi giuridici dei soggetti di diritto internazionale sono *necessariamente* sistemi aperti, quello internazionale potrebbe essere descritto come un sistema, anch'esso necessariamente, chiuso ... ma non *definitivo*, à la Bertalanffy, entropico. Per tutti VON BERTALANFFY L., *Teoria generale dei sistemi: fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Milano (Mondadori) 1983, sulla base dell'edizione inglese del 1969.

<sup>55</sup> Che avrebbe forse il pregio di superare il concetto di gerarchia. Su ciò, peraltro, rinvio a qualche riflessione ulteriore.

discorso all'estremo) da una cellula di un corpo, o una molecola della cellula, che agiscono per necessità in un modo predeterminato e prevedibile, ma non per *imposizione* o *scelta*.

Il "rispetto", dunque, di una norma è una necessità e non un obbligo imposto; salva la ovvia variante rispetto ad un sistema naturale come una cellula, per la quale le "scelte" del sistema giuridico sono effetto di scelte razionali (benché magari non ragionevoli e qui il riferimento, critico, è a Rawls<sup>56</sup>) e non "naturali".

Tutto ciò, e dunque mi fermo qui, solo per dire che l'Italia e le sue giurisdizioni, supreme e non, in quanto parte, *necessariamente*, dell'ordinamento internazionale, da un lato non può non applicare le norme (legittime) di diritto internazionale, dall'altro, contribuisce attivamente alla loro definizione<sup>57</sup> e quindi ad ancora maggior ragione non può sottrarsi.

In termini generali, si può, dunque, correttamente parlare<sup>58</sup> di un «valuable dialogue»<sup>59</sup> tra Corti, che infatti sono pari in tutti i sensi: sia internazionale che interno<sup>60</sup>. Nel quadro - e qui veniamo al tema che ha dato origine a queste pagine - e alla luce di quelle norme internazionali, che, nel richiedere ai soggetti di conformarsi *al minimo*<sup>61</sup> dei diritti dell'uomo definiti nel diritto internazionale generale e in quello convenzionale (quindi non solo europeo)<sup>62</sup>, offrono (anzi, chiedono) di garantire e riconoscere la maggior possibile quota di detti diritti, per di più attraverso l'affermazione (come nell'art. 53 CEDU) per cui uno stato può bene attribuire maggiori diritti (e quindi garanzie) di quelli indicati analiticamente nelle norme di diritto internazionale, ma in nessun caso *minori*. Tenuto altresì conto che, detta norma, certamente nel caso della CEDU, va letta integrata

<sup>56</sup> Che introduce nel sistema il concetto di giustizia in RAWLS J., *Justice as fairness: a restatement*, Cambridge (Belknap Press, Harvard) 2001, ma v. anche *ID.*, *The Law of Peoples*, Cambridge (Harvard) 1999. Da un altro punto di vista, si parla di diritto come l'«Anspruch auf Richtigkeit» in ALEXYS R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg (Alber) 2011, la cui definizione del concetto di diritto ruota largamente su quello di *validità*, 201: «Das Recht ist ein Normensystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, (2) aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer in großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und nicht extrem ungerecht sind, und zu dem (3) die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehören, auf die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und oder stützen muß, um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen».

<sup>57</sup> Per dirla in termini scherzosi: un gamete non può non fecondare un uovo (sempre che arrivi in tempo), che lo voglia o no, a meno di uscire dall'utero!

<sup>58</sup> Come fa in un bel recente commento RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista della Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2015, 2/2015, 29.5.2015 in Rivista AIC, in [http://www.rivistaaic.it/download/-FntSGtiuP5Ce8M\\_bly43\\_RCfRN4fNKWsAuGkwEumvc/2-2015-randazzo.pdf](http://www.rivistaaic.it/download/-FntSGtiuP5Ce8M_bly43_RCfRN4fNKWsAuGkwEumvc/2-2015-randazzo.pdf), della quale piace citare una frase seccamente icastica (*ibidem* 14): «Il dialogo tra giudici esige pertanto che le Corti nazionali non si pongano in posizione subordinata rispetto alla Corte europea *ma paritaria*, confutando, se del caso, gli argomenti del Giudice di Strasburgo con altri argomenti» (corsivo mio). Appunto!

<sup>59</sup> Giustamente sottolineato anche da VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1405290740VIGANO%202014e.pdf>.

<sup>60</sup> Cfr. *Corte Suprema United Kingdom, R v Horncastle and others (Appellants)*, on appeal from the *Court of Appeal Criminal Division*, [2009] UKSC 14: «The requirement to "take into account" [il riferimento è alla legge inglese di adattamento alla CEDU e alla sua Corte] the Strasbourg jurisprudence will normally result in *this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court*. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances, it is open to this court to *decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course*. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may *prove to be a valuable dialogue* between this court and the Strasbourg Court» (corsivo mio). Tenuto conto, che la "opportunità" offerta alla Corte di Strasburgo, potrebbe, ad esempio in "risposta", essere data alla Corte inglese: appunto, dialogo. Esattamente, duole dirlo, l'opposto di quanto pretende la *nostra* Corte, che al dialogo preferisce il *predominio assiologico*, qualunque cosa ciò voglia significare. Anche se poi la *nostra* Corte "lamenta" la mancata entrata in vigore del Protocollo n. 16 della CEDU.

<sup>61</sup> Come è perfettamente ovvio, trattandosi di norme, magari nemmeno convenzionali, che debbono tenere conto di *tutti* gli ordinamenti giuridici possibili e che *da tutti gli ordinamenti giuridici individuali* sono costruite.

<sup>62</sup> V. sul punto GUARINO G., *I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2007, 7 ss.



con quella dell'art. 17 sull'abuso di diritto, il cui combinato disposto, perciò, afferma che ogni maggior diritto e garanzia è sempre ammissibile (*e quindi, occorre dire, implicitamente, logicamente, strumentalmente prevalente, ma non predominante!*) purché non abbia per effetto di ridurre di fatto addirittura i diritti minimi garantiti dalla Convenzione Europea sui diritti dell'uomo.

Ma appunto e fermamente, come già affermato in passato e come mi accingo a ripetere ora (e non è senza rilevanza che sia una Corte inglese ad affermarlo): *valuable dialogue!* Dove il lemma importante è *dialogo* (l'esatto opposto della «predominanza assiologica») che sta a significare confronto, *e dunque alla pari*, strettamente alla pari.

Vale a dire, la applicazione di quel sacrosanto principio nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, che chiarisce, come appena accennato, che così come il diritto internazionale *può* influenzare e perfino determinare il contenuto del diritto interno, viceversa, e in modo altrettanto letteralmente pregnante, una giurisdizione interna può contribuire (non c'è solo l'Italia al mondo! perciò dico “può”) anzi, *deve poter contribuire* (in realtà lo fa che lo voglia o no, come il gamete di cui sopra) a riempire di contenuti il diritto internazionale. Un ordinamento, meglio un sistema, che ripeto è il frutto permanente, continuo, ininterrotto, incontrollabile dell'*interagire* di sistemi giuridici interni degli stati, di sistemi giuridici interni dei soggetti non stati, di sistemi giuridici interni degli enti non soggetti di diritto internazionale (perfino quelli!) *con* il diritto internazionale, generale e, perfino, convenzionale<sup>63</sup>.

La *nostra Corte*, invece, e mi accingo a dedicare pochissime righe a dimostrare come avrebbe ben potuto e dovuto assumere un atteggiamento collaborativo e ... dialogante, pretende seccamente di essere giudice ultimo e insindacabile di (per così dire) se stessa e del diritto che afferma di garantire e dello stesso diritto internazionale, che rifiuta di applicare, giudicandolo inadatto o inconfidente!

### 3. Spunti per un dialogo, mancato, tra le Corti.

Come ho accennato in precedenza, non dedicherò in queste note una attenzione analitica alla sentenza della *Corte*, commentata e analizzata da altri ben più competenti di me, ma solo ad alcuni degli spunti che, nell'ottica indicata prima, nell'ottica del “dialogo tra Corti”, potrebbero o avrebbero potuto, ma specialmente è sperabile che possano in futuro porre le questioni in termini dialogicamente costruttivi.

La *Corte*, ciò è innegabile e non ha certo bisogno di un difensore, si è trovata dinanzi ad un difficile passaggio, nascente da una contraddizione forte tra taluni presunti principi generali in materia di diritti dell'uomo da confermare (in particolare il fondamentale *nullum crimen*) ed alcune esigenze di “politica legislativa” alle quali non ci si poteva sottrarre. Certo, la *Corte* non lo dice esplicitamente (e, per vero, anche la CtEDU pudicamente evita di sottolineare) se i processi in Italia andassero a (buono o cattivo) fine, sarebbe mille volte meglio per la chiarezza delle soluzioni. Alle quali, la legge invocata dai giudici rimettenti (il DPR 380/01, cd. Testo Unico sull'Edilizia) cerca di mettere un riparo per garantire il superiore interesse pubblico (innegabile) ad un uso acconcio del territorio, in un paese non certamente aduso ad un rispetto maniacale di esso e delle leggi (di rara e forse non casuale complicazione) che si propongono di proteggerlo.

Voglio dire, fermandomi subito qui, che quella norma (l'art. 44 della predetta legge) ha tutto l'aspetto di una sorta di “tappo” messo lì per cercare di fermare il progressivo “svuotamento” di ogni regola di uso acconcio del territorio (e ciò, va detto anche questo, in entrambe le direzioni: il legittimo

---

<sup>63</sup> Come, del resto, afferma una disposizione spesso maltrattata e pessimamente interpretata dalla stessa CGUE, l'art. 6.3 TUE, che afferma – in una maniera sorprendentemente lucida in un trattato così concreto e ... “bottegaio” – appunto, la interazione e il necessario coordinamento e dunque integrazione, tra lo stesso diritto UE, il diritto internazionale dei diritti dell'uomo espresso in particolare dalla CEDU, e la quintessenza dei sistemi giuridici degli stati membri della UE. È l'esatto opposto della affermazione (purtroppo anche della CGUE) della prevalenza assiomatica e inoppugnabile del proprio ordinamento su tutti gli altri. La contorta “soluzione” del caso Kadi, del resto ne è ulteriore prova lampante, benché triste.



dovere e interesse dello stato a garantire un uso accettabile del territorio e delle leggi che lo governano, il legittimo interesse del cittadino ad usare ragionevolmente della propria proprietà, su cui, poi, insisterà, eccessivamente, la CtEDU) a fronte di un sistema processuale ormai sempre più governato dalla prescrizione, piuttosto che dalla soluzione dei problemi. Il tentativo, francamente rozzo, di “salvare il salvabile” ha prodotto una norma, che, come già detto non può non generare perplessità in chi non sia aduso alle “astuzie” (spesso mascherate da raffinatezze) del nostro sistema giuridico, specialmente penale.

Per farlo, si è creata la strana figura del reato che si prescrive e quindi il fatto che lo impersona non è più tale, ma lascia alcuni, per dir così, residui, che nel caso sono le conseguenze ... penalmente amministrative. La CtEDU ha, a sua volta, rinunciato del tutto a cercare di capire e di aprire, appunto, quel dialogo di cui si accennava, limitandosi a decidere schematicamente: non c'è reato e quindi non c'è pena sia pure amministrativa.

Ma preliminarmente, una osservazione di metodo si impone, questione che, questa volta, è la *nostra Corte* che rifiuta di analizzare.

### 3.1. *La valenza generale della giurisprudenza internazionale, che costruisce il diritto internazionale.*

Va, infatti, rilevato come la giurisprudenza internazionale, per la sua stessa natura di strumento creatore di diritto - in un ordine che non ha organi legislativi deputati a definire il diritto e in cui dunque la sua è una funzione creativa vera e propria specie nella misura in cui “interpreta” diritto non scritto - non può mai essere vista come la “semplice” portatrice della soluzione del caso specifico e solo di esso, ma come fondamentale e decisivo strumento di costruzione del diritto internazionale stesso. E dunque mal si comprende come e perché anche qui la *nostra Corte* ne affermi una valenza assolutamente particolare di semplice soluzione del caso concreto e solo di quello, rifiutando così di consentire (in questa visione sempre più centralistica e “provvidenziale” della propria funzione) anche che un giudice ordinario possa servirsi di una sentenza della CtEDU, per utilizzarne il senso giuridico (e non, ovviamente, la soluzione specifica, ma questo è l'abc!) al fine della soluzione di un caso diverso: insomma di utilizzare la giurisprudenza in funzione analogica. Cosa, non a caso, prevista invece dalla stessa CGUE e dalla *nostra Corte*, per la giurisprudenza della Unione europea, dove è appunto ormai pacificamente ammesso<sup>64</sup> che il giudice interno può bene avvalersi della giurisprudenza preesistente della CGUE, in questo senso sì, consolidata<sup>65</sup>.

E invece la *Corte* afferma con tanta nettezza quanta poca chiarezza, il principio per il quale la Costituzione, così come è, è il paradigma di tutto, quando afferma, oltre al già ricordato predominio assiologico, l'obbligo per i giudici di attenersi «al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme».

---

<sup>64</sup> V., per tutti, VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari (Cacucci) 2010, 364 ss., e CGUE 28,29,30/62, 27.3.1963 e 283/81, ecc. Ma anche la *nostra Corte* costituzionale, *sentenza*, 117/85, ecc.

<sup>65</sup> V. CC. *Sentenze* 85/13 e 264/12, ecc. Ma, per dirla, scherzosamente o forse provocatoriamente, con LASZLO E., *Il pericolo e l'opportunità: il nostro mondo di fronte al futuro*, Milano (Sperling & Kupfer) 1990(1992), 160: «Poiché in un ambiente dinamico i due termini [l'energia libera del sistema e l'energia libera proveniente dall'esterno, mi sembra chiaro il senso del richiamo alla questione che ci occupa] raramente si controbilanciano per un periodo di tempo esteso, nel mondo reale i due sistemi sono, nella migliore delle ipotesi, “metastabili”: essi tendono a fluttuare attorno agli stati che definiscono i loro stati stazionari, anziché stabilizzarsi in essi senza ulteriori variazioni». In altre parole, in un sistema complesso quale quello risultante dalla contemporanea presenza di ordinamenti interni (dei soggetti, tutti) e di un (necessariamente unico) ordinamento internazionale, nessun ordinamento giuridico, e dunque le sue norme, è indipendente dal o indifferente all'altro. Non è certamente, questa, una novità clamorosa; ciò che stupisce è che la *nostra Corte* (ma per certi versi anche quella EDU) sembri chiudersi nel suo ambiente giuridico, rifiutando il confronto costruttivo. E anche qui sia chiaro, non nego che parte della dottrina italiana abbia trovato il modo (giustamente, puntualmente e brillantemente, v. *infra* nt. 76) di intravedere un senso evolutivo anche in queste sentenze, ciò che rende il tutto assai più difficile è l'affermazione del “predominio assiologico”, che, a dir poco, agisce da potente freno all'integrazione o dialogo o interazione dei sistemi.

Ma, accettato pure questo discutibile ragionamento, il punto diventa proprio questo: cosa “dice”, veramente, la nostra Costituzione?

Perché se è il risultato reale e realistico di ciò che deriva testualmente dagli articoli 10.1 e 117.1 (ma anche 2, 7, 9, 11, 26, 60, 78, 80, 87 ecc.) allora ne è appunto il *risultato* non il testo immutabile. Non è certo una novità quella per cui la stessa Costituzione si adatta e cambia con il cambiare del mondo in cui essa stessa si iscrive. Solo così è possibile soddisfare quelle prescrizioni, che richiedono l'adeguamento della nostra Carta a quel sistema mobilissimo che è quello internazionale. Ma del resto, cosa ci sarebbe di strano. Non è la *nostra* stessa *Corte*, quella che parla di “costituzione vivente”, che elabora la sentenza di incostituzionalità nella parte in cui la legge non prevede, che conosce le sentenze additive, ecc.? non è, infine, la *nostra* stessa *Corte* quella che ha “inventato” la sopranazionalità *ex art. 11 Cost. del diritto UE*, e che successivamente ha cercato di evitare di essere sommersa dai ricorsi “inventando” la coesistenza degli ordinamenti nazionale e comunitario, per giungere fino ad ammettere ciò che sembrava inammissibile: il ricorso pregiudiziale alla CGUE?

Insomma, una linea evolutiva dal 1948 a oggi non solo è perfettamente visibile, ma è anche perfettamente voluta: se si “evolve” rispetto al diritto interno e alle modifiche della società che regola, perché non dovrebbe farlo anche nei confronti della Comunità internazionale, cui l'Italia, insieme alla sua *Corte* concorre a dare norme?

Certo, alla luce di quanto detto al precedente § 2. In altre parole, sto esprimendo una cauta critica alla teoria della “norma interposta”, che presuppone appunto che un “altro” ordinamento giuridico, *diverso e separato per nostra scelta costituzionale viene sussunto come norma prevalente* sulla nostra stessa Costituzione. Un “ordinamento diverso”, appunto e prevalente (dia pure in certi casi sì e in altri no).

Ciò che cerco di suggerire, con ogni cautela, è esattamente il contrario e cioè che un *ordinamento diverso non c'è*. Il sistema giuridico è uno e uno solo, integrato e interconnesso. Ed è solo, a mio parere, usando questa logica ed immergendovisi che si può trovare il bandolo della matassa, senza cercare chi “comanda” su chi o che cosa, ma come razionalmente (e strumentalmente) le norme si ordinino tra di loro.

La *Corte* invece, nella sua smania di predominio, rinuncia ad esercitare quella che è una sua funzione fondamentale: di essere parte *attiva e determinante* proprio di quel diritto internazionale che tanto poco accetta e rispetta. È questo, francamente, ciò che maggiormente sorprende, che si iscrive (forse) in quel progressivo provincialismo che sempre più caratterizza questo paese, provincialismo il cui unico risultato non può non essere che la progressiva, del resto già in atto, emarginazione del nostro paese nel suo complesso dalla Comunità internazionale e in particolare da quella che conta. Perché, alla fine, è ciò a cui rinuncia la *Corte*: la possibilità di contare, di esserci, di essere citata come fonte di interpretazione e di norme.

### 3.2. *La certezza del diritto*

Un altro punto va sottolineato per identificare quelli che appaiono i limiti della sentenza in discussione, dato che un principio assolutamente fondamentale, e che non credo possa nemmeno lontanamente essere messo in dubbio dalla *nostra* stessa *Corte*: quello della *certezza del diritto*, rischia di trovarsi di fatto fortemente leso dalla sentenza. Beninteso: principio universale, valido cioè sia nell'ordine internazionale che in quello interno.

Leggere, infatti, questo principio, che è norma di basilare civiltà giuridica, ripeto civiltà, come limitato alla sola giurisprudenza interna della corte competente, è un modo per negare, nonché ogni logica ermeneutica, l'evidenza dei fatti di più giurisdizioni diverse che possono avere competenze concorrenti sul medesimo caso o categoria di casi e che *globalmente* devono farsi carico del principio medesimo. Immaginare che un operatore o un utente del diritto, possa, invece, trovarsi sballottato tra diverse interpretazioni di diverse giurisdizioni ognuna autoreferenziale al massimo, rappresenta, chiunque una cosa del genere faccia, la negazione del proprio compito primario che dovrebbe essere

“fare giustizia”, nel senso migliore del termine: applicare una norma certa ed univoca: *suum unicuique tribuere*<sup>66</sup>. E innanzitutto, quindi, cercare di identificarla evitando i rimpalli tra giudici.

Che poi la *univocità* sia a sua volta il frutto di una, più o meno complessa, interpretazione delle norme, è ovvio, purché vi sia una ragionevole *prefigurabilità* del risultato<sup>67</sup>. Certezza del diritto non è certezza del risultato, come ovvio, ma certezza del metodo e del modo per giungere al risultato.

Invero, la questione vera all’esame delle due corti, non è solo la questione pratica se si possa o meno sequestrare un bene in assenza di una condanna penale, ma, appunto, quello della certezza del diritto, che invece da entrambe le sentenze esce a dir poco oscurata. Appare chiaro, in altre parole, come la contrapposizione insanabile tra le due Corti, metta l’individuo di fronte a due soluzioni opposte, rispetto alle quali rischia di essere costretto ad un andirivieni tra giudici per trovare una soluzione definitiva e prevedibile del suo caso, con il rischio altissimo di non trovarla affatto, visto che ciascun giudice ritiene di essere “il” giudice.

Perché, alla fine dei vari giudizi, ciò che certamente resta del tutto oscuro è se un cittadino assolto dal reato possa o meno considerarsi al sicuro da diverse ed ulteriori turbative dei suoi diritti.

### 3.3. *Gli effetti perversi dell’istituto della prescrizione dal punto di vista dei diritti dell’uomo.*

Ma anche nel merito delle sentenze, qualche parola rapidamente va spesa.

Senza entrare nell’analisi della (ammettiamolo, abbastanza strana) legislazione italiana che concepisce che qualcuno venga assolto, ma che, avendone accertata la non punibilità per estinzione del reato consideri invece accertata la illegittimità del comportamento ... non accertato (a stretto rigore nemmeno come avvenuto!) con la conseguente sanzione amministrativa non appare esattamente di una limpidezza cristallina. Ma, ciò detto, la situazione di fatto che ne risulta, determina, a mio parere, dal punto di vista dei diritti dell’uomo, un problema non trascurabile di mancata garanzia del diritto alla difesa.

Se, in altre parole, è abbastanza comprensibile che un giudice non aduso a certi bizantinismi del nostro sistema giuridico, abbia difficoltà ad accettare che, posto che un tizio sia assolto o prosciolto, le conseguenze penal-amministrative del reato ... non commesso<sup>68</sup> permangano<sup>69</sup> a seguito di una

---

<sup>66</sup> *Digesta Iustiniani Augusti*, 1.1.10, *Ulpianus libro secundo regularum*, « ...1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».

<sup>67</sup> Ed infatti è difficile negare che sul punto la CtEDU cerca di esprimersi molto nettamente, quando afferma al punto 33 della sentenza: « When speaking of “law” (“droit”) Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law and implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability ... In any system of law, including criminal law, however clearly drafted a legal provision may be, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for clarification of dubious points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen... ».

<sup>68</sup> La dottrina, mi sembra, ammette che il reato sia non commesso, anche se talune conseguenze di esso permangono, come la possibilità di usare la precedente imputazione come elemento per la dichiarazione di delinquente abituale. V. sul punto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, a cura di CONTI L., Milano (Giuffrè) 2003, 771 ss., GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, Milano (Giuffrè) 2013, 641 ss., MESSINA S.D., SPINATO G., *Manuale breve di diritto penale*, Milano (Giuffrè) 2015, 350 ss. ma anche, solo per fare qualche esempio, il dubbio sul mancato effetto della prescrizione sulla deducibilità di somme dalle dichiarazioni fiscali in CONTE D., *Processo penale e processo tributario, ovvero il caso delle parallele che si incontrano: riflessioni a margine dell’ineducibilità dei costi da reato*, in *Riv. dir. trib.*, fasc.12, 2012, pag. 1171, e altre fattispecie CORSO P., *La prescrizione del reato impedisce la confisca per equivalente, commento a Cass.*, 29 aprile 2013, n. 18799, in *Corr. trib.*, 2013, cit in PARLATO M.C., *Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte ex art. 11, comma 1, d.lgs. n. 74/2000: considerazioni critiche*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 7-8, 2013, 154, reperibile anche tramite <http://www.iusexplorer.it/Dottrina/Dottrina?idDocMaster=4049668&idDataBanks=13&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&pagina=0&NavId=1204762245&pid=19&IsCorr=False> e, con riferimenti alla sentenza Gasparini della CtEDU v. di recente PIATTOLI B., *Ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, fasc.6, 2007, pag. 2642B e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>69</sup> L’art. 157 del codice penale, giova rammentarlo, afferma testualmente: «La prescrizione estingue il reato ... ». Se

normativa a dir poco complessa quale quella italiana in discussione<sup>70</sup> è lecito domandarsi entro quali limiti altri diritti dell'uomo possano essere violati. Certo, la CtEDU si attarda, a mio parere poco opportunamente<sup>71</sup>, a valutare se e in che misura la situazione risultante dalla condanna amministrativa senza condanna penale, incida sul sacrosanto diritto di proprietà del Protocollo 1, ma così trascura il tema più rilevante di cui appresso.

Che è quello, fondamentale direi, della accennata mancata salvaguardia del diritto alla difesa piena da parte di chi si trovi assoggettato ad un processo penale, diritto: mi pare, non estraneo al diritto internazionale dei diritti dell'uomo oltre che alla nostra Costituzione. E spiego brevemente il perché di questa affermazione.

È infatti evidente che, nel nostro sistema penale, l'imputato (come del resto l'accusatore) a fronte della possibilità, anzi della certezza, della dichiarazione di avvenuta prescrizione<sup>72</sup>, avendo fatto magari il possibile per guadagnare tempo allo scopo di farla scattare (e di impedire di guadagnarne per non farla scattare!)<sup>73</sup>, di questo solo e principalmente si occupi e si interessi, non della prova della sua innocenza o della insussistenza del reato.

Se, però, alla fine del processo, essendo l'imputato riuscito nell'intento di non farsi condannare<sup>74</sup>, di essere prosciolto, le conseguenze della ... non condanna si verifichino egualmente, l'aver guadagnato tempo si ritorce addirittura contro l'imputato stesso<sup>75</sup>, che, a conti fatti, avrebbe avuto interesse a cercare di dimostrare l'insussistenza penale del fatto, per evitare la conseguenza economica del reato. L'ansia della prescrizione, è ovvio che potrebbe indurre a trascurare la difesa nel merito, che potrebbe portare sì ad una assoluzione, ma comporta sempre il rischio di una condanna, altrimenti evitabile. È lecito dunque domandarsi, se, con tale soluzione, non si finisca per

---

pure si possa ammettere, ma francamente con grande difficoltà, che l'estinzione del reato non impedisce la recidiva, faccio molta fatica a comprendere (con la CtEDU) come si possa dire che, posto che il fatto criminoso non esiste come crimine, ne derivino egualmente conseguenze sanzionatorie. Sul punto v. anche *infra* nel testo.

<sup>70</sup> Anche la dottrina italiana, del resto, sul punto circa la possibilità che all'assoluzione faccia seguito la confisca del bene è molto divisa. V., per tutti, MANGERI A.M., *Confisca (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali VIII*, Milano (Giuffrè) 2015, 203 ss.

<sup>71</sup> Mentre dunque concordo pienamente con CIVELLO G., *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio Penale*, 2015, 1, in [http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2015/04/web.04.Osservatorio.Corte\\_.cost\\_.Confisca.DelloRusso.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2015/04/web.04.Osservatorio.Corte_.cost_.Confisca.DelloRusso.pdf), 11 s., circa la poca accettabilità della tesi della Corte come dico nel testo, mi permetto di dissentire sul fatto che la CtEDU attribuisca troppo valore alla norma sulla difesa della proprietà del Protocollo 1. In effetti, a me sembra, la CtEDU ha solo voluto sottolineare come la sanzione senza reato, sarebbe particolarmente grave dato che inciderebbe anche su quella norma.

<sup>72</sup> Che può avvenire, se ben comprendo, anche quando il giudice accerti l'improbabilità di giungere ad una sentenza a tempo debito, come ad es. Cass. Pen, sez. III n. 41373, 17.7.2014« E tale ricostruzione non è smentita neppure dal testo dell'[art. 425 c.p.p.](#), nuovo comma 3 secondo cui il giudice "pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio" posto che una tale disposizione conferma, anzi, che il parametro di giudizio non è l'innocenza ma l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio: l'insufficienza e la contraddittorietà degli elementi devono quindi avere caratteristiche tali da non poter essere ragionevolmente considerate superabili nel ... In conclusione, a meno che ci si trovi in presenza di elementi palesemente insufficienti per sostenere l'accusa in giudizio, per l'esistenza di prove positive di innocenza o per la manifesta inconsistenza di quelle di colpevolezza, la sentenza di non luogo a procedere non è consentita quando l'insufficienza o la contraddittorietà degli elementi acquisiti siano superabili in dibattimento, potendosi affermare, in aderenza anche a quanto affermato in dottrina, che "sfuggono all'epilogo risolutivo i casi nei quali, pur rilevando incertezze, la parziale consistenza del panorama d'accusa è suscettibile di essere migliorata al dibattimento"» V. anche la ben nota Cass. Pen. Sez. IV n. 14150, 3.3.2015 (caso Eternit).

<sup>73</sup> A meno di una certezza di assoluzione, posto che si ammette che in casi di evidente innocenza dell'imputato il giudice possa egualmente assolvere, anche se richiesto di constatare l'avvenuta prescrizione. V. in generale e sul punto PISA P., *Prescrizione (dir. Pen)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano (Giuffrè) 1986, vol. XXXV.

<sup>74</sup> Con una ulteriore, me lo si consenta, conseguenza devastante in termini di certezza del diritto e certezza della responsabilità. Il fatto per il quale, infatti, l'accertamento della avvenuta prescrizione, richieda la dichiarazione da parte del giudice di avere accertato il fatto criminoso, determina una conseguenza per certi versi ancora più devastante in termini di diritti dell'uomo: la figura dell'assolto colpevole, per così dire.

<sup>75</sup> E, per dirla scherzosamente, in un ingiusto "guadagno" di chi lo ha accusato e non è riuscito ad arrivare alla sentenza di condanna! In altre parole: che interesse reale ha l'accusatore a fare condannare l'imputato se comunque ottiene la confisca del bene e la cessazione dell'illecito ... presunto?



pregiudicare il pieno diritto dell'imputato alla difesa, violando così il corrispondente diritto di Strasburgo<sup>76</sup>. Che poi la norma preveda che l'imputato può ben rinunciare alla prescrizione, non mi pare che cambi la sostanza del problema: un imputato cui si offra l'alternativa tra l'assoluzione certa ed immediata e la assoluzione possibile, chi sa quando e con quali costi, ben difficilmente rinuncia alla prima. E lo dico, si badi, proprio in termini di diritti dell'uomo: la libertà dell'individuo, infatti, è di fatto coartata e assai fortemente.

Altro sarebbe se l'imputato potesse scegliere, a processo finito se "accettare" la sentenza (di assoluzione o di condanna!) o fare scattare la prescrizione. Ma questo sarebbe un assurdo.

Infine, mettiamoci una volta tanto "nei panni" dello stato. Certo il suo interesse a fare cessare l'illecito confiscando il bene sarebbe soddisfatto. Ma l'interesse pubblico è (se non altro, anche) alla condanna per evitare che il reato si ripeta (una funzione "emulativa" la pena la può ben avere) e questo interesse viene del tutto stracciato.

Insomma, con tutto il rispetto per la *nostra Corte*, non riesco a considerare tanto peregrina la decisione della CtEDU.

#### 4. I possibili e auspicabili argomenti di dialogo tra le corti.

##### 4.1. La natura formalistica della giurisprudenza CEDU

Da quanto fin qui detto, è difficile sottrarsi all'impressione che la CtEDU, a sua volta, non si sia sforzata più di tanto ad interpretare e valutare correttamente il diritto penale italiano, che, per "strano" che sia, risponde ad una sua logica interna non trascurabile, sulla quale, voglio dire, almeno soffermarsi a discutere, magari in termini problematici, potrebbe e avrebbe potuto essere utile. Mentre, voglio dire, è purtroppo indubbio il rifiuto della *nostra Corte* di "ascoltare" il giudice internazionale, è, duole dirlo, altrettanto indubbio (spero non solo per "irritazione" verso toni talvolta un po' bruschi nei suoi confronti<sup>77</sup>) che la CtEDU si limiti ad una affermazione netta e senza sfumature: non possono esistere effetti di condanna, se c'è assoluzione dal reato, a parte il rilievo, sostanzialmente trascurabile, della violazione del diritto di proprietà, francamente poco perspicuo.

Ad onore del vero, non si può nemmeno trascurare il fatto che la stessa difesa del governo italiano, è in qualche modo caduta in una "ingenuità", quando, dopo avere confermato la correttezza di una precedente sentenza<sup>78</sup>, sottolineava la differenza tra quella e questa fattispecie, dato che nel primo caso c'era stata assoluzione e nel secondo "solo" prescrizione<sup>79</sup>, della quale l'imputato avrebbe potuto

---

<sup>76</sup> V. ROMEO G., *Alle Sezioni unite la questione della confisca di somme di danaro, sequestrate su conto corrente, costituenti prezzo di reato dichiarato prescritto*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 4.5.2015 in [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1430382555Ord\\_Rim\\_SU\\_15233\\_15.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1430382555Ord_Rim_SU_15233_15.pdf), che molto giustamente, sia pure ad altro titolo osserva: «È noto, infatti, che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone al giudice di merito cui, nel diritto interno, sia riconosciuto il potere di riqualificazione dei fatti sottoposti alla sua cognizione, il dovere di assicurarsi che l'imputato abbia avuto l'opportunità di esercitare i diritti di difesa sul punto della diversa qualificazione in maniera concreta ed effettiva: dal che discende, come corollario, che egli sia informato in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che gli vengono ascritti, ma anche, e in maniera dettagliata, della definizione giuridica data ad essi, a prescindere dalla circostanza che la diversa imputazione ritenuta in sentenza sia meno grave di quella contestata: tant'è vero che nella decisione 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. contro Bulgaria, la Corte europea ha ritenuto la violazione della Convenzione a fronte di una riqualificazione in termini di minore gravità della condotta illecita rispetto a quella oggetto di contestazione, sul rilievo della menomazione della facoltà dell'imputato di difendersi in relazione al reato meno grave per cui era poi intervenuta condanna irrevocabile» (corsivo mio).

<sup>77</sup> Non privi di qualche « risposta », v. *infra* § 0.

<sup>78</sup> CtEDU, *Affaire Sud fondi srl et autres c. Italie*, Requête no 75909/01, 20.01.2009.

<sup>79</sup> CtEDU, *sentenza Varvara* ... § 27, secondo periodo: «Unlike *Sud Fondi*, in the instant case the applicant had not been acquitted on the merits but had had the benefit of a decision not to prosecute because the offence had become time-barred. The Government submitted that the applicant could have waived the implementation of the time limitation and requested the court to decide the case under the terms of Article 129 § 2 of the Code of Criminal Procedure ». sorprende in particolare, sia detto senza intento critico, che si sottolinei da parte italiana, a giustificazione del nostro operato, proprio



non avvalersi: come dire un tentativo, un po' goffo, di far capire alla CtEDU che l'imputato in fondo era colpevole e ben lo sapeva lui stesso e a questo punto niente galera ma l'oggetto del contendere se lo prende lo stato!

Parliamoci chiaro, tornando a quanto accennato sopra<sup>80</sup>: quale imputato mai, con il nostro ordinamento penale sostanziale e processuale, con la legislazione edilizia caotica e contraddittoria di questo paese, con le lungaggini infinite dei processi, quale imputato, dico, accetterebbe di continuare il processo *rischiando una condanna* (quasi certa, visto che la corte lo proscioglie *avendo accertato il fatto*) piuttosto che cavarsela in fretta e tutto sommato bene? So bene, sia chiaro, che queste non sono considerazioni giuridico-formali accettabili, ma qui si tratta della garanzia di diritti fondamentali come quello alla libertà e alla difesa, sui quali la sostanza non può non fare premio sulla forma, specialmente (e su ciò le due corti, a mio parere hanno largamente mancato) nella ricerca di un diritto sostanziale, questo sì *predominante*.

Torniamo infatti qui, al punto sottolineato prima. Un imputato (sia o meno questo il, caso specifico beninteso) che vede profilarsi la prescrizione, *ragionevolmente* punta ad avvalersi di essa, e certo non a proseguire per chi sa quanto tempo un processo dal quale potrebbe risultare danneggiato, e quindi agisce processualmente per garantirsi la prescrizione, rinunciando del tutto alla difesa nel merito. La stessa difesa italiana, lo sottolinea<sup>81</sup>!

Tanto che la CtEDU si attarda in una (questa sì sgarbata) lezioncina di diritto, quando afferma al § 34: «Foreseeability depends to a considerable degree on the content of the law concerned, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of “foreseeability” where the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. They can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails». Lezioncina a parte, la critica durissima alla nostra legislazione e forse anche pratica giudiziale traspare da ogni parola e, francamente, non sembra proprio peregrina.

E si aggrava, se si procede nella lettura quando la CtEDU elabora la motivazione del suo giudizio sulla base di una applicazione rigorosa del principio *nullum crimen*, affermando che la legge italiana prevede la confisca a seguito di sentenza definitiva, ma anche in caso di prescrizione, quando, come afferma la Cassazione nell'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale<sup>82</sup>: «può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia accertata – come avvenuto nel caso in esame – la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere». Ora, afferma la CtEDU se ben comprendo, ciò che conta è che sia accertata la responsabilità della persona interessata, facendo l'esempio di una sanzione amministrativa comminata per avere solo commesso il fatto anche senza intenzione di commettere un illecito (ciò che, se ben comprendo di nuovo, noi chiameremmo “colpa”) e che la CtEDU ha considerato non in violazione dell'art. 7 *Convenzione europea sui diritti dell'uomo*.

Ma qui, e mi pare questo il punto centrale, non c'è una dichiarazione di responsabilità dell'imputato, anche se, come dice la Corte di Cassazione, esiste un fatto oggettivo

---

l'aspetto più “strano” e cioè quello per cui l'imputato *non è stato assolto*. Orbene, ogni colpa è ascrivibile alla Corte (tanto più che di essa fa parte un giudice italiano, peraltro già silenzioso quando si giudicava il voto italiano notoriamente controllato dalla mafia) ma negare che è difficile non restare interdetti di fronte alla ammissione formale che l'imputato condannato non è stato!

<sup>80</sup> Cfr. *supra* § 0.

<sup>81</sup> Affermando, inoltre, che, appunto: «The construction work carried out had objectively breached the relevant legal provisions, and therefore the offence of unlawful land development had been made out, because the development plan had been unlawful». Difficilmente sarebbe ipotizzabile un ragionamento più ...circolare di questo.

<sup>82</sup> Ordinanza Corte di Cassazione Penale, sez III, n. 209/2014.

amministrativamente illecito<sup>83</sup>, anche qui, quello della “illiceità oggettiva” mi sembra un concetto un po’ astruso, che, appunto, richiederebbe ampie e circostanziate motivazioni e articolazioni.

Senza entrare nel merito di questa complicata (e per certi versi cavillosa) discussione tecnica, questo sarebbe stato appunto il momento per “aprire il dialogo”, piuttosto che limitarsi ad affermare la predominanza del diritto italiano. Il tema da discutere e far capire o capire era quello della natura e degli effetti della prescrizione e della relazione tra la sanzione penale e quella amministrativa: appunto, cosa voglia significare il concetto di “illecito oggettivo”.

#### 4.2. *L’interesse dimenticato: la protezione dell’ambiente*

Anche su ciò conviene brevissimamente articolare qualche considerazione, dato che, ovviamente, l’interesse della legge italiana è, o dovrebbe essere, quello alla salvaguardia dell’ambiente e della sicurezza e al rispetto del territorio anche in termini di economia del territorio, che, specialmente in Italia, è un problema molto sentito.

La auto-chiusura della nostra *Corte* al proprio ordine interno, le impedisce di allargare lo sguardo a quelle, non certo poche ed episodiche, norme internazionali (e non solo CEDU) in materia di rispetto dell’ambiente, che, alla fine, è certamente l’“ultimo” interesse da proteggere, non nel senso che sia il meno importante.

Per dire che se la *nostra Corte* avesse impostato il discorso in questa maniera (oltre che, come ovvio, tale fosse stata l’impostazione data alla difesa italiana) probabilmente i risultati sarebbero stati diversi, dato che nella gradazione, sia pure non gerarchizzata, degli interessi da proteggere, quello alla difesa dell’ambiente avrebbe ben potuto fare premio sul dato, lo ripeto solo formale, della mancata condanna ma sostanziale applicazione di una pena<sup>84</sup>.

Anche qui, in altre parole, una visione meno ristretta e restrittiva, da parte di entrambe le corti, avrebbe permesso probabilmente di aprire un discorso assai più ampio e interessante, che avrebbe avuto per oggetto il, questo sì prevalente, interesse pubblico alla protezione dell’ambiente, in senso lato, piuttosto che un dibattito di principio su una presunta predominanza delle nostre convinzioni su tutto ciò che non sia strettamente interno, diritto dell’UE a parte.

#### 4.3. *La ondivaga valenza del diritto EDU*

Dove, tra l’altro, è difficile sottrarsi all’impressione di una sostanziale contraddizione nel modo di pensare della nostra stessa *Corte*, che, con tutti i distinguo ben noti (e in gran parte a mio parere difficilmente motivabili) tra il “valore” del diritto UE e quello del diritto EDU, non solo non esclude che la Convenzione vada applicata, ma esplicitamente ha affermato e afferma (anche in questa sentenza!) che il giudice “comune” deve sempre e comunque fare ogni sforzo per rendere le proprie sentenze compatibili con il diritto EDU e con la giurisprudenza della CtEDU, purché, oggi si precisa, non in contrasto con la Costituzione.

Ciò posto, infatti, e pur non essendovi qui spazio per approfondire anche questo tema, non si capisce, o meglio determina una sostanziale lesione della logica consequenziale di quanto affermato prima e, in particolare, una fonte grave di confusione e di dubbi, l’affermazione per la quale il giudice ordinario debba attenersi alla giurisprudenza consolidata della CtEDU e alla giurisprudenza pilota, beninteso in senso stretto (sic!).

Sotto due profili.

---

<sup>83</sup> Cfr. [sentenza Varvara](#), § 72: «In the present case, the criminal penalty which was imposed on the applicant despite the fact that the criminal offence had been time-barred and his criminal liability had not been established in a verdict as to his guilt, is incompatible with the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, which the Court has recently clarified and which is an integral part of the legality principle laid down in Article 7 of the Convention. Consequently, the penalty in issue is not prescribed by law for the purposes of Article 7 of the Convention and is arbitrary».

<sup>84</sup> In altre parole, sarebbe stato utile mettere in luce che, reato a parte, in quel posto e in quel tempo una costruzione non doveva esservi, legando così la “sanzione” alla *restitutio in integrum* degli interessi del ... territorio!

Innanzitutto con questa affermazione, la *Corte* limita (o almeno questo può essere l'unico significato di questa limitazione) la applicazione per dir così diretta della normativa e della giurisprudenza EDU alle due ipotesi citate. Fa quindi, è lecito domandarselo, addirittura un passo (che passo!) indietro rispetto alla precedente giurisprudenza a far data da quella ben nota del 2007.

E infatti, pur senza arrivare alla ipotesi da me avanzata altrove circa la corretta interpretazione del primo comma dell'art. 117 Cost., sta in fatto che ora il giudice del merito si deve porre, prima di emettere la sentenza, la domanda se quella soluzione (che discende dalla Convenzione e dalla giurisprudenza EDU) innanzitutto non sia in contrasto con la lettera della Costituzione, ma anche, posto che non lo sia, se sia fondata su una giurisprudenza "consolidata" o meno.

A parte il fatto ovvio che ciò costituirà una fonte molto ampia di ricorsi contro le sentenze che giudicheranno consolidata o non una certa giurisprudenza (di nuovo la certezza del dritto non ne esce benissimo) non è ben chiaro da cosa derivi e perché la nostra *Corte* ritenga di assumere questo orientamento.

Il verificato consolidamento di una certa giurisprudenza è una valutazione estremamente opinabile e soggettiva, che certamente non contribuirà a quella certezza del diritto di cui sopra<sup>85</sup>, ma, a parte ciò, non si comprende da dove questa idea provenga, posto che non esistono, mi pare, norme EDU o altrove che "dicano" se e quando una giurisprudenza si è consolidata o meno.

Certo, è vero, come osserva la *Corte*, nel tentativo mal riuscito di chiarire, per analogia, il significato del concetto di "giurisprudenza consolidata", riferendosi alla possibilità che il giudice EDU ha in taluni casi di non inviare alla CtEDU casi già giudicati e identici: testualmente art. 27.1 «... where such a decision can be taken without further examination». La disposizione è poi ripresa nella identica formulazione al n. 1.a dell'art. 28.

Che ciò possa condurre ad una sclerotizzazione della giurisprudenza della CtEDU, fino ad una sorta di inedita denegata giustizia, è cosa troppo ovvia per meritare ulteriori commenti, e, credo, sarà sicuramente nel tempo, oggetto di discussione ulteriore, per quella che appare sicuramente come una disposizione tesa a ridurre il sopraccarico di lavoro per la CtEDU<sup>86</sup>, ma non ad assicurare il rispetto scrupoloso dei diritti dell'uomo. Che ci riesca è un fatto certo, che si tratti della soluzione migliore in termini di offerta di giustizia, credo sia legittimo dubitare.

Ma da ciò ad evincere da quella norma che il criterio della giurisprudenza consolidata sia un criterio giuridicamente accettabile, ci corre dato che i margini di alea interpretativa rischiano di essere poderosi.

Ma, ribadisco, anche senza entrare nel merito di questo tema è certo che il rischio enorme è, innanzitutto (e, per certo versi a me sembra la cosa più pericolosa) quello della sclerotizzazione anche della nostra giurisprudenza, che è l'esatto contrario di ciò che si può definire un buon ordinamento giuridico, specie internazionale, visto che la Comunità internazionale è il luogo del cambiamento continuo e incessante.

Certo, il principio *stare decisis* sembra indicare questa strada: sembra, perché poi la capacità innovativa della giurisprudenza di common law è tutt'altro che marginale, dato che basta relativamente poco a creare, all'occorrenza un *leading case*<sup>87</sup>, che però non impedisce di rovesciarne

---

<sup>85</sup> Si potrebbe anche obiettare, in termini logici, che una giurisprudenza consolidata è quella, direi, che deriva dalla ripetizione un certo numero di volte (quale nessuno precisa) di un certo orientamento giurisprudenziale. Dunque, innanzitutto, un orientamento e non sentenze uguali, ma sentenze analoghe su casi analoghi (e qui il giudice ordinario si trova la porta chiusa dalla Corte, che gli impedisce di usare l'analogia). Ma, inoltre, una giurisprudenza si consolida quando "dopo la prima" ne seguano delle altre "analoghe". E allora, attenzione, anche qui la certezza del diritto salta: perché, infatti, dopo la prima sentenza, che poi si consoliderà, l'atteggiamento potrebbe legittimamente essere diverso da quello successivo, a giurisprudenza consolidata? E, dato che un termine *a quo* del "consolidamento" non c'è, quante impugnazioni di vario tipo saranno possibili in questo tempo? Così, sia detto con ogni cautela e rispetto, il diritto diventa una sorta di gioco, ma un gioco di azzardo e ciò mi sembra poco consono ad un ordinamento giuridici.

<sup>86</sup> In effetti, il numero di domande rigettate con la formula del testo è decisamente molto alto (circa 83.000 nel 2014), v. [http://echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2014\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2014_ENG.pdf) ECHR *Analysis of Statistics* 2015.

<sup>87</sup> Non a caso si cita sempre come esempio classico di rovesciamento della giurisprudenza consolidata, la sentenza della Corte Suprema USA in tema di segregazione razziale, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

il “consolidamento” con il sistema del *overruling*. Nel nostro caso, però, è tutt’altro che chiaro come e chi a detta procedura possa addivenire, tanto più che già *in limine* se ne prospetta la illegittimità<sup>88</sup>.

Ma la *Corte*, non contenta di ciò, aggiunge il caso delle sentenze pilota (ai sensi dell’art. 61 del Regolamento della Corte), alle quali il giudice dovrebbe adattarsi, senza esitazioni come nel caso della giurisprudenza consolidata. Solo che nella giurisprudenza consolidata, il consolidamento è (cheché ne pensi la *Corte*) un fatto di interpretazione, mentre le sentenze pilota sono esplicitamente tali.

A parte l’inciso che introduce la *Corte* quando dice che ci si deve attenere alle sentenze pilota “in senso tecnico” (come se ne esistessero di non in senso tecnico) ciò colpisce perché si tratta esattamente di quella giurisprudenza altamente innovativa, grazie alla quale la CtEDU, allarga e di molto i suoi compiti, dato che in qualche maniera esercita quel potere, che formalmente non ha né le competenze, di indirizzare *autoritativamente* gli stati membri nella loro legislazione e non solo nella loro giurisprudenza<sup>89</sup>. Ciò, va ripetuto, è tipico della giurisdizione internazionale, dato che essa *partecipa* con gli altri strumenti (ivi compresi quelli contrattuali) alla formazione delle norme (spesso generali) di diritto internazionale. Non può, pertanto, non sorprendere che una *Corte* così attenta alle proprie prerogative, permetta poi di trattare come normativa una sentenza della CtEDU.

In altre parole, non mi è chiaro come una *Corte* tutta presa dal predominio assiologico del nostro sistema giuridico, si consideri poi così acriticamente disponibile verso azioni che incidono sul gelosissimamente (a mio parere, anche qui, erroneamente) difeso principio di sovranità: un organismo contrattuale (certo, contrattuale<sup>90</sup>) indica obbligatoriamente agli stati membri una certa soluzione legislativa, attraverso, non un trattato dove la volontà dei soggetti è esplicitata, ma una sentenza “pilota” e il giudice nazionale immediatamente si adatta, ... mentre il legislatore ... legifera. Nessuno più di me è intenzionato a “difendere” la giurisprudenza internazionale e a prenderla in debita considerazione, purché, lo ripeto ancora una volta, in termini di rigorosa integrazione, non mai di pedissequo adeguamento.

Ne viene fuori, ma lo dico solo in termini di primissima approssimazione, un gran pasticcio, nel quale appare sommamente difficile orientarsi e ancora di più lo sarà per i cittadini, che potranno trovarsi a ricorrere ai giudici italiani nella più completa ... incertezza del diritto, ma anche “ondivaghezza” dello stesso.

Ciò, credo, assai malamente si confà ad una *Corte* che dovrebbe avere come suo primo compito quello di dare chiarezza e certezza, riducendo al massimo possibile i margini di inaffidabilità, e non, probabilmente, aumentando la già non proprio modesta litigiosità italiana.

## 5. Conclusioni

Lo scopo di queste pagine è stato duplice: a.- mostrare alcune incongruenze della sentenza analizzata, b.- porre le basi per un discorso di metodo con riferimento non tanto e non soltanto ai rapporti tra il diritto interno italiano e il diritto internazionale, ma anche e principalmente sulla logica

---

<sup>88</sup> Del resto la nostra Cassazione si è già in parte pronunciata sul tema, in Cass. Sez. Unite, 11.7.2011, n. 15144, la cui ben nota massima recita: «Il fenomeno del cd. *overruling* ricorre quando si registra una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte. Elementi costitutivi sono quindi: l’aver a oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. In applicazione del valore del Giusto processo, deve essere esclusa l’operatività della preclusione derivante dall’*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa. Per essa, insomma, la tempestività dell’atto deve essere valutata con riferimento alla giurisprudenza vigente al momento dell’atto stesso».

<sup>89</sup> A dimostrazione del fatto che il diritto internazionale è un ordine giuridico in evoluzione continua, che può anche per via giudiziaria creare norme “imperative”.

<sup>90</sup> Ma anche le altre sentenze sono frutto di un regime contrattuale e dunque occorrerebbe almeno dedicarsi a definirne le differenze. Del che, nella sentenza della *nostra* Corte, non vi è traccia.

di quello che ho delineato, in primissima approssimazione, come un sistema giuridico unitario e integrato e sulle conseguenze logiche di questo disegno.

Sul primo punto, solo pochissime ulteriori parole, unicamente per sottolineare come il disegno dei rapporti tra diritto italiano e diritto CEDU (e pertanto diritto internazionale) appaia confuso e ambiguo, ma specialmente e con tutto il rispetto, contraddittorio. Da un lato, infatti, in un quadro, ormai conclamato, di diffidenza della nostra *Corte* verso il diritto internazionale in genere (fatta eccezione, sembra, per quello dell'UE) viene messa in luce dalla *Corte* la necessità, *ex art.* 117.1, di applicare il diritto EDU e la sua giurisprudenza mentre, dall'altro, si pongono una serie di paletti estremamente numerosi e rigidi all'applicazione di essi.

Specialmente poco chiara, a mio parere, è l'elaborazione della categoria della «giurisprudenza consolidata» e della «giurisprudenza pilota», che, diversamente da tutto il resto della giurisprudenza internazionale (o almeno della CtEDU, ma basta pensare al modo in cui la *Corte* ha trattato la giurisprudenza della CIG per valutare quanta sia la distanza tra i due ambiti giuridici secondo la nostra *Corte*) troverebbe una applicazione preferenziale, rispetto al resto delle predette giurisprudenze, assoggettate alla *predominanza assiologica*.

Il quale, un po' astruso, concetto del *predominio assiologico*, si finisce per stravolgere del tutto la logica dei rapporti tra ordinamenti, affermando una prevalenza strutturale, tanto indimostrata quanto superficiale, del nostro ordinamento su tutto, mentre, però, le predette giurisprudenza consolidata e pilota farebbero, sembra, premio anche sulla nostra Costituzione. Ho cercato sommariamente di mostrare come questa ottica può condurre soltanto ad una incertezza assoluta del diritto se non altro per la indeterminatezza dei parametri proposti.

Ciò, va detto, si iscrive in una sempre più irrefrenabile tendenza all'isolamento orgoglioso (ma spesso solo patetico) di molti sistemi rispetto agli altri, in una sorta di coro dissonante di "il mio è bello, anzi è più bello". Senza motivazione alcuna, senza base giuridica veruna e ciò duole quando si tratta di diritto.

Atteggiamento che, se, purtroppo si iscrive come detto in una tendenza diffusa anche a livello internazionale (si pensi alla miope "chiusura" della CGUE alla CEDU<sup>91</sup>, ma anche al conflitto di questi giorni tanto stolido quanto assurdo tra una idea – chi sa se assiologicamente predominante – rigorista e imperativa delle pretese UE e un popolo con l'acqua alla gola, come per la questione della Grecia<sup>92</sup>) appare in stridente contrasto con la grande apertura internazionalistica della nostra bella Costituzione, tutta tesa a integrare il nostro sistema in e a quello straniero e internazionale. Tanto che, nella frenesia di predominanza assiologica (della quale, logicamente parlando – ripeto, logicamente – non si coglie bene la differenza con altre perniciose prevalenze del recente passato) mentre si maltratta la, pur discutibilissima giurisprudenza EDU (certo non esente da colpe e anche gravi) si torce fino all'inverosimile quell'articolo 10.1 della nostra Costituzione, che vuole proprio ciò che si

---

<sup>91</sup> V., di recente, COSTANZO P., [Le principe « non bis in idem » : concurrence ou complémentarité entra la Cour Européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne ?](#), in *Consulta Online, Studi*, 2015/II (19.6.2015), 565, dove, dopo una discussione approfondita appunto delle ipotesi e delle possibilità di coordinamento (io aggiungerei, integrazione), si conclude: «C'est donc sur cette base que, comme l'ont toujours reconnu les avocats généraux, «l'adoption de l'article 52, paragraphe 3, de la charte revêt nécessairement des caractéristiques propres lorsqu'elle est appliquée au principe ne bis in idem»; par conséquent «Dans ces circonstances, [...] l'article 50 de la charte requiert une interprétation partiellement autonome» ... «Il convient bien sûr de tenir compte de la jurisprudence actuelle de la Cour de Strasbourg, mais le seuil de protection auquel la Cour doit se tenir doit être le fruit d'une interprétation indépendante et exclusivement fondée sur les dispositions et la portée de l'article 50 précité» (v. Conclusions dans l'affaire «Fransson»).

<sup>92</sup> Sottolineo proprio questo. Con tutti i difetti i limiti e le colpe della Grecia e dei suoi governi (e dunque, se vogliamo, anche del suo popolo che li ha scelti) il contrasto effettivo è tra un principio di rigore economico-contabile (di valore, pare, trascurabile, vista l'entità del debito greco) e un popolo al quale si chiedono sacrifici pesantissimi, che ledono proprio i principi informatori del sistema europeo e dei diritti dell'uomo: quello del diritto ad una vita decente, ecc. Mettendola nei termini della *Corte*: assiologicamente parlando, cosa conta di più un debito saldabile magari con un certo ritardo (al limite, nemmeno, vista la scarsa entità di esso), o la aspirazione ad una vita decente di una parte almeno di un intero popolo? Sono questi, spero non vi siano dubbi in proposito, valori assolutamente non commensurabili e dunque da collocare in una logica di sistema, non di conflitto (v. *supra*, nt. 2).



cerca di impedire con ragionamenti tanto astrusi e capziosi quanto avventurosi, solo per preservare la “purezza” del nostro sistema: l’introduzione del diritto internazionale nel diritto interno, anzi, la valenza interna del diritto internazionale vigente, generale e contrattuale grazie all’art. 117.1.

Sul piano del metodo, ma in poche, troppo poche, parole, ho cercato di mostrare come e perché, specialmente perché, *in senso giuridico*, il sistema giuridico possa e debba essere letto unitariamente, come un fenomeno unico e globale, come un sistema unitario, composto da più sistemi, in un rapporto, per dir così orizzontale tra i sistemi statali e verticale (ma non in senso gerarchico) tra i sistemi statali o comunque dei soggetti di diritto internazionale e quello internazionale, dove il rischio dell’entropia è combattuto *proprio* dalla interconnessione dei sistemi, di tutti i sistemi. Certo, se, invece si cerca l’entropia per principio, probabilmente la si ottiene, ma il sistema muore o, peggio, si cristallizza

Paolo Passaglia\*

## Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. – 2. Note metodologiche. – 3. I riferimenti espliciti al diritto straniero: la definizione dei parametri per la loro presa in considerazione. – 4. Un abbozzo di classificazione. – 5. Osservazioni sparse originate dalle evidenze empiriche. – 6. Una conferma, un dubbio ed un auspicio (appunti conclusivi).

### 1. Delimitazione del tema

L'accostamento tra la Corte costituzionale italiana ed il diritto comparato è una tematica su cui la scienza comparatistica si è a lungo interrogata (e continua ad interrogarsi), a partire da alcuni studi pionieristici, per così dire, tra i quali un posto di assoluto rilievo non può non essere assegnato a quelli di Lucio Pegoraro<sup>1</sup>.

Proprio per il fiorire che si è avuto negli anni di contributi di vario genere, risulta difficile anche solo provare ad accreditarsi in termini di originalità. A parziale scusante, si auspica che possa valere la circostanza che, dopo la «fiammata» di interesse nella seconda metà dello scorso decennio<sup>2</sup>, negli ultimi anni l'attenzione della dottrina italiana

---

\* L'autore tiene a ringraziare, per i suoi preziosi consigli e suggerimenti, la dott.ssa Carmen Guerrero Picó, ricercatrice dell'Area di diritto comparato del Servizio studi e massimario della Corte costituzionale.

1 Il riferimento va, in particolare, a L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 601 ss., ed a L. PEGORARO – P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 411 ss. Tra gli altri autori, v., in una prospettiva più ampia rispetto alla giurisprudenza costituzionale, A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001.

2 Cfr., segnatamente, ancora L. PEGORARO, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in G.F. FERRARI – A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, Esi, 2006, 477 ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna, Clueb, 2006; G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, e, in special modo, P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, *ivi*, 15 ss.; A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 125 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La giurisprudenza della Corte costituzionale e il diritto comparato della responsabilità civile*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 273 ss. V., altresì, il dibattito a distanza tra Vincenzo Zeno-Zencovich ed Antonio Baldassarre sulla rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*: V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, *ivi*, 2005, 193 ss.; A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, *ivi*, 2006, 983 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una postilla ad Antonio Baldassarre*, *ibidem*, 992 ss. Nella letteratura straniera, v., *ex multis*, G. CANIVET – M. ANDENAS – D. FAIRGRIEVE (eds.), *Comparative Law Before the Courts*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2005; M.C. PONTHEOREAU, *Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, 7 ss.; B. MARKESINIS – J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Oxford – Manchester, Rutledge – Cavendish Press, 2006; B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé. Histoire des trente-cinq dernières années*, Paris,

sembra essere almeno in parte scemata<sup>3</sup>. Con ciò non vuol dirsi che la problematica sia divenuta negletta, ma – questa, almeno, è la sensazione che pare di potersi cogliere – l’approccio si è fatto più generale, assumendo la forma matura di una «comparazione su (l’uso de) la comparazione» da parte delle diverse corti di vertice, Corte costituzionale inclusa, ovviamente<sup>4</sup>.

Ponendosi in questa prospettiva, il presente scritto può essere tacciato – probabilmente a ragione – di porsi come un contributo di retroguardia, in ragione del fatto che oggetto di indagine sarà esclusivamente la giurisprudenza della Corte costituzionale. Anzi, la delimitazione sarà ancora più rigorosa (o asfittica, a seconda dei punti di vista), dal momento che verranno presi in considerazione soltanto degli anni più recenti, cioè approssimativamente l’ultimo decennio (dall’inizio del 2005 al primo semestre del 2015, per l’esattezza). L’impostazione e la delimitazione del contributo, nella sua «tradizionalità», si pone inevitabilmente come una ripresa di precedenti scritti di altri autori. A stimolare l’interesse del lettore si auspica che possa essere la circostanza che esso si soffermerà sul segmento temporale in ordine al quale – per quanto sopra detto – le analisi sono meno abbondanti.

## **2. Note metodologiche**

Non stupisce che l’uso della comparazione da parte delle corti sia uno dei temi più in voga nel dibattito comparatistico. In molti casi (*id est*, per molte corti), si tratta di un argomento in cui l’elaborazione teorica ha modo di confrontarsi con dati reali, misurabili, riscontrabili: è uno dei non frequentissimi casi in cui la dottrina giuridica può aspirare a far uso di criteri di verifica non troppo lontani da quelli propri di discipline scientifiche tradizionalmente più empiriche. Non è, dunque, una mera coincidenza che si studino, e molto, gli approcci nei confronti della comparazione espressi dalle corti le cui sentenze, nella ricchezza di riferimenti, non lesinano i richiami ad esperienze straniere. Non si studiano, però, soltanto queste corti: l’attenzione per la giurisprudenza costituzionale italiana ne è una dimostrazione. Le indagini sulle corti che citano «poco»,

---

Dalloz, 2006.

3 Per una eccezione, v., tuttavia, A. PIN, *Perché le Corti comparano?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 1429 ss.

4 Tra i più recenti lavori sul tema, v. T. GROPPI – M.C. PONTHEUREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013; A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques. Le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011.

o «pochissimo», sono molteplici e, solitamente, molto stimolanti, perché in questi casi la ricerca perde, sì, l'*atout* della verificabilità, ma diventa inevitabilmente più intrigante, nella misura in cui cerca di cogliere dal non-detto conclusioni che possano spiegare quello che è sovente solo immaginabile da parte dell'osservatore.

Per dirla in termini più espliciti, avendo riguardo ad esperienze in cui le corti appaiono «reticenti», è chiaro che lo studio sulle citazioni di diritto comparato può avere una portata orientativa, ma non certo compiutamente descrittiva, nel senso che, pur dopo aver scandagliato tutte le pronunce e (auspicabilmente) ricostruito tutti i riferimenti, non è dato sapere «quanta comparazione» venga effettivamente svolta: l'impatto dei riferimenti impliciti e quello della comparazione rimasta allo stato puramente embrionale (e dunque non tradottasi in alcun richiamo) è, potenzialmente, tanto incisivo quanto indeterminabile.

Fatta questa premessa, però, l'oggettività del criterio di misurazione consistente nelle citazioni contenute nelle decisioni lo rende – nonostante la sua incompiutezza – un punto di partenza ineludibile. Ed in aderenza alla scarsa originalità che connota il presente scritto, si prenderanno le mosse proprio dalla individuazione dei casi in cui, negli ultimi anni, la Corte costituzionale ha menzionato, in modo più o meno analitico, esperienze straniere.

### **3. I riferimenti espliciti al diritto straniero: la definizione dei parametri per la loro presa in considerazione**

L'analisi dei riferimenti espliciti al diritto straniero deve partire dalla constatazione che non tutte le menzioni contenute nelle decisioni della Corte costituzionale possono essere prese in considerazione. Anche nel solco tracciato da chi analoghe indagini ha già condotto, allora, qualche premessa relativa al tipo di selezione operata si impone.

Innanzitutto, si è optato per tenere nettamente distinte le citazioni contenute nel *Ritenuto in fatto* da quelle del *Considerato in diritto* delle sentenze (e, analogamente, quelle dei paragrafi introdotti dal «*Ritenuto*» da quelle dei paragrafi introdotti dal «*Considerato*» nelle ordinanze): la collocazione nell'una o nell'altra parte delle pronunce appare, infatti, dirimente, nella misura in cui – come noto – nella parte fattuale la Corte altro non fa che ripercorrere, sintetizzandoli, i fatti (appunto) e le argomentazioni dei rimettenti, delle parti e/o degli intervenienti; è solo nella parte in *diritto* che la Corte trasfonde la propria *doctrine*, ed è quindi solo in questa parte che le citazioni di stampo comparatistico possono esserle imputate. Certo, sarebbe interessante verificare quanto

peso abbiano le citazioni di diritto straniero provenienti dagli atti introduttivi e/o dagli scritti difensivi e quale condizionamento esse producano sul giudicante, giacché, pur non potendosi dare una regola di portata generale, è più che ragionevole ritenere che sollecitazioni comparatistiche provenienti dai giudici *a quibus* o dalle parti siano un catalizzatore per la considerazione del diritto straniero da parte della Corte. È altrettanto indubbio, però, che in molti casi una siffatta considerazione discende da iniziative per così dire officiose, e che in altrettanti casi le sollecitazioni vengono fatte cadere, al punto da produrre una discrasia, in proposito, tra *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*. Sul tema, peraltro, si avrà modo di tornare, per qualche ulteriore considerazione cui, per il momento, si rinvia<sup>5</sup>.

Nell'ambito della parte in *diritto* delle pronunce, si è poi ritenuto di dover considerare, non solo i riferimenti più precisi ad esperienze straniere, ma anche quelli più generici, a patto che questi ultimi potessero comunque configurarsi alla stregua di una apertura – che fosse più o meno approfondita, per il momento, non rileva – verso orizzonti diversi dalla considerazione meramente endogena del fenomeno giuridico nazionale.

Chiaramente, tra i riferimenti sono stati esclusi quasi del tutto (salvo alcune parziali – e limitatissime – eccezioni, di cui si darà conto) quelli ad ordinamenti sovranazionali di cui l'Italia faccia parte, giacché in tal caso non è la *lex alii loci* ad essere presa in esame, bensì il diritto prodotto, sì, da fonti «esterne», ma pur sempre vigente all'interno dell'ordinamento italiano.

Si sono altresì trascurati i riferimenti ad altri ordinamenti che non evocassero diritto straniero, segnatamente in relazione alla evocazione del diritto di altre regioni italiane.

Parimenti negletti sono stati i richiami a concetti anche molto utilizzati dalla scienza comparatistica, i quali, tuttavia, siano stati dalla Corte impiegati, non già per operare raffronti con altri ordinamenti, bensì per inquadrare in una prospettiva teorica determinate questioni<sup>6</sup>.

Cosa resta, dunque, al netto di tutte queste precisazioni, nelle pronunce della Corte costituzionale rese tra il gennaio 2005 ed il giugno 2015?

Ora, se è improprio concludere che quella condotta sia una «ricerca sul nulla»<sup>7</sup>, neppure potrebbe giustificarsi l'adozione di toni enfatici. Di diritto comparato, nelle

---

<sup>5</sup> V. *infra*, par. 5.4.

<sup>6</sup> Si pensi, ad esempio, alle nozioni di «federalismo» e di «Stato composto» che figurano nella [sentenza n. 365 del 2007](#), recante la censura dell'imputazione della sovranità in capo al «popolo sardo».

<sup>7</sup> Il riferimento va, ovviamente, alla conclusione del titolo del contributo di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit.



pronunce della Corte costituzionale, c'è indiscutibilmente poco. E, soprattutto, quel poco è non di rado veicolato da riferimenti assai generici ad «altri paesi»<sup>8</sup>, «altri ordinamenti»<sup>9</sup>, «ordinamenti stranieri»<sup>10</sup>, «ordinamenti europei»<sup>11</sup>, «ordinamenti giuridici europei»<sup>12</sup>. L'individuazione di riferimenti che vadano oltre il cenno generico ad uno o più ordinamenti – tipologia che rappresenta l'*id quod plerumque accidit* – diviene estremamente faticosa: le decisioni in cui si citano con precisione istituti vigenti altrove<sup>13</sup>, disposizioni o atti normativi<sup>14</sup>, pronunce di giudici stranieri<sup>15</sup> o in cui, più analiticamente, si richiamano sia il formante legislativo che quello giurisprudenziale<sup>16</sup>, sono veramente molto esigue da un punto di vista numerico.

A questi rilievi potrebbe obiettarsi che non è dato scorgere una corrispondenza biunivoca tra il livello di dettaglio nella citazione e l'approfondimento comparatistico che la sorregge. L'obiezione è forte, giacché la libertà con cui la Corte utilizza l'argomento della *lex alii loci* non può non estendersi anche al modo in cui ad essa faccia richiamo, con il che, ad esempio, un riferimento può essere dettagliato semplicemente perché appare necessario operare specificazioni, mentre un riferimento può essere anche molto generico, perché la sua sola evocazione può essere ritenuta sufficiente, senza che si avverta il bisogno di appesantire l'*iter* argomentativo con ulteriori precisazioni.

Proprio in ossequio a queste considerazioni, sembra che l'obiezione possa, sin da ora, essere accolta. Ne discende che, operativamente, tutte le citazioni individuate, qualunque forma esse assumano, verranno qui poste allo stesso pari, onde provare a trarre alcune indicazioni di massima sulla valenza che esse assumono, la quale varia in maniera estremamente significativa a seconda dei casi, in ipotesi *a prescindere* da come sono formulate.

#### **4. Un abbozzo di classificazione**

Una volta operata la delimitazione dei riferimenti al diritto straniero, il risultato che

---

<sup>8</sup> Così la [sentenza n. 334 del 2010](#) e l'[ordinanza n. 180 del 2011](#).

<sup>9</sup> Cfr. l'[ordinanza n. 16 del 2006](#), la [sentenza n. 279 del 2013](#) e la [sentenza n. 10 del 2005](#) (in quest'ultima, limitatamente a ciò che attiene al merito delle questioni poste).

<sup>10</sup> V. la [sentenza n. 172 del 2014](#).

<sup>11</sup> Cfr. le [sentenze nn. 393 e 394 del 2006](#) e la [sentenza n. 293 del 2010](#).

<sup>12</sup> Così la [sentenza n. 96 del 2015](#).

<sup>13</sup> V. la [sentenza n. 102 del 2008](#).

<sup>14</sup> Cfr. le [sentenze n. 341 del 2007](#) e [n. 172 del 2014](#).

<sup>15</sup> V. le [sentenze nn. 1, 170 e 238 del 2014](#).

<sup>16</sup> Cfr. la [sentenza n. 270 del 2010](#).

emerge è dato dall'esistenza, nei dieci anni e sei mesi presi in esame, di 32 pronunce in cui il diritto comparato ha fatto la sua comparsa<sup>17</sup>. Ovviamente, le funzioni da esso assunto sono state variegate, di talché sembra opportuno provare a tratteggiare un abbozzo di classificazione, i cui esiti sono trasferiti di seguito.

#### *4.1. L'evocazione «neutra» del diritto comparato*

Un buon numero di citazioni di diritto straniero si caratterizza per avere una incidenza globalmente assai modesta sull'*iter* argomentativo della Corte. Nonostante la sua marginalità, è comunque significativo che il diritto comparato faccia la sua comparsa nella pronuncia, se non fosse perché è indice dell'attenzione che ad esso viene rivolta da parte dei giudici costituzionali.

##### *(a) I riferimenti «riportati»*

In un primo gruppo pronunce, possono essere inserite quelle in cui il riferimento comparatistico non è, *a rigori*, neppure ascrivibile alla Corte costituzionale. Ciò si verifica, innanzi tutto, quando esso compare, sì, nella parte in *diritto* della decisione, ma in realtà si colloca più precisamente nel c.d. «fattino», cioè all'interno di quei paragrafi in cui la Corte ricapitola i profili della questione sottoposta dal giudice rimettente o dalla parte ricorrente. Due pronunce vengono in rilievo: quella inerente alla conversione nella patente italiana di quella rilasciata da uno Stato extracomunitario ([ordinanza n. 180 del 2011](#)) e quella relativa al sovraffollamento carcerario ([sentenza n. 279 del 2013](#)).

Ascrivibili alla medesima categoria sono quei riferimenti in cui l'evocazione dell'ordinamento straniero, e magari anche di alcuni suoi caratteri di fondo, è operata precipuamente in ragione del suo essere stato oggetto di una o più decisioni della Corte

---

<sup>17</sup> L'elenco che segue costituisce il quadro di sintesi delle decisioni nelle quali sono stati rintracciati i riferimenti suscettibili di essere presi in considerazione: [sentenza 26 maggio 2005, n. 199](#) (rel. e red. Vaccarella); [ordinanza 20 gennaio 2006, n. 16](#) (rel. e red. Flick); [sentenza 17 marzo 2006, n. 116](#) (rel. e red. De Siervo); [sentenza 23 novembre 2006, n. 393](#) (rel. Flick; red. Quaranta); [sentenza 23 novembre 2006, n. 394](#) (rel. e red. Flick); [sentenza 12 ottobre 2007, n. 341](#) (rel. e red. Napolitano); [sentenza 15 aprile 2008, n. 102](#) (rel. e red. F. Gallo); [sentenza 30 aprile 2009, n. 125](#) (rel. e red. Criscuolo); [sentenza 26 novembre 2009, n. 311](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 15 aprile 2010, n. 138](#) (rel. e red. Criscuolo); [sentenza 8 luglio 2010, n. 250](#) (rel. e red. Frigo); [sentenza 22 luglio 2010, n. 270](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 8 ottobre 2010, n. 293](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 24 novembre 2010, n. 334](#) (rel. e red. Cassese); [sentenza 5 gennaio 2011, n. 1](#) (rel. e red. Maddalena); [ordinanza 27 gennaio 2011, n. 32](#) (rel. e red. Napolitano); [ordinanza 8 giugno 2011, n. 180](#) (rel. e red. Grossi); [sentenza 25 luglio 2011, n. 245](#) (rel. e red. Quaranta); [sentenza 24 gennaio 2012, n. 13](#) (rel. e red. Cassese); [ordinanza 7 giugno 2012, n. 150](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 13 novembre 2013, n. 267](#) (rel. e red. Cassese); [sentenza 22 novembre 2013, n. 278](#) (rel. e red. Grossi); [sentenza 22 novembre 2013, n. 279](#) (rel. e red. Lattanzi); [sentenza 13 gennaio 2014, n. 1](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 9 maggio 2014, n. 120](#) (rel. e red. Amato); [sentenza 10 giugno 2014, n. 162](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 11 giugno 2014, n. 170](#) (rel. e red. Morelli); [sentenza 11 giugno 2014, n. 172](#) (rel. e red. Cartabia); [sentenza 26 settembre 2014, n. 227](#) (rel. e red. Criscuolo); [sentenza 22 ottobre 2014, n. 238](#) (rel. e red. Tesauro); [sentenza 11 febbraio 2015, n. 10](#) (rel. e red. Cartabia); [sentenza 5 giugno 2015, n. 96](#) (rel. e red. Morelli).

di giustizia dell'Unione europea, della Commissione europea ovvero della Corte europea dei diritti dell'uomo: si pensi alla [sentenza n. 116 del 2006](#), in cui la disciplina degli OGM è stata vagliata anche in relazione ad una decisione della Commissione europea avverso il progetto di legge di un *Land* austriaco; analogamente, nella [sentenza n. 125 del 2009](#), in tema di aiuti di Stato, l'apertura al diritto straniero è stata veicolata dal soffermarsi della Corte costituzionale su una decisione della Corte di giustizia avente ad oggetto l'ordinamento tedesco; nella [sentenza n. 245 del 2011](#), sul diritto a contrarre matrimonio da parte dello straniero irregolare, la Corte costituzionale ha argomentato la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione da parte della normativa che impediva l'esercizio del diritto facendo richiamo ad una sentenza della Corte europea relativa alla normativa del Regno Unito in tema di capacità matrimoniale degli stranieri; l'[ordinanza n. 150 del 2012](#), in tema di fecondazione eterologa, ha fatto leva – onde suffragare la decisione di restituzione degli atti ai giudici *a quibus* – su una pronuncia della *Grande Chambre* della Corte europea avente ad oggetto il sistema austriaco; infine, nella [sentenza n. 278 del 2013](#), l'eccessiva rigidità della normativa sulla tutela dell'anonimato della madre naturale è stata constatata anche avendo riguardo alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo in merito alla normativa francese.

(b) *I richiami descrittivo-esplicativi*

Un secondo gruppo di riferimenti comparatistici è identificabile in quelle fattispecie in cui la Corte utilizza il richiamo al diritto straniero a fini essenzialmente descrittivi o esplicativi.

La decisione più risalente tra quelle qui passate in rassegna appartiene a questa tipologia: nella [sentenza n. 199 del 2005](#), l'adeguata informazione sulle clausole vessatorie del contratto di cui all'art. 1469-*quater* del Codice civile è stata equiparata a «la “*fair opportunity*” che la giurisprudenza nord-americana costruisce come presupposto di efficacia del limite legale».

Sebbene la loro portata non sia significativamente più intensa, più pregnanti appaiono comunque quei riferimenti operati ad una situazione specifica presentatasi in un ordinamento straniero per definire un concetto giuridico sul piano operativo: in proposito viene in rilievo la circostanza che, nella [sentenza n. 311 del 2009](#) e nella [sentenza n. 1 del 2011](#) (nonché nella [sentenza n. 227 del 2014](#), che reca la citazione testuale della sentenza di tre anni prima), partendo da una decisione della Corte europea, si è fatto riferimento alla situazione prodottasi in seguito alla riunificazione tedesca per specificare il significato dei «motivi imperativi di interesse generale» che giustificano una normazione

con effetti retroattivi incidente sul diritto al giusto processo.

Ancora tra i riferimenti di stampo descrittivo, figurano quelli nei quali il richiamo di esperienze straniere vale ad aggiungere, a beneficio dello sviluppo dell'*iter* argomentativo, informazioni complementari, come tali non logicamente necessarie, ma non per questo inutili: è il caso della [sentenza n. 334 del 2010](#), in cui l'estensione legislativa dell'obbligo di istruzione si è riconosciuto essere avvenuto «seguendo l'esperienza di altri paesi europei»; è parimenti il caso della [sentenza n. 238 del 2014](#), che, nel ricostruire l'evoluzione storica dell'immunità degli Stati nel diritto internazionale, si è soffermata sulla progressiva affermazione del limite all'applicazione della norma sull'immunità operando un richiamo alla c.d. tesi italo-belga, richiamo corredato, tra l'altro, dalla citazione di risalenti sentenze italiane e belghe.

Sempre tra i riferimenti descrittivi o esplicativi possono annoverarsi quelli in cui il diritto comparato si interseca con la enucleazione di un diritto transnazionale: nelle [sentenze n. 393 e 394 del 2006](#), concernenti, rispettivamente, il mutamento dei termini di prescrizione per determinati reati ed alcuni reati elettorali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, è stata richiamata, «ancorché priva [allora] priva di efficacia giuridica», «per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»<sup>18</sup>.

Infine, sembra che siano da annoverarsi tra i riferimenti descrittivi o esplicativi anche le citazioni tese a rimarcare determinate caratteristiche di sistemi stranieri che li rendono idonei a configurarsi alla stregua di modelli. In proposito, possono menzionarsi due recenti decisioni, ambedue in materia di procreazione medicalmente assistita. La [sentenza n. 162 del 2014](#) (recante la declaratoria di incostituzionalità del divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili), nell'affrontare il problema del numero delle donazioni, ha suggerito la possibilità di aggiornare le Linee guida emanate dal Ministro della salute, «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», «eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad

---

<sup>18</sup> Una logica non lontana è quella che ha animato il riferimento a «l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo», presente nella [sentenza n. 49 del 2015](#). A differenza della sentenza di cui nel testo, tuttavia, in quest'ultima l'attenzione verso il diritto transnazionale ha avuto una valenza, non già descrittiva, ma solo ottativa, donde l'inopportunità di inserire il riferimento operato tra quelli presi in considerazione in questa indagine.

esempio, la Francia e il Regno Unito)». Analogamente, la [sentenza n. 96 del 2015](#) (che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con diagnosi preimpianto, per le coppie fertili portatrici di determinate malattie genetiche trasmissibili), nel sollecitare il legislatore a prevedere forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle, non ha mancato di accennare alla possibilità di valorizzare, eventualmente, «le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa».

#### *4.2. I casi di impiego dell'argomento comparatistico da parte della Corte*

Le diciassette pronunce sin qui citate rappresentano poco più della metà del totale delle pronunce registrate nel periodo che è stato preso in considerazione. Ed in nessuna di esse, per un motivo o per l'altro, può dirsi che il diritto comparato sia entrato a pieno titolo far parte integrante dell'*iter* argomentativo diretto a sorreggere la decisione assunta dalla Corte. È, dunque, solo nelle quindici decisioni residue che si può parlare di un impiego realmente strumentale all'esercizio della funzione di *jus dicere*.

È chiaro che si sta parlando di un numero estremamente esiguo, se spalmato in (poco più di) un decennio; un numero che, comunque, pare sufficiente per cogliere alcune non *a priori* trascurabili indicazioni e linee di tendenza.

##### *(a) Il diritto comparato come elemento a sostegno della normativa oggetto del giudizio*

L'argomento comparatistico è stato utilizzato, in non pochi casi, per rafforzare la base su cui poggiava la normativa oggetto della questione di legittimità costituzionale. A tal riguardo, sono da segnalare diverse decisioni, tutte – non casualmente – di rigetto.

Nella [sentenza n. 250 del 2010](#), avente ad oggetto la previsione del reato di clandestinità, la Corte ha evidenziato che l'analisi comparatistica rivelava come «norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione simile, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, [fossero] presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)». Nella stessa sentenza, con argomentazione analoga, si è ritenuto «non superfluo» aggiungere che «l'assoggettamento a sanzioni pecuniarie dei fatti di immigrazione irregolare [era] anch'esso tutt'altro che ignoto all'esperienza comparatistica», specificando che «pene pecuniarie, alternative o congiunte alla pena detentiva, [erano] previste, ad esempio, dalle legislazioni tedesca, francese e del Regno Unito; mentre la



legge spagnola contempla[va], per il soggiorno irregolare, la sola sanzione amministrativa pecuniaria». Nell'[ordinanza n. 32 del 2011](#) quest'ultima argomentazione è stata ripresa quasi testualmente.

Nella [sentenza n. 270 del 2010](#), che – insieme con la [sentenza n. 341 del 2007](#) – si segnala per l'ampiezza ed il dettaglio dei riferimenti al diritto straniero, gli specifici riferimenti operati agli ordinamenti francese, tedesco e del Regno Unito sono stati funzionali a confermare quanto emergeva dal quadro normativo interno circa «[l]a rilevanza dei molteplici interessi coinvolti dalle operazioni di concentrazione» concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, «ai fini della valutazione delle medesime». Come è chiaro, una tale constatazione ha rappresentato uno dei prodromi del percorso argomentativo, che ha poi condotto alla decisione di rigetto.

Indubbiamente meno impegnativa è risultata la citazione contenuta nella [sentenza n. 267 del 2013](#), volta a corroborare la sostenibilità logico-giuridica della scelta di aprire a volontari il Corpo dei vigili del fuoco, stante, tra l'altro, il fatto che «altri ordinamenti – come quello tedesco – hanno attribuito a personale volontario e non professionale un'ampia parte delle attività di protezione civile».

Più significativo è stato il riferimento, avente nuovamente ad oggetto la Germania, contenuto nella [sentenza n. 172 del 2014](#). Nel decidere sulla denuncia di indeterminatezza della norma incriminatrice dello *stalking*, la «enunciazione sintetica» per cui il legislatore italiano ha optato (al pari, del resto, dei suoi omologhi «nella gran parte dei Paesi dove è stata adottata una normativa» *ad hoc*) è uscita sicuramente rafforzata, sul piano della compatibilità con i principi costituzionali, dalla constatazione secondo cui «anche in un ordinamento come quello tedesco, in cui si è scelto di enumerare le ipotesi di persecuzione [...], l'elenco non è tassativo, ma prevede una clausola di chiusura “ad analogia esplicita”, che attrae nel perimetro della rilevanza penale, oltre alle condotte puntualmente tipizzate, anche ogni “altro comportamento assimilabile”».

Un'ultima decisione in cui l'argomento comparatistico è stato rivolto a rafforzare la disciplina oggetto del giudizio merita di essere segnalata. È la [sentenza n. 341 del 2007](#), in tema di anatocismo bancario, nella quale è stata inserita una enunciazione piuttosto analitica dello stato del diritto in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna (nonché un accenno ad Austria e Belgio), al fine di evidenziare come la divaricazione in essi presente tra la disciplina bancaria e la disciplina civilistica dell'anatocismo rendesse l'ordinamento italiano peculiare. Anche in virtù di questa sua posizione, poteva quindi giustificarsi

l'opera del legislatore delegato che, nell'adeguarsi al diritto dell'Unione europea, aveva proceduto a rafforzare i caratteri di specialità dell'anatocismo bancario, e quindi ad omogeneizzare il diritto italiano a quello degli altri paesi europei.

(b) *La comparazione e l'enucleazione dell'inadeguatezza della normativa oggetto del giudizio*

Passando ad un altro tipo di impiego del diritto comparato, vengono in rilievo le invocazioni del diritto straniero che hanno avuto l'obiettivo di mettere in luce (*recte*, che hanno contribuito a mettere in luce) le inadeguatezze del diritto italiano. Al riguardo, il paradigma è individuabile nella [sentenza n. 293 del 2010](#), recante la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni sull'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, nella quale la Corte non ha mancato di rilevare che «[i]l legislatore avrebbe potuto [...] disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, *in analogia con altri ordinamenti europei*»<sup>19</sup>.

Di tenore analogo è stata la precisazione contenuta nella [sentenza n. 10 del 2015](#), là dove si è rilevato – ancora nell'ottica di una declaratoria di illegittimità costituzionale – che, «al di là della denominazione di “addizionale”», la c.d. «*Robin Hood Tax*» costituiva «una “maggiorazione d'aliquota” dell'IRES, applicabile ai medesimi presupposto e imponibile di quest'ultima e non, come [era] avvenuto in altri ordinamenti, come un'imposta sulla redditività».

Nella medesima categoria può essere inserita, peraltro, anche la declaratoria di manifesta inammissibilità di cui all'[ordinanza n. 16 del 2006](#), motivata dalla impossibilità per la Corte di corrispondere al *petitum* dell'ordinanza di rimessione senza sovrapporsi alle scelte discrezionali del legislatore. Nella pronuncia, vertente sulla disciplina dell'esercizio del diritto di revoca del difensore e della facoltà di rinuncia al mandato difensivo nel procedimento penale, si è evidenziata la necessità di un intervento legislativo che potesse arginare il «patologico abuso» delle possibilità offerte dal diritto vigente, «abuso a prevenire e reprimere il quale altri ordinamenti conoscono specifici istituti, idealmente volti ad assicurare che le garanzie difensive vivano e si sviluppino pienamente all'interno del processo, ma nei limiti in cui non degradino a meri strumenti di paralisi o di ritardo, nell'ottica cioè di una difesa nel processo e non dal processo».

(c) *Il diritto comparato invocato a suffragio della soluzione adottata dalla Corte*

---

<sup>19</sup> Enfasi aggiunta.

In un altro gruppo di pronunce, il peso del diritto comparato si è avvertito in maniera ancor più forte. Si tratta, in special modo, di quelle sentenze in cui il riferimento al diritto straniero è andato a suffragare direttamente la scelta operata dalla Corte. Ciò è avvenuto secondo diverse modalità.

In un caso, l'analisi svolta dalla Corte è giunta a dimostrare l'assenza di soluzioni condivise nel panorama comparatistico, donde l'impossibilità di dedurre dall'osservazione degli ordinamenti stranieri argomenti concludenti. La [sentenza n. 138 del 2010](#), in tema di riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, è, al riguardo, doppiamente eloquente: per un verso, nella parte in cui ha dichiarato inammissibile la questione sotto il profilo dell'asserita violazione dell'art. 2 Cost., adducendo tra l'altro che, a suffragio della sussistenza di un'ampia discrezionalità del Parlamento in materia, «[era] sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che [fino a quel momento avevano] riconosciuto le unioni [omosessuali] per verificare la diversità delle scelte operate»; per altro verso, ma in maniera del tutto analoga, anche da un punto di vista motivazionale, nella sentenza si è dichiarata l'inammissibilità della questione basata sull'art. 117, primo comma, Cost., adducendo, come «ulteriore riscontro», quanto emergente «dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che [avevano] introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che [andavano], dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso».

In un altro caso, lo sguardo verso altri sistemi europei è stato funzionale ad escludere l'esistenza di vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea, ciò che ha portato a privare di fondamento la denuncia di un ipotetico contrasto tra fonti interne e fonti sovranazionali. Il riferimento va alla [sentenza n. 102 del 2008](#), in tema di imposte di soggiorno, relativamente alle quali la Corte ha osservato come non sussistesse una specifica normativa comunitaria, tanto che la denuncia di incostituzionalità dell'imposta prevista nella legislazione regionale sarda si scontrava, sul punto, con la circostanza che tali imposte fossero o fossero state previste «dalla legislazione di vari Stati dell'Unione europea»: «ad esempio», «la *Kurtaxe* tedesca; la *taxe de séjour* francese; l'*impuesto sobre las estancias en empresas turísticas de alojamiento* già vigente nella Comunità autonoma delle Isole Baleari; l'*impôt sur les chambres d'hôtels et de pensions* a Bruxelles».

Ancora, il diritto comparato è stato talora utilizzato per corroborare la posizione,

evidentemente non incontrastata, che la Corte costituzionale ha adottato in merito all'interpretazione del diritto vigente. Due decisioni meritano di essere in proposito menzionate. La prima è la [sentenza n. 13 del 2012](#), inerente all'ammissibilità del *referendum* abrogativo della legge elettorale per le Camere, segnatamente per ciò che atteneva alla asserita reviviscenza – in caso di abrogazione della norma abrogatrice – della normativa previgente. Onde escludere questo fenomeno, si è utilizzato, tra gli altri, l'argomento secondo cui «anche in altri ordinamenti (quali ad esempio quello britannico, francese, spagnolo, statunitense e tedesco) il ripristino di norme a seguito di abrogazione legislativa non è di regola ammesso, salvo che sia dettata una espressa previsione in tal senso: ciò in quanto l'abrogazione non si limita a sospendere gli effetti di una legge, ma toglie alla stessa efficacia *sine die*».

Non meno dibattuto è stato il secondo caso da passare in rassegna, concernente la già ricordata [sentenza n. 10 del 2015](#), in cui, al fine di giustificare l'esercizio del potere di modulazione nel tempo degli effetti della pronuncia di incostituzionalità, la Corte ha evidenziato che «la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi».

(d) *L'utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera come precedente*

Un utilizzo ancora diverso, ma non meno significativo, del diritto comparato si è affacciato in tempi recenti, quando la Corte costituzionale, in due occasioni, ha operato richiami circostanziati a pronunce di altre corti, quasi ad evocarle in guisa di precedenti (*scil.*, dal valore puramente persuasivo).

Emblematico, al riguardo, è quanto si legge nella [sentenza n. 1 del 2014](#), recante la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale per il Parlamento: «[i]n ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano, nei quali pure è contemplato [il principio di eguaglianza del voto] e non è costituzionalizzata la formula elettorale, il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del “peso” del voto “in uscita”, ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la

funzionalità dell'organo parlamentare (BVerfGE, [sentenza 3/11 del 25 luglio 2012](#); ma v. già la sentenza n. 197 del 22 maggio 1979 e la sentenza n. 1 del 5 aprile 1952)».

Non meno esplicito è stato il riferimento contenuto nella [sentenza n. 170 del 2014](#), con la quale si è dichiarata l'incostituzionalità della previsione dell'automatico scioglimento del matrimonio in conseguenza della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi: la Corte, nel constatare il coinvolgimento, da un lato, dell'interesse dello Stato «a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio» e, dall'altro lato, dell'interesse della coppia «a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro [...] non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere», ha poi precisato che «in tal ultimo senso si [erano] indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1° Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05».

(e) *L'argomento comparatistico come componente essenziale di una (futura) decisione*

Tra tutte le pronunce rese nel periodo preso in considerazione in queste pagine, sembra comunque la [sentenza n. 120 del 2014](#) quella in cui il diritto comparato ha assunto il maggior rilievo nell'economia complessiva dell'argomentazione. Rifacendosi ad una giurisprudenza risalente agli anni ottanta ([sentenza n. 154 del 1985](#)), la Corte ha confermato l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio di legittimità costituzionale, giungendo nella specie ad una declaratoria di inammissibilità della questione posta nei confronti della normativa che fondava l'autodichia del Senato. La sentenza si è segnalata per un aspetto senza dubbio innovativo, consistente nella apertura fatta dalla Corte verso un possibile sindacato della normativa in sede di conflitto tra poteri dello Stato, al punto che la sentenza poteva essere letta come una anomala restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché valutasse l'opportunità di promuovere il conflitto<sup>20</sup>. A questo punto si è inserito l'argomento di diritto comparato, con cui si è sottolineato che in ordinamenti culturalmente vicini al nostro, quali quelli di Francia, Germania, Regno Unito e Spagna, «l'autodichia sui rapporti di lavoro con i dipendenti e sui rapporti con i terzi non è più prevista». L'importanza di questo riferimento non può essere sottovalutata, pur non potendosi ovviamente contestare l'assenza di una sua impegnatività *pro futuro*.

---

<sup>20</sup> Per questa lettura, sia consentito rinviare, tra gli altri, a P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 2110 ss.



È significativo, in particolare, che le anticipazioni sul merito di un possibile futuro conflitto interorganico siano partite proprio da questo: lungi dall'essere un mero *argumentum ad abundantiam* rispetto ad un *iter* logico-motivazionale che si era costruito e si era sviluppato *a prescindere* dal diritto comparato, in questo caso, la collocazione dell'accento, immediatamente successiva all'evocazione della «“grande regola” dello Stato di diritto», poteva quasi suggerire l'idea che si fosse dedotta dall'osservazione degli altri ordinamenti costituzionali una concretizzazione di tale «grande regola», o meglio del suo inveramento a seguito di una evoluzione che, in Italia, ancora non si era compiuta. L'attenzione alla dimensione evolutiva è stata resa ulteriormente manifesta da quell'avverbio («*più*»), che è andato ad indicare l'avvenuto passaggio da una fase in cui l'autodichia era riconosciuta ad una in cui è stata eliminata, quasi a voler testimoniare l'ineluttabilità di un passaggio che le grandi democrazie europee hanno tutte compiuto, sia pure in momenti diversi.

## **5. Osservazioni sparse originate dalle evidenze empiriche**

La rassegna che si è fin qui condotta si presta – almeno, così pare – ad alcune osservazioni circa l'uso che la Corte costituzionale fa della comparazione. Osservazioni che, per quanto prive di un carattere sistematico, si ritiene che non siano scevre di un qualche interesse, se non altro al fine di tratteggiare alcune conclusioni per lo studio che si è intrapreso.

### *5.1. L'oggetto e la finalità dei riferimenti comparatistici*

Cosa si cita? e perché lo si cita?

La risposta a questi due interrogativi, sebbene si muova su un pendio scivoloso, vista la limitatezza dei riscontri empirici ottenuti, appare comunque di non poco momento, giacché emergono, nel decennio (o poco più) qui preso in esame, alcune indicazioni che meritano almeno una menzione.

Un primo aspetto da evidenziare concerne il tipo di citazioni, che, quando non sono assolutamente generiche (riferendosi, ad esempio, ad «altri paesi»), presentano un livello di specificazione comunque assai modesto, sostanziandosi per lo più nell'identificazione degli ordinamenti presi in considerazione, senza aggiungere alcunché in ordine al tipo di fonte rilevante e/o al momento in cui le soluzioni ad essi riferite sono invalse. Ci sono, come accennato, eccezioni a questo *standard*, ma si tratta, appunto, di eccezioni, nel vero senso del termine. E, per le poche volte in cui le eccezioni si rintracciano, non può non

stupire che le citazioni di costituzioni straniere siano del tutto assenti, a beneficio – al più – dei richiami a qualche disposizione di legge e/o a qualche pronuncia giurisdizionale. La totale assenza di riferimenti alle elaborazioni dottrinali non può stupire, evidentemente, stante la radicale esclusione in generale di questo tipo di riferimenti.

Per quel che attiene agli ambiti oggettivi nei quali le citazioni sono presenti, si constata una prevalenza di richiami là dove la Corte giudica di diritti soggettivi, piuttosto che di aspetti organizzativi: è, questo, probabilmente il riflesso della maggiore immediatezza del confronto tra normative di diversi ordinamenti; una immediatezza che inevitabilmente è più arduo da rintracciare allorché si affrontino tematiche connesse all'organizzazione dei poteri o al riparto di attribuzioni tra livelli di governo.

Altro elemento su cui soffermarsi è dato dagli ordinamenti che vengono menzionati in chiave comparatistica. Tra tutti, il più frequentemente citato è – sulla base di quanto riscontrato – quello tedesco, ma anche le menzioni di quello francese, di quello spagnolo e di quello del Regno Unito sono statisticamente molto frequenti, ovviamente in rapporto al numero esiguo di decisioni in cui alla specificazione dei sistemi stranieri si addiviene<sup>21</sup>. Più sporadiche sono le citazioni riferite all'Austria. Solo episodici sono, infine, i riferimenti a Portogallo, Belgio e Stati Uniti. Da questo elenco emerge con chiarezza la netta preferenza per i riferimenti europei, ciò che, del resto, trova riscontro anche nell'evocazione generica di «ordinamenti europei» presente in diverse pronunce<sup>22</sup>.

Non è un caso, in effetti, che la maggioranza dei riferimenti si inserisca in ambiti nei quali si pongono questioni (anche) di rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento/i sovranazionale/i: chiaramente, la spinta alla comparazione si rafforza allorché si avverta la necessità di una tendenziale comunanza tra ordinamenti, tutti soggetti al primato del diritto dell'Unione europea o, comunque, chiamati al rispetto delle norme tratte dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La marginalizzazione di un ordinamento dalla forte vocazione a porsi come modello, quale è indiscutibilmente quello statunitense, può spiegarsi proprio alla luce di questo tipo di interessi prettamente «continentali», i quali, a loro volta, offrono una chiave di lettura non trascurabile in ordine alle finalità della comparazione. Osservando la

---

<sup>21</sup> La preminenza di questi quattro ordinamenti è lungi dal potersi dire casuale, potendo essa discendere sia dalla loro – ovvia – importanza nel panorama comparatistico sia dalla presenza, in seno all'Area di diritto comparato del Servizio studi e massimario della Corte, di quattro ricercatori provenienti proprio da questi ordinamenti, ed incaricati di monitorarne l'attualità costituzionale e di svolgere ricerche puntuali su di essi (oltre che sugli Stati Uniti).

<sup>22</sup> Per qualche esempio, v. *supra*, par. 3.

giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, sembra di poter dedurre che il ricorso alla comparazione è solo in parte finalizzato all'individuazione di modelli da cui trarre spunto; è più marcata, semmai, la tendenza a verificare lo stato del diritto negli altri (grandi) paesi dell'Unione europea o del Consiglio d'Europa, al fine di valutare il grado di rispondenza dell'ordinamento italiano agli *standards* sovranazionali e, eventualmente, l'opportunità di procedere ad una omogeneizzazione rispetto ad essi. Una comparazione, dunque, meno «culturale» e più «utilitaristica», per così dire, che pare venire sollecitata principalmente dall'incedere del processo di integrazione europea.

*5.2. L'approccio diacronico: una tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico?*

Si è più volte messo in luce il numero incontestabilmente limitato dei riferimenti di diritto comparato che compaiono nella giurisprudenza della Corte costituzionale del periodo compreso tra il gennaio 2005 ed il giugno 2015. Le 32 pronunce registrate parrebbero, in effetti, un dato talmente basso da rendere velleitario qualunque sforzo di analisi quantitativa.

Se, tuttavia, si adotta una prospettiva diacronica, qualche indicazione pare che possa comunque emergere, segnatamente in relazione ad una pur timida tendenza all'aumento del ricorso alla comparazione: nel 2014, infatti, il numero di decisioni rilevanti è stato pari a 7, cioè il valore più elevato del periodo esaminato, seguito dalle 5 del 2010 e dalle 4 del 2006 e del 2011; aggregando più anni, si può constatare che nel quinquennio 2005-2009 le decisioni sono state soltanto 9<sup>23</sup>, mentre nei successivi cinque anni e mezzo il numero è salito a 23<sup>24</sup>. Questa tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico si apprezza in maniera ancor più nitida prendendo in considerazione soltanto le 15 decisioni recanti quelli che si sono individuati come i riferimenti più pregnanti<sup>25</sup>: ebbene, lo iato tra i due periodi presi in esame si accresce, giacché alle sole 3 decisioni degli anni 2005-2009<sup>26</sup> fanno riscontro le 12 del periodo compreso tra il 2010 ed il primo semestre 2015<sup>27</sup>.

Certo, con numeri così modesti, è forse un po' azzardato formulare ipotesi che possano ambire ad una qualunque generalizzazione, ciò nondimeno la quadruplicazione dei

---

<sup>23</sup> Alle 4 del 2006, si aggiungono le 2 del 2009 e 1 decisione per anno relativamente al 2005, al 2007 ed al 2008.

<sup>24</sup> Oltre alle decisioni degli anni 2010, 2011 e 2014, vengono in rilievo le 3 del 2013 e le 2 del 2012 e del primo semestre del 2015.

<sup>25</sup> Quelli, cioè, che si sono passati in rassegna *supra*, al par. 4.2.

<sup>26</sup> Trattasi, più in particolare, di 1 decisione ciascuno per il 2006, per il 2007 e per il 2008.

<sup>27</sup> Di cui 4 nel 2010 e nel 2014 ed 1 ciascuno nel 2011, nel 2012, nel 2013 e nei primi mesi del 2015.

riferimenti cui si assiste nel confronto tra i due segmenti temporali isolati non sembra che possa essere semplicemente derubricata ad una casualità, essendo più probabilmente il sintomo di una effettiva linea di tendenza ad ogni modo delineabile, salva ovviamente la necessità di cercare, nel prossimo futuro, ulteriori riscontri. E salva, però, anche la possibile obiezione concernente l'impatto che sull'uso della comparazione può avere (avuto) la sensibilità dei giudici, su cui è il caso di spendere, a questo punto, qualche parola.

### 5.3. *L'elemento personale. Does it really matter?*

Un aspetto per certi versi complementare rispetto a quello che si è appena sopra esaminato attiene ai giudici relatori nelle cause e redattori delle decisioni recanti riferimenti comparatistici. A partire dal gennaio 2005, sono stati 34 i giudici avvicendatisi nel collegio della Corte<sup>28</sup>, ed i giudici che sono stati direttamente coinvolti nell'istruzione e/o nella redazione delle pronunce che sono state qui registrate sono stati 17, 10 dei quali hanno redatto almeno una delle decisioni in cui l'argomento comparatistico ha avuto un impatto di particolare momento.

Il dato parrebbe, già di per sé, suggerire una certa «diffusione» dell'uso della comparazione, se non fosse che, scorporando il dato aggregato, si deve constatare che un componente del collegio, il giudice Giuseppe Tesauro, è stato relatore (ed estensore della decisione) in ben 7 casi su 32 (ed in 3 sui 15 più rilevanti); per gli altri, l'utilizzo è stato molto più episodico: i più impegnati sul versante comparatistico sono stati il giudice Sabino Cassese ed il giudice Alessandro Criscuolo, con 3 decisioni (di cui 2 comprese tra le 15 di maggior impatto, per il primo, ed una per il secondo); il giudice Giovanni Maria Flick è stato relatore in 3 casi, ma redattore in 2 (con una decisione tra quelle più rilevanti)<sup>29</sup>; di 2 decisioni sono stati redattori (e relatori) anche i giudici Alfonso Quaranta<sup>30</sup> (nessuna delle decisioni da lui redatte è però risultata di particolare importanza sul piano comparatistico), Paolo Maria Napolitano (ambidue le decisioni sono state inserite tra le più significative), Paolo Grossi (nessuna delle due, peraltro, di forte impatto sul piano comparatistico), Marta Cartabia (con entrambe le decisioni rientranti tra le 15

---

<sup>28</sup> Il dato – non lo si può non ammettere – è estremamente grossolano, giacché prende in considerazione anche giudici il cui mandato è coinciso solo in minima parte con il decennio esaminato (ad esempio, il Presidente Valerio Onida ed il Vicepresidente Carlo Mezzanotte sono stati computati, anche se il loro mandato ha avuto termine il 30 gennaio 2005). Pur nella sua grossolanità, il dato appare sufficientemente indicativo, almeno ai fini assai particolari qui perseguiti.

<sup>29</sup> Nella [sentenza n. 393 del 2006](#), si è dato espressamente conto che il giudice Flick è stato «sostituito per la redazione della sentenza dal Giudice Alfonso Quaranta».

<sup>30</sup> Il dato è il frutto anche della sostituzione citata nella nota precedente.

più rilevanti) e Mario Rosario Morelli (con una decisione tra quelle di maggior momento). Per tutti gli altri, ci si è fermati ad una sola decisione, che, oltretutto, soltanto in tre casi (quelli dei giudici Franco Gallo, Giuseppe Frigo e Giuliano Amato), è stata annoverata tra quelle più importanti in ordine all'uso del diritto comparato<sup>31</sup>.

Alla luce di questi dati, anche tenendo conto che il 2014 è stato indiscutibilmente l'«anno d'oro» del diritto comparato nella giurisprudenza costituzionale italiana, potrebbe forse instillarsi il dubbio circa la possibilità che la tendenza allo sviluppo si consolidi, stante la circostanza che, proprio sul finire dello scorso anno, hanno terminato il loro mandato sia il giudice Tesauro che il giudice Cassese, vale a dire i due giudici che, dal 2010, stando almeno al dato puramente numerico, avevano mostrato una sensibilità più spiccata degli altri per l'utilizzo del diritto straniero nell'ottica comparatistica.

I prossimi mesi diranno se i valori elevati di questi due giudici siano stati il frutto di determinazioni soggettive; sin da ora, tuttavia, il principio di collegialità che anima la Corte costituzionale fa propendere per una diversa prognosi, che affonda le sue radici nella constatazione secondo cui i giudici (apparentemente) «più attivi» sul piano comparatistico si sono trovati sovente ad affrontare questioni a forte vocazione comparatistica. Altrimenti detto, più che della sensibilità personale, lo sbilanciamento registrato parrebbe il frutto della casualità in virtù della quale alcuni giudici più di altri si sono trovati a decidere questioni sulle quali il diritto comparato poteva avere un ruolo e dunque meritava di essere preso in esame.

#### *5.4. La scaturigine dei riferimenti ed il peso della comparazione implicita*

Le riserve appena sopra formulate in relazione alle conseguenze del mutamento del collegio giudicante potrebbero trovare linfa dall'assenza di patenti smentite, assenza veicolata soprattutto dalla constatazione della estrema difficoltà incontrata nel rintracciare nessi eziologici che possano spiegare l'impiego o meno della comparazione in un dato giudizio. Tanto che non pare che possa escludersi *a priori* che la variabile fondamentale del ricorso alla comparazione finisca per essere proprio la sensibilità del giudice incaricato di istruire la causa e, eventualmente, di redigere la decisione.

In tal senso, ad esempio, la giurisprudenza dello scorso decennio indica chiaramente che non sussiste una corrispondenza biunivoca tra l'evocazione dell'argomento comparatistico da parte dei giudici rimettenti o delle parti (ricorrenti, resistenti o costituite) o degli intervenienti ed il suo successivo utilizzo da parte della Corte

---

<sup>31</sup> A riscontro di quanto esposto nel testo, v. l'elencazione riportata *supra*, nota 17.



costituzionale. Sono, anzi, molteplici i casi in cui la Corte è sembrata ignorare l'argomento, anche quando esso assumeva uno spazio niente affatto secondario nell'economia degli atti introduttivi o degli scritti introduttivi.

Se, in talune fattispecie, a fondamento della discrasia può porsi la constatazione da parte della Corte dei vizi nell'instaurazione del giudizio che precludevano una pronuncia di merito, ciò che rendeva vana la gran parte delle argomentazioni utilizzate a fondamento della questione posta<sup>32</sup>, non mancano casi nei quali la pronuncia di merito non ha preso in considerazione i riferimenti di diritto comparato. E questa dinamica non può sempre farsi rientrare nella logica dell'assorbimento dei vizi (e, *a fortiori*, degli argomenti), giacché essa si rintraccia sia in decisioni di accoglimento<sup>33</sup> che in decisioni di rigetto<sup>34</sup>.

Il punto è, però, che queste stesse considerazioni si muovono su un terreno quanto mai scivoloso, per la semplice ragione che la mancata citazione nel corpo della decisione non può in alcun modo condurre a ritenere che l'argomento di diritto comparato non sia stato preso in considerazione. Altrimenti detto, se la presenza del riferimento è concludente, alla sua assenza non si può dare una analoga valenza, giacché ben può darsi che la Corte, nella sua libertà di selezionare gli argomenti su cui impostare la propria pronuncia, abbia ritenuto che la comparazione non offrisse spunti degni di rilievo, o comunque che tali spunti non fossero decisivi oppure non fossero tali da corroborare in maniera significativa la motivazione.

A suffragio di questa conclusione, può consultarsi la sezione del sito *web* della Corte costituzionale<sup>35</sup> dedicata a «Studi e ricerche di diritto comparato»<sup>36</sup>, nella quale figurano diverse delle ricerche curate, a partire dal 2007, dall'Area di diritto comparato del Servizio studi e massimario, a complemento dell'istruttoria svolta dagli assistenti dei giudici relatori in alcuni giudizi<sup>37</sup>. Dall'elenco emerge che, in un buon numero di casi in

---

<sup>32</sup> A titolo meramente esemplificativo, può citarsi la [sentenza n. 345 del 2005](#), sulla riduzione della durata dei certificati complementari di protezione per i prodotti medicinali.

<sup>33</sup> Il riferimento è, ancora ad esempio, alla [sentenza n. 325 del 2010](#), concernente la disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, o alla [sentenza n. 262 del 2009](#), sul c.d. «lodo Alfano».

<sup>34</sup> Si pensi alla [sentenza n. 172 del 2006](#), in tema di esercizio delle azioni revocatorie in costanza di un programma di ristrutturazione dell'impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria.

<sup>35</sup> Sul rilievo che il sito *Internet* ha assunto nella vita dell'istituzione, v., ora, P. COSTANZO, [La Corte costituzionale come "nodo" della Rete](#), in questa [Rivista](#), 2015/I (20 aprile 2015), spec. 274 ss.

<sup>36</sup> Cfr. la pagina [www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_1123.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_1123.do).

<sup>37</sup> Questo tipo di ricerche è solo una componente – per quanto, probabilmente, la più «visibile» – delle funzioni svolte dall'Area di diritto comparato, dall'analisi della cui attività – tra l'altro – potrebbero trarsi spunti ulteriori spunti in ordine all'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte, soprattutto in sede non direttamente giurisdizionale. Una componente di queste attività, e cioè la cura, con cadenza mensile, di un *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, è resa pubblica sul sito *web* dell'istituzione.

cui le decisioni della Corte recano riferimenti di diritto comparato, la Corte si è avvalsa dell'attività della struttura interna deputata alla comparazione; al contempo, però, non sono pochi i lavori presenti sul sito che non trovano riscontri espliciti nelle pronunce. Eppure, se lavori del genere sono stati compiuti, ciò significa che i giudici li hanno commissionati o, almeno, che li hanno potuti prendere in esame. Se traccia nelle decisioni non ne è rimasta, è lecito dedurre che gli stessi giudici, magari anche alla luce delle dinamiche della discussione in sede di camera di consiglio, non abbiano ritenuto utile trasfondere nella pronuncia le acquisizioni derivanti dalla loro lettura.

Anche questo, in fondo, è un esito affatto corrispondente alla funzione che della comparazione deve essere propria, nel contesto del *decision-making*. Di esempi a suffragio di questa conclusione potrebbero prospettarsene molteplici.

Paradigmatica è, probabilmente, la vicenda giurisprudenziale collegata alla precitata [sentenza n. 250 del 2010](#), sul reato di clandestinità.

In pari data, la [sentenza n. 249 del 2010](#) ha dichiarato la illegittimità costituzionale della disposizione recante la circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova[va] illegalmente sul territorio nazionale». Come è chiaro, le due decisioni erano strettamente legate, nonostante i relatori delle due cause (e redattori delle sentenze) fossero diversi<sup>38</sup>. Come risulta dal sito *web* della Corte, l'Area di diritto comparato aveva curato una ricerca di tenore generale sulla disciplina della immigrazione irregolare<sup>39</sup>, come tale suscettibile di impiego in entrambe le decisioni. La circostanza che la ricerca sia stata «utilizzata» *ex professo* in una decisione non può evidentemente implicare un mancato utilizzo in relazione all'altra. Anzi, il contesto porta a ritenere pressoché scontato l'avvenuto impiego in entrambe: il *discrimen* tra riferimenti espliciti e riferimenti impliciti, almeno in questo caso specifico, si appalesa veramente molto tenue.

## **6. Una conferma, un dubbio ed un auspicio (appunti conclusivi)**

Le osservazioni che, avvalendosi dei dati empirici raccolti, si sono andate formulando offrono l'occasione per alcune riflessioni ulteriori, con le quali concludere questo breve

---

<sup>38</sup> Relatore della causa e redattore della [sentenza n. 249 del 2010](#) è stato il giudice Gaetano Silvestri, mentre per la [sentenza n. 250](#), incaricato dell'istruzione e della redazione è stato il giudice Giuseppe Frigo.

<sup>39</sup> Cfr. P. PASSAGLIA (a cura di), *La disciplina dell'immigrazione irregolare*, giugno 2009, [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_La\\_disciplina\\_immigrazione\\_irregolare\\_12012010.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_La_disciplina_immigrazione_irregolare_12012010.pdf).

scritto. Riflessioni che, schematicamente, possono essere esposte in forma sintetica attraverso tre brevi asserzioni.

La prima è che i rilievi da ultimo mossi, soprattutto sulla scaturigine del riferimento al diritto comparato e sulla probabilità – tutt'altro che remota – che la comparazione non venga esplicitata, confermano quanto *in limine* si era ritenuto di dover precisare con riguardo alla non conclusività di uno studio basato sui riferimenti contenuti nelle pronunce. È indiscutibile, infatti, che la Corte costituzionale utilizzi il diritto comparato *più* di quanto risulti dalle sue decisioni (*rectius*, dalla parte in *diritto* delle stesse). Il punto è che non è dato sapere quale effettivamente sia il rapporto tra ciò che viene espresso e ciò che resta implicito. In astratto, si potrebbe anche immaginare che i riferimenti espliciti fossero semplicemente la punta di un *iceberg* molto grande, alimentato da un costante richiamo da parte dei giudici, per quasi tutte le cause, a ciò che avviene al di là delle frontiere nazionali. L'immagine può essere verisimile, ma è più probabile che sia permeata dell'inguaribile ottimismo di un ipotetico comparatista panglossiano. Se è irrealistico, quindi, che il diritto comparato sia uno strumento costantemente utilizzato, già dall'elenco dei lavori dell'Area di diritto comparato che compaiono sul sito della Corte (senza tener conto della circostanza che diversi altri lavori da essa effettuati non sono al momento disponibili al pubblico) sembra potersi suffragare l'impressione che l'argomento comparatistico sia preso in considerazione con una certa assiduità, almeno per le questioni più significative.

A questo punto, però, non può che ribadirsi la centralità del dubbio che si è poc'anzi sollevato, inerente al peso che la sensibilità di ogni giudice ha sulla scelta circa l'*an* del ricorso alla comparazione. Soltanto il consolidamento della tendenza all'aumento dei riferimenti o, viceversa, la sua smentita, nei prossimi anni potranno, forse, chiarire i termini dell'incertezza in ordine a quale sia effettivamente sia il maggiore catalizzatore dell'impiego del diritto comparato, e cioè se esso sia il frutto di scelte in larga misura individuali ovvero se esso sia, come si è ritenuto di poter suggerire, il segno dei tempi.

Nell'attesa di poter aggiornare con nuove evidenze empiriche la ricerca che si è condotta, non resta che formulare l'auspicio che l'argomento comparatistico, anche nella giurisprudenza della Corte italiana (al pari di ciò che avviene in molte altre corti, specie di paesi di *common law*), esca finalmente da una logica che molto assomiglia a quella del minimo mezzo: nel rendere l'argomentazione il più trasparente possibile, infatti, la comprensione delle pronunce trarrebbe probabilmente un significativo beneficio dalla circostanza di potersi avvalere dall'esplicitazione dei riferimenti comparatistici che il

collegio ha avuto presenti. E ciò non solo nel senso di menzionare l'*an* dell'avvenuto utilizzo della comparazione, ma anche – e, per certi versi, soprattutto – nel senso di precisare meglio istituti, disposizioni e pronunce prese in considerazione. La verificabilità dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte ne uscirebbe, in effetti, sicuramente rafforzata. E, con essa, almeno a lungo andare, verrebbe significativamente corroborata la funzione della comparazione come strumento sempre più imprescindibile dell'agire giuridico.

Una funzione che, non a caso, è stata di recente affermata con forza da parte dell'allora Presidente della Corte, Gaetano Silvestri, in una sede tanto «impegnativa» quanto il XVI Congresso della *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, con riferimento alla «*fertilisation réciproque*» tra le corti costituzionali<sup>40</sup>, il cui flusso crescente<sup>41</sup> autorizza a ritenere che «*le processus de communication "horizontale" recèle un fort potentiel dans lequel les Cours individuelles devraient continuer à puiser dans les années à venir*»<sup>42</sup>.

Quale che sia l'idea che si abbia dell'utilizzo della comparazione da parte della Corte costituzionale, non può non riconoscersi quanto sia significativo, in relazione al dubbio che si è sopra riproposto, che queste parole siano state pronunciate da un giudice che, stando al mero dato oggettivo dei riscontri empirici, non dovrebbe risultare tra quelli «sensibili» alla comparazione.

---

<sup>40</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Troisième session du XVI<sup>e</sup> Congrès – Introduction, Rapport général*, XVI<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Vienna (12-14 maggio 2014), 121: «[L]'influence mutuelle entre Cours constitutionnelles [...] s'inscrit maintenant dans des circuits de communication directs et horizontaux.

«Il s'agit d'un processus de "fertilisation" réciproque qu'il faut désormais intégrer de manière adéquate dans la jurisprudence des cours et tribunaux constitutionnels des États européens; on en discerne toutefois les premiers signes prometteurs dans les décisions rendues par les organes de la justice constitutionnelle, lesquelles se réfèrent à des arrêts prononcés par d'autres juridictions constitutionnelles». Il rapporto generale è consultabile on line alla pagina [www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/fr/downloads/Generalbericht+Beitraege.pdf](http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/fr/downloads/Generalbericht+Beitraege.pdf).

<sup>41</sup> Lo stesso Presidente Silvestri ha sottolineato «une tendance croissante ces dernières années à utiliser des références réciproques qui concernent des questions cruciales telles que la protection des droits fondamentaux et la limitation de la perte de souveraineté des États due au droit européen, notamment pour ce qui touche le rôle des parlements ou les expressions de la souveraineté des peuples des États membres individuels» (ivi, 122).

<sup>42</sup> *Ibidem*.

**Antonio Ruggeri**  
**Il diritto regionale, una disciplina “in declino”?\***

SOMMARIO: 1. Il “declino” degli studi di diritto regionale: uno *slogan* che stancamente si ripete, frutto di una lettura eccessivamente semplificante e forzosa di una complessiva tendenza teorica. – 2. *Costituzionalizzazione positiva* e *costituzionalizzazione scientifica* di nuovi campi materiali, sovrapposizioni tra gli stessi ed intreccio tra gli studi ad essi relativi (con specifico riguardo a quelli di diritto regionale ed a quelli relativi ai diritti). – 3. “Declino” dell’autonomia regionale, rispetto a che cosa? Ad una sua idea mitica o ideale, frutto di una lettura raffinata e generosa (e, però, pure ingenua) del dettato costituzionale mai realizzatasi? – 4. La riconsiderazione dell’autonomia nella prospettiva della riforma e la rilettura degli enunciati costituzionali alla luce del contesto. – 5. Conferma della vitalità degli studi di diritto regionale che viene dalla pluralità e dalle oscillazioni degli indirizzi metodico-teorici (in particolare, l’esempio emblematico offerto dalla ricostruzione dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, tra *separazione* ed *integrazione* delle competenze). – 6. Una notazione conclusiva: il bisogno di un profondo ripensamento e svecchiamento metodico-teorico, specie per ciò che attiene al ricorso, di cui si ha ad oggi riscontro in misura complessivamente inappagante, alla comparazione ed alla integrazione interdisciplinare.

*1. Il “declino” degli studi di diritto regionale: uno slogan che stancamente si ripete, frutto di una lettura eccessivamente semplificante e forzosa di una complessiva tendenza teorica*

Circola oggi diffusamente l’idea secondo cui il diritto regionale sarebbe una disciplina “in declino”. Di questa idea si sono fatti interpreti alcuni giovani ed impegnati studiosi che la considerano talmente sicura, assodata, da non discuterla più: l’assumono, cioè, come un dato inconfutabile, che può piacere come non piacere (e credo che a loro non piaccia), ma che è appunto quello che è; e si tratta, allora, di interrogarsi sulle cause della sua affermazione in seno alla cultura giuridica del nostro tempo. Cause che, poi, principalmente sono riportate alla crisi, ed anzi al vero e proprio stato di agonia, in cui versano le Regioni, che poi in modo nefasto contagerebbe la disciplina scientifica che le assume ad oggetto di studio.

In un siffatto argomentare a me pare che vi sia una parte di vero, che è però esasperata e radicalizzata, sì da far pervenire ad esiti teorico-ricostruttivi forzosi ed approssimativi, comunque bisognosi, a mia opinione, di non poche precisazioni e non marginali correzioni.

Mi si consenta un riferimento alla mia personale vicenda universitaria, osservando che la cerchia degli studiosi si è, perlomeno, decuplicata dai tempi in cui, esattamente quarantacinque anni addietro, muovevo i primi passi nel campo della ricerca. Mi sono laureato lo stesso anno in cui veniva varata la legge finanziaria n. 281 che dava – come si sa – l’avvio al processo di istituzione generalizzata delle Regioni. Al tempo, era del tutto naturale, comprensibile, un rinnovato interesse per l’istituto regionale nutrito, specie (ma non solo) dalle più giovani leve di studiosi, sulla scia delle illuminanti aperture offerte dalle riflessioni dei Virga, Giannini, Mortati, Crisafulli, Martines ed altri ancora. Direi che v’era nell’aria, si palpava, un entusiasmo diffuso e contagioso, alimentato dalla fiducia che l’idea (anzi, l’ideale) di quell’ordinamento decentrato e fondato sulle autonomie mirabilmente sintetizzato nell’art. 5 della Carta potesse finalmente, nel volgere di pochi anni, vedere la luce ed impiantarsi a beneficio di alcuni dei più larghi ed intensamente avvertiti bisogni delle comunità stanziate sui territori in cui si divide ed articola la Repubblica. Ancora prima dell’approvazione della legge suddetta, quando già molti segni facevano intravedere che il varo delle Regioni di diritto comune non sarebbe tardato molto, si era assistito ad una fioritura di scritti alle Regioni stesse dedicati, che hanno, per la loro parte, concorso al radicamento nella cultura del

---

\* Destinato anche alla rivista telematica [Diritti Regionali](#), nonché agli *Scritti in memoria di P.A. Capotosti*.



tempo dell'idea regionale e, perciò, dato una spinta all'accelerazione del processo politico-istituzionale volto alla sua realizzazione.

Proseguendo nel racconto congiunto di questa vicenda con quella dei miei primi passi nel mondo universitario, credo che non sia stato affatto un caso che il mio compianto Maestro, Temistocle Martines, la cui sensibilità per le istanze dell'autonomia si era tradotta in studi fondamentali ad essa dedicati<sup>1</sup>, mi abbia sollecitato a svolgere la mia tesi di laurea proprio sui principi costituzionali dell'autonomia e del decentramento, incoraggiandomi quindi negli anni immediatamente seguenti a proseguire lungo il solco tracciato da quel mio primo, palesemente immaturo, studio e, perciò, a dedicarmi a questioni e temi di diritto regionale (la mia prima pubblicazione – lo rammento ancora oggi con una certa commozione –, aveva ad oggetto proprio uno di questi temi e faceva riferimento – per strana ironia della sorte – ad un frammento di disposto normativo rimasto sulla carta<sup>2</sup>). E così la sua passione divenne anche la mia: credo che la teoria dell'*imprinting* abbia qui avuto una delle sue tante, probanti conferme.

D'altro canto, erano quelli gli anni in cui alcune esperienze emerse in campi diversi dal diritto regionale non avevano ancora avuto modo di affermarsi nel modo vistoso e prepotente con cui sono successivamente maturate. Penso, ora, soprattutto, alle relazioni interordinamentali ed a tutto ciò che è ad esse legato. Certo, le Comunità europee – come allora si chiamavano – esistevano già da anni ma il processo d'integrazione sovranazionale non aveva ancora raggiunto uno stadio di avanzamento quale si sarebbe avuto solo in seguito.

E così, ancora, il campo dei diritti fondamentali e dei modi del loro riconoscimento e della loro tutela era stato – come si sa – *ab antiquo* coltivato ma l'incidenza esercitata dalle Corti europee e dalla stessa Corte costituzionale, nonché (e più ancora) dai loro rapporti (dal loro “dialogo”, com'è oggi di moda, con una certa improprietà, chiamarlo), non era ancora pervenuta alle marcate espressioni avutesi negli anni a noi più vicini, attirando l'attenzione di schiere innumerevoli di studiosi, giovani e non.

È dunque del tutto comprensibile, naturale, che all'emersione prepotente di un fenomeno sconosciuto ovvero alla crescita e diffusione in forme inusuali di fenomeni pure risalenti si accompagnasse la fioritura di studi a ciò specificamente dedicati. È un caso che l'inasprirsi della crisi economica e l'*escalation* del terrorismo internazionale abbiano alimentato (ed alimentino a getto continuo) una messe di analisi di vario segno che vedono coinvolti, unitamente ai giuristi, studiosi di altre discipline (dalla sociologia alla politologia, all'economia, ecc.)?

Tutto ciò è assai noto e non merita dunque che vi si dedichi altro discorso. Va, nondimeno, messo in evidenza, a fronte dell'idea di cui si diceva all'inizio di questa riflessione, che l'interesse per il diritto regionale non è mai venuto meno; solo che, crescendo il numero degli studiosi, è pur vero che una larga parte di essi ha volto lo sguardo verso altri campi.

Non v'è, a mia opinione, alcun automatismo tra la premessa costituita dall'indubbio stato di sofferenza in cui versa l'autonomia regionale (in merito al quale, tuttavia, farò di qui ad un momento alcune precisazioni) e la conseguenza del supposto carattere recessivo degli studi di diritto regionale, il quale – ammesso che vi sia (ed è da dimostrare) – vi sarebbe pur sempre in rapporto a studi diversamente orientati, avrebbe cioè *carattere relativo* (o, meglio, *relazionale*), ma non assoluto.

---

<sup>1</sup> ... tra i quali mi piace qui rammentare il corposo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, uscito sulla *Riv. trim. dir. pubbl.* del 1956, 100 ss.

<sup>2</sup> Lo scritto aveva per titolo *L'“interesse di altre Regioni” come limite di merito alla potestà legislativa regionale*, ed è uscito in *Rass. dir. pubbl.*, 2-3/1972, 383 ss., la quale poi – per ulteriore sfortuna – ha poco dopo cessato le pubblicazioni ed ha dovuto attendere – come si sa – molti anni prima di rivedere in mutata veste la luce.

2. Costituzionalizzazione positiva e costituzionalizzazione scientifica di nuovi campi materiali, sovrapposizioni tra gli stessi ed intreccio tra gli studi ad essi relativi (con specifico riguardo a quelli di diritto regionale ed a quelli relativi ai diritti)

Va subito fatta, al riguardo, una ulteriore precisazione, che riprendo da una riflessione svolta ormai molti anni addietro (con specifico riferimento alle prospettive di riforma al tempo coltivate) e che, nondimeno, mi sembra avvalorata dagli sviluppi successivamente avutisi nelle esperienze di rilievo costituzionale, in relazione cioè alla dilatazione dei campi materiali in cui gli studi di diritto costituzionale si situano (in breve, della c.d. “materia costituzionale”)<sup>3</sup>. Abbiamo infatti assistito col tempo alla *costituzionalizzazione* – se così posso dire – di “materie” un tempo lasciate fuori dalle riflessioni dei costituzionalisti, all’attrazione cioè nella sfera che questi ultimi considerano loro propria di oggetti dapprima ad essa estranei.

Persino le fonti del diritto erano in un tempo ormai risalente – come si sa – appannaggio di altri studiosi (e, segnatamente, dei civilisti), mentre oggi ce ne siamo impossessati e saldamente le deteniamo, considerandole ormai acquisite al patrimonio indisponibile dei nostri studi, pur condividendolo coi cultori di altre discipline e, nondimeno, ritagliando a nostro beneficio la più consistente porzione<sup>4</sup>.

Con specifico riguardo alle questioni di ordine istituzionale, in un ormai lontano passato, lo studio si appuntava specificamente e pressoché esclusivamente sulla dinamica delle relazioni tra gli organi supremi dello Stato, restava cioè confinato nel chiuso del triangolo Capo dello Stato-Parlamento-Governo. Corte costituzionale e Regioni sono venute dopo, molto dopo. Quelle che, già ai tempi della Costituente, erano considerate le più salienti e dirompenti novità rispetto alla trama semplificata dell’apparato istituzionale di ottocentesca memoria, una volta previste nella Carta e, soprattutto, in concreto istituite hanno immediatamente attratto l’attenzione degli studiosi, che hanno percepito che non soltanto per effetto della loro venuta alla luce cambiava la forma di governo ma, ancora di più (e più a fondo), cambiava la forma stessa dello Stato, il modo cioè di porsi e rinnovarsi dei rapporti tra comunità ed apparato di governo<sup>5</sup>. Insomma, la *costituzionalizzazione positiva* di oggetti non previsti nelle Carte ottocentesche (per ciò che qui specificamente importa, nel nostro statuto) ha avuto la sua naturale proiezione e il fedele riflesso, al piano della speculazione teorica, nella *costituzionalizzazione scientifica* degli oggetti stessi, che hanno subito attratto sopra di sé la riflessione di schiere numerose di studiosi.

L’emersione prepotente della giustizia costituzionale ed il suo radicamento nel terreno dell’esperienza costituzionale, in particolare, ha al riguardo esercitato un ruolo di prima grandezza: è stata causa ed effetto allo stesso tempo di questo stato di cose, per un verso concorrendo a quella *costituzionalizzazione* di materie, di cui si diceva, e, per un altro, rendendo testimonianza e conferma di una tendenza teorica che andava sempre di più radicandosi nella cultura giuridica<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> V., dunque, il mio *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, spec. 29 ss.

<sup>4</sup> Questa vicenda ha una sua spiegazione nella circostanza per cui – com’è stato fatto notare da un’autorevole dottrina (L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 19 ss.) – la “vera” Costituzione *in senso materiale* al tempo dello statuto, stante la stringatezza di quest’ultimo, era data dal codice civile; e “civilistici”, nell’ispirazione così come negli schemi concettuali entro cui venivano inquadrati gli istituti, erano i metodi di studio dei costituzionalisti, quanto meno di una loro parte consistente.

<sup>5</sup> Questa percezione, tuttavia, non si è tradotta nella dismissione di antichi e collaudati schemi teorici ovvero nel loro corposo rifacimento. Ad es., malgrado la diffusa consapevolezza della “forza politica” posseduta dai massimi garanti del sistema (e, segnatamente, dalla Corte costituzionale) – per riprendere una fortunata etichetta di T. MARTINES, del quale v., almeno, l’ormai “classico” *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 196 ss. –, non di rado espressasi in forme abnormi, non si è dubitato che la forma di governo sia rimasta quella “parlamentare”, pur andando ovviamente soggetta col tempo a non secondarie evoluzioni.

<sup>6</sup> È poi interessante notare che questo *trend* si è reso manifesto da noi come altrove, pur se in forme peculiari di ciascun ordinamento, a riprova del fatto che la vicenda che si sta ora sinteticamente rappresentando ha avuto dimensioni tali da portarsi ben oltre le mura domestiche degli ordinamenti stessi.

Oggi che la società civile è attraversata da profonde tensioni e non poche, gravi lacerazioni e contraddizioni, che viepiù pressanti si sono fatte le aspettative di spazi nuovi e più ampi in cui far valere i diritti fondamentali e coltivare l'aspirazione ad un complessivo appagamento della personalità degli individui, anche temi un tempo appannaggio pressoché esclusivo dei civilisti o dei cultori di altre discipline, senza ovviamente cessare di essere coltivati da questi studiosi, sono stati tuttavia essi pure *costituzionalizzati*, nel senso appena precisato.

Questioni, quali quelle relative alla fecondazione medicalmente assistita, al matrimonio tra persone dello stesso sesso o all'adozione da parte di tali persone, e, ancora, questioni relative alle esperienze di fine-vita e, in genere, a temi eticamente sensibili hanno visto – giustamente – impegnati in prima linea *anche* (non dico *solo*) i costituzionalisti.

E gli esempi si potrebbero moltiplicare.

Tutto ciò ha comportato un “tono” viepiù dimesso degli studi di diritto regionale? Non direi. Col tempo, anzi, si è avvertito il bisogno di affiancare agli studi – per dir così – “generalisti”, in cui cioè si trattano questioni di ordine generale, altri studi specialistici e settoriali, nella consapevolezza che l'ordinamento regionale non rimane sempre uguale a se stesso, riproducendosi con identità di caratteri in ciascun territorio in cui si articola la Repubblica, ma presenta caratteri significativamente diversificati nel passaggio da una Regione all'altra, meritevoli pertanto di essere fatti oggetto d'indagini parimenti distinte<sup>7</sup>.

Allo stesso tempo in cui gli studi di diritto regionale vanno spingendosi viepiù a fondo nel terreno loro proprio si espandono altresì in superficie, portandosi in campi diversi ed integrandosi in modo inscindibile con studi che a questi ultimi fanno tipicamente capo, fino appunto a fare tutt'uno con essi.

Gli studiosi maggiormente accorti e sensibili hanno, infatti, subito colto l'intreccio esistente tra i campi di cui si compone la “materia costituzionale”. Non è un caso che, essendo proprio quello dei diritti uno dei temi portanti (forse, proprio quello oggi più “trainante” di ogni altro), si sia pensato da parte di alcuni di legare ad esso lo studio di talune questioni di diritto regionale, ragionando pertanto sull'esperienza al riguardo maturata e tentando di fare il punto non solo su ciò che le Regioni hanno fatto al servizio dei diritti ma anche su quanto di più e di meglio potrebbero fare, dando fondo alle potenzialità racchiuse nel patrimonio dell'autonomia di cui dispongono.

Il corposo volume curato da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*<sup>8</sup> costituisce una testimonianza, a un tempo, di un interesse vivo e largamente diffuso (specie tra i giovani studiosi) per la nostra disciplina<sup>9</sup> e di un metodo almeno in parte inusuale di riguardare ad essa, di offrirle cioè l'opportunità di distendersi sopra ambiti materiali tradizionalmente trascurati, riscoprendo così e coltivando la propria genuina vocazione, che è appunto quella di rappresentare fedelmente (e, però, pure criticamente) i modi con cui l'autonomia può, nelle quotidiane esperienze di governo, convertirsi in *servizio* per i diritti e, in genere, i bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale.

Il punto è di cruciale rilievo.

Da tempo mi sono fatto convinto (e vado sempre di più radicandomi in siffatto mio convincimento) che il potenziale di autonomia in concreto sfruttato sia solo una minima parte di quello che potrebbe invece essere speso a beneficio della collettività. Le Regioni danno alle volte la stessa impressione che dà l'uomo che conosce appena il cinque o sei per cento del proprio cervello e che, perciò, non lo sfrutta se non in minima parte; e così, appunto, anche le Regioni con l'autonomia.

---

<sup>7</sup> Sta qui la giustificazione della nascita, or sono pochi anni, di una nuova collana di *Studi di diritto costituzionale regionale*, edita dalla Giappichelli, che ha quali responsabili scientifici P. Costanzo e lo scrivente e che si divide in due sezioni, l'una dedicata alla manualistica e l'altra a saggi aventi oggetto tematico e respiro monografico.

<sup>8</sup> ... che ha inaugurato, nel 2014, la seconda serie della collana sopra richiamata.

<sup>9</sup> ... di cui, peraltro, ancora di recente si sono avute numerose e significative conferme (ad es., dal convegno del Gruppo di Pisa svoltosi il 6 e 7 giugno a Bergamo su *Il valore delle autonomie. Territorio, potere e democrazia*, a cura di B. Pezzini e S. Troilo, Editoriale Scientifica, Napoli 2015).

Si badi. È vero che esse, come si accennava poc'anzi, non sono state agevolate in questo loro compito (ed anzi sono state scopertamente ostacolate) dagli organi statali della direzione politica, per un verso, e, per un altro verso, dallo stesso giudice costituzionale, che ha svolto un ruolo "arbitrale"... *squilibrato*, marcatamente propenso a far valere maggiormente le istanze di cui si è fatto (e si fa) portatore lo Stato piuttosto che quelle che fanno capo alle Regioni e sono da esse rappresentate. E, tuttavia, malgrado gli spazi si siano fatti sempre più ristretti, restando confinata l'autonomia ai margini dei campi materiali ad essa affidati dalla Carta, ugualmente essa avrebbe, a mia opinione, potuto dare di più, molto di più di ciò che invece ha dato (e dà), specie in alcuni territori della Repubblica, al servizio di quanti in essi risiedono ed operano.

3. *"Declino" dell'autonomia regionale, rispetto a che cosa? Ad una sua idea mitica o ideale, frutto di una lettura raffinata e generosa (e, però, pure ingenua) del dettato costituzionale mai realizzatasi?*

Dobbiamo, dunque, metterci d'accordo su cosa intendiamo sia per "declino" della disciplina del diritto regionale che per "declino" dell'autonomia regionale.

In che cosa quest'ultima è consistita? Rispetto a che cosa se ne può predicare la esistenza?

"Declino" certamente sì al confronto di un'idea mitica o ideale di Regione e di autonomia regionale, alla quale hanno dato voce taluni studi raffinati venuti alla luce specie negli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso: studi appassionati e al tempo stesso tecnicamente pregevoli, posti in essere dalla più elevata espressione della cultura costituzionalistica del tempo, da studiosi che avevano vissuto sulla loro pelle l'esperienza tragica dello Stato autoritario e della guerra di cui si era reso corresponsabile il regime fascista e che vedevano nella massima distribuzione possibile della sovranità, in orizzontale tra i poteri dello Stato ed in verticale tra quest'ultimo e gli enti autonomi territoriali (Regioni in testa), la soluzione naturale, obbligata, per chiudere definitivamente col passato e ricostruire su basi nuove la Repubblica, facendo del principio personalista il perno attorno al quale l'intero ordinamento avrebbe dovuto incessantemente ruotare e dal quale stabilmente tenersi, al servizio dell'uomo, dei suoi più impellenti ed indisponibili bisogni, dei suoi diritti, della sua dignità.

Di qui, una lettura generosa ma anche – ad esser franchi – alquanto ingenua del dettato costituzionale, secondo la quale l'autonomia avrebbe potuto aprirsi a ventaglio e tradursi in una pluralità di soluzioni autenticamente originali, espressive di una varietà di indirizzi politici anche profondamente discosti l'uno dall'altro e dall'indirizzo dello stesso Stato: un'autonomia, insomma, autenticamente "politica"<sup>10</sup>.

Non nego che quest'esito avrebbe potuto essere astrattamente raggiunto, sol che appunto lo si fosse voluto: il dettato costituzionale, nella sua consustanziale vaghezza e strutturale apertura non vi si opponeva ma neppure – qui è il punto – lo agevolava (e lo agevola). Perché i limiti, ieri come oggi (e, come dirò a momenti, anche domani, qualora la riforma Renzi dovesse giungere in porto), erano e sono tutti lì, pesanti come macigni pur se suscettibili di duttili ed estremamente varie letture ed applicazioni, a porre un argine alla conversione dell'autonomia in una pluralità di indirizzi *stricto sensu* politici.

Oggi siamo in tanti a lamentarci della "riscoperta" dell'interesse nazionale e del modo pressante, schiacciante, con cui potrebbe farsi valere per il tramite della clausola di supremazia, quale prefigurata dal disegno Renzi; ma abbiamo già dimenticato che l'originario dettato costituzionale non solo prevedeva l'interesse nazionale ma ad esso affiancava anche quello, non meglio precisato (e rimasto misterioso) di altre Regioni, tutti demandandone la protezione al Parlamento, e cioè ad uno degli organi della direzione politica dello Stato?

---

<sup>10</sup> Il riferimento è d'obbligo, ancora una volta, allo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, dietro cit., di T. MARTINES.

“Declino” dell’autonomia, dunque, rispetto a che cosa? Rispetto ad un *certo* modello costituzionale, raffigurato in un *certo* modo? All’esperienza invalsa già a partire dagli esordi dell’istituto regionale? O a cos’altro ancora?

Il vero è che, come sempre, le pagine della Carta sono state (e sono) fatte oggetto di scritture e riscritture metodico-teoriche di vario segno, esattamente come una lavagna soggetta a continue cancellazioni e riempita ogni volta dei contenuti più varî, secondo le personali tendenze di chi vi fa luogo (non dico, l’“ideologia”, solo perché il termine non va più di moda e v’è sempre il rischio che il suo utilizzo si presti a fraintendimenti), sia esso un operatore politico, un garante o, appunto, uno studioso.

#### *4. La riconsiderazione dell’autonomia nella prospettiva della riforma e la rilettura degli enunciati costituzionali alla luce del contesto*

È con questa generale avvertenza che giova, a mia opinione, guardare alla riforma in cantiere. Il parametro di raffronto non ha, infatti, generale e assoluta valenza, ha carattere – come dicevo – *relativo* (o *relazionale*).

Pochi dubbi invero possono aversi a riguardo del fatto che rispetto al Titolo V revisionato nel 2001 sono più i passi all’indietro che quelli in avanti fatti; e non occorre ora indugiare a rappresentarne le ragioni, tanto numerosi e convergenti sono – come si sa – i commenti in tal senso<sup>11</sup>. Rispetto all’originario dettato della Carta, invece, la questione appare essere assai più complessa e credo che vi siano buoni argomenti a favore sia dell’una che dell’altra tesi.

Non è però qui il punto. Il punto è che l’elastico costituzionale è pur sempre dotato di formidabili capacità, sì da potersi contrarre ed espandere in considerevole misura: non però in modo illimitato, se è vero – com’è vero – che la Costituzione non è fatta, come pure si è talvolta affermato, di “pagine bianche” e che il linguaggio costituzionale pur sempre fissa i confini di un’area materiale entro cui possono ricercarsi i significati degli enunciati maggiormente congrui rispetto ai contesti di riferimento. Ed allora è proprio il contesto, oggi sempre di più quello internazionale e sovranazionale e di meno quello esclusivamente interno, per un verso, ad apprestare il terreno e a dare la spinta alla emersione ed affermazione di certe esperienze piuttosto che altre (a riplasmare cioè senza sosta la “materia costituzionale”) e, per un altro verso, ad orientare in un senso piuttosto che in un altro, metodicamente e teoricamente, lo studio delle esperienze stesse.

L’integrazione sovranazionale avanzata da un canto, la crisi economica dall’altro, spingono – come si diceva – vigorosamente per un marcato schiacciamento dell’autonomia ed obbligano a ricercare i rimedi a questo stato di cose non oltre modo sopportabile, specie ove si convenga – come a me pare debba convenirsi – che l’uno e l’altro fattore non richiedono, per ineluttabile necessità e – se posso esser franco – per una vera e propria maledizione, che in conseguenza di essi si abbia una piatta, incolore e soffocante uniformità delle discipline positive ed un parimenti soffocante accentramento di funzioni.

“Declino” degli studi di diritto regionale? Dopo le cose dette, credo dunque di poter rispondere a buon titolo negativamente al quesito; e basti solo por mente ai numerosi contributi scientifici dedicati proprio ai rapporti tra Unione europea e Regioni (in fase sia ascendente che discendente), nei quali si tenta un pur problematico recupero a beneficio dell’autonomia di un ruolo non secondario in tale ambito giocato dalle Regioni.

---

<sup>11</sup> Richiamo qui, per tutti, i contributi di recente offerti in occasione del Seminario AIC su *I costituzionalisti e le riforme*, svoltosi a Bologna l’11 giugno 2015, consultabili in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).



5. *Conferma della vitalità degli studi di diritto regionale che viene dalla pluralità e dalle oscillazioni degli indirizzi metodico-teorici (in particolare, l'esempio emblematico offerto dalla ricostruzione dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, tra separazione ed integrazione delle competenze)*

Vi è di più. Considero una testimonianza particolarmente attendibile della vitalità degli studi di diritto regionale, in uno con la loro consistenza quantitativa, la varietà degli orientamenti metodico-teorici di cui essi sono espressione. Il dato, ovviamente, non è nuovo né peculiare di tali studi; in questi, però, esso si presenta in forme almeno in parte inusuali, comunque vistose e conducenti – come dicevo – all'esito di dare conferma della tesi qui patrocinata.

L'esperienza, coi suoi tratti maggiormente marcati e gli sviluppi avuti nel corso della vicenda regionale, ha lasciato – e non poteva, d'altronde, essere diversamente – un segno profondo negli orientamenti in parola.

Non è a caso, dunque, se già prima dell'avvento delle Regioni (quanto meno della loro compiuta realizzazione, estesa all'intero territorio della Repubblica) e ancora nei primi anni del loro funzionamento, al piano della teoria delle fonti, dominava pressoché incontrastata (e pur con alcuni autorevoli *distinguo*) la tesi secondo cui i rapporti tra le leggi di Stato e Regioni avrebbero dovuto svolgersi, per Costituzione, all'insegna della "logica" della separazione delle competenze: uno strumentario teorico, questo, sorretto da fini argomenti e a bella posta piegato allo scopo di garantire al meglio il soggetto debole della relazione, l'ente "derivato" – come si era (e si è) soliti chiamarlo – dal solo e vero ente "sovrano", lo Stato<sup>12</sup>.

Lo sforzo al tempo prodotto per avvalorare l'idea della parità giuridica dei due enti, siccome entrambi dotati di una propria sfera di competenze costituzionalmente stabilita, tuttavia si scontrava, per un verso, con la premessa costituita dalla diversa condizione considerata loro propria ("sovrano" l'uno, "autonomo" l'altro) e, per un altro verso, con la circostanza per cui la regolamentazione (non tanto, per vero, ad opera della Carta quanto delle leggi adottate per darvi attuazione) dei rapporti suddetti portava obiettivamente al loro squilibrio, specie nei giudizi davanti alla Corte (sia per le diverse modalità del controllo che con riguardo ai vizi denunciabili). L'anima "garantista" racchiusa dentro questa struttura concettuale era, cionondimeno, dalla più accreditata e seguita dottrina considerata indiscutibile, un autentico tabù insomma.

Sta di fatto che l'esperienza si spingeva in modo vigoroso e vistoso in altra direzione. D'altro canto, la tesi "garantista", portata ai suoi ultimi e coerenti svolgimenti, andava incontro a non lievi difficoltà di ordine teorico, che poi, per una singolare eterogenesi del fine, avrebbero potuto risolversi in un grave pregiudizio proprio per quell'autonomia che si voleva in ogni modo salvaguardare.

Basti solo pensare ai problemi cui avrebbe potuto dar luogo la mancata emanazione delle leggi-cornice ovvero delle leggi regionali, ove non si fosse, nell'un caso, concessa alle Regioni l'opportunità di legiferare ugualmente e, nell'altro caso, riconosciuto alle leggi statali il titolo di porre, unitamente ai "principi fondamentali" e sia pure a titolo precario (con carattere "cedevole") la disciplina di dettaglio in svolgimento dei principi stessi ed in attesa dell'adozione delle norme regionali. Una soluzione obbligata, questa favorevole alla regolazione in sussidiarietà da parte dello Stato, allo scopo di porre un qualche rimedio all'inerzia regionale; e, tuttavia, una soluzione stranamente ritenuta non valevole per il caso ad essa speculare, inverso, di carenza di norme statali, non essendosi riconosciuto alle Regioni il titolo di poter supplire a siffatta mancanza.

---

<sup>12</sup> In realtà, la dottrina più avvertita ha successivamente argomentato la tesi, a mia opinione persuasiva, secondo cui entrambi gli enti sono parimenti "derivati" dal solo sovrano *in senso oggettivo*, o meglio *assiologico-oggettivo*, che è la Costituzione coi suoi valori fondamentali, pur se soggetti a limiti diversi, peculiari di ciascuno, conformemente al ruolo che essi sono chiamati ad esercitare in seno alla Repubblica (a riguardo della conversione della sovranità da soggettiva in oggettiva, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005). Non è di questo, ad ogni buon conto, che siamo oggi nuovamente chiamati a discorrere.

Il rimedio suddetto, ad ogni buon conto, era (ed è) – si badi – pur sempre parziale e, comunque, insufficiente, se si conviene a riguardo del fatto che, secondo modello, la disciplina maggiormente congrua rispetto alla *natura degli interessi* bisognosi di protezione (laddove è il vero criterio distintivo delle sfere di competenza) è quella regionale, non pure l'altra prodotta lontano dal territorio di riferimento e dall'ente per Costituzione "inadeguato" a siffatto ruolo sussidiario.

Insomma, la "logica" della integrazione delle competenze si imponeva per forza di cose (se vogliamo, quale una sorta di male minore); e, per fortuna, come si diceva, l'elasticità di struttura degli enunciati costituzionali non vi si opponeva frontalmente, pur lasciandosi in essi intendere che ogni ente aveva un "posto" a sé nel sistema istituzionale, un modo cioè peculiare di partecipare ai processi di produzione giuridica, pur facendo capo a termini di riferimento concettuale alquanto incerti, quali quelli componenti la coppia "principio-regola".

Desidero fare un ultimo richiamo alla mia personale vicenda di studioso. Ebbene anch'io, un tempo fermo sostenitore della causa della separazione delle competenze sulla scia dell'insegnamento impartitomi dal mio Maestro, me ne sono successivamente e pur se gradatamente distaccato approdando alla sponda opposta della integrazione<sup>13</sup>.

Quella della integrazione costituisce, a mia opinione, una soluzione obbligata e rischiosa, *sommamente* rischiosa, allo stesso tempo; di sicuro, lo è in maggior misura rispetto alla tesi della separazione, che pure, al di là degli inconvenienti sopra indicati, taluni rischi li fa ugualmente correre all'autonomia, trattandosi in ogni caso di schemi teorici, l'uno e l'altro, insuscettibili di meccaniche e ripetitive applicazioni, siccome pur sempre soggetti a variabili e discrezionali apprezzamenti da parte del giudice delle leggi, in occasione della messa in atto delle delicate operazioni di bilanciamento tra gli interessi rispettivamente facenti capo allo Stato e alle Regioni. Qualunque sia, insomma, l'opzione metodico-teorica di partenza, si tratta poi di vedere quale applicazione in concreto essa riceva nel corso delle vicende processuali; e il "filtro" al riguardo utilizzato dal giudice costituzionale è pur sempre assai largo e suscettibile di esser fatto in modi assai varî valere.

La giurisprudenza costituzionale, riguardata retrospettivamente nel suo insieme, avvalora questo giudizio, dà cioè conferma della complessiva, considerevole contrazione patita dall'autonomia in sede di giudizi sulle leggi<sup>14</sup>.

È tuttavia doveroso avvertire che *ogni* ricostruzione teorica si presta, quale più quale meno, a strumentali utilizzi e che il quadro costituzionale, con la sua strutturale apertura e formidabile capienza, è astrattamente in grado di offrire accoglienza sia all'una che all'altra tesi. Non ve n'è insomma una *vera* ed una *falsa*, una *giusta* ed una *sbagliata*; vi sono modi diversi d'intendere le Regioni, in alcune delle loro più salienti manifestazioni positive, che possono legittimamente mutare col mutare stesso del contesto di riferimento.

Questo spiega, forse e almeno in parte, le perduranti oscillazioni della giurisprudenza costituzionale che, specie dopo la riforma del 2001, ha in modo altalenante optato ora per il corno della separazione ed ora per quello della integrazione, senza riuscire a decidersi definitivamente per l'uno o per l'altro.

---

<sup>13</sup> A quest'esito teorico-ricostruttivo è altresì pervenuto, tra gli allievi diretti di Martines, A. SPADARO, che l'ha difeso con la sua consueta passione argomentativa (spec. a partire da *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/1994, 1041 ss.).

<sup>14</sup> Faccio qui specifico riferimento alle controversie Stato-Regioni portate alla cognizione della Corte col procedimento in via d'azione, tralasciando di considerare la vicenda dei conflitti di attribuzione, per la evidente ragione che la posta è nelle prime politicamente più alta. La conclusione, nondimeno, non mi parrebbe essere diversa anche con riguardo alla soluzione dei conflitti suddetti, ove si faccia riferimento al più consistente e ricorrente indirizzo giurisprudenziale.

6. Una notazione conclusiva: il bisogno di un profondo ripensamento e svecchiamento metodico-teorico, specie per ciò che attiene al ricorso, di cui si ha ad oggi riscontro in misura complessivamente inappagante, alla comparazione ed alla integrazione interdisciplinare

Piuttosto, un dato merita di essere messo in particolare evidenza. Ed è che, diversamente da ciò che si è avuto in altri campi materiali e per altri ordini tematici, nell'esame delle questioni di diritto regionale si è fatto (e si fa) scarso ricorso da parte della giurisprudenza al metodo della comparazione (che invece, ad es., sta, sia pure gradatamente e faticosamente e comunque ad oggi in misura ancora inappagante, crescendo per ciò che attiene alla salvaguardia dei diritti fondamentali). Ciò che, poi, è forse ancora più grave è che fa difetto la percezione dell'ausilio che può essere offerto, in occasione della soluzione di problemi giuridici particolarmente complessi, da altre discipline (sopra tutte, a me pare, l'economia).

Gli studiosi, dal canto loro, sono soliti fare frequente ricorso alla comparazione, anche se talora non compiutamente svolta (non tenendosi spesso in adeguato conto la diversità dei contesti in cui s'inscrivono ed inverano disposti normativi pure assai simili); difetta, invece, largamente l'integrazione interdisciplinare, non tanto con riferimento al rapporto tra gli studi giuridici e quelli storico-politici o sociologici (o di questi ultimi *inter se*), quanto appunto tra i primi e quelli economici.

Solo di recente vanno facendo capolino alcune riflessioni orientate nel senso qui auspicato<sup>15</sup>; si tratta però di autentiche mosche bianche. Troppo poco, insomma.

La cosa è molto grave, specie se posta in relazione al presente contesto segnato – come si diceva – da una crisi economica senza precedenti. E, invero, alcune soluzioni giuridiche restano senza significato e giustificazione se non le si riconsidera alla luce delle risultanze teoriche raggiunte dalle riflessioni di carattere economico.

Faccio solo un paio di esempi con riferimento a questioni di scottante attualità.

E così si pensi alle discusse pronunzie della Consulta, di cui ancora di recente si è avuto riscontro, da cui discendono costi anche molto rilevanti per l'erario<sup>16</sup>. Sappiamo tutti che la Corte quando decide tiene (o *dovrebbe* tenere...) conto delle conseguenze in genere (anche di quelle economico-finanziarie, dunque) discendenti dalle proprie decisioni. Ma da chi attinge alcuni elementi di conoscenza che pesano sulla bilancia su cui sono disposti gli interessi bisognosi di essere presi in considerazione? Alle volte, circolano cifre “ballerine” vistosamente divergenti tra di loro. In congiunture siffatte, anche chi è solito fare un monitoraggio costante della giurisprudenza, sottoponendola a vaglio critico, si sente profondamente disorientato ed ha difficoltà ad esprimere un giudizio *causa* (pienamente) *cognita* sui verdetti del giudice costituzionale.

La conclusione non è sostanzialmente diversa laddove si sposti il tiro dalla Consulta ad altre sedi istituzionali. Lo stesso legislatore (o il popolo legislatore), al momento in cui manifesta la propria volontà normativa, dovrebbe previamente essere dotato dei necessari elementi di conoscenza per tutto ciò che attiene all'“impatto” o agli effetti (anche non giuridici) cui la volontà stessa potrebbe dar luogo. Solo che non poche volte si mettono in moto processi imprevedibili in astratto, che sfuggono cioè persino al controllo teorico degli esperti e che obbligano pertanto a ridimensionare il rilievo, pure in una certa misura riconoscibile, che va assegnato agli strumenti di analisi degli effetti stessi di cui le Camere si sono ormai da tempo dotate. Il vaglio della “ragionevolezza” di tutte siffatte decisioni, al fine di poter essere svolto come si conviene, richiede infatti non poche volte studi particolarmente approfonditi che, in un contesto soggetto a moto interno continuo ed a

---

<sup>15</sup> Faccio solo un paio di segnalazioni al riguardo, con riferimento ad un testo di *Analisi economica del diritto pubblico* di G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, Il Mulino, Bologna 2009 e ad un saggio di Q. CAMERLENGO e L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss., che ho trovato particolarmente interessanti.

<sup>16</sup> Scontato il riferimento alle [sentt. nn. 10, 70 e 178 del 2015](#).

mutamenti a ritmi spesso incalzanti, risultano non poche volte provvisti di base teoriche assai fragili, per non dire del tutto inconsistenti.

Il diritto, insomma, è debitore in misura crescente nei riguardi di altre discipline. Credo che i giuristi e soprattutto gli operatori farebbero bene a prenderne piena consapevolezza ed a regolarsi di conseguenza. Non saprei, poi, francamente dire se questa consapevolezza sia posseduta dai cultori di altre discipline verso la nostra. Non dispongo delle conoscenze necessarie per esprimermi sul punto, il quale nondimeno richiederebbe approfondimenti e verifiche che vanno ben oltre l'*hortus conclusus* di questa riflessione.

Chiudo. Gli studi di diritto regionale non temono l'estinzione, non appartengono insomma ad una "specie" bisognosa di essere protetta; hanno tuttavia bisogno di un profondo svecchiamento metodico, di aprirsi ancora di più ed in considerevole misura non soltanto ai campi materiali contigui al diritto costituzionale, cogliendo alcune implicazioni ad oggi non sufficientemente apprezzate, ma anche a quelli coltivati da discipline non giuridiche. E ciò, per la elementare ragione che le indagini giuridiche – è ormai provato – non possono restare confinate all'interno dei soli dati risultanti dagli enunciati normativi, riguardati sia *uti singuli* che nel loro fare "sistema", ma devono tenere nel debito conto il contesto; e quest'ultimo non può che essere visto a tutto tondo, da angoli visuali diversi e, perciò, a mezzo di strumenti d'indagine plurimi e differenziati. L'integrazione, insomma, ha da prendere corpo al piano metodico, ancora prima che a quello teorico-ricostruttivo.

In un tempo segnato da una specializzazione esasperata, persino all'interno di una stessa disciplina alcuni studiosi dedicandosi esclusivamente a certi temi e non ad altri, da se medesimi così imprigionandosi in ambiti materiali estremamente ristretti e soffocanti, mettere in pratica con risultati complessivamente appaganti il metodo dello studio integrato, interdisciplinare, può sembrare un pio auspicio, frutto di una ingenuità disarmante. Se però non ci si sforza almeno di fare i primi passi nella direzione giusta, temo che non si possa costruire o ricostruire nulla di buono e che i risultati raggiunti saranno pur sempre parziali o, addirittura, forzosi nei riguardi di una realtà dai molti volti, sovente appannati e dai lineamenti sfumati ed incerti, bisognosa di essere indagata come si conviene grazie a sforzi plurimi, congiunti, poderosi.

Ne hanno, dunque, da fare di strada gli studi di diritto regionale nel nostro Paese!

L'importante è che si proceda con sguardo vigile e passo fermo.

Rossana Caridà

## Le autonomie territoriali tra rappresentanza, istanze pluralistiche e deficit di valorizzazione

SOMMARIO: 1. *Introduzione: attuare per riformare.* - 1.1. *Gli articoli 1 e 5 della Costituzione.* - 2. *L'inattuazione della riforma del Titolo V.* - 3. *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa tra necessità e criticità.* - 4. *Notazioni a margine del nuovo disegno di legge costituzionale.* - 5. *Brevi conclusioni.*

### 1. *Introduzione: attuare per riformare.*

Gli studi in materia di regionalismo, già prima dell'entrata in funzione delle regioni<sup>1</sup>, i meccanismi connessi al sistema di riparto tra queste e lo Stato e, soprattutto, in seguito all'attuazione delle stesse negli anni settanta, e poi ancora alla riforma del titolo V con la novella del 2001, sono stati copiosissimi<sup>2</sup>; senza che ciò costituisca un nesso con le questioni affrontate, poiché molti contributi in dottrina sono stati critici rispetto al rapporto Stato-enti territoriali, tuttavia è da notare una nuova fase relativa ad esigenze di riforma, essendo stato approvato il disegno di legge costituzionale recante *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*. I fini del progetto di riforma possono così sintetizzarsi: ridurre il contenzioso Stato-regioni dinnanzi alla Corte costituzionale<sup>3</sup>; innalzare il livello di competitività del nostro Paese<sup>4</sup>.

Nel presente contributo si affronta il tema del rapporto tra democrazia e rappresentanza territoriale delineato sulla base di una duplice questione: quella della idoneità degli enti autonomi a farsi rappresentanti effettivi ed efficienti degli interessi delle comunità locali e quella della rappresentanza delle comunità territoriali nelle istituzioni centrali (tema che, per l'appunto, sarà affrontato nel contesto dell'esame del disegno di legge costituzionale appena richiamato).

<sup>1</sup> T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1956, 100 ss., ora in *Opere, III, Ordinamento della Repubblica*, Milano 2000, 293 ss., ed ancora, dello stesso A., *Le autonomie degli enti pubblici territoriali. La Regione, la Provincia, il Comune. Mortati e la questione delle Regioni nella storia dell'Italia repubblicana*, in AA. VV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano 1990, 597 ss., ora in *Opere, III cit.*, 939 ss.; ID., *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo: un percorso accidentato*, in AA. VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano 1986, 45 ss., ora in *Opere, III cit.*, 913 ss.; P. VIRGA, *La Regione*, Milano 1949; G. MIELE, *La Regione nella Costituzione italiana*, Firenze 1949; C. MORTATI, *Considerazioni su alcuni aspetti dell'ordinamento regionale*, in AA. VV., *Studi per il decennale della Costituzione*, III, Milano 1958; A. D'ATENA, voce *Regione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 317 ss.; ID., *Costituzione e Regioni. Studi*, Milano 1991.

<sup>2</sup> Si distingue il contributo di A. RUGGERI, a partire da *La "forza" dello statuto*, Intervento al Seminario di studio su *La potestà statutaria delle Regioni nella prospettiva della riforma costituzionale. Temi rilevanti e profili comparati*, ISR-CNR 29 marzo 2001, Milano 2001, 275 ss.; *Il federalismo all'italiana e l'uso "congiunturale" della Costituzione*, Intervento al forum di *Quad. cost. su Riforme costituzionali: questioni di metodo*, 9 luglio 2001; *Il titolo V della Costituzione tra attuazione e revisione*, in *Le istituzioni del federalismo* 2003, n. 3/4, 461 ss.; ed ancora, *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, n. 6/2011, 1461 ss.; *L'autonomia regionale (profili generali)*, cap. II dei *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura di A. Ruggeri e G. Verde, Torino 2012, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 24/2011; e più di recente, *Riforma costituzionale ed autonomia regionale, dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali (profili problematici)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 15 novembre 2013.

<sup>3</sup> In questa direzione, oltre alla necessità di riscrivere meglio il riparto delle competenze, sarebbe necessario l'irrobustimento degli strumenti di raccordo Stato-regioni, ed in particolare la possibilità che le regioni partecipino al procedimento legislativo, così tentando la direzione per cui si innesti un regionalismo che innervi il principio di leale collaborazione in quel procedimento.

<sup>4</sup> Sia attraverso la ragionevole durata del procedimento legislativo, sia attraverso una garanzia di governabilità. Nel primo caso, l'esperienza ha dimostrato che leggi approvate troppo rapidamente o comunque improntate ad una visione estremamente rigida che contempli solo la tutela di alcuni valori (oltre che impedire una giusta riflessione dell'opinione pubblica) non reggono al tempo e non passano il vaglio della Corte costituzionale.



Il tema del riparto delle materie tra Stato e regioni, sulla base dell'esperienza più recente, comporta che non sia possibile effettuare una distribuzione netta e ben definita delle competenze dello Stato e delle regioni<sup>5</sup>, perché le situazioni concrete sono talmente variegata che possono verificarsi e si verificano delle sovrapposizioni. In questa direzione, i soli principi costituzionali non sono stati sufficienti, mentre risulta necessaria una legislazione di attuazione del riparto, che veda, possibilmente, il coinvolgimento della regione. Se, infatti, le regioni partecipassero alla definizione dei limiti e del contenuto della relativa materia, attraverso un confronto con lo Stato, forse si potrebbe contenere il contenzioso costituzionale che trova proprio nell'incertezza la principale fonte di litigiosità.

Il punto di partenza per ragionare di riforme nella direzione di un diverso assetto delle competenze dei diversi livelli territoriali di governo, non può che essere il combinato disposto tra gli articoli 1 e 5 della Costituzione, ovvero tra il principio democratico, quello di unità ed indivisibilità della Repubblica<sup>6</sup> e quello di valorizzazione delle autonomie territoriali<sup>7</sup>, ricordando che qualsiasi innovazione legislativa deve essere supportata da corrispondenti funzioni amministrative, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione.

È nota la necessità sempre avvertita di riformare l'apparato medesimo e le sue regole. Basti ricordare, limitando l'analisi al periodo repubblicano, che si sono avvertite esigenze di riforma delle pubbliche amministrazioni, di cui è traccia nei programmi e nella struttura dei governi, che hanno visto impegnate le figure di Giannini, Cassese, Bassanini.

Il rapporto politico-amministrativo tra Stato ed autonomie territoriali può articolarsi secondo due diverse modalità che non necessariamente si contrappongono: lo Stato che si astiene (o, almeno, prova ad astenersi) dal limitare le sfere di autonomia costituzionalmente garantite; lo Stato interventista che agisce cercando di cooperare, al fine di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto le libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione democratica.

Legislazione ed amministrazione non sono in contrasto, ma tendono ad integrarsi continuamente: "si affermano insomma le procedure obiettive e aperte alla partecipazione individuale e sociale, in luogo di un sistema articolato per soggetti reciprocamente collegati in ragione della supremazia dell'uno verso gli altri, di poteri da un canto e di stati di soggezione dall'altro, di diritti e di obblighi, come se i soggetti pubblici fossero isolati e contrapposti in forza di sfere soggettive formali. Si affaccia insomma la visione oggettivistica del mondo giuridico pubblico, giacché l'autonomia è soprattutto una affermazione della società sopra gli apparati pubblici e di qui discende la necessità che questi apparati siano permeabili e siano tra loro in posizione reciproca tale da consentire la

---

<sup>5</sup> Oltretutto, le regioni costituiscono un indispensabile elemento del nostro sistema costituzionale, ad esempio, alla elezione del Capo dello Stato partecipano i delegati di ciascuna regione eletti dal Consiglio regionale (art. 83 Cost.); ai sensi dell'art. 121 Cost. il Consiglio regionale può fare proposte di legge alle Camere; i Consigli regionali (cinque) possono chiedere che venga indetto il *referendum* popolare per l'abrogazione di una legge ordinaria (art. 75 Cost.) o costituzionale (art. 138 Cost.).

In sostanza, il pluralismo istituzionale non è relativo solo alle competenze legislative ed amministrative.

<sup>6</sup> V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in *Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova 1955, ora in *Stato, popolo, governo - Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 89 ss.; V. CRISAFULLI, *Vicende della "questione regionale"*, in *Studi in memoria di Egidio Tosato*, Milano 1984, ora in *Stato, popolo, governo* cit., 247 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale* 1997; ID., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna 2004; ID., *Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana e I "principi fondamentali" della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in ID., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna 2008, rispettivamente 115 ss. e 135 ss.; A. D'ATENA, *Il regionalismo nella vicenda costituzionale italiana* e G. C. DE MARTIN, *Unitarietà della Repubblica e pluralismo delle istituzioni politiche: l'organizzazione delle Regioni*, entrambi in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. Sovranità e democrazia, II*, Roma-Bari 2006, rispettivamente 491 ss. e 603 ss.

<sup>7</sup> La rilevanza amministrativa degli enti territoriali è cresciuta in modo esponenziale negli ultimi anni, più di quella politica; quella degli enti locali, poi, a far data dal 1990 con la legge n. 142, ha subito un difficile processo di adattamento i cui effetti sono tutt'altro che esauriti, essendo il testo unico degli enti locali, d. lgs. n. 267/2000, sottoposto a continue modifiche.

comunicazione perenne delle loro decisioni e dei risultati rispettivamente cercati e ottenuti. Solo attraverso una tale visione dei poteri pubblici si può del resto aspettarsi da essi quella coordinazione e quella collaborazione che nell'epoca attuale sembrano irrinunciabili (...)»<sup>8</sup>.

Per altri versi oggi la crisi dei Parlamenti, e dunque della legislazione nazionale e della democrazia rappresentativa, si innesta nell'ambito dei processi di globalizzazione<sup>9</sup>. Come si è osservato, “a causa dell'espansione del mercato e della comunicazione globale si innescano processi di disfacimento della sfera pubblica, che impediscono o distorcono la possibilità di una comunicazione discorsiva e razionale ponendo termine all'idea della politica come progetto e alla secolare storia dell'*agorà*, cioè della ‘parlamentarizzazione’ della politica stessa”<sup>10</sup>. La fine del secolo ventesimo è contrassegnata da una generale crisi della politica<sup>11</sup>, “alla quale fa da contraltare il rafforzamento della giurisdizione nell'adozione delle scelte pubbliche”. La crisi della politica viene spiegata con i fenomeni di globalizzazione e sovranazionalizzazione, la consapevole ritrosia della stessa a decidere talune questioni fondamentali (obiezione di coscienza, libertà di religione, diritto di non farsi curare) abbandonandole alla giurisdizione o alle autorità indipendenti (regolamentazione dei mercati), l'abbassamento della qualità della classe politica e del relativo apparato a supporto. A tale crisi (politica e, dunque, della legislazione) è corrisposto un “accresciuto flusso di domanda verso la funzione giurisdizionale”, “il diffondersi di un atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giurisdizione che non nella legislazione (il diritto non sarebbe “anche”, ma “solo” quello “detto” da un giudice)”, “l'affermarsi nella giurisprudenza di alcuni indirizzi teorici particolarmente favorevoli all'espansione del giudiziario”, tra i quali “l'utilizzazione anomala del principio dell'interpretazione conforme (che ha condotto alla crisi dell'incidentalità e allo sviluppo di una sorta di improprio sindacato diffuso di costituzionalità”<sup>12</sup>) o l'estensione degli ambiti di sindacato giurisdizionale (per esempio sull'atto politico<sup>13</sup>).

La nuova dimensione regionale-autonomistica<sup>14</sup> è scaturita dall'esigenza di dare una adeguata risposta a quei problemi che necessitano di “un opportuno contemperamento tra talune esigenze

---

<sup>8</sup> Così G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario della Costituzione. Principii fondamentali*, a cura di G. Branca, *Art. 1-12*, Bologna-Roma 1975, 291.

<sup>9</sup> N. MACCABIANI, *Democrazia rappresentativa e solidarietà nella governance economica europea: una lettura alla luce delle previsioni del Two Pack*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 19/2014.

<sup>10</sup> A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari 2002, 329-331, che parla di paradosso della democrazia nell'epoca globale, poiché i paesi occidentali “da un lato, non potranno rinunciare alla globalizzazione, perché questa è portatrice del progresso tecnologico e dello sviluppo economico. Dall'altro lato, però, si troveranno nella necessità di difendere la democrazia, anche di fronte alla globalizzazione, poiché i principi democratici sono i contrassegni dell'identità culturale occidentale nel mondo”; M. LUCIANI, *L'Antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.* 1996, 162-165, ritiene che la transnazionalizzazione del potere economico abbia prodotto una crisi della sovranità statale esterna e la conseguente perdita di significato delle costituzioni “cui finisce per sfuggire la materia prima del loro disporre, e cioè del potere”, originando una perdita in termini di politica democratica che promana dal basso e funzionando “una politica nuova, ma ben poco soddisfacente in termini di rendimento democratico: una politica che ha allo stesso tempo un volto pubblico e privato, e nella quale si intrecciano le volontà degli esecutivi degli stati (...) di potenti tecnocrazie internazionali (...) di imprese transnazionali dominatrici di settori strategici”, poteri denominati “antisovrano (...) un *quid* che in tutto e per tutto si contrappone al sovrano da noi conosciuto”.

<sup>11</sup> M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in <http://www.rivistaaic.it/> 2013, n. 1, 12 s.

<sup>12</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistematiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Il Foro amministrativo*, suppl. al n. 7-8/2007, *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, 87 ss.

<sup>13</sup> *Corte cost. n. 81 del 2012*, in dottrina commentata da F. BILANCIA, *Ancora sull'“atto politico” e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in <http://www.rivistaaic.it/> 2012, n. 4; R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012; M. G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81/2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2012; M. BELLETTI, *“Torniamo allo Statuto”... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012.

<sup>14</sup> A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino 2013; T. MARTINES - A. RUGGERI - C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 2012; L. PALADIN, *Riforme istituzionali e autonomie regionali*, in AA.VV., *Le riforme istituzionali*, Padova 1985; A. BARDUSCO, *Lo Stato regionale italiano*, Milano 1980; A. PACE (a cura di), *Quale dei tanti federalismi?*

unitarie (determinate dalla dimensione nazionale, e talvolta addirittura sovra-nazionale, dei problemi stessi) e il rispetto, ormai largamente preteso, delle singole individualità territoriali, desiderose di fluire, nei settori menzionati, di una propria autonomia decisionale”<sup>15</sup>.

Il regionalismo, le autonomie territoriali, ispirati alla forma del decentramento politico-amministrativo, rispondono ad una forte richiesta di cambiamento nella direzione di un diverso rapporto tra governati e governanti: e ciò riguarda la rappresentanza, gli strumenti di partecipazione politica in senso lato, le procedure di raccordo (sussidiarietà e leale collaborazione tra i diversi livelli di governo) e i diritti di partecipazione amministrativa<sup>16</sup>.

La rappresentanza politica nello Stato liberale di diritto garantiva la rappresentatività<sup>17</sup>, in quanto, trattandosi di Stato *monoclasse*<sup>18</sup>, le sue istituzioni rappresentavano le istanze della classe borghese. Pertanto, i rappresentanti erano massimamente rappresentativi.

L’inverarsi della democrazia pluralista, il suffragio universale, i partiti di massa hanno comportato una inevitabile frammentazione della rappresentanza, e gli organi eletti, il cui mandato è finalizzato al perseguimento dell’interesse generale e non degli elettori, non riescono ad essere rappresentativi. Ma proprio la democrazia pluralista e gli interessi plurimi ed articolati di cui è portatrice esigono di fasi di decentramento per la loro concreta realizzazione.

Come è stato osservato, il decentramento politico e la costituzione di livelli di governo territoriale ulteriori registrano “una risposta istituzionale che va nella direzione della ristrutturazione degli apparati amministrativi centrali verso un’organizzazione amministrativa territoriale più articolata e una maggiore flessibilità del sistema amministrativo locale. Il fine che si vuole perseguire sembra quello di attenuare gli effetti dell’eccessiva centralizzazione delle funzioni e degli apparati nonché della eccessiva separazione della rigida distribuzione dei poteri fra i diversi livelli di governo”<sup>19</sup>. Questo consentirebbe politiche locali più adeguate e differenziate, con il riconoscimento “sia dell’esigenza di un controllo della spesa pubblica (..), sia dello sviluppo di politiche economiche e sociali con un maggior coinvolgimento del sistema amministrativo locale”<sup>20</sup>.

---

Padova 1997; F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Torino 1996; S. GAMBINO (a cura di), *Regionalismi e statuti: le riforme in Spagna e in Italia*, Milano 2008.

<sup>15</sup> P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione*, in AA. VV. (Archivio I.S.A.P.), *La regionalizzazione*, Milano 1983, 1669; G. BERTI, voce *Sovranità*, in *Enc. dir., Annali I*, Milano 2007, 1072, osserva “la sovranità “nasce dunque territoriale” ed è destinata a definirsi o storicizzarsi, fino a quasi svanire nel momento nel quale la funzione politica si indebolisce al punto di non riuscire a tenere più rispetto ad un mondo “senza confini”, quale è quello dell’economia, delle imprese, dei commerci: il mondo di oggi, la cosiddetta mondializzazione o, con meno gradevole espressione, la globalizzazione”.

<sup>16</sup> Difatti, proprio alla luce del “giusto procedimento”, seppur non espressamente costituzionalizzato ma che costituisce “un criterio di orientamento per il legislatore e per l’interprete” ([sent. cost. n. 210 del 1995](#)), la partecipazione rappresenta un momento indefettibile poiché l’amministrazione ha l’obbligo di emanare provvedimenti dal contenuto il più possibile condiviso: solo così, al sistema della definizione unilaterale del pubblico interesse (prerogativa esclusiva dell’agente pubblico) può subentrare il sistema della democraticità delle decisioni, tanto più democratiche e trasparenti quanto più i destinatari delle stesse siano posti nella condizione di poter utilmente interloquire con l’amministrazione.

<sup>17</sup> Secondo la nota impostazione di T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIII ed., a cura di G. Silvestri, Milano 2013, 229, la rappresentanza attiene al momento dell’autorità e riposa sull’elezione come metodo democratico per designare i governanti, in modo che “la loro azione risulti tendenzialmente “una qualità convenzionalmente attribuita agli organi elettivi che può anche rivelarsi priva di un reale contenuto qualora essa non trovi conferma, sul piano dell’effettività, nella rappresentatività degli organi stessi”; la rappresentatività attiene “al momento della libertà e trova il suo fondamento nel consenso, nella «corrispondenza», nella adesione al sentimento (in senso etimologico) popolare, in una parola nella consonanza che si viene a stabilire fra governanti e governati quando i primi riescono a tradurre in formule giuridiche, e quindi a tutelare, i valori che si manifestano come preminenti nella comunità che li ha espressi”.

<sup>18</sup> M. S. GIANNINI, *L’amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova 1988, 139 ss.

<sup>19</sup> S. GAMBINO, *Il decentramento politico-istituzionale. L’esperienza italiana nell’ottica comparata*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>20</sup> S. GAMBINO, *Il decentramento politico-istituzionale. L’esperienza italiana cit.*

La riforma del Titolo V, con tutte le sue debolezze ed ambiguità<sup>21</sup>, non è stata pienamente attuata, e questo è da imputarsi anche al ceto politico<sup>22</sup>, nazionale e regionale: come è stato efficacemente osservato il lavoro di implementazione delle riforme, rispetto alla loro progettazione e determinazione, è più decisivo e problematico. Parimenti importante è l'opera di adattamento e di manutenzione ordinaria e straordinaria che deve persistere nell'attuazione delle riforme, attraverso correzioni, integrazioni, aggiustamenti che solo l'esperienza e la concreta realtà possono far emergere<sup>23</sup>.

### 1.1 *Gli articoli 1 e 5 della Costituzione.*

La Repubblica italiana “è uno stato unitario, senza deviazioni o... tentazioni federalistiche”<sup>24</sup>.

I Padri costituenti disegnarono un sistema democratico quasi ideale. Dal principio della sovranità popolare “discendono limiti di carattere formale, dati dalla tavola dei principi, dall'insieme delle procedure, degli *standard* degli atti, dei principi ordinamentali che sono la preconditione stessa della democrazia, e limiti sostanziali, dati dalla tavola di valori e principi fondamentali cui non solo lo stesso legislatore ordinario deve attenersi (limite negativo) e ai quali deve dare attuazione (limite positivo), ma anche il legislatore costituzionale, in quanto si tratta di norme e principi immutabili (se non, forse, per la loro estensione) con procedimenti legali, pena il venir meno della continuità dell'ordinamento costituzionale”<sup>25</sup>.

Nelle intenzioni del Costituente, i principi democratico, personalista, lavorista, pluralista, *pietre angolari* di tutta la costruzione dello Stato, avrebbero dovuto agire “come idee-forze capaci di raccogliere intorno a loro, in armonica e coerente unità, tutta la sua successiva azione. È da osservare che dei quattro principi il democratico è il più comprensivo perché li riassume tutti, in quanto racchiude in sé, in germe, gli altri, i quali pertanto ne sono, in certo modo, esplicazione e svolgimento”<sup>26</sup>.

Il principio democratico coincide con quello della sovranità popolare, che appartiene al popolo e che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. Il potere di legittimare le istituzioni di

---

<sup>21</sup> Foriero del contenzioso Stato-regioni “non sufficientemente prevenuto dalla composizione in sede politica delle controversie sulla delimitazione delle rispettive competenze sia legislative che amministrative. L'incertezza, fonte di litigiosità giudiziaria, è peraltro incrementata da un sistema di riparto delle funzioni tracciato dalle norme contenute nel Titolo V della Parte II della Costituzione, che rivela ogni giorno di più la sua inadeguatezza, con riferimento sia ai criteri di definizione delle materie, sia agli strumenti di raccordo tra Stato centrale ed enti territoriali autonomi.

Negli ordinamenti giuridici moderni nulla può sostituire forme efficaci di cooperazione tra i diversi livelli di governo, né la ricerca di determinazioni sempre più analitiche e complesse delle competenze legislative e amministrative può prendere il posto di istituzioni, poste all'interno del processo di decisione politica nazionale, destinate a comporre, in via preventiva - già nell'iter di formazione delle leggi statali - le esigenze dell'uniformità e quelle dell'autonomia”. Così il Presidente Silvestri nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2013 (in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) che, nel segnalare due esigenze tra loro complementari ritiene “indispensabile una energica semplificazione dei criteri di riparto delle competenze, dall'altro si impone il rafforzamento di luoghi istituzionali di confronto, allo scopo di restituire alla politica mezzi più efficaci per governare i conflitti centro-periferia, senza attendere aggiustamenti e rattoppi dal giudice delle leggi”.

<sup>22</sup> Sul quale influisce, negativamente l'influenza dei partiti, considerati elemento frenante nel processo di emancipazione dell'autonomia regionale, divenuti organismi nazionali dal corpo burocratico esteso, gerarchicamente strutturato pur nella possibile presenza di articolazioni interne, inclini ad atteggiamenti autoritari verso la società, portatori di precisi interessi corporativi propri: G. BOGNETTI, *Le regioni in Europa: alcune riflessioni sui loro problemi e sul loro destino*, in *Le regioni* 1984, 1087 ss.

<sup>23</sup> F. BASSANINI, *La “manutenzione straordinaria del nuovo titolo V”*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); ID., *Federalizing a Regionalised State. Constitutional Change in Italy*, in *Changing Federal Constitutions – Lessons from International Comparison*, ed. by ARTHUR BENZ - FELIX KNÜPLING, OPLADEN, Farmington Hills 2010.

<sup>24</sup> V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 179.

<sup>25</sup> L. VENTURA, *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di A. Loiodice. Vol. I*, Bari 2012, 570.

<sup>26</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova 1969, 140.



governo spetta ai governati, e l'esercizio di questo potere è rimesso ai cittadini titolari di diritti politici o agli organi rappresentativi della comunità statale in quanto formati da componenti eletti.

L'art. 1 della Costituzione, stabilendo che la sovranità *appartiene* al popolo, "impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaudivendosi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali. Per quanto riguarda queste ultime, risale alla Costituente la visione per la quale esse sono a loro volta partecipi dei percorsi di articolazione e diversificazione del potere politico strettamente legati, sul piano storico non meno che su quello ideale, all'affermarsi del principio democratico e della sovranità popolare"<sup>27</sup>.

L'art. 5 della Costituzione è la disposizione che fonda il nostro sistema ordinamentale sulle autonomie territoriali.

Ciascuno di questi principi costituisce al contempo un limite ed un fine, l'uno nei confronti degli altri. Lo Stato assicura il principio di unità ed indivisibilità ma nel rispetto dei principi di autonomia<sup>28</sup> e del decentramento che sono in grado di realizzare l'unità proprio nella diversità delle scelte, a garanzia dell'uguaglianza sostanziale; le istituzioni territoriali esistono e sono organizzate nel principio di unità ed indivisibilità ma concorrono, unitamente allo Stato, a perseguire ed attuare i valori cardine del nostro sistema.

La stessa necessità di adeguare i principi ed i metodi della legislazione alle esigenze delle autonomie costituisce il fondamento costituzionale della leale cooperazione, principio che "deve governare i rapporti tra lo Stato e le Regioni nelle materie ed in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi (...). Tale regola, espressione del principio fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, 'riconosce e promuove le autonomie locali', alle cui esigenze 'adeguа i principi ed i metodi della legislazione' (art. 5), va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze per materia ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni (...)"<sup>29</sup>.

L'ordinamento regionale, non originario perché derivato da quello statale, implica che la regione abbia il diritto di rivendicare, nel rispetto dei limiti costituzionali, l'autonomia ed il conseguente esercizio di poteri ad essa direttamente attribuiti dalla Costituzione<sup>30</sup>. Da questa impostazione, mai così attuale, la dottrina ha tratto le seguenti conclusioni: che le regioni siano titolari di una "situazione giuridica attiva nei confronti dello Stato, che si caratterizza in senso autonomico"; che tale situazione

---

<sup>27</sup> [Corte cost. n. 106 del 2002](#), punto 3 del *Cons. in dir.* Cfr. i commenti di B. DI GIACOMO RUSSO, *L'esclusività del nomen iuris Parlamento alla luce delle sentenze della Corte costituzionale n. 106 e 306 del 2002*; N. LUPO, *Dalla Corte costituzionale uno "stop" (definitivo) ai Parlamenti regionali. Nota a Corte cost. n. 106/2002*.

<sup>28</sup> Che costituisce un principio di organizzazione a livello istituzionale, preordinato alla promozione ed alla tutela di altri valori costituzionali.

Sulla nozione di autonomia, M. S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, 851 ss.; C. ESPOSITO, *Autonomia locale e decentramento amministrativo nell'art. 5 Cost.*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 6 ss.; T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia* cit., 293 ss.; S. BARTOLE, *L'autonomia regionale come problema di diritto costituzionale*, in *Dir. e soc.* 1973, 575 ss.; P. NICOSIA, *Il principio autonomista*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura - A. Morelli, in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè Editore.

<sup>29</sup> [Corte cost., sent. n. 242 del 1997](#), punto 4 del *Cons. in dir.*; "nei casi in cui, per la loro connessione funzionale, non sia possibile una netta separazione nell'esercizio delle competenze, vale il principio della 'leale cooperazione', suscettibile di essere organizzato in modi diversi, per forme e intensità della pur necessaria collaborazione" ([sent. cost. n. 308 del 2003](#), punto 4 del *Cons. in dir.*); l'esercizio del potere da parte dello Stato e delle Regioni deve improntarsi al principio di leale collaborazione tra enti parimenti costitutivi della Repubblica, al fine di assicurare la partecipazione dei diversi livelli di governo coinvolti ([sent. cost. n. 58 del 2007](#), punto 1 del *Cons. in dir.*).

<sup>30</sup> "La rilevanza costituzionale dell'ente Regione va, tuttavia, commisurata al principio supremo dell'unità e della indivisibilità della Repubblica che ne costituisce, per così dire, la linea di confine. Infatti, gli ordinamenti regionali sono pur sempre derivati e delimitati da quello dello Stato-istituzione (la Repubblica)": T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIII ed. interamente a cura di G. Silvestri, Milano 2013, 677.



si articoli, sul piano normativo, “in una serie di potestà giuridiche attribuite all’ente Regione ed è azionabile in generale (quale sfera di competenza) innanzi agli organi della giustizia costituzionale”; che “le potestà che si riconnettono all’autonomia regionale sono direttamente e costituzionalmente garantite”<sup>31</sup>.

Essendo gli enti pubblici territoriali soggetti dotati di autonomia politica, potrebbero adottare “un indirizzo politico diverso da quello dello Stato, ma non contrastante con esso, almeno in quelle che ne costituiscono le linee fondamentali”<sup>32</sup>.

Le difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione tra rappresentanza territoriale e rappresentanza politica sono emerse già in Assemblea costituente in sede di dibattito nella stesura dell’art. 55: esigenza di un “completamento” della rappresentanza popolare<sup>33</sup> o “integrazione” della rappresentanza politica<sup>34</sup>.

Circa la formazione ed il ruolo delle regioni, in sede di Assemblea Costituente, è prevalsa l’istituzione della regione che “non sorge federalisticamente. Anche quando adotta con sua legge lo statuto di una Regione, lo Stato fa atto di propria sovranità”<sup>35</sup>. L’autonomia accordata eccede quella meramente amministrativa; ma si arresta prima della soglia federale (..)<sup>36</sup>. Tra i sostenitori di una autonomia politica territoriale foriera di una autentica democraticità dell’ente e regionalisti più moderati ancorati all’organizzazione amministrativa decentrata, il compromesso tra unità e valorizzazione delle autonomie venne consacrato nell’art. 5; pertanto, le regioni avrebbero goduto di una sfera politica, nel rispetto dell’unità dello Stato, ma non della titolarità di poteri sovrani che, in quanto tali, sarebbero spettati solo a quest’ultimo, essendo il Parlamento l’unico organo in grado di esprimere la funzione di rappresentanza politica nazionale ([Corte cost. nn. 6 del 1970](#), [n. 829 del 1988](#), [n. 195 e 365 del 2007](#), [279 del 2008](#)).

Al fondo dell’idea dell’autonomia sussiste sempre “un principio di autogoverno sociale ed ha senso introdurre una autonomia sul piano istituzionale in quanto sia sicuro che essa serve a vivificare la partecipazione sociale, a rendere effettiva cioè la libertà dei singoli e dei gruppi sociali, come presenza attiva nella gestione di amministrazioni comuni. L’affermazione della autonomia va quindi di pari passo con lo svolgimento in senso positivo della libertà, la quale viene acquistata dall’individuo passando per un gruppo sociale e quindi per la partecipazione al potere pubblico”<sup>37</sup>. Accordare autonomia alle regioni, alle province e ai comuni, “altro non vuol dire che individuare degli strati comunitari, nei quali le collettività che si identificano per tradizione o per storia o per convenienza raggiungono un giusto livello di autogoverno o di autoamministrazione”<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> T. MARTINES, *Studio sull’autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1956, 100 ss., ora in *Opere, III Ordinamento della Repubblica*, Milano 2000, 297, secondo il quale le regioni sono enti politici “cui è demandato di provvedere, entro la propria sfera di competenza e territoriale e secondo criteri da esse stesse fissati, alla disciplina giuridica degli interessi e dei bisogni delle loro collettività” (p. 339). Più in generale, per l’A. “l’autonomia degli enti territoriali o si caratterizza in senso politico o non è autonomia, assumendo l’autonomia normativa (..) un suo preciso significato ed una sua validità soltanto se strettamente connessa alla autonomia politica” (p. 339).

<sup>32</sup> T. MARTINES, *Studio sull’autonomia politica* cit., 302; M. S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Studi in memoria di L. Rossi*, Milano 1952, 225 ss. Sull’autonomia, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II* cit., 771-772.

<sup>33</sup> G. AMBROSINI, seduta della Seconda sottocommissione, 6 settembre 1946.

<sup>34</sup> C. MORTATI, seduta della Seconda sottocommissione, 3 settembre 1946.

<sup>35</sup> Ci si riferiva, evidentemente, al testo del 1948.

<sup>36</sup> Relazione del presidente della Commissione, 6 febbraio 1947, dove viene evidenziato che l’innovazione più profonda introdotta dalla Costituzione risieda nell’ordinamento strutturale dello Stato, su basi di autonomia: il comune unità *primordiale*, la regione, *zona intermedia ed indispensabile* tra la nazione ed i comuni; non si tratta di *portare il governo alla porta degli amministrati* con un decentramento burocratico ed amministrativo, bensì di *porre gli amministrati nel governo di sé medesimi* (in questo passo il presidente Ruini riprende le affermazioni di J. Stuart Mill, secondo cui nelle autonomie locali si ha un “ingrandimento della persona umana” e che “senza istituzioni locali una nazione può darsi un governo libero, ma non lo spirito della libertà”).

<sup>37</sup> G. BERTI, *Art. 5* cit., 288.

<sup>38</sup> G. BERTI, *Art. 5* cit., 288-289, il quale, nel delineare il ruolo dell’ente regione e dei meccanismi di funzionamento dello stesso ha richiamato la necessità di operare nel rapporto tra legislazione, governo ed amministrazione, idoneo, al pari degli istituti di partecipazione dei privati ai procedimenti amministrativi, a valorizzare ed a garantire le istanze di partecipazione democratica, politica ed amministrativa: “in corrispondenza di ciò, occorre riconoscere più diritti agli

A seguito della entrata in vigore della Costituzione, il legislatore avrebbe dovuto congegnare il sistema autonomistico creando le regioni ed attribuendo le funzioni fondamentali agli enti locali (con una legge ordinaria contenente i relativi principi a garanzia dell'art. 5 Cost. e quindi dell'autonomia locale).

All'avvio del processo di regionalizzazione, in dottrina è stato messo in luce il pessimismo di quanti dubitavano che i nuovi enti potessero radicarsi nel contesto istituzionale, rispondendo così al progetto costituente. I Costituenti “non avendo subordinato la concreta istituzione delle regioni a spontanee iniziative delle comunità locali (...), hanno, per intero, affidato il successo della riforma ad un processo di autolegittimazione successiva (confidando che, attraverso la cura degli interessi delle rispettive collettività, i nuovi enti potessero instaurare rapporti vitali con esse, e riscattarsi, così, dall'artificialità della loro origine)”. Progetto poco realizzato poiché le regioni, sprovviste di un ruolo ben delineato, prive di adeguati margini di autonomia, contagiate da fenomeni degenerativi tipici del nostro Paese, “non hanno avuto la forza di superare il maggiore ostacolo che si opponeva al loro decollo: la presenza, nella realtà in cui sono state calate, di partiti politici nazionali fortemente centralizzati”<sup>39</sup>.

Sono noti i ritardi con cui tale assetto ha trovato (parziale) realizzazione<sup>40</sup>; oltretutto, nonostante la creazione dell'ente regione, la stessa Corte costituzionale ha configurato gli enti locali quali *longa manus* territoriale dello Stato e quindi oggetto di legislazione statale<sup>41</sup>. Basti qui ricordare che, seppur le regioni avrebbero potuto funzionare come soggetti di legislazione, programmazione e amministrazione, vi è stata “una forte tendenza dell'apparato statale a mantenere al centro molte delle funzioni operative, oltre ad una generica (ma potenzialmente assai invadente) funzione statale di indirizzo e coordinamento legata ad una applicazione pervasiva dell'interesse nazionale, con una visione basata sul sistematico ritaglio delle funzioni nelle singole materie regionali e con una forte resistenza al decentramento”<sup>42</sup>.

È dimostrabile in concreto la tendenza delle regioni a privilegiare un proprio ruolo amministrativo, più che legislativo e programmatico, con l'esercizio di funzioni operative, che dovrebbero normalmente essere espletate dalle autonomie locali, che non hanno saputo cogliere l'occasione di razionalizzare organizzazione e forma di governo, “rinunciando dunque ad interventi di effettivo riordinamento e innovazione della propria organizzazione burocratica e delle strutture operative, che dovrebbero essere riqualificate e snellite, decentrando molti compiti e servizi a livello locale, in una prospettiva che ne rafforzerebbe anche il ruolo di interlocutori politici in sede europea”<sup>43</sup>.

---

individui, nel senso di condizioni giuridiche che consentano ad essi di interloquire su un piede di parità nei confronti di coloro che agiscono ufficialmente per lo stato e per gli enti pubblici” e, pertanto, “creare nuove piattaforme giuridiche affinché la presenza individuale diventi qualificante per tutta l'azione pubblica”.

<sup>39</sup> A. D'ATENA, voce *Regione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 346; T. MARTINES, *L'«intreccio delle politiche» tra partiti e Regioni: alla ricerca dell'autonomia regionale*, in AA.VV., *Autonomia politica e regionale e sistema dei partiti*, I, Milano 1988, 1 ss., ora in *Opere*, III cit., 918 ss.

<sup>40</sup> Le regioni sono state istituite solo nel 1970 e le relative funzioni attribuite con i decreti legislativi del 1977; gli enti locali sono rimasti sostanzialmente assoggettati alla normativa precedente l'entrata in vigore della Costituzione fino alla l. n. 142 del 1990.

<sup>41</sup> “Lo Stato può amministrare, sia direttamente, cioè attraverso propri organi, sia indirettamente, cioè attraverso enti, fra i quali in primo luogo quelli territoriali, che sono ripartizioni della complessiva struttura della Repubblica. E che questo possa, per l'esercizio delle sue funzioni amministrative, valersi degli uffici dei Comuni (oltre che delle Province e degli altri enti locali), è nella logica e nella tradizione dello Stato unitario, il quale è, per espresso dettato costituzionale (art. 5), tenuto ad attuare, “nei servizi che dipendono” da esso “il più ampio decentramento amministrativo” e che altrimenti dovrebbe creare, anche nelle località più decentrate, propri ed appositi organi tecnici, costituendo così un doppio di quelli degli enti territoriali”, [sent. n. 150 del 1986](#), punto 5 del *Cons. in dir.*

<sup>42</sup> G. C. DE MARTIN, *Le autonomie regionali tra ambivalenze, potenzialità, involuzioni e privilegi*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](#), 4-5. Più diffusamente, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano 1973; A. RUGGERI, *L'“interesse di altre Regioni” come limite di merito alla potestà legislativa regionale*, in *Rass. dir. pubbl.* 1972, 383 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1977.

<sup>43</sup> G. C. DE MARTIN che utilizza, a tal fine, la locuzione di *un'autonomia regionale incompiuta ed involuta*, in *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istituzioni del federalismo* 2014, n. 1, 25, pure sostenendo che su questa situazione non è riuscita ad incidere neppure la riforma costituzionale del 2001.

Le regioni sono diventate grossi enti di amministrazione, centri di spesa per gli uffici e di erogazione di contributi chiamati a soddisfare interessi di parte piuttosto che bisogni locali in un quadro generale di riferimento<sup>44</sup>. In dottrina è stata segnalata la *condizione ambigua* delle regioni: al loro interno sarebbero oscillate tra “la naturale inclinazione a burocratizzarsi e lo sforzo di porsi - al contrario - come enti di normazione e di programmazione democratica delle attività locali”<sup>45</sup>.

## 2. L'inattuazione della riforma del Titolo V.

Con la riforma del Titolo V del 2001, la tutela costituzionale delle autonomie si consolida, poiché la relativa regolamentazione è disciplinata direttamente in Costituzione, senza l'intermediazione della legislazione ordinaria. Il nuovo art. 114<sup>46</sup> riconosce che i soggetti istituzionali che compongono il nostro sistema siano posti in posizione di uguaglianza e siano parimenti forniti del potere di governarsi (prevedendo pure la titolarità delle funzioni amministrative in capo al Comune e l'esercizio della potestà regolamentare).

La riforma costituzionale<sup>47</sup> introduce l'ipotesi che la funzione, o comunque il suo esercizio (in tutto o in parte), non spetti solo ad un ente ma possa essere distribuita, anche in termini procedimentali, su più livelli di governo. Quindi, l'ideale espletamento delle funzioni si sarebbe dovuto misurare in termini di cooperazione e di concertazione.

Il riparto di materie ridisegnato dal novellato art. 117 Cost.<sup>48</sup> ha presentato da subito caratteri disomogenei. Basti poi ricordare talune materie quali la tutela della concorrenza e quella dei livelli essenziali delle prestazioni il cui carattere trasversale ha indotto la Corte costituzionale ad interventi di chirurgia costituzionale<sup>49</sup> e, per una sorta di eterogenesi dei fini, le materie trasversali, a seconda delle contingenze e dei valori coinvolti, sono state talvolta ascritte alla competenza legislativa statale.

---

Tra i lavori collettanei sul regionalismo cfr., tra gli altri, N. VICECONTE (a cura di) *La giustizia costituzionale e il "nuovo" regionalismo*, I, Milano 2013; L. VANDELLI E F. BASSANINI (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna 2012; S. MANGIAMELI (a cura di) *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano 2013; E. LONGOBARDI (a cura di), *Regionalismo e regioni in Italia (1861-2011)*, Roma 2011.

<sup>44</sup> F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova 1996.

<sup>45</sup> L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1985, 30-31, che ha posto in luce come, nei rapporti con il potere centrale, le regioni perseguivano l'autonomia tradizionalmente concepita o la partecipazione al comune indirizzo politico, nel tentativo di mantenersi indipendenti; ma pure sottoposte a pressioni (specie di natura finanziaria) che le avrebbero indotte “a fungere da collaboratori se non da meri strumenti dello Stato stesso”.

<sup>46</sup> L'autonomia riconosciuta dall'art. 114 Cost. “risponde all'obiettivo sia di valorizzare la partecipazione delle comunità territoriali, sia di introdurre nuove tecniche di distribuzione del potere, affinché si inveri il presupposto essenziale dello Stato di diritto secondo il quale *perché non si abusi del potere bisogna che il potere limiti il potere*”, G. ROLLA, *La costruzione dello Stato delle autonomie. Considerazioni sintetiche alla luce dell'esperienza italiana e spagnola*, in *Istituzioni del federalismo* 2005, n. 2, 798.

<sup>47</sup> Un modello che, fermo restando il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica, è stato qualificato di via italiana al federalismo, da realizzare bilanciando autonomia-decentramento e garanzie di unità giuridica ed economica. Più volte la dottrina, nel sottolineare le esigenze di uguaglianza sostanziale nel godimento dei diritti civili e sociali (che potrebbero essere messe in discussione da differenze originate da una diversa autonomia, normativa o amministrativa), ha precisato che “ciò significa e postula non tanto uniformità o omogeneità di prestazioni, bensì piuttosto equivalenza, lasciando quindi spazio alla differenziazione delle regole e delle strutture dotate di autonomia, ma nel rispetto di livelli essenziali delle prestazioni nel godimento dei diritti civili e sociali, frutto anche di garanzie di solidarietà indispensabili per la coesione e la tenuta del sistema, senza disparità di trattamento e privilegi. In sintesi federalismo per unire, non per dividere”. Così G. C. DE MARTIN, *Le autonomie regionali tra ambivalenze* cit., 8-9; E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Dai diritti sociali alla coesione economica, sociale e territoriale*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano 2007, 27 ss.

<sup>48</sup> S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino 2002.

<sup>49</sup> A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni* 2011, 557 ss.; R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni* 2006, 889 ss.

Ed infatti, praticamente da subito, con la sentenza costituzionale [n. 303 del 2003](#)<sup>50</sup>, è stato affermato che, in presenza di esigenze unitarie, concernenti materie di potestà legislativa regionale concorrente o residuale, è consentito l'intervento normativo statale, così applicandosi il principio di sussidiarietà anche sul piano legislativo<sup>51</sup>. Come è stato osservato, la chiamata in sussidiarietà<sup>52</sup>, che costituisce pur sempre una deroga al riparto (costituzionale) di competenze tra Stato e regioni, può giustificarsi sussistendo tre condizioni: la valutazione proporzionata delle esigenze unitarie che giustificerebbero l'attribuzione allo Stato di determinate funzioni amministrative; la ragionevolezza della deroga; una intesa con la regione interessata<sup>53</sup>.

A seguito delle riforme costituzionali del 1999 e del 2001, la Corte costituzionale, nel rispetto di esigenze di carattere unitario, ha giustificato l'attrazione al livello superiore di competenze e funzioni sempre più consistenti, favorendone un accentramento maggiore rispetto al passato. Nel momento in cui la Corte comincia a ridisegnare le materie, ed introduce le materie trasversali di competenza statale (o definisce gli ambiti delle materie residuali o quelli delle norme di principio nelle materie concorrenti), gli spazi delle autonomie regionali<sup>54</sup> e locali<sup>55</sup> subiscono delle limitazioni; inoltre, interpretando la sussidiarietà in senso inverso, e dunque la restituzione dell'esercizio dell'attività amministrativa all'ente titolare della relativa potestà normativa, ha limitato fortemente la portata innovativa della riforma che attribuiva la funzione amministrativa ai Comuni (art. 118 Cost.).

Negli ultimi anni poi, l'introduzione dei vincoli costituzionali di bilancio e la riduzione dei costi delle amministrazioni hanno seriamente minato la stessa democraticità del sistema organizzativo e di governo delle autonomie, incapaci di assolvere alle loro funzioni (proteggere i diritti degli utenti, soddisfarne i bisogni, garantire procedure trasparenti)<sup>56</sup>.

---

Attraverso la materia trasversale dei livelli essenziali delle prestazioni, si "attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità sul piano dei diritti di tutti i soggetti pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale accresciuto" e si può esigere che "queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali" per garantire il coinvolgimento delle regioni. Così [Corte cost., sent. n. 88 del 2003](#), 4 del *Cons. in dir.* Sulla pronuncia, cfr. i commenti di E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni* 2003, 1183 ss.; A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, *ibidem*, 1199 ss.. Su questa stessa indicazione, [Corte cost. n. 134 del 2006](#), ed il commento di E. BALBONI - P. G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni* 2006, 1014 ss.

<sup>50</sup> Cfr. note di commento di A. ANZON DEMMIG, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il titolo V?*; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*, tutte in [www.forumcostituzionale.it](#), 2003.

<sup>51</sup> Corte cost. [sent. n. 303 del 2003](#), 2.2 del *Cons. in dir.*, per cui "annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà".

<sup>52</sup> C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni* 2011, 455 ss.

<sup>53</sup> A. CANDIDO, *Il principio autonomista nel regionalismo italiano - Report annuale 2013*, in [www.ius-publicum.com](#), 15; R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni* 2001, 1213 ss.

<sup>54</sup> A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista, Studi*, 2007 (26.04.11)

<sup>55</sup> B. PEZZINI, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole*, in [www.gruppodipisa.it](#).

<sup>56</sup> Nel grave momento attuale gli enti regionali "si sono dimostrati assai poco determinati nel contribuire all'operazione impopolare ma necessaria della riduzione della spesa pubblica nelle rispettive sedi, rimanendo bloccati dinanzi alla necessità di assumerne la responsabilità politica dinanzi ai propri elettori". Questo comporterebbe la necessità di valutare attentamente la capacità delle regioni di razionalizzare i propri bilanci, ridurre in modo concreto ed equilibrato la spesa pubblica "in vista del rispetto di quei principi di responsabilizzazione e di differenziazione, che non possono connotare qualsiasi forma di autonomia politica" anche attraverso "la predisposizione di meccanismi che, sul piano finanziario, assicurino un'effettiva ed equa perequazione tra i territori ed evitino differenze eccessive e non ben controllate che



Il nuovo titolo V, un evento quasi necessitato rispetto alle riforme sul federalismo amministrativo, non solo non è stato pervicacemente attuato<sup>57</sup>, ma è stato e continua ad essere oggetto di un cospicuo contenzioso che ha fatto della Corte costituzionale “l’interprete autentico della riforma, e della sua giurisprudenza il contenuto di ciò che costituisce oggi il diritto regionale e locale effettivo”<sup>58</sup>.

Dagli stessi moniti promananti dai Presidenti che si sono succeduti emerge che la sede privilegiata per la risoluzione di questi conflitti rimane quella politica; è in questa sede che si potrebbe raggiungere un accordo politico, o anche semplici atti unilaterali del Governo “che definiscano le attribuzioni dello Stato che s’intendono preservare, ciò che invece deve essere riconosciuto alle Regioni ed i limiti che la legislazione di esse non può superare: queste indicazioni serviranno da direttiva per gli uffici governativi preposti al controllo della legislazione regionale, come pure per gli uffici legislativi delle Regioni”<sup>59</sup>.

Come rilevato in dottrina<sup>60</sup>, l’esigenza di rafforzare i livelli istituzionali decentrati si manifesta sia negli ordinamenti unitari, quanto in quelli federali o regionali decentrati su base territoriale<sup>61</sup>: pertanto, “il regionalismo non può esaurirsi nella statica difesa reciproca delle prerogative dello Stato e delle Regioni, ma si pone nella prospettiva di un miglioramento della qualità dei servizi resi ai cittadini, nel quadro di una integrazione dinamica tra i diversi livelli di governo”<sup>62</sup>.

Sono assolutamente necessarie politiche conciliative che prevengano il contenzioso: la suddivisione delle competenze statali e regionali che, seppure prevista in Costituzione, non è così netta, esige una lettura alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale. La stessa necessità di una definizione nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni si colloca sia nella direzione di una tenuta unitaria del sistema che in quella di valorizzazione degli spazi di differenziazione in riferimento ai diversi livelli di autonomia<sup>63</sup>.

Tanto più ispirata alla concertazione, tanto più la legislazione tutta, statale e regionale, può garantire istanze centrali e non. Serve uno statuto delle autonomie che vada nel senso della cooperazione: in questa direzione occorre che le istanze territoriali siano adeguatamente coinvolte nel procedimento legislativo che le riguarda; sarebbe utile ripensare ad una concezione finalistica circa il riparto delle funzioni e delle attribuzioni, e quindi individuare quelle che necessitano della partecipazione e dell’intervento di tutti i livelli territoriali di governo<sup>64</sup>; è necessario che ciascuna

---

rischierebbero concretamente di approfondire pericolosamente lo storico e ancora grave divario Nord-Sud”: A. ANZON DEMMIG, *L’assetto delle potestà legislative e i diversi modelli del regionalismo*, in <http://www.osservatorioaic.it>, febbraio 2015, che rileva l’utilità “di un accorto riassetto di alcuni territori, con eventuali accorpamenti di porzioni omogenee, mediante un ridisegno dei confini e del numero delle Regioni maggiormente adeguato alla rispettiva situazione socio-economica attuale”.

<sup>57</sup> La legge n. 131/2003 in parte ripropone le disposizioni costituzionali ed è stata censurata dalla Corte costituzionale ([sent. n. 280 del 2004](#)).

<sup>58</sup> A. MORRONE, *Per un “progetto di Regione”*, in *Istituzioni del federalismo* 2010, n. 1/2, 49.

<sup>59</sup> R. BIN, *Cose serie, non riforme costituzionali*, in *Quad. cost.* 2013, n. 2, 322, che pure suggerisce il linguaggio discorsivo, la cura dei particolari, la definizione dei punti controversi e le modalità per risolvere i potenziali contrasti, l’aggiornamento dei contenuti.

<sup>60</sup> G. ROLLA, *La costruzione dello Stato delle autonomie. Considerazioni sintetiche alla luce dell’esperienza italiana e spagnola*, in *Istituzioni del federalismo* 2005, n. 2, 797.

<sup>61</sup> In riferimento ai processi di decentralizzazione in Europa, G. F. FERRARI (a cura di), *Federalismo, Sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma 2010; A. D’ATENA (a cura di), *L’Europa delle autonomie*, Milano 2003; A. TRUINI, *Federalismo e regionalismo in Italia e in Europa*, Padova 2003; R. SCARCIOLA (a cura di), *Unione europea ed autonomie regionali. Prospettive per una costituzione europea*, Torino 2003; AA. VV., *Federalismi e Regionalismi in Europa*, Napoli 1998.

<sup>62</sup> [Corte cost., sent. n. 105 del 2007](#), 6.1 del *Cons. in dir.*

<sup>63</sup> E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell’eguaglianza? Dai diritti sociali alla coesione economica, sociale e territoriale*, in *Quad. reg.* 2011, n. 3, 946 ss.; V. ANTONELLI, *Livelli essenziali, materie trasversali e altri fattori unificanti*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>64</sup> “Per muovere qualche passo avanti occorre abbandonare però la logica funzionalistica o il “competenzismo”, la nuova scienza delle competenze (normative, amministrative, gestionali, ecc.) (...). Non chi fa che cosa: ma piuttosto perché. Funzioni e attribuzioni non vanno considerate come fini ma, più correttamente, strumenti di attuazione di un progetto, nel quale ciascun soggetto deve poter ricoprire un ruolo specifico”, A. MORRONE, *op. ult. loc. cit.*, 55.



regione governi le differenze locali, espleti funzioni di programmazione, raccolga e sappia redistribuire le risorse economico-finanziarie a sua disposizione, consentendo poi a privati ed enti territoriali minori la gestione amministrativa e burocratica di tali attività, come prescrive il principio di sussidiarietà<sup>65</sup>.

Le regioni non sono uguali ed anzi, solo comprendendo le peculiarità di ciascuna e le esigenze di cui sono portatrici si possono avviare politiche pubbliche differenziate e, per questo, più consone ai bisogni ed alle caratteristiche del territorio<sup>66</sup>.

Le difficoltà di adattamento, opportunamente normate e regolamentate, costituiscono la sfida più difficile e complessa, ma proprio per questo la più pragmatica e seriamente praticabile: solo così può conciliarsi il valore dell'autonomia territoriale con quello dell'unità, alla ricerca di un ideale equilibrio tra centralismo ed autonomia locale, in una direzione che miri a salvaguardare l'organizzazione, e quindi una consona tutela dei diritti, delle comunità locali.

Il riconoscimento di adeguate forme di decentramento politico comporta che lo sviluppo e la valorizzazione delle autonomie territoriali rappresentino un elemento che qualifica la stessa forma di Stato, anche in termini di implementazione dello stesso principio della separazione dei poteri.

Non vi è dubbio che la mancata attuazione del nuovo titolo V è da imputare, intanto, ad un atteggiamento culturale, di Stato ed enti territoriali (regionali e locali), poco incline all'autonomia ed alle responsabilità che ne derivano. Nonostante poteri legislativi molto ampi, e forse non del tutto compresi, e il rafforzamento degli esecutivi regionali, le regioni, quali soggetti politici capaci di governare il territorio<sup>67</sup>, non hanno ancora ben inteso le potenzialità del nuovo sistema, limitandosi ad una sorta di ordinaria amministrazione dell'esistente, talvolta duplicando i centri di decisione (la creazione di organismi in *house* rappresenta un emblematico esempio di fuga dalle responsabilità, costituendo al contempo un importante bacino di consenso cui poter attingere in campagna elettorale).

Le regioni costituiscono il più importante fattore per la cura, la tutela e la valorizzazione degli interessi di un determinato territorio. Con la loro storia, la loro cultura e la loro identità rappresentano il punto di snodo istituzionale più importante per riformare il nostro sistema in senso non solo democratico ma solidale, tenendo conto che le popolazioni interessate sono portatrici di elementi di diversità che devono essere difesi ma nel rispetto di quella bisettrice fondamentale rappresentata dal principio di unità ed indivisibilità della Repubblica.

Le autonomie regionali devono in primo luogo recuperare il loro indispensabile ruolo legislativo, sia nella prospettiva di meglio regolamentare le materie e le funzioni di loro spettanza, sia in quella di riallocare le funzioni amministrative in capo agli enti locali minori, incentivandone la riorganizzazione ed il coordinamento a sostegno di politiche di supporto all'esercizio associato delle funzioni loro attribuite.

### 3. *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa tra necessità e criticità.*

Per altri versi, anche la rappresentanza delle comunità territoriali nelle istituzioni centrali appare tutt'altro che potenziata. Come sostenuto in dottrina, le diverse forme di partecipazione del popolo al governo rappresentano i tratti tipici della democrazia pluralista. Questa si fonda sull'associazionismo

---

<sup>65</sup> “Politiche e obiettivi regionali (e interregionali) da un lato, e amministrazione soprattutto di livello locale dall'altro. Direzione e coordinamento regionale e attività concreta dei soggetti pubblici e privati organizzata localmente. Sburocratizzare dunque le Regioni, per trasferire uffici e attività nei luoghi dove vive e opera il cittadino”: A. MORRONE, *op. ult. loc. cit.*, 59, che correttamente precisa che questo tipo di regione, non divisivo né conflittuale, bensì “diretto a costruire un sistema di governo della cosa pubblica integrando pubblico e privato, non si realizza senza un corrispondente e adeguato meccanismo di finanziamento”

<sup>66</sup> Sul ruolo dell'elemento costitutivo del territorio, i contributi di S. NINATTI, *Democrazia e cittadinanza nelle autonomie territoriali*; L. RONCHETTI, *Territorio e spazi politici*, Atti del convegno “Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia”, entrambi in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>67</sup> A. BARBERA, *La Regione come ente di governo*, Bologna 1974.

dei partiti<sup>68</sup>, su quello sindacale, sulle società intermedie<sup>69</sup>, ma anche su alcuni fondamentali diritti di libertà<sup>70</sup> e sul decentramento delle funzioni amministrative e legislative, attuato mediante la creazione di enti autarchici ed autonomi titolari delle relative potestà nei loro ambiti territoriali<sup>71</sup>.

Sia il rispetto delle procedure nel procedimento di formazione delle regole giuridiche che il sindacato di legittimità costituzionale attuano il pluralismo democratico e ne costituiscono il più importante presidio; ma il controllo sulla concreta applicazione della legge, oltre che fondarsi sul principio di giustiziabilità, necessita anche dell'opinione pubblica e di tutte le formazioni sociali che la costituiscono, di modo che "partiti politici, sindacati, gruppi di pressione, associazioni culturali, religiose, economiche, singoli cittadini possono sottoporre a critica le leggi sia per la loro formulazione tecnica, sia per il loro contenuto, sia ancora per il modo della loro concreta applicazione e proporre la modificazione o l'abrogazione. Ciò deve avvenire, ben s'intende, entro limiti rigorosi di carattere formale e sostanziale, nel rispetto cioè, della lealtà dei gruppi e della stessa legge alla quale, finché è vigente, tutti i cittadini devono obbedienza"<sup>72</sup>.

Negli odierni Stati costituzionali "*il principio democratico acquista il proprio significato più autentico soltanto alla luce degli altri principi fondamentali che connotano i suddetti ordinamenti*. Le attuali democrazie sono tali *in quanto* costituzionali, ovvero nella misura in cui gli strumenti di esercizio della sovranità popolare risultino conformati e limitati da una legge superiore che riconosca e garantisca i principi di libertà e di uguaglianza"<sup>73</sup>.

La partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese comporta che il principio democratico si inveri, oltre che nella rappresentanza politica, anche attraverso altri istituti di democrazia deliberativa e partecipativa<sup>74</sup>. Entrambe troverebbero ragion d'essere nella considerazione che gli istituti della democrazia rappresentativa non garantiscano una effettiva partecipazione all'attività di governo (è noto il dibattito sulla necessità di una legge elettorale<sup>75</sup> che

<sup>68</sup> Ai sensi dell'art. 49, "Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti politici per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale". La disposizione si sofferma "non sul partito ma sui cittadini, quasi a voler sottolineare che il fine assegnato ai partiti è proprio di ciascuno e di tutti i loro associati. Si tratta di vedere sino a qual punto i partiti assicurino ai loro iscritti la partecipazione alle scelte ed alle decisioni politiche", così T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, 23 ss., ora in *Opere, I, Teoria generale*, Milano 2000, 247, che aveva ben presente l'esigenza della democraticità interna dei partiti.

<sup>69</sup> Famiglia, comunità scolastiche e religiose, associazioni politiche, economiche, culturali, ovverossia tutte le formazioni sociali nelle quali si svolge la persona.

<sup>70</sup> V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando, I*, Padova 1957, 436, ora in ID., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985; L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino 2014, spec. 76 ss.

<sup>71</sup> "il cui esercizio consente ai cittadini da una parte di aderire o di non aderire ad un gruppo sociale o di distaccarsene e dall'altra di raggiungere quello stadio della conoscenza che, come rappresentazione intellettuale collettiva, costituisce l'antecedente di ogni deliberazione che voglia essere aderente ai valori sociali"; libertà di associazione, di riunione, di manifestazione del pensiero sono indefettibili in un regime democratico perché fondanti il regime della discussione che sta alla base di ogni efficiente democrazia. T. MARTINES, *La democrazia pluralista* cit., 248.

<sup>72</sup> T. MARTINES, *La democrazia pluralista* cit., 252-253, che evidenzia il fine della democrazia pluralista, ovverossia quello di "dare una nuova dimensione al rapporto fra la sfera dell'autorità e la sfera della libertà, consegnando ai cittadini gli strumenti per mezzo dei quali essi possano affermare la loro personalità e partecipare effettivamente - come singoli o come membri di un gruppo sociale - al governo dello Stato".

<sup>73</sup> A. MORELLI che, sottolinea la prospettiva contemporanea per la quale non può esistere democrazia al di fuori delle forme e dei limiti della Costituzione e che un atto normativo, possa definirsi "costituzione" nel significato più forte riconosciuto dal costituzionalismo democratico contemporaneo, "solo se si riconosce e garantisce, tra i suoi contenuti, la democrazia come forma di organizzazione istituzionale del potere politico. Costituzione e democrazia appaiono oggi indissolubilmente legate: *simul stabunt simul cadent*", *Le trasformazioni del principio democratico*, in *Principi costituzionali* cit.

<sup>74</sup> M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in AA. VV., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. Carlassare, Padova 2004, 181 ss.

<sup>75</sup> A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014; L. TRUCCO, *Contributo allo studio del diritto elettorale (I). Fondamenti teorici e profili normativi*. Torino 2013; ID., *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino 2011.

riesca a contemperare stabilità e rappresentanza), e quindi proprio nella debolezza delle istituzioni rappresentative.

Effettivamente, il nostro moderno legislatore ha tentato (e tenta) di sminuire la volontà popolare, riducendone il più possibile l'apporto democratico (le liste bloccate con capilista cioè non eletti, i premi di maggioranza, tutti elementi che, distorcendo la volontà popolare, alterano l'esito delle urne). Sembra che il contrasto sia tutto tra governabilità-stabilità e rappresentanza. Ma quello che va ristabilito è proprio il valore della rappresentanza, mentre la preoccupazione sembra solo quella di evitare che cada il governo. Ma la governabilità non implica la conservazione del governo a tutti i costi. Anche la riforma della Costituzione in discussione nell'elezione indiretta dei senatori esclude ciò che sarebbe preferibile, vale a dire l'esercizio del diritto di voto popolare; i riformatori si accaniscono nel voler per forza introdurre un bipolarismo a volte "muscolare" che è abbastanza lontano dalla peculiarità sociale e dalla storia politica del Paese, che invece è notoriamente ispirata alla ricerca del pluralismo (di cui vi è traccia negli atti dell'Assemblea Costituente) e che è incardinato nei principi supremi della Costituzione. C'è poi da dire che se bipolarismo e governabilità debbono essere considerati dei valori, essi vanno per l'appunto bilanciati con il pluralismo e con il catalogo della libertà. Insomma vanno comunque interpretati sempre alla luce della Costituzione.

Come sopra accennato, la democrazia rappresentativa vive una profonda stagione di crisi<sup>76</sup>. Volendo operare delle semplificazioni estreme, non vi è dubbio che la complessità degli interessi di cui sono portatrici le società e i conseguenti conflitti che ne derivano comportano la difficoltà, se non l'impossibilità, di ricondurre ad unità tale complessità, traducendosi "in una perdita di significato della tradizionale accezione democratica del concetto di sovranità popolare, che da una rappresentazione tendenzialmente unitaria si è sempre più scomposto in una raffigurazione diluita, frammentata, a tratti scomposta. Conseguentemente, anche il ruolo dei tradizionali interpreti e rappresentanti della sovranità popolare, in particolare assemblee legislative e partiti, ha subito una forte e diffusa incrinatura"<sup>77</sup>.

La realtà evidenzia come gli ambiti di democrazia rappresentativa siano oggi notevolmente erosi dalla frammentazione della politica (numero dei partiti), da gruppi di pressione, da un parlamento depotenziato a tutto vantaggio del rapporto tra gruppi parlamentari di maggioranza ed esecutivo.

Sia la democrazia rappresentativa che quella diretta (referendum, iniziativa legislativa popolare, petizione) "hanno come presupposto l' 'accentramento' del potere nelle mani dei governanti, mentre il pluralismo democratico tende a decentrare la sovranità ed a renderne meno episodico l'esercizio da parte della collettività popolare"<sup>78</sup>.

Come sostenuto in dottrina, il ruolo della partecipazione in democrazia non si limiterebbe all'attività legislativa (in tal caso assicurata dalla democrazia rappresentativa), ma necessaria soprattutto "per quella fase di rilevazione e di elaborazione degli interessi e dei valori sociali che costituisce il momento pre-giuridico del procedimento di formazione delle leggi. Perché questo avvenga, l'ordinamento deve assicurare innanzi tutto l'eguaglianza fra i cittadini, sia in senso formale che in senso materiale", quest'ultima intesa come assenza di ostacoli di ordine economico e sociale che limitino di fatto la libertà e l'eguaglianza, in modo che tutti ed in primo luogo i lavoratori (*per tabulas*), siano in grado di partecipare al governo dello Stato, senza discriminazione alcuna.

---

<sup>76</sup> Crisi delle istituzioni della rappresentanza (parlamenti nazionali e partiti), fenomeni di globalizzazione economica e politica che spostano i centri di decisione (e le relative funzioni decisionali) dai luoghi e dagli operatori tradizionali verso altri luoghi e attori "non soggetti alle forme di controllo e di responsabilità proprie della democrazia rappresentativa"; "dall'assimilazione della democrazia alla logica del mercato alla concezione elitistica e strategica della democrazia"; "dai processi di decentramento politico-istituzionale ai fenomeni di differenziazione delle funzioni sociali, che hanno portato alla professionalizzazione degli apparati pubblici e della politica e alla conseguente sottrazione di tali ambiti al giudizio dei cittadini e dell'opinione pubblica in genere, ai più ampi fenomeni di frammentazione e polarizzazione delle società contemporanee". Questa puntuale sintesi è di R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano 2011, 274.

<sup>77</sup> R. BIFULCO, *ibidem*, 274.

<sup>78</sup> T. MARTINES, *La democrazia pluralista* cit., 243.

“Assicurato questo essenziale presupposto, l’ordinamento deve fornire ai cittadini i mezzi per poter rilevare ed elaborare liberamente gli interessi ed i valori sociali”<sup>79</sup>.

Ecco che gli istituti di democrazia deliberativa, attraverso l’apertura dei processi decisionali pubblici alla partecipazione maggiore possibile, coinvolgendo i potenziali destinatari, consentirebbe di “governare i nodi istituzionali della complessità, di ricomporre il disaccordo che caratterizza le società contemporanee, di permettere alla sovranità popolare di esprimersi attraverso forme e luoghi nuovi e rinnovati, diversi da quelli della democrazia rappresentativa”<sup>80</sup>.

La democrazia deliberativa<sup>81</sup> si caratterizza non soltanto per il momento decisionale vero e proprio ma per i segmenti di discussione e di confronto propedeutici alla decisione pubblica. La democrazia deliberativa si ispira a due principi: quello di deliberazione<sup>82</sup> e quello della massima inclusione. Quest’ultimo principio risulta in concreto difficilmente realizzabile nelle democrazie moderne, evidentemente ispirate alla soluzione rappresentativa proprio “per le difficoltà oggettive di organizzare processi decisionali in grandi spazi e su grandi numeri, nonché per l’urgenza di adottare decisioni in tempi circoscritti”<sup>83</sup>. Certamente, è connaturato alla democrazia deliberativa il forte limite della inesistenza di meccanismi in grado di vincolare o almeno di considerare il relativo processo deliberativo<sup>84</sup>, così come, successivamente alla decisione, occorrerebbe prevedere strumenti di controllo e di valutazione, da parte dell’opinione pubblica, sull’attività espletata dalle assemblee legislative<sup>85</sup>.

Le teorie sulla democrazia deliberativa hanno “una pretesa normativa decisamente astratta e generale”<sup>86</sup>; in ciò si differenziano dalla democrazia partecipativa, che invece denota “un insieme di concrete pratiche partecipative con le quali i cittadini o comunque gli individui interessati all’adozione di decisioni pubbliche partecipano, in maniera informata, al relativo processo decisionale, creando così un’ “interazione” tra società ed istituzioni”<sup>87</sup> e riguarda “processi in cui intervengono sia direttamente i cittadini comuni che istanze istituzionali, con l’intento di pervenire

---

<sup>79</sup> T. MARTINES, *op. loc. ult. cit.*, 246.

<sup>80</sup> R. BIFULCO, *ibidem*, 274.

<sup>81</sup> Infatti, mentre con il termine deliberazione si intende il momento finale, deliberazione quasi come sinonimo di decisione, il termine inglese *deliberative* si riferisce al momento della decisione, ma anche quello della discussione e del confronto quali elementi preliminari della stessa. R. BIFULCO, *op. loc. ult. cit.*, 272; G. BOSETTI - S. MAFFETTONE, *Introduzione*, in G. BOSETTI - S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma 2004, 7; P. GINSBORG, *La democrazia che non c’è*, Torino 2006, 73.

<sup>82</sup> La decisione scaturisce dal confronto tra diversi punti di vista “in cui ciascuno considera l’altro uguale a sé: in questa procedura ideale ogni partecipante apporta argomenti diretti a convincere e persuadere l’altro, rifiutando atteggiamenti strategici diretti a imporre preferenze personali”. Mentre la democrazia rappresentativa è basata sul voto e sul principio della maggioranza, quella deliberativa “fondata sul reciproco scambio di ragioni in un contesto caratterizzato da comportamenti non strategici, riesce a produrre decisioni condivise perché gli attori sono disposti a trasformare i propri interessi, le preferenze riconoscendo l’altrui migliore argomento”, R. BIFULCO, *op. ult. cit.*, 280.

<sup>83</sup> La partecipazione deve essere aperta a tutti coloro che sono potenzialmente interessati alla o destinatari della decisione. La massima inclusività pretende “condizioni di effettiva parità che devono sussistere per poter permettere a tutti gli interessati - non solo gli individui ma anche i gruppi e le minoranze (e le generazioni future!) - di accedere e concorrere al processo di deliberazione pubblica in situazione di eguaglianza”, R. BIFULCO, *op. ult. cit.*, 282.

<sup>84</sup> A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in *Parlamento, istituzioni, democrazia* (Atti del Seminario di studio, Roma, 11-13 dicembre 1979, 141 ss., suggeriva l’ampliamento ed il rafforzamento delle ipotesi di iniziativa legislativa di soggetti appartenenti alla società civile, il ricorso alla petizione, il rafforzamento delle consultazioni dei rappresentanti delle forze espressione della società civile, attraverso istruttorie pubbliche che inducano le assemblee a considerare obbligatoriamente i risultati delle stesse, introduzione della motivazione della legge almeno in determinate ipotesi.

<sup>85</sup> R. BIFULCO, *op. ult. cit.*, 282.

<sup>86</sup> Quest’ultima rappresentando “una proposta normativa che, sottoponendo il processo decisionale pubblico a determinati principi, finisce per condizionare la validità e la legittimità della stessa decisione pubblica”, R. BIFULCO, *op. loc. ult. cit.*, 277.

<sup>87</sup> R. BIFULCO, *op. loc. ult. cit.*, 275; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Dem. dir.* 2008, 7-13; C. CORSI, *La democrazia partecipativa tra fonti statali e fonti degli enti territoriali*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. 1/2009.



ad un risultato unitario di una decisione pubblica”<sup>88</sup>. In tale ipotesi, l'intervento dei partecipanti avviene pertanto “entro procedure pubbliche, procedure riconosciute e autorizzate in seno alle quali essi interagiscono con le istituzioni elettive, burocratiche e tecniche, così che viene costruendosi attraverso la procedura una linea di azione comune in cui si esprimono volta per volta in varia misura conflitto e consenso e che comunque mira a confluire in un risultato unico - una decisione - che è il prodotto di quella logica procedurale”<sup>89</sup>. Tra i modelli più rilevanti di democrazia partecipativa si annoverano il *bilancio partecipativo*, il *dibattito pubblico*, la *giuria civica*, le forme di programmazione, pianificazione e progettazione partecipata in tema di governo del territorio e dell'ambiente e, più in generale, di formulazione partecipata di indirizzi sulle politiche pubbliche<sup>90</sup>.

Altri strumenti di *partecipazione istituzionale*<sup>91</sup> sono poi il referendum, l'iniziativa legislativa popolare, la petizione<sup>92</sup>, le votazioni popolari a contenuto non elettorale<sup>93</sup>.

Altre ancora sono le consultazioni, le istruttorie pubbliche, le audizioni, le indagini conoscitive<sup>94</sup>. La pluralità di tali forme di partecipazione, il cui riconoscimento normativo è costituzionale<sup>95</sup>, trova espressione pratica anche al livello regionale e locale<sup>96</sup>. Le pratiche partecipative pongono la questione, e forse il limite più tangibile, dell'assenza di un esito vincolante delle relative consultazioni: “la mancata giuridicizzazione di obblighi di dar seguito agli esiti delle consultazioni (per usare un termine ampio) garantisce il necessario grado di flessibilità nella formalizzazione delle fasi e nella stessa delimitazione dell'ambito soggettivo dei partecipanti. Laddove, invece, uno spostamento della sede decisoria richiederebbe una istituzionalizzazione incompatibile con l'originaria esigenza di sperimentazione e con la connaturata ritrosia all'irrigidimento formale della propria delle esperienze partecipative”<sup>97</sup>. La soluzione a tale problema potrebbe essere quella di obbligare l'organo decidente ad assolvere all'onere di motivazione ove decidesse di discostarsi da quanto statuito in sede di consultazione<sup>98</sup>.

<sup>88</sup> U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano 2011, 295.

<sup>89</sup> U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa* cit., 306.

<sup>90</sup> U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa* cit., 296-299.

<sup>91</sup> Quella che “si articola in istituti e procedimenti formalizzati e tipizzati dal diritto (in genere dalla Costituzione o tutt'al più dalla legge)”, che è diretta “all'attivazione, completamento o definizione dei procedimenti decisionali pubblici (in particolare, di quelli politici)” e “si struttura attraverso l'attribuzione di specifici diritti politici”: M. LUCIANI, *Art. 75 - Il referendum abrogativo*, in G. Branca - A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 2005, 39; A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico* cit.

<sup>92</sup> M. LUCIANI, *op. loc. ult. cit.*, 1 ss.

<sup>93</sup> M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo lustro)*, in *Le Regioni* 2002, n. 6, 1382 ss.

<sup>94</sup> A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti, Relazione introduttiva alle giornate di studio su “Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamiche istituzionali dei processi partecipativi”*, Perugia 11-12 marzo 2010, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano 2012, 31 ss., definisce la partecipazione quale “attività fondante un metodo costante di cooperazione democratica alla funzione deliberativa delle istituzioni rappresentative”.

<sup>95</sup> U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in <http://www.rivistaaic.it/> 2011, n. 7; G. AZZARITI, *Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>96</sup> S. ARU - A. DEFFENU, *Partecipazione a livello regionale*; M. A. GLIATTA, *Partecipazione a livello locale*, entrambi in A. Morelli - L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino 2014, 40 ss.

<sup>97</sup> M. A. GLIATTA, *op. cit.*, p.77; L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto* 2006, n. 4, 22, ritiene che tale momento della consultazione dall'esito non vincolante “permette interazioni meno imbrigliate, favorisce l'informalità dei rapporti fra i partecipanti, consente loro di confrontarsi in modo aperto senza posizioni precostituite e di inventare soluzioni nuove”.

<sup>98</sup> M. A. GLIATTA, *op. cit.*, p.78, che, nonostante le criticità evidenziate (la scelta dei soggetti partecipanti, la prospettazione degli interessi, la definizione dell'agenda deliberativa, la stessa compatibilità con i principi del sistema rappresentativo), sottolinea le pratiche partecipative interessanti (i bilanci partecipativi, le giurie, i sondaggi) e le esperienze comunali di Toscana ed Emilia Romagna, dove è presente in entrambe una disciplina organica sulla partecipazione politica, ciò che rende tali esperienze facilmente sistematizzabili (data la presenza delle autorità amministrative istituite per la regolazione delle pratiche) e per l'esistenza di meccanismi di finanziamento regionale dei progetti locali (l. reg. Toscana n. 46/2013 e l. reg. Emilia Romagna n. 3/2010), *ibidem*, 82-85.



La partecipazione, a qualsiasi livello, può essere finalizzata alla promozione, alla persuasione, alla condivisione, persino al controllo, ma non può essere sostitutiva della decisione pubblica; e molto probabilmente questo spiegherebbe il comportamento degli enti territoriali che non hanno sfruttato fino in fondo le potenzialità tipiche dei meccanismi di democrazia partecipativa, mentre sarebbe auspicabile che “principi ad oggi per lo più proclamati ma non attuati siano oggetto di una maggiore considerazione dai legislatori regionali, a maggior ragione quando ciò potrebbe essere di aiuto per riattivare circuiti democratici oggi in evidente crisi di effettività”<sup>99</sup>. Ma di tutto ciò non vi è traccia nel complessivo sistema regionale italiano.

#### 4. Notazioni a margine del nuovo disegno di legge costituzionale.

In realtà, qui si ritiene, è mancata una effettiva attuazione delle disposizioni costituzionali, e questo vale, a maggior ragione, per la riforma del titolo V; di fatto, taluni comportamenti nelle istituzioni politico-rappresentative ed amministrative si sono discostati dalle previsioni costituzionali.

La conseguenza, paradossale se si vuole, è stata che gli attori principali della nostra democrazia non hanno saputo dare piena attuazione al pluralismo istituzionale del nostro sistema costituzionale, soprattutto quello concernente il ruolo e le funzioni delle autonomie territoriali. Come sostenuto da Martines, la trama da intessere sarebbe stata quella *della rivendicazione, piena ed incondizionata, dei poteri e delle funzioni attribuiti alle Regioni dalla Costituzione*, secondo una concezione dell'autonomia che non implicasse *uno stato di subordinazione ad altro soggetto dotato di poteri totalizzanti* bensì il frutto di un pluralismo istituzionale e normativo che non distinguesse tra centro e periferia e non operasse tra i soggetti, pubblici e privati, distinzioni affidate a livelli di autorità, concludendo che il processo di integrazione tra Stato e regioni non potesse svolgersi sul presupposto di una *pretesa supremazia* statale ma che le regioni dovessero partecipare a tale processo, dispiegando “la loro autonomia *nello* Stato, nel pieno possesso dei poteri e delle funzioni che sono loro riconosciute dalla Costituzione e la cui estensione non può essere determinata, di volta in volta ed a seconda delle sedi in cui l'integrazione è condotta, da un assetto dei rapporti che modifica anziché valorizzare, l'unitarietà della Repubblica, spezzettandola in una miriade di «politiche» settoriali, avvalendosi di strumenti e moduli che hanno incerta natura e caratteri contraddittori (..)»<sup>100</sup>. Il che, in teoria, potrebbe portare alla variabilità di composizione e maggioranza.

Non è in crisi la rappresentanza politica in quanto erosa da interessi particolaristici; lo diventa se questi vengono considerati (ancor peggio se tutelati) prioritariamente rispetto a quelli di carattere generale; forse non si è ben compreso che la effettiva partecipazione ed un attuato decentramento, quali corollari della rappresentanza, possono solo potenziare la nostra democrazia, trattandosi di istituti che spostano dal piano ideale a quello fattuale la realizzazione piena dei principi di libertà e di uguaglianza.

Come premesso all'inizio del presente contributo, è stato approvato, in seconda deliberazione, il disegno di legge costituzionale volto a riformare la nostra Costituzione. La necessità di modificare il sistema bicamerale nella direzione di una maggiore definizione del ruolo e delle funzioni delle regioni si è manifestata sin dalle discussioni in sede di Costituente. Certo, con i numeri attuali in Parlamento questa è una occasione che non andrebbe sprecata. Allo stato dei lavori non vi è dubbio che taluni fondamentali istituti di democrazia appaiono rovinosamente deboli, ed è facile preconizzare una battaglia referendaria.

L'obiettivo della riforma è quello del superamento del bicameralismo paritario, anche attraverso la definizione dei poteri e della composizione del nuovo Senato. Obiettivo che si interseca e che modificano il congegno costituzionale elaborato in sede di Costituente, poiché inevitabilmente

<sup>99</sup> S. ARU - A. DEFFENU, *Partecipazione a livello regionale* cit., 53.

<sup>100</sup> T. MARTINES, *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo: un percorso accidentato*, in AA. VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano 1986, 45 ss., ora in *Opere, III, Ordinamento della Repubblica* cit., 917.

destinato ad influire sul rapporto di fiducia che caratterizza il sistema parlamentare italiano e la relativa forma di governo.

Il tema dei rapporti Stato - regioni - enti locali deve essere risolto attraverso la creazione o la rivitalizzazione di appositi luoghi istituzionali dove la concertazione e la collaborazione siano il fondamento di politiche pubbliche<sup>101</sup>. E questo, non tanto per limitare il contenzioso costituzionale ma per riconoscere, in via definitiva, la posizione costituzionale e politica delle autonomie, non meramente amministrativa. Oltretutto, ciascuno di noi vive un “pezzo” di comune e dopo di regione: si è, pertanto, più vicini a questi enti che non a quelli centrali. I servizi pubblici “quotidiani” non possono essere considerati completamente avulsi dal sistema normativo, per la semplice ed ovvia constatazione che le politiche di comuni e regioni dipendono da scelte contingenti di politica nazionale, dall’attuazione delle leggi statali e dagli spazi di autonomia che queste ultime riconoscono alle regioni. A loro volta le politiche dei comuni e delle regioni sono determinanti nella vita di ciascuno di noi.

Il disegno di legge costituzionale<sup>102</sup> è stato approvato in sede di prima deliberazione dal Senato (8 agosto 2014, Atto Senato, n. 1429), trasmesso nella stessa data alla Camera dei deputati (Atto Camera

---

<sup>101</sup> T. MARTINES pensava “alla previsione degli «accordi normativi» ed alla trasformazione del Senato in «Camera delle Regioni» (o delle autonomie locali), ad una migliore e più costruttiva valorizzazione dell’iniziativa legislativa regionale (del tutto sottovalutata dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali), ad una più compiuta valorizzazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali quale sede istituzionale nella quale le Regioni potrebbero «parlare in Parlamento», ed ancora, al di là delle riforme, alla Conferenza Stato-Regioni, quale strumento che, opportunamente utilizzato, potrebbe contribuire a determinare indirizzi comuni e forme di collaborazione idonei a prevenire l’insorgere di incomprensioni e conflitti”, *op. loc. ult. cit.*, 918.

<sup>102</sup> Tra i contributi dottrinari sul tema:

- M. AINIS, *La luce e l’ombra*; L. ANTONINI, *Non si supera così il federalismo all’italiana*; R. BIFULCO, *Il Senato che verrà: Assemblea legislativa o Conferenza camuffata?*; F. CLEMENTI, *Non un Senato “federale”, ma un Senato “federatore”. Prime note sul disegno di legge di riforma costituzionale del Governo Renzi*; A. D’ALOIA, *Quale regionalismo nel progetto (in bozza) del Governo Renzi?*; T. E. FROSINI, *Bicameralismo strabico*; V. LIPPOLIS, *17 osservazioni sulla riforma del bicameralismo paritario*; F. S. MARINI, *Commento a prima lettura del ddl costituzionale del Governo Renzi sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*; A. PATRONI GRIFFI, *Il “Senato delle autonomie”, un disegno in chiaroscuro*; A. POGGI, *La riforma del bicameralismo: sarà la volta buona? La parola alla politica*; S. STAIANO, *Lo specchio francese. Possibilità e insidie comparative nella riforma costituzionale italiana*; A. STERPA, *Cinque spunti per migliorare la riforma del Titolo V*; G. E. VIGEVANI, *Il nuovo Senato: funzione di garanzia e partecipazione dei “sapienti”* (tutti in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu));

- L. AZZENA, *Il tentativo di riequilibrio del sistema di check and balances nel testo approvato in prima lettura dal Senato rispetto al d.d.l. originario*; E. BINDI, *Alcune riflessioni sulla riforma costituzionale: dal disegno di legge governativo al testo approvato in prima lettura al Senato*; P. CARETTI, *La potestà legislativa regionale nelle proposte di riforma del titolo V*; E. CHELI, *Sulla riforma costituzionale approvata dal Senato nel luglio 2014*; M. C. GRISOLIA, *Ancora qualche osservazione sugli istituti di garanzia*; S. PANIZZA, *Brevi osservazioni di tecnica normativa sul disegno di legge costituzionale approvato dal Senato della Repubblica l’8 agosto 2014*; P. PASSAGLIA, *Qualche considerazione sulla disciplina della composizione del Senato contenuta nel progetto di revisione costituzionale in corso di approvazione*; G. PUCCINI, *Riforma del bicameralismo e del titolo V, e principi supremi della Costituzione*; E. ROSSI, *Chiamale, se vuoi, semplificazioni. Il procedimento legislativo nel disegno di legge costituzionale AC 2613*; R. ZACCARIA, *Alcune note critiche sulla riforma costituzionale dopo la prima lettura*, tutti in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. 3/2014;

- L. AZZENA, *La riforma e il (mancato?) rispetto del “contenuto minimo” dei principi costituzionali fondamentali di sovranità popolare e di valorizzazione delle autonomie territoriali. La “complicazione” dell’apparato amministrativo*; E. BINDI, *L’esigenza di rafforzamento dell’esecutivo: alla ricerca del tempo perduto*; M. CARLI, *Osservazioni sul disegno di legge costituzionale n. 1429*; E. CATELANI, *Riforme costituzionali: un compromesso in una logica unitaria*; E. CHELI, *Ma questo è vero bicameralismo? (Dubbi e suggerimenti in ordine al progetto di riforma costituzionale presentato dal Governo)*; F. DAL CANTO, *Intervento*; U. DE SIERVO, *Il regionalismo in alcune disposizioni del disegno di legge di revisione costituzionale n. 1429*; S. MERLINI, *Quattro passi fra le nuvole (rileggendo gli Atti dell’Assemblea Costituente sul problema dell’elettività del Senato della Repubblica)*; P. MILAZZO, *L’impatto del d. d. l. costituzionale “Renzi-Boschi” sul sistema degli enti locali e sulle funzioni locali*; A. PERTICI, *La riforma del Senato*; A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sul potere di “rinvio” del Senato nel disegno di legge di revisione della Costituzione*; G. PUCCINI, *Riforma del bicameralismo e del Titolo V nel disegno di legge costituzionale del Governo Renzi: aspetti problematici*; R. TARCHI, *Il disegno di legge costituzionale n. 1429 del 2014. Osservazioni sparse di carattere procedurale e sostanziale*; E. ROSSI, *Alcune considerazioni sul disegno di legge costituzionale n. 1429*; G. TARLI BARBIERI, *Alcune osservazioni sulla proposta*

n. 2613) che lo ha approvato, con modifiche, in data 10 marzo 2015 (ora, assegnato alla Commissione affari costituzionali, Atto Senato n. 1429-B).

Si prevede la differenziazione della composizione e delle funzioni delle due Camere<sup>103</sup> disciplinando un Senato della Repubblica rappresentativo delle istituzioni territoriali<sup>104</sup>. Tra le funzioni, viene prevista quella di concorrere alla valutazione delle politiche pubbliche e dell'attività delle pubbliche amministrazioni, alla verifica dell'attuazione delle leggi dello Stato, nonché all'espressione dei pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge. Disposizione questa che quanto meno necessiterebbe di adeguate specificazioni, se non altro perché i meccanismi di valutazione e controllo delle amministrazioni sono intrinseci al medesimo sistema.

Nel delineando modello, riducendo significativamente le competenze legislative del Senato cui corrisponde l'espansione del ruolo della Camera (quest'ultima sola titolare del rapporto fiduciario, di

---

di legge costituzionale "Renzi Boschi", R. ZACCARIA, *Un "Senato delle autonomie" richiede autonomie forti*, tutti in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. 2/2014;

- M. OLIVETTI, *Alcune osservazioni sulla riforma del Senato e del Titolo V nel disegno di legge costituzionale n. 1429, approvato dal Senato l'8 agosto 2014*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it); M. PLUTINO, *Equilibri e squilibri costituzionali tra la tentata revisione costituzionale del 2005 e il d.d.l. costituzionale "Boschi"*, in V. Baldini (a cura di), *La Costituzione e la sua revisione*, Pisa University Press 2014, 117 ss;

- in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it): M. ESPOSITO, *Qualche riflessione a partire dal d.d.l. di revisione costituzionale A.S. 1429 (Renzi-Boschi)*; C. FUSARO, *A proposito del progetto di legge costituzionale del governo Renzi*; S. GAMBINO, *Rappresentanza e stabilità governativa (alla ricerca di un equilibrio difficile da realizzare fra riforme elettorali (partigiane) e (tentativi di) riforma costituzionale)*; M. LUCIANI, *Sul d.d.l. cost. recante "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione"*; G. SCACCIA, *Prime note sull'assetto delle competenze legislative statali e regionali nella proposta di revisione costituzionale del Governo Renzi*;

- in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it): E. CATELANI, *Stato federale o Stato regionale nel Senato delle Autonomie?*, n. 8/2014; M. D'AMICO, *Una riforma irragionevole*, n. 8/2014; F. LANCHESTER, *Un progetto equilibrato*, n. 8/2014; A. MORRONE, *Questioni di principio per la riforma costituzionale*, n. 8/2014; E. ROSSI, *Senato delle autonomie: una composizione da rivedere (è possibile un Senato di dopolavoristi?)*, n. 8/2014; L. ANTONINI, *La riforma costituzionale alla Camera dei Deputati, dopo i miglioramenti del Senato: alcuni aspetti non secondari che ancora necessitano di attenzione allo scopo di razionalizzare il Titolo V*, n. 19/2014; A. RUGGERI, *Note minime a prima lettura del disegno Renzi di riforma costituzionale*, n. 19/2014; B. CARAVITA, *Questioni di metodo e questioni di contenuto nelle riforme costituzionali ed elettorali*, n. 22/2014;

- A. ANZON DEMMIG, *La riforma costituzionale del Governo Renzi: una sorpresa positiva*, in <http://www.osservatorioaic.it/>, aprile 2014; H. SCHMIT, *La riforma del Senato e la rappresentanza democratica*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014;

- in <http://www.rivistaaic.it/>, i contributi di P. CARETTI, *La riforma del Titolo V Cost.*, n. /2014; M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo oggi*, n. 2/2014; B. PEZZINI, *La riforma del bicameralismo*, n. 2/2014; F. SGRÒ, *Riforma del Senato e contrappesi democratici*, n. 2/2014; A. RUGGERI, *Quali insegnamenti per la riforma costituzionale dagli sviluppi della vicenda regionale?*, n. 4/2014;

- G. AZZARITI, *Il merito delle cose. La riforma costituzionale e lo stile delle polemiche*; A. MASTROMARINO, *Modificare, superare, abolire. Quale bicameralismo per l'Italia delle riforme?* tutti in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it);

- M. DOGLIANI, *Riforme costituzionali e qualità della democrazia*, in [www.centroriformastato.org](http://www.centroriformastato.org); S. BARONCELLI, *Il disegno di riforma costituzionale Renzi-Boschi e i suoi riflessi sulle autonomie speciali fra tendenze centralistiche, clausola di maggior favore e principio dell'intesa*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. 1/2015;

- G. CANALE, *Alcune preliminari considerazioni critiche sulla riforma costituzionale del Governo Renzi e sul nuovo Senato della Repubblica*; S. CAVALIERE, *Prime notazioni sul D.D.L. di riforma costituzionale e le competenze sui beni culturali*; G. RIVOSCECHI, *Introduzione al tema: Riparto legislativo tra Stato e Regioni: le c.d. "disposizioni generali e comuni"*; G. BUCCI, *Parlamentarismo senza parlamento: a proposito dell'attacco al bicameralismo perfetto*; M. CECCHETTI, *I veri obiettivi della riforma costituzionale dei rapporti stato-regioni e una proposta per realizzarli in modo semplice e coerente*; M. SICLARI, *Introduzione al tema: l'abolizione del CNEL*; E. GIANFRANCESCO, *I numeri del Senato (atti del seminario di discussione dell'Associazione "Gruppo di Pisa", La riforma della Costituzione: aspetti e problemi specifici*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)).

<sup>103</sup> La Camera dei deputati titolare del rapporto di fiducia con il Governo ed esercita la funzione di indirizzo politico, la funzione legislativa e quella di controllo dell'operato del Governo.

<sup>104</sup> Che concorre all'esercizio della funzione legislativa nei casi e secondo le modalità stabiliti dalla Costituzione, nonché all'esercizio delle funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica e tra questi ultimi e l'Unione europea. Partecipa alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea.

poteri di controllo sull'attuazione del programma di governo, di strumenti di garanzia essenziali per le opposizioni), sembrerebbe rappresentarsi una maggiore indipendenza ed autonomia del Senato. Non è detto in modo molto chiaro se le funzioni sopra ricordate configurino un potere ispettivo vero e proprio (non può certo essere di gestione o di indirizzo, pena una indebita interferenza tra poteri); non può quindi ravvisarsi alcun sindacato sul merito (ma pure ove si contestassero eventuali profili di illegittimità rimane da definirne i margini di "giustiziabilità"). Ai sensi del nuovo articolo 82 è sancito il potere di inchiesta del Senato su *materie di pubblico interesse concernenti le autonomie territoriali*; altra novità, i decreti di scioglimento di Consigli regionali e di rimozione dei Presidenti di Giunta *sono adottati previo parere del Senato* (nuovo art. 126).

È poi prevista l'elezione indiretta del Senato, composto da novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali e da cinque senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica<sup>105</sup>. I Consigli regionali e i Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano eleggono, con metodo proporzionale, i senatori tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei Comuni dei rispettivi territori. Si prevede che la ripartizione dei seggi si effettui in proporzione alla popolazione (quale risulta dall'ultimo censimento generale, sulla base dei quozienti e dei più alti resti). La durata del mandato dei senatori coincide con quella delle istituzioni territoriali dai quali vengano eletti.

Con legge approvata da entrambe le Camere sono regolate le modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato della Repubblica tra i consiglieri e i sindaci, nonché quello per la loro sostituzione, in caso di cessazione dalla carica elettiva regionale o locale. I seggi sono attribuiti in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio (ult. comma art. 57). La disposizione pone una questione fondamentale: le modalità di esercizio del diritto di voto, vale a dire, se questo sia delegabile o meno e la conciliabilità con il divieto di mandato imperativo<sup>106</sup>.

La rappresentanza territoriale trova proprio negli interessi dei territori, ma soprattutto nella profonda diversità degli stessi, le sue caratteristiche principali. Ma solo una rappresentanza diretta è in grado di veicolare questi interessi, specie se la loro tutela riesca ad inserirsi in un circuito legislativo i cui componenti decisionali siano effettiva espressione delle autonomie territoriali. Ed infatti, le autonomie allocate all'interno di un ramo del Parlamento "assumerebbero un ruolo fortemente unificante nel contemperare e comporre le diverse istanze dei territori. Si potrebbe, così, realizzare un circuito virtuoso tra centro e periferia, tra chi adotta le politiche nazionali e chi è chiamato ad adeguarle e svilupparle su territorio e che, precisamente, in base all'esperienza concretamente realizzata, può dare un apporto assai utile alla loro revisione e innovazione"<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario (durata settennale senza nuova nomina).

<sup>106</sup> L'art. 67, nuova versione, prevede che i membri del Parlamento esercitino le loro funzioni senza vincolo di mandato; che questo possa valere anche per il Senato espressione di rappresentanze territoriali appare una vistosa forzatura. Se l'obiettivo è quello di istituire un Senato che sia effettivamente espressione degli interessi dei territori è ipotizzabile che il voto regionale sia deciso prima e quello dovrà essere espresso in sede di Senato, proprio perché espressione di volontà di quel territorio.

Per altri versi si ritiene di condividere quanto sostenuto dalla dottrina. Infatti, nella proposta iniziale il governo aveva delineato tutt'altra situazione, ovverossia, un Senato composto da presidenti di regione e sindaci del capoluogo, nonché da due consiglieri regionali e due sindaci eletti. Proposta che, se adattata, sarebbe stata perfettibile: togliendo la regola della pari rappresentanza e inserendo quella del voto unitario. Optare per il voto espresso unitariamente da tutti i rappresentanti della stessa regione avrebbe potuto comportare l'invalidità del voto dissenziente, oltre che, le relative forze di minoranza avrebbero potuto "svolgere la salutare opera di controllo politico sulle assunte e i voti espressi dai rappresentanti di maggioranza, riportando nei loro enti di appartenenza i risultati polemici del controllo svolto e non incrinando con un voto di dissenso il voto espresso dalla maggioranza dei propri correghionali". Automatica conseguenza di questa regola sarebbe stata "la delegabilità del voto, in caso di impedimento di un rappresentante, ad altro membro proveniente dalla stessa regione (geografica)" consentendo "di molto il buon funzionamento del Senato, rendendo più agevole il raggiungimento dei quorum": il che sarebbe risultato particolarmente opportuno in considerazione dei tempi sempre molto contenuti in cui il Senato si sarebbe trovato ad operare. Così R. BIN, *Coerenze e incoerenze del disegno di legge di riforma costituzionale: considerazioni e proposte*, in [www.astrid-online](http://www.astrid-online).

<sup>107</sup> L. VANDELLI, *Trasformare il Senato: qualche riflessione e qualche ipotesi sulla bozza di disegno di legge costituzionale*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).



Effettivamente, l'elezione indiretta del Senato appare la peggiore delle soluzioni possibili<sup>108</sup> e sicuramente un siffatto organo manifesterà tutta la sua debolezza ed incapacità nel rappresentare i territori nel procedimento legislativo<sup>109</sup>.

Al riguardo lo si vorrebbe più razionalizzato, pertanto la bozza prevede che la funzione legislativa sia esercitata collettivamente dalle due Camere per le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali, e per le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti la tutela delle minoranze linguistiche, i referendum popolari, le altre forme di consultazione di cui all'art. 71, per le leggi che determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni (secondo una impostazione che rafforza il ruolo dello Stato nei confronti delle Regioni), per la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

Un Senato non eletto direttamente, nel quale manca il voto popolare, che concorra a legiferare in materie così importanti comporta una drastica riduzione degli istituti di articolazione democratica.

Le altre leggi sono approvate dalla Camera dei deputati: ogni disegno di legge approvato dalla Camera è immediatamente trasmesso al Senato della Repubblica che, entro dieci giorni, su richiesta di un terzo dei suoi componenti, può disporre di esaminarlo in un termine, quindi, piuttosto breve.

Nei trenta giorni successivi il Senato della Repubblica può deliberare proposte di modificazione del testo, sulle quali la Camera dei deputati si pronuncia in via definitiva. Qualora il Senato della

---

<sup>108</sup> Dai lavori parlamentari emergerebbe la preoccupazione di difendere la *rappresentatività* del Senato: se composto da presidenti di regione e sindaci in carica sarebbe un Senato di "nominati" privo di legittimazione democratica. Invero "è semplicemente assurdo definire "nominati" leader politici locali che, per raggiungere la carica che li può qualificare come senatori, hanno superato un vaglio elettorale altamente competitivo (spesso preceduto da elezioni primarie) e ottenuto centinaia di migliaia di voti liberamente espressi dai loro cittadini proprio "sulla persona". La loro legittimazione democratica a rappresentare i rispettivi territori è fuori discussione, dunque: se poi la si confronta con quella di molti oscuri parlamentari attuali - alcuni noti a livello nazionale solo per le fortunate imitazioni di qualche comico - la critica appare a dir poco spudorata". Così R. BIN, *L'elezione indiretta del Senato: la peggiore delle soluzioni possibili*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

<sup>109</sup> Negli Stati federali, in generale, la seconda Camera è rappresentativa degli Stati membri.

In Svizzera, l'Assemblea federale esercita il potere supremo nella Confederazione, fatti salvi i diritti del popolo e dei Cantoni, ed è composta da due Camere (dotate delle stesse competenze), il Consiglio Nazionale e il Consiglio degli Stati (quest'ultimo composto da 46 deputati dei Cantoni e la cui procedura di elezione è determinata da ciascun Cantone).

In Germania, il *Bundesrat* (Camera degli Stati federati della Germania) è un organo composto dai membri dei Governi dei *Länder* (membri nominati e sottoposti alle direttive del Governo del *Land*), dispone di potere di iniziativa legislativa, partecipa al procedimento di revisione costituzionale, alla trattazione di questioni che riguardino l'Unione Europea, alla adozione di regolamenti e disposizioni amministrative che attengano alle competenze e prerogative dei *Länder*. Qualora in seno al *Bundestag* si proceda ad una terza votazione, per l'elezione del Cancelliere, perché non si è raggiunta la maggioranza assoluta nella seconda, viene eletto Cancelliere il candidato che raggiunga la maggioranza relativa; ma in quest'ultimo caso il Presidente della Repubblica può scegliere se nominare l'eletto o sciogliere il *Bundestag*. Ancora, nel caso, storicamente residuale, in cui il *Bundestag* risponda negativamente alla questione di fiducia posta dal Cancelliere su un progetto di legge, il Capo dello Stato può sciogliere il *Bundestag* o inviare tale progetto di legge al *Bundesrat* affinché lo approvi. Proprio in ipotesi limite, un governo minoritario può, pertanto, proseguire temporaneamente nell'attuazione del programma con il sostegno del Capo dello Stato e del *Bundesrat*.

Negli Stati Uniti d'America, il Senato è composto da 100 membri, due per ogni Stato a prescindere dalla consistenza demografica, con elezione a suffragio universale. In questo sistema, autenticamente federale ed ispirato all'equilibrio determinato da "pesi e contrappesi", gli Stati membri esercitano la sovranità nei loro ambiti territoriali e per questioni che non siano di competenza federale. Il Congresso esercita penetranti poteri di controllo e di inchiesta attraverso apposite commissioni di indagine; particolare influenza ha, tra l'altro, la Commissione relativa sulla politica estera degli U.S.A.; il Presidente ha il potere di veto sulle leggi del Congresso, mentre occorre il consenso del Senato per le nomine presidenziali dei funzionari federali (ivi compresi segretari di Stato e i componenti della Corte Suprema), nonché dei vertici dell'apparato politico, burocratico, militare e diplomatico del Governo degli Stati Uniti; inoltre, nel caso di "impeachment", deliberato dalla Camera dei Rappresentanti, il relativo giudizio compete in via esclusiva al Senato. U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.* XIV, Roma 1989, spec. 17 ss.; G. MORBIDELLI - L. PEGORARO - A. REPOSO - M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna 1995, 494 ss.; sui modelli di Camere alte a confronto, F. SGRÒ, *Il Senato e il principio della divisione dei poteri*, Milano 2012, spec. 247 ss.



Repubblica non disponga di procedere all'esame o sia inutilmente decorso il termine per deliberare, ovvero quando la Camera dei deputati si sia pronunciata in via definitiva, la legge può essere promulgata.

L'elencazione delle materie di legislazione esclusiva statale non risolverà il problema del contenzioso; l'esperienza ha insegnato come sia indispensabile un'opera di adeguamento e di attuazione. Ribadire il meccanismo del riparto evidenzia solo la tendenza di ricollocazione al centro di materie spettanti alle regioni con un "forte ridimensionamento o dequotazione del ruolo delle autonomie", in contrasto con il fondamentale principio autonomistico sancito dall'art. 5 Cost. "cardine essenziale anche per il futuro legislatore costituzionale"<sup>110</sup>.

Infatti, per quel che concerne le materie di legislazione esclusiva statale alcune sono state individuate senza limitazione ai soli principi o alle norme generali; altre contengono disposizioni generali e comuni su una pluralità di materie (tutela della salute, per la sicurezza alimentare, per la tutela e sicurezza del lavoro, istruzione, formazione professionale, attività culturali, turismo, governo del territorio).

Su proposta del Governo poi, la legge statale può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva, quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero quella dell'interesse nazionale (clausola di salvaguardia o di supremazia).

Si prefigura poi "un forte indebolimento della condizione istituzionale dell'autonomia locale, sia per il ridimensionamento delle funzioni fondamentali di comuni e città metropolitane, sia per la riserva sostanziale alla sola legge statale del loro ordinamento, sia anche per la netta subordinazione a disposizioni di legge della potestà normativa delle autonomie locali in ordine all'organizzazione interna e alla disciplina dello svolgimento delle funzioni attribuite, con l'impossibilità, quindi, di ogni reale differenziazione di assetto e gestione e la prevalenza di logiche uniformizzanti"<sup>111</sup>.

Una tale riforma della Costituzione servirebbe a poco. La Corte costituzionale ha già ridisegnato il diritto delle autonomie territoriali, ma riscrivere un nuovo Titolo V senza intervenire sulle maglie larghe della burocrazia si rivelerebbe un'operazione inutile. Il contenzioso si deve prevenire anche pretendendo ed obbligando le amministrazioni a tenere comportamenti ragionevoli, pur rimanendo la necessità di apposite regolamentazioni per la definizione del contenuto delle materie.

Le scelte di fondo potrebbero essere: o realizzare un Senato che sia effettivamente rappresentativo degli enti territoriali, funzionale e in grado di veicolare in maniera efficace gli interessi delle stesse, rafforzandone le autonomie<sup>112</sup>; oppure, ancora, ridurre il numero di deputati e senatori e creare un Senato come camera di garanzia di taluni diritti fondamentali dei cittadini, espressione del voto popolare, così ripristinando il principio della democrazia rappresentativa.

Una scelta decisamente coraggiosa sarebbe quella di abolire del tutto il Senato e di riconoscere il rango costituzionale della conferenza tra Stato-regioni-enti locali e farne una indefettibile sede di raccordo politico tra i diversi livelli istituzionali<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> G. C. DE MARTIN, *Il rischio crescente di autonomie finte*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 5.

<sup>111</sup> G. C. DE MARTIN, *op. loc. ult. cit.*, 7.

<sup>112</sup> "dimezzamento del numero dei deputati ed un senato composto da cento senatori elettivi, più quelli a vita o di diritto, con funzioni che superino il bicameralismo perfetto, ma implementando un sistema di pesi e contrappesi come quello che rende gli Stati Uniti una forma istituzionale funzionante, lasciando al loro fondamentale lavoro sindaci, presidenti di regione e consiglieri regionali, magari sottoposti ad un robusto ridimensionamento e vigilando sulla perversione corruttiva", L. VENTURA, *Trovati gli "untori" delle Riforme: i Professori universitari*, in questa *Rivista, Studi*, 2014 (06.04.14).

Nella direzione di un potenziamento del ruolo delle autonomie locali, attuale il contributo di P. COSTANZO, *La tutela delle autonomie locali davanti alla Corte costituzionale*, in G. Rolla (a cura di), *La difesa delle autonomie locali*, Milano 2005, 147 ss.

<sup>113</sup> Sul punto, divergenti le opzioni proposte: tra i lavori di carattere monografico, I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni, Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli 2006; I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli 2010, L. CASTELLI, *Il Senato delle autonomie. Ragioni, modelli, vicende*, Padova 2010; M. OLIVETTI, *I raccordi fra le istituzioni nazionali e quelle regionali e locali: i problemi posti dalla trasformazione del Senato in una Camera delle autonomie territoriali*, in N. Antonetti - U. De Siervo (a cura di), *Che fare delle Regioni? Autonomismo e regionalismo nell'Italia di oggi* (atti del convegno dell'Istituto Luigi Sturzo), Roma 2014, 219 ss.; A.

Scrivendo Martines<sup>114</sup> “Nell’ora del crepuscolo delle istituzioni, quando le nebbie dello smarrimento collettivo ed il buio del degrado civile, politico e morale si infittiscono sempre più, occorre levare, forte e decisa, la voce in difesa della Repubblica, di questa Repubblica e della sua Costituzione”, che meritano di essere difese contro coloro i quali “vorrebbero trasformarle, senza però avere ben chiaro quale potrebbe essere il futuro assetto dello Stato”. Il timore avanzato dal professore (1993) non è mai stato così attuale: egli auspicava che non fossero in discussione le varie proposte di revisione costituzionale, sia perché le tensioni presenti nel sistema politico, se non adeguatamente risolte, “si riverserebbero, pari pari, sulle nuove istituzioni” sia perché le riteneva “nella maggior parte dei casi, un grosso alibi per i partiti che, incapaci di esprimere un indirizzo politico coerente e riconoscibile, nel proporre tentano di esorcizzare la loro crisi e di riversare sulla Costituzione il disfacimento dello Stato”.

Mai così attuale, per l’appunto: disfacimento al quale “non si sarebbe giunti solo se si fosse data puntuale e corretta attuazione alla Costituzione”. Pertanto il problema non diviene quello di emendare la Costituzione ma quello di darne piena e fedele attuazione<sup>115</sup>, di difendere la Repubblica e di rinvigorirla “riuscendo a far vivere una nuova stagione ai valori che ne stanno a fondamento: la democrazia, l’eguaglianza, la libertà, il decentramento del potere politico, la giustizia sociale”. In questa direzione è fondamentale che si mobiliti la società civile a tutti i livelli ed articolazioni, è necessario che i partiti “colonne portanti di ogni democrazia effettivamente vissuta, escano dal loro aristocratico isolamento e riconquistino il consenso non manipolato dei cittadini, pena la loro stessa sopravvivenza; che si affermi e si diffonda, nei singoli e nella coscienza collettiva, il sentimento della solidarietà politica, economica e sociale”. Ciò che purtroppo appare un’utopia.

La Costituzione “non intende essere totalizzante, non nutre eccessi giacobini, non impone modelli astratti, ma traccia concrete linee di tendenza e offre - alla politica che sappia e voglia servirsi - gli strumenti per assicurare il progresso dei singoli e dell’intera comunità nazionale. L’art. 3, comma 2, disegna un grande *processo* di emancipazione personale e sociale, non indica un preciso *modello* di società. Esso assume come meritevole di protezione l’interesse a che *ciascuno* realizzi il proprio progetto di emancipazione personale, ma la Costituzione non pretende di definirlo in positivo, limitandosi - invece - a contenerne la realizzazione entro i confini necessari perché non ne siano impediti gli analoghi progetti di tutti gli altri. Ciò conferma che l’attuazione (..) costituzionale non può passare direttamente per l’azione del giudice e che la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi del compimento del percorso indicato dalla Costituzione”<sup>116</sup>.

## 6. Brevi conclusioni.

Rispetto ai meccanismi istituzionali che si evincono dalla lettura del progetto di riforma, restano sullo sfondo le disfunzioni, più politiche ed etiche, che hanno caratterizzato, negli ultimi anni, il regionalismo italiano. Soprattutto in riferimento alle istituzioni dell’autonomia, i temi del rapporto

---

D’ALOIA, *Verso la riforma della Costituzione. Il ritorno della “Camera delle Regioni”*, in *Appunti di cultura e politica*, n. 3/2014, 11 ss.

<sup>114</sup> T. MARTINES, *In difesa della Repubblica*, in *Democrazia e Costituzione*, 27 marzo 1993, ora in *Opere, I, Teoria generale*, Milano 2000, 603-605. La realtà si discosta dal pensiero di un indiscusso Maestro, per cui ci si deve confrontare con le riforme fatte e con le riforme che si annunciano, alcune delle quali possono essere ritenute utili o persino necessarie.

<sup>115</sup> T. MARTINES, *op. loc. ult. cit.*, 605, secondo cui è nella direzione di rispetto della Costituzione, quella formale (la suddivisione dei ruoli) e dei valori in essa codificati (l’eguaglianza sostanziale, il buon andamento e l’imparzialità della pubblica amministrazione, la supremazia della legge, i diritti sociali, la democrazia pluralista), “che bisogna continuare a muoversi, tutti assieme e con coraggio, affinché la crisi non diventi irreversibile e gli ideali civili, politici e morali che la grande maggioranza degli italiani pone a fondamento dell’*idem sentire de Republica* non siano distorti o, ancor peggio, perduti”.

<sup>116</sup> M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in <http://www.rivistaaic.it/> 2013, n. 1, 15.

tra rappresentanza e rappresentatività<sup>117</sup>, del circuito perverso tra rappresentanza, rappresentatività, corruzione e “mala politica”, del rapporto, anch’esso spesso perverso, fra politica e consenso che trova proprio nelle istituzioni dell’Autonomia una sorta di moltiplicazione esponenziale, forse più che nelle istituzioni dello Stato centrale, costituiscono oggetto di attenzione quotidiana da parte della cronaca degli ultimi decenni.

In verità, nel rapporto tra politica ed interessi generali, in riferimento alla democrazia<sup>118</sup>, l’aforisma, già di per sé retorico «governo del popolo, per il popolo e da parte del popolo» pronunciato da A. Lincoln nello storico discorso di Gettysburg del 1863, appare oggi utopico e non solo nel nostro Paese.

Riguardo all’assetto delle autonomie, non si può dire che la democrazia in Italia non sia stata decidente.

Dal quadro delineato dal Costituente si è sostanzialmente espunta la “base regionale” con una legge elettorale diversa da quella per la Camera (la discrasia della diversa durata in carica delle Camere è stata superata dalla legge costituzionale del 1962).

Ha deciso di non decidere (avrebbe dovuto farlo entro un anno dalla entrata in vigore della Costituzione) rimandando di ventitré anni l’attivazione delle regioni a statuto ordinario, così come tante altre istituzioni della parte organizzativa della Costituzione furono rinviate attraverso la pratica dell’ostruzionismo di maggioranza<sup>119</sup>.

In questi casi il non decidere è comunque una decisione politica. Così anche le decisioni sbagliate, come si può facilmente dimostrare.

Difatti, nel 2001 è stata varata una riforma del Titolo V della Costituzione con pochi voti di maggioranza. Riforma che costringerà la Corte costituzionale a riscriverla nelle parti più importanti del rapporto Stato-regioni, tanto da reintrodurre, ad esempio, il parallelismo tra funzioni legislative ed amministrative, “alla rovescia”, però, come acutamente annotato in dottrina<sup>120</sup>.

Poi c’è stata la riforma (quella della *devolution*) del 2005, con la modifica di cinquantaquattro articoli della Costituzione, respinta dal corpo elettorale nel referendum costituzionale dello stesso anno.

Si era nel tempo dell’improbabile “federalismo”<sup>121</sup> che ha dominato per quindici e più anni, le discussioni politiche e tecniche. Ora si propone l’ennesima riforma del titolo V è la prova che ci rivela le disfunzioni ed i fallimenti della politica sulla Costituzione.

C’è poi un problema, persino estetico, di tecnica della normazione<sup>122</sup>, di *drafting*. La Costituzione del ’48, una volta approvata, fu affidata alla sapienza di Concetto Marchesi, latinista e insigne letterato, per ripulire il testo. E rimane un testo di nobile chiarezza.

---

<sup>117</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* cit., 399 ss.; D. NOCILLA - L. CIAURRO, voce *Responsabilità politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 543 ss. E’ appena il caso di osservare che nelle recenti elezioni regionali, l’affluenza sia stata del 52%, e dunque quasi la metà degli elettori non si è recata alle urne. Il che dimostra, pure utilizzando i dati delle elezioni del 2013, un “chiaro significato di protesta, di profondo dissenso, seppure espresso in forma anomala, probabilmente volto verso il sistema dei partiti, verso un certo modo di governare e di amministrare”, L. VENTURA, *Il diritto di resistenza*, Soveria Mannelli 2014, 103.

<sup>118</sup> P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Democrazia*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano 1964, 110 ss.

<sup>119</sup> P. CALAMANDREI, *L’ostruzionismo di maggioranza*, in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, Firenze 1966, I, 559 ss.

<sup>120</sup> A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2003.

<sup>121</sup> “Il fatto è che, al di là della ipotesi belga pur spesso evocata ma del tutto peculiare ed unica, in cui era necessario far convivere due poli di etnia, di lingua e di religione diverse (convivenza che era andata in crisi), non è dato “in natura” riscontrare un’ipotesi di federalismo per disgregazione come quello che si vorrebbe impiantare in Italia; a meno che non si vogliano qualificare (sul piano definitorio, però) come ipotesi di “federalismo per scissione” quelle che forse più propriamente sono da considerarsi ispirate al principio del decentramento”, L. VENTURA, da *Introduzione*, in *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, a cura di L. Ventura, Torino 2004, 2, a *Sovranità* cit., 4.

<sup>122</sup> M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 2010; S. PANIZZA, *La revisione costituzionale nell’esperienza della XVII legislatura, con particolare riferimento ai profili procedurali e alla tecnica normativa*, in *La Costituzione e la sua revisione* cit., 9 ss.

Già lo sbrego è stato effettuato nella riforma del 2001 (si pensi solo ad esempio, alla redazione confusa dell'art. 117).

Il progetto in discussione è la fotocopia di come si approvano attualmente le leggi, con magari pochi articoli e decine di commi, e con un richiamo per i cittadini del tutto criptico, di articoli e commi e con un rinvio a successivi commi ed articoli (artt. 29, 30 e 31 dell'ultimo progetto di riforma costituzionale).

Ma il testo di una Costituzione deve essere chiaro e leggibile non solo (e con fatica dai tecnici) ma soprattutto dai cittadini, se si pensa che l'esigenza avvertita da taluni costituzionalisti sia quella di portare e far leggere nelle scuole la legge fondamentale. Perché in una comunità scollata e disarticolata, la Carta fondamentale dovrebbe contribuire in modo decisivo a trovare l'*idem sentire de republica*. Insomma dovrebbe avere una funzione etica, didattica, di unità nei valori, nei principi e nelle regole organizzative costituzionali.

La democrazia decidente dovrebbe decidere non solo i singoli assetti di ingegneria istituzionale magari con un minor numero di riforme che si succedono continuamente e le cui vicende sono state qui sommariamente descritte, ma dovrebbe per prima cosa essere sostanzialmente tale, nel solco dei principi indefettibili della Costituzione, di essere cioè una democrazia fondata sul lavoro, di essere una democrazia solidale, di attuare pienamente i valori di uguaglianza e di libertà che stanno insieme o insieme cadono<sup>123</sup>, di essere una democrazia che, accanto ai diritti civili e politici, attui nel modo più pieno possibile, i diritti sociali.

È stato scritto che l'unità nazionale consiste nell'unità nei valori costituzionali, così come la democrazia prevede, quanto meno tendenzialmente ma in modo forte, eguale godimento di diritti in tutto il territorio nazionale, eguali prestazioni che le istituzioni sono obbligate a dare a tutti i cittadini per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano, per l'appunto la libertà e l'eguaglianza, nonché eguali doveri di solidarietà politica, economica e sociale<sup>124</sup>.

Una democrazia che si ispira, oltre che al pluralismo istituzionale, di cui si finisce di scrivere, potrebbe essere stata ed essere in futuro, per l'appunto, la democrazia nella sua dimensione autonomistica e territoriale.

---

<sup>123</sup> G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009; ID., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in <http://archivio.rivistaaic.it> (2008); L. VENTURA, *Sovranità* cit., 117 ss.

<sup>124</sup> L. VENTURA, *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, Bari 2012, 569 ss.; ID., *Rigore costituzionale ed etica repubblicana. Distorsione dei principi costituzionali in tema di democrazia e forma di governo*, in *Principi costituzionali*, cit.; ID., *Unificazione ed unità nazionale in Unificazione politica ed unificazione giuridica. Atti della giornata di studio per le celebrazioni dei 150 anni dell'Unità d'Italia 15 marzo 2011*, a cura di P. Mori, Napoli 2012, 14, che ricorda "che la nostra Costituzione delinea una forma di regionalismo solidale e cooperativo, in quanto la solidarietà non può riguardare solamente i singoli o i diversi ceti o le diverse classi, ma deve intercorrere tra zone geopolitiche dello stesso Paese, ed essere, in sostanza, solidarietà di sistema. Questo significa che, nel momento in cui i cittadini stanziati sui diversi territori regionali non dovessero godere più degli stessi diritti fondamentali o essere gravati dei medesimi doveri inderogabili, l'unità sarebbe costituzionalmente e inevitabilmente pregiudicata".

Alberto Marcheselli - Stefano Maria Ronco

**L'“incostituzionalità differita” della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di “teratogenesi” giuridica\***

SOMMARIO: *Premessa.* – 1. *La disciplina tributaria oggetto del giudizio ed il percorso argomentativo della Corte costituzionale.* – 2. *Profili critici in tema di delimitazione dell'efficacia temporale della decisione.* – 3. *Ulteriori osservazioni critiche: una concezione mutuata dall'analisi economica del diritto che considera la prevalenza della stabilità fiscale quale principio superiore ai diritti dei singoli.* – 4. *Breve digressione critica alla luce del diritto dell'Unione in tema di limitazione temporale degli effetti di una pronuncia giurisdizionale.* – 5. *La ricerca di percorsi argomentativi diversi alla luce del diritto dell'Unione: discriminazione qualitativa dei redditi alla luce dell'elemento del rischio quale condizione naturale dell'attività d'impresa: la difficoltà nell'individuazione dell'extraprofitto.* – 6. *Una possibile via alternativa: una giustificazione del tributo in chiave ambientale.* – 7. *Considerazioni alla luce della successiva [pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 12 maggio 2015](#).* –

Con la [sentenza 11 febbraio 2015, n. 10](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16°, 17° e 18° del d.l. n. 112/2008, istitutivi della c.d. Robin Tax, limitando gli effetti della sua pronuncia – non ai rapporti “non esauriti” alla data successiva alla sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* – ma ai soli rapporti “non antecedenti” a tale data.

Si tratta di una sentenza di notevole interesse, sia sotto il profilo più strettamente “costituzionalistico” (per la innovativa limitazione temporale della efficacia delle sentenze della Corte), sia sotto il profilo “finanziario” (anche, ma non solo, per la altrettanto innovativa valorizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio, come contrappeso alla “giustizia tributaria”).

Tale secondo profilo è l'esclusivo oggetto delle presenti riflessioni<sup>1</sup>.

---

\* Il presente contributo è frutto di riflessioni comuni; ai fini dell'attribuzione delle varie parti si segnala che i paragrafi 1, 2 e 7 sono stati scritti da Alberto Marcheselli, mentre i restanti paragrafi sono stati scritti da Stefano Maria Ronco. Si ringraziano Luca Amorello e Federica Pitrone per gli interessanti spunti di riflessione e consigli forniti nel corso della stesura del lavoro.

<sup>1</sup> Per un'analisi di tale pronuncia con riferimento ai riflessi nel campo del diritto tributario si vedano, *ex multis*, D. STEVANATO, *Robin Hood Tax tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, in *Corr. trib.*, 2015, 951 ss.; A. MARCHESELLI, *La incostituzionalità ‘retroattiva’ della ‘Robin Tax’: tra violazione dei diritti fondamentali, giurisprudenza evolutiva e conflitti giurisdizionali*, in *GT-Rivista di Giurisprudenza tributaria*, 2015, 617 segg.; ID., *Capacità contributiva e pareggio di bilancio: una ponderazione che non convince*, in *Giur. it.*, 2015, 1327 ss.; E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, in *Il Fisco*, 2015, 2433 ss.; G. FRANSONI, *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della ‘Robin Hood Tax’*, in *Corr. trib.*, 2015, 967 ss.; F. CAMPODONICO, *‘Robin Hood Tax’: la Corte costituzionale fa chiarezza sui criteri di determinazione della ragionevolezza del tributo*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2015, 436 ss.; A. MASTROBERTI, *‘Robin Hood Tax’ illegittima, irragionevole e mal strutturata, ma solo a decorrere dal futuro*, in *Il Fisco*, 2015, 866 ss.; G. MARONGIU, *La c.d. ‘Robin tax’ al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2011, 1188 ss.; ID., *Robin Hood tax: taxation without ‘constitutional principles’?*, in *Rass. trib.*, 2008, 1335 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Graduale abolizione della ‘Robin Hood tax’*, in *Corr. trib.*, 2015, 1979 ss.; F. GALLIO, A. MURADORE, *L'estensione della ‘Robin tax’ aumenta i dubbi di incostituzionalità*, in *Corr. trib.*, 2015, 2592 ss.; P. BORIA, *L'illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l'enunciazione di alcuni principii informativi del sistema di finanza pubblica*, in *GT-Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2015, 388 ss.

Invece, per un primo approfondimento dei risvolti in diritto costituzionale si vedano G.L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it) (ultimo accesso 20.08.2015); AA.VV., *Governance economica europea - Pareggio di bilancio e disavanzi eccessivi*, a cura di O. PORCHIA, M. PIERONI, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)



1. *La disciplina tributaria oggetto del giudizio ed il percorso argomentativo della Corte costituzionale.*

La disciplina oggetto del giudizio di costituzionalità sfociato nella sentenza in rassegna era quella istitutiva della c.d. *Robin Tax*, una addizionale sull'imposta sul reddito delle società (*I.R.E.S.*), applicabile solo ad alcuni operatori (società del settore della energia), e solo a determinate condizioni (un fatturato superiore a certi importi e, da un certo momento in poi, un utile superiore a determinate soglie).

Tali soggetti si vedevano, per effetto delle norme denunciate, assoggettati a un tributo maggiorato, nella forma della "addizionale", una aliquota di imposta "supplementare" applicata sull'*I.R.E.S.* ordinaria.

Il percorso seguito dalla Corte per arrivare alla declaratoria di incostituzionalità è scandito nei passaggi seguenti.

Il primo è rilevare che la *ratio* della disciplina era attuare una "discriminazione qualitativa" del reddito, cioè stabilire un prelievo differenziato, pur a parità di "ammontare" della ricchezza, e che tale obiettivo è non solo costituzionalmente legittimo, ma, anche, costituzionalmente apprezzabile. Lo stesso ammontare di reddito, è il ragionamento sotteso alla decisione, può esprimere capacità contributive diverse e, pertanto, giustificare prelievi diversi.

Questa affermazione suona lodevole e interessante agli orecchi dello studioso del diritto tributario. Lasciando da parte altre possibili giustificazioni (ad esempio, i costi sociali indotti dalla produzione delle diverse fonti, come in materia ambientale e simili) due ricchezze di 100 possono "valere" diversamente, a seconda di quanto ne sia stato "faticoso" o "certo" il prodursi e il riprodursi. È la antica distinzione tra i redditi "fondati" (su capitale) e quelli non "fondati" (sul lavoro). Può essere legittimo, in base al principio di capacità contributiva e solidarietà, sottoporre a una maggiore tassazione certi redditi perché meno "faticati" e più "certi e permanenti", pur a parità di importo, di altri<sup>2</sup>.

Per questa parte, la sentenza è apprezzabile, visto che riporta al centro del dibattito sulla fiscalità un argomento caduto in disuso, sicuramente delicato, ma importante, specie in un periodo in cui le ristrettezze economiche chiamano a un rigoroso vaglio della attuazione dei doveri di solidarietà.

La sentenza prosegue, poi, rilevando come la *Robin Tax* fosse ispirata all'obiettivo della "discriminazione qualitativa" dei redditi dei produttori di energia e individua le possibili giustificazioni di tale maggiore imposizione. Essenzialmente, il fatto che si tratterebbe di profitti maturati in un settore ad altissima redditività e a basso tasso di concorrenza, con una domanda anelastica, "extraprofitti" dipendenti da situazioni "congiunturali" e fattori "aleatori" (i fattori economici e geopolitici che incidono sul prezzo del petrolio) e non dall'attività o investimenti del contribuente.

Sul punto può rilevarsi che, almeno in astratto, la situazione di oligopolio e la rigidità della domanda possono concorrere a determinare dei guadagni particolarmente "certi", potenzialmente oggetto di discriminazione qualitativa.

---

(documentazione), 2013 (ultimo accesso 20.08.2015); M. PIERONI, O. PORCHIA, *L'obbligo di pareggio di bilancio nel diritto dell'Unione europea: l'introduzione del principio nella Carta costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (documentazione), 2012 (ultimo accesso 20.08.2015); R. PINARDI, [La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività](#), in questa *Rivista*, 2015, I, 224 ss; S. SCAGLIARINI, [La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"](#), *ibid.*, 236 ss.

<sup>2</sup> Su tali problematiche si veda, *ex multis*, E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, Milano, 2006, 189 ss.

Per altro verso, la presenza di elevati guadagni dipendenti da fluttuazioni dei prezzi del tutto estranee agli investimenti e sforzi del contribuente può concorrere a configurare redditi “meno faticati”, *unearned*, di altri e, quindi, una imposizione maggiore.

Si impone, comunque, qualche notazione. Intanto, quello energetico non è l'unico settore dove si registrano oligopoli (si pensi a telefonia, trasporti ferroviari, emittenza radiotelevisiva, ecc.)<sup>3</sup>.

Inoltre, quanto agli “extraprofitti”, affermare che i “redditi eccezionali” sono suscettibili di imposizione maggiorata implicherebbe definire quale sia la soglia dei “redditi normali”. Ciò determinerebbe analisi non semplici e non prive di rischio<sup>4</sup>.

Dal primo punto di vista, non è semplice individuare quale possa essere ritenuta la “redditività fisiologica” del capitale.

Dal secondo, è sommamente difficile sceverare, in presenza di tassi di rendimento molto elevati, tra le ipotesi in cui ciò dipenda da investimenti, capacità di innovazione, ricerca, da un lato, ovvero mero caso o fortuna, dall'altro. Tassare di più profitti “sopra la media” che siano effetto di particolari investimenti o capacità di innovazione è l'esatto opposto del fondamento di una discriminazione qualitativa, perché colpirebbe redditi per così dire “guadagnati”, e avrebbe un pericolosissimo effetto disincentivante di ricerca, innovazione progresso tecnologico, ecc.

Tanto premesso, la Corte passa a verificare se, individuati tali “fini legittimi”, la *Robin Tax* costituisca un “mezzo proporzionato”.

E la risposta al quesito è negativa, sotto tre profili.

Il primo è che l'addizionale si applica su “tutto il reddito” dei produttori di energia, non solo sulla quota di “extraprofitto”.

Il secondo è che l'addizionale era prevista non come temporanea, ma permanente.

Il terzo, che la relativa disciplina non assicurava che i produttori di energia non si sottraessero alla imposta, traslandola sui clienti, aumentando i prezzi.

La prima notazione appare ineccepibile: se la *ratio* è colpire i guadagni eccedenti l'ordinario, l'addizionale dovrebbe applicarsi alla sola porzione di reddito oltre il profitto ordinario.

La seconda notazione può essere oggetto di una riflessione. Dal tenore letterale della sentenza e valutando con rigore la scansione logica dell'argomento, per come formulato dal Giudice delle leggi, parrebbe doversi far scaturire la conclusione che l'avviso della Corte è, tra l'altro, che la discriminazione qualitativa dei redditi potrebbe essere legittima solo se contenuta in leggi temporanee.

A ben vedere, sul piano della logica giuridica finanziaria, ciò non è del tutto convincente. La discriminazione qualitativa deve essere temporanea se è temporaneo il carattere fondato, eccezionale, “non faticato” del reddito. Ma se il fondamento della discriminazione qualitativa è permanente, non si vede perché non dovrebbe esserlo la maggiorazione della imposta. Per quanto concerne la *Robin Tax*, il regime doveva essere temporaneo, per la parte di extra profitti correlata alla situazione di contingente eccezionale elevatizza del prezzo del petrolio. Ma che la *Robin Tax* dovesse essere congiunturale non significa, in termini di proporzionalità finanziaria, che lo debbano essere tutti i tributi che attuano una discriminazione qualitativa.

Il terzo profilo, ugualmente, merita qualche approfondimento. La Corte rileva che la disciplina della imposta non sarebbe idonea ad evitare che essa venga traslata sui clienti, aumentando i prezzi. La Corte rileva qui una inidoneità della imposta, che voleva sottoporre a imposizione gli extraprofitti dei produttori di energia, a “colpire il bersaglio”, atteso che l'onere di essa non inciderebbe soltanto, economicamente, i suoi destinatari, ma, paradossalmente, gli utilizzatori della energia, che dovrebbero, per definizione, essere al riparo, se non addirittura i soggetti “protetti” dall'addizionale sulla energia: l'addizionale dovrebbe sottrarre una quota maggiorata di reddito ai soggetti titolari di extraprofitti, per finanziare i servizi, destinati per lo più alle categorie deboli.

---

<sup>3</sup> D. STEVANATO, *Robin Hood Tax tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, cit., 953.

<sup>4</sup> D. STEVANATO, *La giustificazione sociale della imposta*, Bologna, 2014, in particolare 708 ss.

Mentre i primi due profili sono ragioni di illegittimità della disciplina per aver illegittimamente leso i produttori di energia (con un prelievo eccessivo nel “quanto” perché non limitato all’extraprofitto, e nel “quando”, perché non limitato nel tempo), il terzo è un ritenuto profilo di illegittimità per ragioni opposte: perché si tratta di un tributo che non incide soltanto i produttori di energia.

Assunto che la *Robin Tax* è, allora, illegittima, perché viola gli artt. 3 e 53 Cost. sotto i profili appena delineati, la Corte si interroga sulla efficacia temporale della sua decisione.

A tale proposito, premesso l’ovvio limite dei “rapporti esauriti”, la Corte afferma che, quando la indiscriminata efficacia delle sue decisioni rispetto ai rapporti non esauriti sia suscettibile di incidere su altri valori costituzionali, essa avrebbe il potere di introdurre una ulteriore limitazione alla efficacia temporale del proprio *decisum*.

## *2. Profili critici in tema di delimitazione dell’efficacia temporale della decisione.*

Si tratta di una affermazione di grande momento e di notevole impatto innovativo rispetto alla giurisprudenza costituzionale fin qui maturata.

Poiché, secondo l’intento dichiarato all’inizio di queste brevi note, oggetto delle presenti riflessioni è solo il recinto delle questioni più squisitamente finanziarie oggetto della sentenza, tralasciamo qui completamente tale profilo (“se, con quale fondamento e limiti” la Corte possa, in generale, limitare l’efficacia temporale delle sue sentenze), per concentrarci sul “come” la Corte ha effettuato la ponderazione, cioè su quali “valori costituzionali” essa abbia appuntato la sua attenzione, per ritenere che la loro tutela possa almeno compensare la violazione del principio di uguaglianza e capacità contributiva, lesi della *Robin Tax*.

La Corte osserva che a) il rimborso del tributo incostituzionale determinerebbe un esborso da parte dello Stato, b) che il rimborso squilibrerebbe il bilancio, c) che l’equilibrio di bilancio è un valore costituzionale, dopo la riforma dell’art. 81 Cost.

E da queste tre premesse trae la conclusione che: d) la indiscriminata efficacia della sentenza a tutti i rapporti non esauriti violerebbe l’art. 81 Cost.

La soluzione ottimale sarebbe, allora, ritenere l’efficacia della declaratoria di incostituzionalità solo “*pro futuro*”, ai soli rapporti “nuovi”<sup>5</sup>.

Tale conclusione viene ulteriormente corroborata assumendo che, per altro verso, ove il tributo fosse rimborsato, l’equilibrio di bilancio dovrebbe essere raggiunto solo a prezzo di una manovra finanziaria lesiva delle categorie sociali economicamente più deboli e, quindi, meritevoli di tutela. Incidere queste ultime, invece che i soggetti lesi dalla *Robin Tax*, pur incostituzionale, determinerebbe la violazione degli artt. 2 e 3 Cost.

Ciò posto, va evidenziato come questa parte della decisione generi perplessità<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sulla problematica identificazione dei rapporti “nuovi”, si veda G. FRANSONI, *L’efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della ‘Robin Hood Tax’*, cit., 967 ss. Si veda anche M. BASILAVECCHIA, *Graduale abolizione della ‘Robin Hood tax’*, cit., 1979 ss., dove si evidenzia come “la formula della cessazione degli effetti assume dunque nella fattispecie un significato diverso: mentre normalmente essa preclude qualunque atto applicativo della norma incostituzionale successivo alla pubblicazione della sentenza n. 10 del 2015 essa impone che il prelievo incostituzionale non sia più applicato con riferimento ai periodi d’imposta successivi, ma consente l’applicazione del tributo anche dopo la sentenza, purché per fatti collocati anteriormente alla pronuncia”.

<sup>6</sup> *Contra*, P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principii informatori del sistema di finanza pubblica*, cit., 394, dove, pur evidenziando elementi di criticità in tale argomentazione della Corte, si sostiene altresì come “in ogni caso esiste una giurisprudenza costituzionale che ha fatto ricorso a una graduazione degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità con riguardo ai rapporti giuridici pendenti, rinunciando all’applicazione della retroattività sic et simpliciter”.

Su posizioni critiche a tale riguardo si veda anche F. CAMPODONICO, *‘Robin Hood tax’: la Corte costituzionale fa chiarezza sui criteri di determinazione della ragionevolezza del tributo*, cit.

In primo luogo, occorre interrogarsi sulla “natura” dell’equilibrio di bilancio nel quadro della disciplina della Carta fondamentale<sup>7</sup>.

La disposizione: “lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico” e, in genere, il valore della “sostenibilità” del debito sono, certo, “obiettivi” e “limiti” che la Costituzione assegna al legislatore (e non solo).

Si tratta, però e in primo luogo, di obiettivi e limiti che concernono i “mezzi” e non i “fini”: il “rapporto” tra entrate e spese e la “sostenibilità” del debito. Si tratta, inoltre, di obiettivi che restano “relativi” e “neutrali”.

La norma dell’art. 81 non solo non dice “quali valori sostanziali” vadano perseguiti, ma non stabilisce neppure “quanti mezzi finanziari, come” e “dove” debbano essere reperiti, né “quanto, come” e “dove” essi debbano essere spesi.

Non pare che il parametro e obiettivo dell’equilibrio di bilancio o della sostenibilità possano comprimere la portata di altri valori costituzionali.

La decisione della Corte, letteralmente, afferma il contrario, ma tale impostazione merita adeguata riflessione.

La regola dell’art. 81, per vero, sembra attenere e impattare soltanto sul “modo di finanziamento” della attuazione dei valori costituzionali. Detta norma dice soltanto che la legislazione e i valori costituzionali ad essa sottesi non possono essere attuati squilibrando il bilancio, ma non che ragioni di bilancio possano, in assoluto, impedire di attuarli.

Si tratta di due affermazioni diverse e non sovrapponibili.

Una legge che squilibri il bilancio è incostituzionale, ma non perché l’equilibrio di bilancio prevalga sul valore costituzionale che la legge intendeva realizzare, ma perché la legge non rispetta le “regole sui metodi di finanziamento”.

Ogni manovra che tuteli un valore costituzionale comportando maggiore spesa o minore entrata può tranquillamente rispettare l’equilibrio di bilancio, semplicemente procedendosi al taglio di una spesa equivalente o alla previsione di una equivalente maggiore entrata. Sono tali ulteriori e diversi tagli di spesa o maggiori entrate che possono impattare su altri valori costituzionali ed è, pertanto, con questi che deve essere effettuata la ponderazione sostanziale, non con l’equilibrio di bilancio. Esemplificando, l’abrogazione di un tributo sulle rendite finanziarie può essere finanziariamente compensata da un ipotetico taglio alla spesa sanitaria. Il valore sostanziale che può impedire l’abrogazione del tributo dell’esempio non è, allora, lo squilibrio di bilancio, ma la tutela della salute.

L’equilibrio di bilancio è una “regola di metodo, formale, relativa e neutrale”, la cui violazione può determinare la illegittimità delle norme, ma la “ponderazione di merito” va fatta tra valori sostanziali.

Ciò comporta dei corollari decisivi proprio quanto ai profili esaminati dalla sentenza.

L’ingiustizia di una imposta non può essere giustificata, neppure temporaneamente, perché essa garantiva l’equilibrio di bilancio, o, il che è lo stesso, perché la sua eliminazione lo squilibrerebbe. L’equilibrio di bilancio è una regola di metodo finanziario della legislazione, non un valore contrapposto a giustizia o altri valori (uguaglianza, capacità contributiva, ecc.). Se il legislatore equilibra il bilancio con una manovra ingiusta, la soluzione corretta non è mantenere la soluzione

---

Per ulteriori profili di criticità circa la delimitazione degli effetti temporali operata dalla sentenza *de qua* con specifico riferimento alla tematica delle sanzioni tributarie si veda E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, cit., 2433 ss.

<sup>7</sup> Per un primo approfondimento del principio del pareggio di bilancio, con specifico riferimento alle fonti di diritto internazionale e di diritto dell’Unione si veda, senza pretesa di completezza, G. SCACCIA, *The balanced budget rule between Constitution and European constraints*, in AA.VV., *Governance economica europea. Strumenti dell’Unione, rapporti con l’ordinamento internazionale e ricadute nell’ordinamento interno*, a cura di O. Porchia, 2015, 257 ss.; M. PIERONI, *L’evolvere dell’assetto costituzionale in tema di finanza pubblica*, in AA.VV., *Governance economica europea. Strumenti dell’Unione, rapporti con l’ordinamento internazionale e ricadute nell’ordinamento interno*, cit., 227 ss.; M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013 (ultimo accesso 20.08.2015).

ingiusta “per ragioni di bilancio”, ma sostituire la manovra ingiusta con quella giusta, ugualmente rispettosa dell’equilibrio finanziario.

Il tributo ingiusto può sopravvivere solo nel caso limite in cui l’equilibrio non possa essere raggiunto da nessuna altra soluzione meno ingiusta. Le ragioni di bilancio possono, insomma, impattare sugli altri valori costituzionali solo negli stretti limiti della “proporzionalità”, e, cioè, quando l’equilibrio di bilancio non possa essere attuato in altro modo. Il tributo “ingiusto” (o il taglio alla spesa lesivo di diritti fondamentali) può essere costituzionalmente tollerato solo se esso sia uno strumento proporzionato, e tale condizione sussiste solo se non sussistano alternative meno lesive.

La sentenza in rassegna appare allora carente, sotto il profilo della ponderazione dei tratti fondamentali del diritto finanziario.

Essa “ipostatizza” l’equilibrio di bilancio a “valore sostanziale”, da un lato e, dall’altro, omette di considerare il profilo della “proporzionalità del sacrificio” o della “evitabilità altrimenti” della lesione dei valori costituzionali coinvolti.

In concreto, essa nega il rimborso del tributo incostituzionale per violazione degli artt. 3 e 53 Cost. omettendo di valutare adeguatamente se l’equilibrio di bilancio poteva essere attuato con un tributo alternativo che fosse conforme ai principi costituzionali, oppure con un corrispondente taglio alla spesa che fosse rispettoso dei diritti fondamentali.

La decisione è, sul punto, frettolosa, come lo è altresì nell’inciso secondo cui le manovre correttive alternative avrebbero certamente leso fasce deboli della popolazione. È la stessa Corte ad ammettere che una discriminazione qualitativa dei redditi legittima sarebbe stata possibile in luogo di quella attuata con la *Robin Tax*.

Ne consegue che un tributo giusto (se non un taglio alla spesa) che preservasse le ragioni di bilancio era giuridicamente ipotizzabile (e doveroso) e, pertanto, non è conforme la limitazione dell’efficacia della decisione ai soli rapporti futuri e l’obliterazione del diritto al rimborso.

Se intesa alla lettera, inoltre, tale impostazione porterebbe ad approdi abnormi, sul piano della logica giuridica finanziaria.

L’argomentazione equivarrebbe ad affermare non che le esigenze di bilancio richiedono “sacrifici”, non che la crisi economica giustifica “maggiori sacrifici”, ma che la crisi economica e la crisi dei debiti sovrani pubblici giustificano, almeno transitoriamente, “qualsiasi sacrificio”, anche quello diseguale, sproporzionato, ingiusto, perché lesivo di altri valori costituzionali o diritti fondamentali, “evitabile altrimenti”.

Portata ai suoi corollari coerenti, sul piano della logica giuridica finanziaria, l’argomentazione della Corte implica che ogni manovra finanziaria (operante al livello delle entrate: maggiori tributi, ovvero delle uscite: tagli alla spesa), potrebbe giustificarsi per ragioni di bilancio.

Persino un tributo confiscatorio (esempio, il prelievo del 100% del saldo dei conti correnti) o il taglio di servizi pubblici essenziali (esempio, l’assistenza sanitaria agli ultrasessantenni) potrebbe trovare la sua giustificazione, almeno temporanea, nell’obiettivo del pareggio di bilancio.

Si tratta, pertanto, di un orientamento da apprezzare criticamente, contestualizzare e adeguatamente circoscrivere.

### *3. Ulteriori osservazioni critiche: una concezione mutuata dall’analisi economica del diritto che considera la prevalenza della stabilità fiscale quale principio superiore ai diritti dei singoli.*

Al di là delle considerazioni critiche formulate nei paragrafi precedenti, l’impostazione seguita dalla Corte testimonia di una concezione che può essere letta in chiave di ‘finanza funzionale’<sup>8</sup> e che, peraltro, utilizza logiche che richiamano alcune acquisizioni dell’analisi economica del diritto<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Su tali profili si veda P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principi informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 394 ss.

<sup>9</sup> In via di prima introduzione sul tema dell’analisi economica del diritto si veda AA.VV., *The origins of law and economics. Essays by the founding fathers*, a cura di F. Parisi, C.K. Rowley, *The Locke Institute*, 2007.



In via di prima introduzione è noto che una delle caratteristiche distintive del metodo dell'analisi economica del diritto muove dall'esigenza di comprendere il fenomeno del diritto *“non solo tenendo conto delle norme giuridiche e del loro sistema chiuso”*, ma proponendosi un'analisi *“dei fenomeni che parta dal comportamento degli operatori economici”*, cercando di giungere ad *“una sistemazione della materia giuridica più reale di quanto non sia possibile fare osservando le norme e la loro tradizionale applicazione”*<sup>10</sup>.

Una concezione, quest'ultima, che si iscrive nel solco del pensiero neo-liberale secondo la quale *“il risultato ottimale da perseguire [coincide] con la stipulazione del maggior numero possibile di transazioni massimizzanti”*<sup>11</sup>.

Tale impostazione, quindi, individua nella transazione l'unità elementare d'analisi, con effetti non secondari sulle tradizionali categorie del diritto<sup>12</sup>.

In dottrina, infatti, si sostiene come una delle più significative acquisizioni dell'analisi economica del diritto sia l'abbandono della figura del soggetto, inteso quale figura dotata di autonomia e di capacità di auto-governo, per una concezione che vede nella massimizzazione la categoria teoretica caratterizzante, punto di riferimento del diritto<sup>13</sup>.

Tale linea teorica, in ultima battuta, giunge a postulare l'idea secondo la quale *“le risorse e i diritti dovrebbero essere assegnati in modo da garantire la massimizzazione del benessere complessivo. Il che si traduce, a livello giuridico, nella massima per cui le regole devono essere costruite in modo che le risorse finiscano nella disponibilità di chi le valuta di più”*, implicando *“una radicale svalutazione del soggetto [...]”* in cui divengono decisive *“non le qualità personali di ciascun soggetto, ma la capacità di ciascuno di utilizzare il bene nella maniera più produttiva. Capacità che a sua volta dipende in definitiva dalla capacità del soggetto di controllare altre risorse che si combinino con il bene produttivo in questione, in maniera produttivamente ottimale”*<sup>14</sup>.

Ora, si crede che tali argomentazioni presentino elementi di interesse ai nostri fini.

Più in particolare, si ritiene che un approccio di tipo *law and economics* si possa cogliere – forse in maniera neppure del tutto voluto – nel passaggio della pronuncia *de qua* dove la Corte afferma che *“l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connessi alla dichiarazione di illegittimità costituzionale [...] determinerebbe uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione Europea”*<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, 40 s.

<sup>11</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2015, 21.

<sup>12</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 23, dove si evidenzia come *“l'impostazione in termini di analisi economica, e la centralità attribuita alle nozioni di transazione e massimizzazione, hanno a mio avviso un impatto potenzialmente dirompente sulle categorie fondamentali del pensiero giuridico”*.

<sup>13</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 26-27, dove si evidenzia come *“il soggetto dell'AEL conserva del soggetto kantiano la capacità di scegliere, ma la mette al servizio di un nuovo 'imperativo categorico': la massimizzazione. Il soggetto massimizzante diventa così il nuovo punto di riferimento di tutto il diritto”*.

<sup>14</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 35-36, dove, in ultimo, si afferma che *“il fatto è che, tradotta a livello giuridico, questa concezione comporta una surrettizia mutazione della stessa nozione di diritto soggettivo. In questa prospettiva il diritto soggettivo non è più concepito come uno strumento che deve consentire lo sviluppo della personalità del soggetto. Al contrario, è il soggetto che diventa uno strumento. Si pensi alla gallina che fa le uova d'oro. Nella prospettiva della massimizzazione, qualsiasi sistema giuridico dotato di buon senso le riconoscerà molti diritti [...]. La gallina potrà così sviluppare al massimo tutte le sue potenzialità e fare un sacco di uova. [...]”*.

<sup>15</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10, § 8.](#)

Si tratta di affermazioni, queste ultime, assai significative in quanto costituiscono uno dei primi casi in cui la Corte – in maniera espressa<sup>16</sup> – pone in essere un percorso argomentativo direttamente volto ad un’analisi improntata a ragionamenti di tipo *law and economics* in chiave macroeconomica<sup>17</sup>.

Argomentazioni, più nello specifico, che testimoniano di un’analisi costi-benefici delineata secondo le seguenti scansioni logiche.

In primo luogo, la Corte afferma la centralità del principio del pareggio di bilancio quale espressione di un principio generale – discendente sia dal diritto dell’Unione Europea che da trattati internazionali stipulati dall’Italia con alcuni Paesi dell’Unione stessa – atto a rappresentare, così come enucleato dall’art. 81 Cost., un valore di portata sostanziale, in grado di bilanciare ed, eventualmente, anche comprimere altri valori di portata costituzionale. Dopodiché, la Corte giunge ad interrogarsi sugli effetti di un’eventuale efficacia *ex tunc* della propria pronuncia di incostituzionalità<sup>18</sup>.

Si tratta, però, di una valutazione fondata su criteri di tipo macroeconomico, legati ad una logica che attribuisce centralità non tanto ai diritti individuali, quanto, piuttosto, ad una concezione dove prevalgono criteri di tipo ‘aggregato’, rispetto ai quali i diritti dei singoli scolorano e perdono rilevanza<sup>19</sup>.

Tale concezione, in altre parole, vede nella codificazione del principio del pareggio di bilancio di cui all’art. 81 Cost. l’espressione di una definitiva giuridificazione di un principio macroeconomico che già rappresenterebbe, secondo molti, la più significativa estrinsecazione ‘costituzionale’ del diritto dell’Unione<sup>20</sup>.

A tale proposito, l’analisi della Corte adotta una metodologia – estrinsecata nel rapporto costi-benefici - propria dell’analisi economica del diritto, tesa a verificare se i benefici di finanza pubblica legati al rispetto dell’art. 81 Cost. siano maggiori, da un punto di vista quantitativo, ai costi di una eventuale sentenza contraria. In tale valutazione la Corte costruisce il proprio giudizio sull’analisi del rapporto tra i benefici di carattere macro-finanziario derivanti dal presente pronunciamento e gli eventuali benefici – di tipo microeconomico - che deriverebbero dal riconoscere pienamente, specie

<sup>16</sup> Si veda P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principi informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 394.

<sup>17</sup> Per un primo approfondimento degli studi che si sono interessati al rapporto tra diritto e macroeconomia si vedano B.M. SALAMA, *The art of law & macroeconomics*, in *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*, 2011, disponibile al seguente indirizzo [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/65](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/65) (ultimo accesso 20.08.2015); M. KELMAN, *Could lawyers stop recession? Speculations on law and macroeconomics*, in *Stanford Law Review*, 1993, 1215 ss.; D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 458, 2011, disponibile al seguente indirizzo [http://digitalcommons.law.yale.edu/ssf\\_papers/458](http://digitalcommons.law.yale.edu/ssf_papers/458) (ultimo accesso 20.08.2015); Y. LISTOKIN, *Law and macroeconomics*, *Law and economics seminar paper*, 2014.

<sup>18</sup> *Corte cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10, § 8*: “L’impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l’Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime.

Pertanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.”

<sup>19</sup> Si vedano, in questo senso, D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, cit., 64 ss.; Y. LISTOKIN, *Law and macroeconomics*, cit., 31 s.

<sup>20</sup> Si veda K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone crisis. A constitutional analysis*, Cambridge University Press, 2014, 57 ss., dove si evidenzia come “in the Maastricht macroeconomic constitution, stability was a major economic objective. [...] the new position of financial stability as an overriding economic objective, explicitly confirmed in Pringle and the amendment to Art. 136 TFEU, is a central part of the constitutional mutation at the level of principles. In line with other mutations, it reacts to the at least partial failure of the economic theory underpinning the Maastricht macroeconomic constitution” (183 s.).

con riferimento ai rapporti non ancora esauriti, il diritto al rimborso nei confronti di coloro che sono stati incisi dal tributo dichiarato incostituzionale<sup>21</sup>.

Analisi costi-benefici a cui, peraltro, la Corte fa seguire anche una valutazione in termini distributivi, legata ad una dinamica improntata a criteri di solidarietà sociale, interrogandosi circa gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità con effetti *ex tunc* rispetto alla posizione delle fasce economicamente più deboli, che si vedrebbero ulteriormente colpite in un quadro economico di crisi qualora al fine di poter dare corso alla restituzione dell'indebitato a favore dei pochi colpiti dalla *Robin Tax* si dovesse procedere ad una manovra finanziaria aggiuntiva per poter garantire il mantenimento del pareggio di bilancio previsto *ex art.* 81 Cost.<sup>22</sup>.

Da tali elementi si evince, quindi, come l'approccio seguito dalla Corte vada ricondotto nell'alveo di una lettura del novellato art. 81 Cost. quale enucleazione e giuridificazione della rilevanza di concetti e nozioni di stampo macroeconomico che vedono nella stabilità fiscale rappresentata dal pareggio di bilancio un principio generale dell'ordinamento italiano, in continuità con l'orientamento delle fonti di diritto dell'Unione e di diritto internazionale.

In questa chiave, d'altronde, si può comprendere per quale ragione non abbia trovato spazio una valutazione orientata ad un rigoroso rispetto del principio di proporzionalità.

Se, infatti, si era sostenuto in precedenza come le ragioni di bilancio dovrebbero incidere su altri principi costituzionali in quelle sole ipotesi in cui non siano individuabili alternative meno lesive del dettato costituzionale, una lettura orientata in chiave macroeconomica – quale si ritiene quella messa in atto dalla Corte costituzionale nel caso in esame – depotenzia in radice il giudizio di proporzionalità, facendo assurgere a criteri discretivi valutazioni di tipo economico improntate, come visto, a logiche proprie delle analisi costi-benefici oppure di tipo distributivo.

#### *4. Breve digressione critica alla luce del diritto dell'Unione in tema di limitazione temporale degli effetti di una pronuncia giurisdizionale.*

Un ulteriore elemento di perplessità dell'affermazione della Corte in punto di limitazione temporale degli effetti della declaratoria di incostituzionalità deriva, poi, da un'attenta considerazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia con riferimento ad una variegata casistica in cui la piena attuazione, con effetti *ex tunc*, di una declaratoria di incompatibilità con il diritto dell'Unione di normative nazionali degli Stati membri avrebbe potuto causare squilibri di bilancio potenzialmente difficili da gestire, tali da richiedere la messa in atto di apposite manovre finanziarie da parte degli Stati interessati.

Merita, a tale proposito, prendere a riferimento le considerazioni espresse dalla Corte di Giustizia nel caso *Transportes Jordi Besora SL*<sup>23</sup>, in cui la Corte ha specificamente analizzato il profilo relativo alla possibilità di limitare nel tempo gli effetti di una propria pronuncia di incompatibilità.

In tale caso il governo spagnolo aveva, infatti, palesato il rischio che l'obbligo di rimborso degli importi nel tempo illegittimamente percepiti in forza del tributo dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione avrebbe potuto mettere in difficoltà il finanziamento della sanità pubblica nelle Comunità autonome, chiedendo, pertanto, che gli effetti della sentenza si limitassero solo ai 'rapporto nuovi'<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Per approfondimenti circa la centralità dell'analisi costi-benefici e di tipo distributivo quali estrinsecazioni di moduli tipici di ragionamenti *law and economics* fondati su un approccio macroeconomico si veda D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, cit., 65.

<sup>22</sup> Per approfondimenti circa la centralità dell'analisi costi-benefici e di tipo distributivo quali estrinsecazioni di moduli tipici di ragionamenti *law and economics* fondati su un approccio macroeconomico si veda D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, cit., 65.

<sup>23</sup> *Transportes Jordi Besora SL c. Generalitat de Catalunya*, in C-82/12 (EU:C:2014:108). Per un approfondimento di tale pronuncia, si veda F. PITRONE, *Defining 'environmental taxes': input from the Court of Justice of the European Union*, in *Bulletin for international taxation*, 2015, 58 ss.

<sup>24</sup> *Ibidem*, § 38: "A sostegno della loro domanda la Generalitat de Catalunya e il governo spagnolo, da un lato, attirano l'attenzione della Corte sulle serie conseguenze finanziarie derivanti da una sentenza che effettuasse una simile

A fronte di tale istanza, la Corte ha evidenziato come eventuali limitazioni degli effetti temporali delle proprie pronunce possono essere disposte “*soltanto in presenza di circostanze ben precise, in particolare quando vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, segnatamente, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme al diritto dell’Unione in ragione di un’oggettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni di diritto dell’Unione, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione*”<sup>25</sup>.

Condizioni che, tuttavia, la Corte non ha ritenuto integrate nel caso in esame, evidenziando, peraltro, come, per giurisprudenza costante, “*le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non giustificano, di per sé, la limitazione dell’efficacia nel tempo di tale sentenza. [...] Se così non fosse, le violazioni di maggiore gravità sarebbero trattate più favorevolmente dal momento che sono queste che possono comportare implicazioni finanziarie di maggiore rilevanza per gli Stati membri. Inoltre, limitare gli effetti nel tempo di una sentenza basandosi soltanto su considerazioni di questa natura porterebbe ad una sostanziale riduzione della tutela giurisdizionale dei diritti che i contribuenti traggono dalla normativa fiscale dell’Unione*”<sup>26</sup>.

Ora, si ritiene che tali argomentazioni – per quanto riferite ad una controversia in cui, diversamente dal caso affrontato dalla Corte costituzionale, si discuteva di una materia che ricadeva nel campo di applicazione del diritto dell’Unione<sup>27</sup> - avrebbero dovute essere attentamente vagliate e prese in considerazione da parte del Giudice delle leggi.

Con questo non si intende sostenere che la Corte costituzionale avrebbe dovuto necessariamente seguire il rigoroso orientamento espresso dalla Corte di Giustizia.

Tuttavia, attesa la considerazione prestata dalla Corte costituzionale a tutela del principio del pareggio di bilancio, quale trasposizione interna del diritto dell’Unione e del diritto internazionale, pare criticabile che lo stesso Giudice non abbia, allo stesso tempo, inteso prestare alcuna attenzione nell’ambito del proprio giudizio di bilanciamento ad altri valori, anch’essi provenienti da insegnamenti enucleati nel tempo da parte delle medesime istituzioni, che nell’alveo di casistiche non dissimili da quella affrontata nel caso *de quo*, hanno avuto modo di riconoscere la preminenza di principi e considerazioni più attente alla tutela dei singoli e meno atte ad incentivare, specie *pro futuro*, pratiche statuali da ritenersi illegittime.

*5. La ricerca di percorsi argomentativi diversi alla luce del diritto dell’Unione: discriminazione qualitativa dei redditi alla luce dell’elemento del rischio quale condizione naturale dell’attività d’impresa: la difficoltà nell’individuazione dell’extraprofitto.*

Ci si deve chiedere, a questo punto, se la Corte avrebbe potuto seguire percorsi argomentativi diversi rispetto a quello fino ad ora criticamente esposto, teso ad individuare forme di legittimazione della normativa in materia di *Robin Hood Tax*.

---

constatazione. L’IVMDH sarebbe infatti stata all’origine di molteplici controversie. Orbene, l’obbligo di rimborsare detta imposta, il cui gettito avrebbe raggiunto un importo pari a EUR 13 miliardi circa nel periodo compreso fra il 2002 e il 2011, metterebbe in pericolo il finanziamento della sanità pubblica nelle Comunità autonome.”

<sup>25</sup> *Ibidem*, § 42.

<sup>26</sup> *Ibidem*, §§ 48-49.

<sup>27</sup> Per un primo approfondimento della nozione di campo di applicazione del diritto dell’Unione si veda la pronuncia della Corte di Giustizia del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, in C-617/10 (EU:C:2012:340).



In dottrina, infatti, si è sostenuto come “*la soluzione accolta nel caso specifico – e dunque l’illegittimità costituzionale della Robin Hood Tax – avrebbe potuto essere diversa se il test di proporzionalità avesse considerato diversamente ‘i fini’ dell’imposta*”<sup>28</sup>.

Un primo percorso che merita qui approfondire muove dalla valorizzazione di alcune considerazioni espresse dalla Corte in tema di discriminazione qualitativa dei redditi.

Si tratta, peraltro, di una questione che chiama in causa la complessa tematica afferente la rilevanza dell’elemento del rischio quale condizione tipica dell’attività d’impresa.

A tale proposito, la dottrina di diritto commerciale ha, infatti, rilevato come a corollario della nozione di attività di tipo economico svolta secondo logiche imprenditoriali e quale condizione imprescindibile di qualificazione della nozione stessa di imprenditore, si collochi l’elemento del rischio<sup>29</sup>.

In tal senso si è affermato come “*l’imprenditore corre il rischio del processo produttivo. Come contropartita, egli fa suoi i profitti dell’impresa. Il profitto è in altre parole l’esatto corrispondente del rischio; o, se si preferisce, il rischio giustifica il profitto*”<sup>30</sup>.

Tale considerazione è storicamente ben presente nella dottrina commercialista, la quale riconosce, ad esempio, l’importanza della tutela offerta dalla forma giuridica di stampo capitalistico quale modalità di allocazione del rischio imprenditoriale, in un’ottica di rafforzamento dei traffici economici<sup>31</sup>, sul presupposto della intrinseca rischiosità dell’attività imprenditoriale<sup>32</sup>.

Ora, l’elemento del rischio che, come visto, costituisce dato intrinseco e proprio all’attività imprenditoriale, trova riconoscimento anche nella dottrina tributaria che si è interessata al tema dell’imposizione sulle attività rischiose<sup>33</sup>.

In tale sede, infatti, si è evidenziato come la consistenza dell’obbligazione tributaria possa mutare alla luce di “*accadimenti futuri, non perfettamente prevedibili (o controllabili)*” che “*possono comportare vantaggio svantaggi per taluni soggetti*”<sup>34</sup>.

Si tratta, però, di un tema complesso che non si presta a facili generalizzazioni.

Parte della dottrina ha, infatti, sostenuto che le modalità che contrassegnano il sistema impositivo vigente, caratterizzate dall’abbinamento “*tra la determinazione postergata del reddito percepito e*

<sup>28</sup> P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principi informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 394.

<sup>29</sup> Su tale nozione si veda, in generale, G. ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1144 ss. Con riferimento al rischio imprenditoriale si vedano V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2002, 222 ss.; F. CAVAZZUTI, voce *Rischio d’impresa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, 2000, Milano, 1093 ss.

<sup>30</sup> G. COTTINO, *L’imprenditore. Diritto commerciale*, Padova, 2000, 75-76.

<sup>31</sup> A tale riguardo si veda, *ex multis*, AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative. Tomo I*, a cura di F. Galgano, R. Genghini, Padova, 2006, 4-5, dove l’A. evidenzia come “*assumere responsabilità limitata significa, in termini economici, non correre altro rischio se non di perdere la somma o il bene conferito in società; significa salvare, nel caso di dissesto della società, il proprio restante patrimonio. La responsabilità limitata comporta, in termini giuridici, che il socio non è obbligato, patrimonialmente, se non ad eseguire il conferimento determinato nel contratto sociale, e che è a ciò obbligato solo nei confronti della società*”.

Sempre sulla centralità della forma giuridica e, in particolare, sulla gestione del rischio d’impresa, nonché in merito all’analisi delle specifiche tipologie di rischio imprenditoriale si vedano gli approfondimenti degli studi di *corporate finance*, tra cui, in particolare, P. MÄNTYSAARI, *The law of corporate finance: general principles and EU law. Volume I: cash flow, risk, agency, information*, Springer, 2010; I. WELCH, *Corporate finance: an introduction*, Prentice Hall, 2009.

<sup>32</sup> V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 226, dove si evidenzia come “*il rischio può anche costituire la ragione giustificatrice delle regole dettate per l’impresa e di quelle regolanti la responsabilità dell’imprenditore, proprio perché è la stessa attività imprenditoriale che o per la quantità dei rapporti posti in essere o per la qualità degli stessi comporta un rischio e una pluralità di rischi*”.

Si veda anche M. Maugeri, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi, I, Milano, 2015, 379 ss.

<sup>33</sup> Si vedano, a tale proposito, E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. finan.*, I, 2006, 368 ss.; M. CARDILLO, *Aleatorietà e imposizione*, Bari, 2005.

<sup>34</sup> E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, cit., 376.



*l'esteso paradigma dell'imposizione del reddito effettivo comporta, in genere, l'allocatione del rischio esclusivamente in capo all'Erario*<sup>35</sup>.

Si tratta di una posizione indubbiamente corretta, ma che, tuttavia, va ulteriormente specificata.

Non si dubita, infatti, che – diversamente dai moduli di carattere catastale o fondati su predeterminazioni di tipo normativo – il modello della tassazione su base del principio di effettività ponga l'Erario quale vero e proprio 'socio' passivo dell'imprenditore, generalmente sottoposto in via riflessa all'andamento economico dell'impresa.

Va, però, aggiunto che tale affermazione non muta il quadro d'insieme: più marcatamente rispetto ad altre tipologie di reddito, in caso di andamento economico negativo, l'imprenditore stesso potrà trovarsi senza alcun reddito. Ciò, appunto, sulla base della particolare e tipica rischiosità propria dell'attività imprenditoriale<sup>36</sup>.

Altra parte della dottrina – approfondendo sempre il tema del rischio nell'ambito del reddito d'impresa - si è incentrata su tale nozione di rischio, rilevando come, sotto un profilo economico, occorra segmentare la nozione stessa di reddito d'impresa, distinguendo tre diversi elementi: “*at the bottom line a risk-free rate of return on the invested capital, secondly infra-marginal income from economic rents (e. g. from location-specific natural resources, from proprietary intellectual property or from other monopolistic income-generating assets) and – last not least - income from risky activities, where the income is dependent on uncertain future developments like the success of innovative research, the exploitation of a new market, the reliability of the existing workforce or the stability of the political environment*”<sup>37</sup>.

Secondo tale teoria, quindi, non sarebbe possibile individuare una nozione unitaria di reddito d'impresa, dovendosi rilevare un frazionamento del reddito d'impresa sulla base della maggiore o minore rischiosità dell'attività. In tale modo, si potrebbe giungere anche a giustificare un'imposizione diversificata sulla base del diverso grado di rischio imprenditoriale.

Sempre su tale linea, peraltro, si collocano anche quelle posizioni dottrinali secondo cui sarebbero ammissibili – sempre in considerazione di un diverso gradiente di rischiosità dell'attività svolta – forme di tassazione volte a colpire specificamente i “*windfall profits*” dell'impresa<sup>38</sup>.

In questo caso, infatti, si tratterebbe di profitti derivanti da rendite di tipo monopolistico legate – ad esempio – a disposizioni legislative che attribuiscono soltanto ad alcuni operatori economici determinati diritti ed autorizzazioni<sup>39</sup>, oppure riconducibili a particolari e contingenti condizioni del mercato che permettono ad alcuni settori industriali di ottenere sovraprofiti non correlati ad alcun rischio imprenditoriale<sup>40</sup>.

Ora, evidenziate in questi termini le coordinate di fondo in punto di rischiosità dell'attività imprenditoriale, quale elemento specifico che caratterizza in maniera particolare la nozione di reddito

<sup>35</sup> E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, cit., 377.

<sup>36</sup> M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 380, dove si evidenzia come “*l'adozione di qualsiasi scelta funzionalmente orientata alla massimizzazione del valore dell'investimento azionario sconta l'ineliminabile possibilità di un insuccesso dell'iniziativa [...]*”.

<sup>37</sup> W. SCHÖN, *International taxation of risk*, 2014, 2, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2402612> (ultimo accesso 20/06/2015). Per ulteriori approfondimenti a tale riguardo si vedano, *ex multis*, D. SHAVIRO, *The economics of tax law*, 2014, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2380898> (ultimo accesso 20/06/2015).

<sup>38</sup> Si vedano, a tale proposito, C. HURT, *The windfall myth*, 2009, disponibile al sito web <http://ssrn.com/abstract=1456466> (ultimo accesso 20/06/2015); D.P. RODRÌGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, in *Common Market Law Review*, 2014, 679 ss.

<sup>39</sup> Si veda, a tale proposito, la pronuncia della Corte di Giustizia relativa ai procedimenti *Iberdrola ed altri*, in C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11 (EU:C:2013:660). Su tale pronuncia si veda D.P. RODRÌGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, cit.

<sup>40</sup> A tale riguardo, si veda l'esempio della *Crude oil windfall profit tax act* introdotta negli Stati Uniti nel 1980. Per ulteriori riferimenti cfr. la *General explanation del Crude oil windfall profit tax act of 1980*, preparato dal *Joint Committee on Taxation* del Congresso degli Stati Uniti, disponibile al sito web <http://www.jct.gov/s-1-81.pdf> (ultimo accesso 20/06/2015).

d'impresa, occorre tornare alla concezione di discriminazione qualitativa dei redditi presa a riferimento nell'ambito della pronuncia della Corte costituzionale.

Infatti, come si era avuto modo di vedere, la Corte muove da una visione dell'attività imprenditoriale quale attività soggetta, in via ordinaria, al rischio economico. Un'impostazione che, peraltro, si sofferma in particolar modo sulla questione della frazionabilità, nell'alveo di una concezione unitaria del reddito d'impresa, delle diverse tipologie di risultati reddituali rispetto ai quali - sulla base del maggiore o minore coefficiente di rischiosità dell'attività imprenditoriale posta in essere per ottenerli - si potrebbero giustificare forme di imposizione reddituale di tipo non omogeneo.

In questo senso, infatti, devono essere ricondotte quelle argomentazione esposte dal Giudice delle leggi in tema di legittimità costituzionale di tassazioni volte a sterilizzare o, almeno, attrarre a tassazione in maniera più incisiva eventuali extraprofiti di tipo oligopolistico, ottenuti al di fuori di logiche di normale concorrenza tra operatori economici.

Ora, si tratta di considerazioni indubbiamente fondate, ma che avrebbero potuto essere meglio approfondite dalla Corte prendendo anche a riferimento la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tassazione ambientale con la quale è stata affermata la compatibilità con il diritto dell'Unione di imposizioni specifiche atte a colpire i soli 'windfall profits'.

Merita, a tale riguardo, soffermarsi sulla pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Iberdrola*, dove la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una tassazione più elevata nei confronti di operatori economici attivi nel settore delle produzione di energia elettrica che avevano ricevuto dallo Stato, senza il versamento di alcun corrispettivo, diritti di emissione ambientale liberamente commerciabili e cedibili ai terzi, pur senza aver dovuto, in origine, versare alcun corrispettivo all'ente pubblico concedente<sup>41</sup>.

Con tale pronuncia, infatti, la Corte di Giustizia ha rilevato come debba considerarsi legittima e non contrastante con il diritto dell'Unione una normativa nazionale "[...] che riduce la remunerazione dei produttori di elettricità per compensare gli utili eccezionali risultanti dall'assegnazione a titolo gratuito delle quote di emissioni"<sup>42</sup>.

Si evince, in altre parole, come la Corte di Giustizia ammetta la legittimità di tipologie di tributi, anche particolarmente incisivi - come nel caso *Iberdrola* - a condizione che il tributo sia modulato in maniera tale da permettere di distinguere l'extraprofito ritratto dall'operatore economico rispetto al complessivo reddito dello stesso che derivi, invece, da attività sottoposte ad un normale rischio di mercato<sup>43</sup>.

Certo è, tuttavia, che la possibilità di perseguire un simile percorso argomentativo sulla scorta della pronuncia *Iberdrola* da parte della Corte costituzionale italiana nel giudizio di costituzionalità in tema di *Robin Hood Tax* si scontrava con la modulazione del tributo.

<sup>41</sup> Si tratta della pronuncia della Corte di Giustizia relativa ai procedimenti C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11. Su tale pronuncia si veda D.P. RODRÍGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, cit., 681 s., che così descrive il meccanismo di funzionamento dei diritti di emissione ambientale: "the facts of the case relate, in particular, to the Spanish electricity generation sector in EU ETS Phase I, a moment where Member States were obliged by EU law to grant at least 95 percent of the allowances for free in their National Allocation Plans.9 Even though every company in the Spanish power sector received all the allowances allocated to them for free, the electricity undertakings decided to internalize the value of the allowances in their balances, insofar as the fact of submitting the allowances for EU ETS compliance purposes impeded them from selling the allowances to other emitters. As a result of the functioning of the price system in the Spanish electricity market, prices increased for all technologies. Spain considered that such practice amounted to windfall profits in favour of electricity undertakings, because they were charging a higher price to consumers for the value of ETS allowances they had received free of charge or had not even received at all. In order to avoid such undeserved profits, Spain set up a levy 10 equivalent to the surplus revenue obtained by electricity suppliers as a consequence of the integration of the value of the free allowances in their costs. The levy applied to all installations in the ordinary regime, thus excluding renewable energies and co-generation."

<sup>42</sup> Sentenza della Corte di Giustizia relativa ai procedimenti C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11, §42. Negli stessi termini si vedano i successivi §§ 43 ss.

<sup>43</sup> In questo senso si veda D.P. RODRÍGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, cit., 686-687.

Si tratta di una circostanza pienamente colta dalla Corte stessa che ha, a tale proposito, rilevato la difficoltà di addivenire ad una precisa individuazione della quota di extraprofitto di carattere ‘monopolistico’ ritratta dall’operatore economico, dal momento che la normativa *de qua* prevedeva l’attrazione a tassazione dell’intero reddito prodotto dall’impresa.

Non solo, ma – come rilevato sempre dalla Corte costituzionale - diversamente da altre tipologie di imposizione attuate nei confronti di operatori attivi nei settori della produzione di energia<sup>44</sup>, nel caso della *Robin Tax* era anche ragionevole il rischio che l’onere economico del tributo avrebbe potuto essere traslato in capo ai consumatori finali.

In via conclusiva, si crede che i tentativi di valorizzare la disciplina della *Robin Tax* in chiave di discriminazione qualitativa dei redditi, cercando di attribuire alla normativa *de qua* una *ratio* tesa all’obiettivo di neutralizzazione di ipotetici extraprofitto derivanti dall’attività delle società attive nel settore energetico vadano a scontrarsi con la struttura giuridica del tributo, non modellato in maniera adeguata per distinguere la parte di extraprofitto dal complessivo reddito d’impresa.

In ultimo, non può dimenticarsi come in forza delle modifiche introdotte con il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con la Legge 14 settembre 2011, n. 148, il tributo *de quo* era stato anche esteso anche nei confronti dei soggetti attivi nel settore delle rinnovabili, la cui posizione – da un punto di vista di posizionamento sul mercato e di eventuale creazione di extraprofitto - non poteva essere assimilata rispetto a quella delle società petrolifere, unici soggetti nei cui confronti era possibile postulare, per ragioni di congiuntura economica e ridotto tasso di concorrenza, la sussistenza di *windfall profits*.

#### 6. Una possibile via alternativa: una giustificazione del tributo in chiave ambientale.

Va, a questo punto, esaminata un’ulteriore pista di ricerca, alternativa rispetto al ragionamento seguito dalla Corte costituzionale, che provi a valorizzare la giustificazione di tipo ambientale quale elemento di legittimità della *Robin Tax*<sup>45</sup>.

Ora, si è visto nel paragrafo precedente, la centralità dell’elemento del rischio quale espressione del modello imprenditoriale. Si tratta, come si è argomentato, di una nozione di rischio da valutarsi in chiave economica.

A tale proposito, come si è rilevato in dottrina, tale tipologia di rischio è indubbiamente ricollegabile alla gestione dell’impresa da parte dell’imprenditore, ma dipende “*tranne nei casi un cui sia direttamente imputabile al modus operandi dell’imprenditore [...] da cause e da fattori, o naturali (e normali) come [...] l’andamento del mercato e/o la capacità del soggetto gestore, ovvero provocati e indotti, come può essere l’indirizzo politico impresso dal governo [...]*”<sup>46</sup>.

Si tratta, in altre parole, di quella concezione di rischio, prima descritta, presa a riferimento nell’analisi messa in atto da parte della Corte costituzionale in tema di discriminazione qualitativa dei redditi, ma che va distinta dal vero e proprio rischio di tipo giuridico.

---

<sup>44</sup> Si veda, per quanto concerne un caso recente dove la Corte di Giustizia, approfondendo la tematica relativa alla traslazione del tributo, ha affermato nel caso di specie l’insussistenza di un meccanismo di traslazione dell’onere fiscale in capo ai consumatori finali si veda la sentenza del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, in C-5/14 (EU:C:2015:354).

<sup>45</sup> Per un primo approfondimento in tema di tassazione ambientale si vedano, senza pretesa di completezza, F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, cit., 115 ss.; F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *L’imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, L. Antonini (ed.), Napoli, 2010; Id., *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 2010, 303 ss.; P. LAROMA JEZZI, *I tributi ambientali*, in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2002, 319 ss.; F. BATISTONI FERRARA, *I tributi ambientali nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2008, 1089 ss..

<sup>46</sup> V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 229 s..

Con tale ultima nozione, infatti, si intende fare riferimento a quella più limitata tipologia di rischio economico che si colloca in quell'area di rischio direttamente imputabile all'attività dell'imprenditore<sup>47</sup>.

In specie, la portata di questo concetto discende dalla circostanza che, mentre il rischio di tipo economico “*nelle sue varie declinazioni, si presenta intrinsecamente immanente all'attività d'impresa, sino al punto di precludere la possibilità stessa di qualificare 'imprenditoriale' una decisione degli amministratori che ne sia sprovvista, il rischio giuridico, per contro, non solo si sottrae a qualsiasi forma di 'ponderazione' da parte dell'organo amministrativo, ma costituisce, a ben vedere, un vero e proprio limite esterno al suo agire*”<sup>48</sup>.

Ora, non è questa la sede per trattare le diverse posizioni in merito alle fonti della responsabilità giuridica dell'imprenditore ed alla configurabilità di un autonomo principio che possa governare la responsabilità d'impresa<sup>49</sup>.

Merita, piuttosto, alla luce di queste considerazioni, spostare l'angolo di osservazione interrogandosi sulle modalità di distribuzione del rischio d'impresa, tra traslazione in capo ai terzi ed internalizzazione in capo all'operatore economico.

In specie, tale problematica è stata oggetto di attento vaglio critico alla luce del prisma concettuale offerto dagli studi di analisi economica del diritto con particolare riferimento alla giustificabilità di una tassazione di tipo ambientale

Le origini teoriche di tali ricerche possono individuarsi nei primi anni del secolo scorso negli spunti pionieristici di A.C. Pigou in materia di tassazione ambientale<sup>50</sup>.

Come noto, Pigou – che espose la tesi nel volume “*The Economics of Welfare*” – rilevò come, dal momento che l'attività economica privata è mirata primariamente alla massimizzazione del profitto, in mancanza della fissazione di un prezzo per le esternalità negative causate dalle attività economiche – tra cui, ad esempio, Pigou menzionava espressamente l'inquinamento industriale – il medesimo privato non avrebbe alcun interesse a sobbarcarsi gli eventuali costi sociali nei confronti della collettività<sup>51</sup>.

A fronte di tale divergenza tra interessi di matrice privatistica e l'interesse pubblico della collettività, Pigou propose, con l'obiettivo di annullare o almeno mitigare il costo sociale prodotto dalle attività economiche, l'imposizione di “*bounties and taxes*” tali da costringere l'operatore economico privato ad internalizzare tra i suoi costi anche le esternalità provocate alla collettività<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 389 s., dove si evidenzia come con tale più ristretta nozione si “*richiama l'eventualità che una condotta imputabile all'ente societario integri una violazione di norme di legge/regolamenti o una lesione di posizioni soggettive altrui protette dall'ordinamento ed esponga, conseguentemente, la società al pericolo, in senso tecnico, di subire un pregiudizio economico (sotto forma di obbligazioni risarcitoria, di sanzione pecuniaria amministrativa, ma anche di confisca/sequestro di liquidità o di altri elementi dell'attivo)*”.

Si veda anche V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 230, dove si evidenzia come “*il rischio economico connesso all'attività dell'impresa viene addossato al soggetto cui sia possibile imputare [...] l'attività stessa, così trasformandosi in rischio giuridico*”.

<sup>48</sup> M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 390.

<sup>49</sup> Su cui si veda V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 237 ss.; M. Maugeri, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 395 ss.

<sup>50</sup> Si veda, in generale, su tali problematiche J.E. MILNE, *Environmental taxation: why theory matters*, in AA.VV., *Critical issues in environmental taxation*, in J.E. Milne, K. Deketelaere, L. Kreiser, H. Ashiabor (eds.), Richmond, 2004, 3 ss. L'Autrice, peraltro, evidenzia come possano individuarsi almeno quattro teorie economiche che possono giustificare la tassazione ambientale: “*the Pigouvian theory*”; “*the polluter pays principle*”; “*the least cost abatement*”; “*the double dividend theory*”.

<sup>51</sup> J.E. MILNE, M.S. ANDERSEN, *Introduction to environmental taxation concepts and research*, in AA.VV., *Handbook of research on environmental taxation*, in J.E. Milne, M.S. Anderson (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, 2012, 15.

<sup>52</sup> Si veda A.C. PIGOU, *The economics of welfare*, 1920, dove l'A. afferma “*it is plain that divergences between trade and social net product of the kinds we have so far been considering cannot [...] be mitigated by a modification of a contractual relationship between any two contracting parties, because the divergence arises out of a service or disservice rendered to persons other than the contracting parties. It is, however, possible for the State, if it so chooses, to remove the divergence in any field by 'extraordinary encouragements' or 'extraordinary restraints' upon investments in that*



In definitiva, quindi, secondo questa prima linea di pensiero, il *gap* tra il costo affrontato dal privato e quello sociale – cioè l'esternalità negativa sofferta dalla collettività a causa dell'attività privata – avrebbe potuto essere internalizzata tramite un'attività di imposizione di matrice fiscale messa in atto da parte dello Stato e pari a tale maggiore costo provocato alla collettività e non originariamente già incorporato dal privato<sup>53</sup>.

I risultati proposti da questa prima corrente di pensiero, tuttavia, vennero sottoposti a revisione critica negli anni 60' in particolare ad opera di R. Coase nel suo noto studio "*The Problem of Social Cost*"<sup>54</sup>.

In tale studio Coase intese dimostrare come le asserzioni di Pigou, poste specificamente con riferimento alla necessità che il privato debba sempre farsi carico dei maggiori costi derivanti dalle sue attività inquinanti, fossero infondate, dal momento che in molti casi sarebbe preferibile raggiungere un accordo tra il privato dedito ad attività inquinanti ed i membri della collettività direttamente soggetti all'inquinamento ambientale<sup>55</sup>.

Nell'ottica di Coase, infatti, partendo da un approccio teso a valorizzare la centralità dei diritti di proprietà e, pertanto, a rilevare come anche la tutela della collettività provochi una limitazione al diritto di proprietà del produttore e quindi un danno a quest'ultimo nell'esercizio di un'attività economica tesa al raggiungimento del profitto, viene evidenziata la maggior efficienza di un sistema di carattere privatistico dove le parti sono libere di determinare, nell'ambito di una contrattazione su un piano di parità, volta ad attribuire reciproche concessioni dei propri diritti, il livello di allocazione delle risorse maggiormente efficiente.

Come evidente, l'approccio di Coase si distanzia radicalmente da quello, prima descritto, di Pigou e dei suoi seguaci e, in ultima istanza, la differenza può essere ricondotta alla diversa concezione dell'intervento pubblico e all'esistenza o meno di situazioni di fallimento del mercato dove solo la regolamentazione di carattere pubblicistico potrebbe evitare il propagarsi di esternalità negative ed il verificarsi di costi sociali a carico della collettività.

Infatti, nell'ottica di Pigou il ruolo centrale deve essere assunto dalla mano pubblica al fine di internalizzare le esternalità provocate dall'attività del privato, sul presupposto dell'impossibilità del mercato di offrire un rimedio più efficiente. Diversamente, secondo la tesi di Coase non sussisterebbero ragioni per discostarsi da un approccio di mercato, dovendosi attribuire centralità alle reciproche attribuzioni di diritti messe in atto nell'ambito di una trattativa privata, in cui sono chiaramente definiti i diritti di proprietà di ciascuna parte, non sussistono costi di contrattazione e sono ignorati gli effetti sotto il profilo reddituale.

Tali teoriche testimoniano, pur nella loro radicale diversità, che l'intrinseca rischiosità dell'attività imprenditoriale possa determinare effetti pregiudizievoli anche nei confronti dei terzi, valorizzando "*la circostanza che a correre l'alea non è solo l'imprenditore, ma anche creditori e dipendenti, i quali, anzi, rischiano in misura ancora maggiore non avendo a disposizione strumenti per limitare o addirittura dirottare la responsabilità*"<sup>56</sup>.

---

field. The most obvious forms, which these encouragements and restraints may assume, are, of course, those of bounties and taxes".

<sup>53</sup> Cfr. J.E. MILNE, M.S. ANDERSEN, *Introduction to environmental taxation concepts and research*, cit., 17, dove si afferma come "*Pigou emphasized the concept of externalities and introduced the idea of using taxes as one way to capture, or internalize, externalities. Reduced to a simplified essence, taxes equal to the externalities could equalize the private and social marginal cost.*"

<sup>54</sup> R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, 1 ss.

<sup>55</sup> R.H. COASE, *The problem of social cost*, cit., 17, dove si rileva "*analyses of taxes based on Pigou's theory followed in the 1960s. One of his most ardent critics, Ronald Coase wrote a seminal piece [si tratta di 'The problem of social costs'] evaluating the Pigovian tradition. He challenged Pigou's assumptions that the polluter should always bear the cost of externalities, arguing that in some situations negotiated settlements between the polluter and the victim are preferable, and his challenge sparked detailed theoretical, economic explorations and critiques of the Pigovian tradition.*"

<sup>56</sup> V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 234.



Delineate in questi termini le coordinate di riferimento occorre domandarsi se la finalità del tributo in esame avrebbe potuto “*in astratto individuarsi anche nelle ragioni di protezione dell’ambiente rispetto alle esternalità negative prodotte dagli operatori economici che agiscono nel settore petrolifero ed energetico*”<sup>57</sup>.

Non si tratta di una tematica di semplice risoluzione, ma si crede che possa offrire spunti fecondi che avrebbero potuto essere valorizzati dal Giudice delle leggi.

In questo senso, infatti, la Corte avrebbe potuto verificare l’utilizzabilità della variabile fiscale quale meccanismo di regolamentazione di carattere prettamente pubblicistico<sup>58</sup>.

In senso ampio, la materia *de qua* appartiene al più vasto insieme del diritto tributario ambientale dove primeggiano le *green taxes* di matrice ordinaria che sono strutturate per determinare un cambiamento nelle scelte dei consumatori e degli operatori economici tramite misure di matrice incentivante o redistributiva, ma i cui effetti richiedono anni per poter essere apprezzati<sup>59</sup>.

Tale impostazione regolamentare, in altre parole, tramite l’utilizzo della leva fiscale, vuole privilegiare un approccio di natura prevenzionistica volto alla tutela del bene ambiente, teso ad enfatizzare una tutela *ex ante* degli interessi collettivi che caratterizzano il bene pubblico ambiente.

Si comprende, quindi, come l’adozione della prospettiva qui descritta aprirebbe la via ad un’impostazione che vede l’operatore privato pienamente responsabilizzato, spingendolo ad internalizzare la totalità dei costi di matrice ambientale provocati dalla sua attività imprenditoriale.

Più in generale, tale impianto normativo presenterebbe l’ulteriore pregio di incentivare il privato ad adottare un cambiamento progressivo delle proprie prassi di gestione imprenditoriale, ad esempio in ordine alla scelta dei siti dove collocare i propri impianti o la scelta delle tecnologie da utilizzare per evitare forme di inquinamento nell’ambiente.

Poste in questi termini le coordinate di riferimento si può concludere rilevando, in prima battuta, come la configurabilità di forme di imposizione quali quelle che si sono proposte in questa sede non è scontata, ma costituisce oggetto di un vivace dibattito che si incentra sulla legittimità di un’imposizione fiscale che sottoponga a prelievo tributario elementi di complessa misurabilità come indici di forza economica quali la tutela dell’ambiente, di difficile collocazione nell’ambito delle categorie tradizionali del diritto tributario<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principii informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 394.

<sup>58</sup> Occorre fin da subito precisare che l’utilizzo del modulo fiscale non costituisce l’unica ipotesi possibile di intervento di matrice pubblicistico volto alla tutela dell’ambiente.

Sono stati, infatti, configurati modelli di intervento pubblicistico che prescindono da meccanismi fiscali quali, ad esempio, la disciplina degli *emission trading schemes* e - più in generale - l’applicazione di sistemi di regolamentazione statale improntati al meccanismo *command and control*. Si veda, per un primo approfondimento a tale riguardo, A. BAKKER, *Policy frameworks and international organisations*, in AA.VV., *Tax and the environment: a world of possibilities*, IBDF, 2014, 19 ss.; F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, cit., 116 ss. Con riferimento alle posizioni adottate in sede OCSE tali ultimi Autori rilevano che “*nello schema OCSE non si prevede l’utilizzo dello strumento tributario come misura direttamente volta alla tutela dell’ambiente considerato di per sé come bene protetto. In effetti il predetto schema si limita ad utilizzare lo strumento tributario come una delle tante misure che possono consentire di ‘internalizzare’ le cosiddette ‘esternalità’ ambientali, e cioè di agire sul costo dei prodotti inquinanti (con imposte sulla fabbricazione o sui consumi) al fine di indirizzare le scelte dei consumatori.*” Tali profili non saranno, tuttavia, oggetto di analisi in questa sede.

Si permetta di rinviare, per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici a tale riguardo ad A. MARCHESELLI, S.M. RONCO, *I sinistri marittimi*, in AA.VV., *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità nel sistema italiano*, in corso di pubblicazione, Torino, 2015.

<sup>59</sup> A. URICCHIO, *Il disastro ambientale di Taranto. Gli interventi finanziari e fiscali per fronteggiare il grave inquinamento*, in *Rass. trib.*, 2014, 48, dove si evidenzia come “*mentre le green taxes ordinarie, trovando giustificazione e fondamento nel principio dell’azione preventiva, riescono a sortire gli effetti attesi (incentivanti o re-distributori) solo dopo anni, le misure adottate nel caso di evento disastroso devono essere in grado di produrre effetti immediati e localizzati. Ne consegue che lo Stato è portato ad intervenire soprattutto con l’impiego diretto di risorse straordinarie che vengono reperite, più che con nuovi tributi, mediante la fiscalità generale.*”

<sup>60</sup> Su tali questioni si veda F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, cit., 303 ss.; F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, cit., 115 ss.

D'altra parte, però, deve rilevarsi altresì che qualora la Corte avesse inteso attribuire alla normativa *de qua* natura di tipo ambientale, riconoscendone una finalità “*in applicazione del principio ‘chi inquina paga’ nell’esercizio della potestà tributaria in materia ambientale riconosciuta agli Stati membri*”,<sup>61</sup> tale impostazione circa il fine del tributo “*e cioè la protezione ambientale, valore universale riconosciuto e promosso dall’ordinamento comunitario, avrebbe portato presumibilmente ad un giudizio diverso di proporzionalità*”<sup>62</sup>.

#### 7. Considerazioni alla luce della successiva [pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 12 maggio 2015](#)

Va, in ultimo, dato conto degli sviluppi processuali successivi alla sentenza della Corte costituzionale.

Si è, infatti, recentemente assistito ad una [pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 12 maggio 2015](#), attuativa della sentenza della [Corte costituzionale dell’11 febbraio 2015, n. 10](#), che, per molti operatori, risulta sicuramente sorprendente<sup>63</sup>.

Tale pronuncia, prendendo atto della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, del D.L. n. 112/2008, enuclea, in buona sostanza, due considerazioni di rilievo.

La prima è che sussiste un contrasto tra dispositivo e motivazione della sentenza della Corte costituzionale, atteso che nel dispositivo non viene esplicitata alcuna eccezionale limitazione alla efficacia della sentenza.

La seconda è che, sul piano sistematico e di principio, la limitazione della efficacia temporale, è derogatoria alla regola generale stabilita dalla legge e dalla Costituzione medesima in materia di efficacia temporale delle sentenze di incostituzionalità.

Il primo rilievo porta il giudice emiliano a ritenere che non possa che farsi applicazione della regola generale, aurea, che nel contrasto tra motivazione e dispositivo, vede prevalere il dispositivo.

Il secondo rilievo porta il giudice emiliano a ritenere che una deroga alla regola, anche costituzionale, della efficacia a ritroso delle sentenze di incostituzionalità, ammesso che sia possibile, debba essere di strettissima interpretazione.

Entrambi i rilievi conducono alla conclusione che la sentenza della Corte vada interpretata nel senso di non imporre la limitazione al solo futuro della pronuncia.

---

Premesso che su tali profili problematici così come sull’intenso dibattito a livello dottrinale e giurisprudenziale che ne è derivato non è possibile soffermarsi in questa sede, non si può non dare conto della pregnanza di quelle argomentazioni critiche che lamentano come l’apertura a moduli fiscali siffatti apra la via ad interpretazioni estremamente ampie della nozione di tributo, atte a determinare un ampliamento del campo della fiscalità verso orizzonti di non facile delineazione e tali da implicare, in ultima istanza, una potenziale coincidenza tra prelievo coattivo di matrice pubblica a qualsiasi titolo dovuto ed imposizione tributaria con non secondarie implicazioni per quanto riguarda i limiti di matrice costituzionale in materia di imposizione fiscale e le tutele giurisdizionali attivabili da parte del privato. Cfr. F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, cit., 305.

<sup>61</sup> Sulla rilevanza del principio ‘chi inquina paga’ si vedano, senza pretesa di completezza, C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio comunitario ‘chi inquina paga’ nei tributi ambientali*, in *Rass. trib.*, 2003, 1614 ss.; AA.VV., *Tax and the Environment. A world of possibilities*, A. Bakker (ed.), IBDF, 2009, 7 ss.; J.P. BARDE, O. GODARD, *Economic principles of environmental fiscal reform*, in AA.VV., *Handbook of research on environmental taxation*, a cura di J.E. Milne, M.S. Anderson, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, 33 ss.

<sup>62</sup> P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principii informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 395.

<sup>63</sup> Per un’analisi critica della pronuncia in esame si veda E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, cit., 2433 ss., dove si afferma come “*la tesi dei Giudici emiliani, va subito detto, non convince. La pretesa divergenza tra motivazione e dispositivo in realtà non esiste. [...] Non di vero contrasto deve dunque parlarsi, bensì di un dispositivo che va letto in una alla motivazione. Nessun dubbio, in tal senso, che la ‘Consulta’ volesse quantomeno inibire una retroattività della propria pronuncia tale da provocare l’accoglimento delle istanze di rimborso della RHT*”.

Ora, sebbene si ritengano non condivisibili le *rationes* che sono state poste a fondamento della decisione della Commissione tributaria provinciale, va evidenziato come tale pronuncia presenti profili di indubbio interesse che afferiscono, in particolare, alla forma ed alle modalità con cui proseguirà la controversia.

A parte, evidentemente, l'appello alla sentenza del giudice emiliano, non potrebbero escludersi iniziative ulteriori. Tra le quali, a parte un non probabile (ma certamente efficace) procedimento di correzione del preteso errore materiale del dispositivo della Corte (integrato nel senso di precisare l'effetto solo *pro futuro* della decisione), da parte della Corte medesima, non è neppure da escludere un - a quanto consta - inedito e inaudito conflitto di attribuzioni che la Corte costituzionale teoricamente potrebbe elevare contro il giudice emiliano e che avrebbe la peculiare caratteristica di essere un processo nel quale la Corte costituzionale sarebbe insieme la parte interessata ed anche il giudice.

In ultimo, va evidenziato come rimanga aperta la questione concernente la legittimità delle sanzioni di tipo amministrativo, ma anche penalistiche, legate al tributo dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Infatti, come si è argomentato in dottrina, deve ritenersi in via di principio che la cancellazione della *Robin Hood Tax* “*solo pro futuro equivalga ad una modifica normativa*”.

In forza di tale impostazione, pertanto, “*si potrebbe (e si dovrebbe) in effetti, neutralizzare l'applicazione di sanzioni, quanto alle fattispecie compiute, ricorrendo al principio dell'abolitio criminis di cui agli artt. 2 comma 2, c.p. e 3, comma 2, del D.Lgs. n. 472/1997*”<sup>64</sup>.

Si tratta di una tematica, quest'ultima, di cui non constano ancora pronunce in merito, ma rispetto alla quale la giurisprudenza sarà probabilmente chiamata ad interrogarsi a breve.

---

<sup>64</sup> E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, cit., 2433 ss.

Ugo Adamo\*

## L'amparo constitucional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il passato, vale a dire i problemi dell'*amparo*. – 3. Il presente, vale a dire i rimedi all'alluvione dei *recursos*: le principali riforme dell'*amparo* costituzionale secondo il disegno del legislatore e la giurisprudenza costituzionale di attuazione. – 3.1. La nuova configurazione dell'ammissione del ricorso: il requisito della *especial trascendencia constitucional* e la giurisprudenza costituzionale di attuazione. – 3.2. La *providencia* di inammissibilità. – 3.3. La modifica dell'*incidente de nulidad de actuaciones* ex art. 241.1 LOPJ. – 3.4. La questione interna di costituzionalità. – 3.5. Il potere di sospensiva e le misure cautelari. – 4. Il futuro, vale a dire le incerte prospettive del 'nuovo' *amparo* alla luce di un bilancio ad otto anni dalla sua riforma.

### 1. Premessa

Trascorsi trent'anni dall'avvio del processo di "costituzionalizzazione"<sup>1</sup> dell'ordinamento spagnolo da parte (in special modo) dell'organo di garanzia costituzionale introdotto dalla *Constitución* del 1978, la 'sovrapproduzione' dei *recursos de amparo* presentati al garante della rigidità costituzionale ha imposto di intervenire con urgenza sul modello di giustizia costituzionale spagnolo con l'obiettivo di risolvere i problemi che la presenza di un ricorso diretto per la salvaguardia dei diritti fondamentali produceva nell'ordinamento iberico. Ai problemi scaturiti dalla presenza dell'*amparo* si è deciso di rispondere, da ultimo, attraverso la normazione organica. Sono trascorsi ben otto anni dall'entrata in vigore della legge organica n. 6 del 2007, che ha introdotto una complessiva riforma della [Ley Orgánica del Tribunal Constitucional](#) (d'ora in poi *LOTC*), la n. 2 del 1979. Con tale *LOTC*, rilevanti e profonde modifiche sono state apportate sia al funzionamento che alla organizzazione del *Tribunal* e, fra queste, molte interessano il *recurso de amparo constitucional*. Proposito di questo studio è quello di analizzare le puntuali riforme apportate al *recurso* (nell'ottica della giurisprudenza costituzionale che le sta attuando), per valutare se il 'nuovo' *amparo* sta rispondendo alle aspettative che hanno mosso il legislatore organico, vale a dire di risolvere i problemi derivanti dalla presenza, diversamente da quanto previsto in Italia, di un ricorso diretto per la tutela dei diritti fondamentali dinanzi al massimo organo di giustizia costituzionale.

Il ricorso di *amparo* costituzionale trova la sua espressa previsione a livello costituzionale<sup>2</sup>. Come è noto, gli artt. 53.2<sup>3</sup>, 161<sup>4</sup> e 162.1<sup>5</sup> della [Constitución Española](#) (d'ora in poi *CE*) del

\* Dottore di ricerca in *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* presso l'Università di Pisa.

<sup>1</sup> P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador*, in AA.VV., *La reforma del recurso de amparo*, a cura di Id., Valencia 2004, 177.

<sup>2</sup> Sugli antecedenti storici e sull'introduzione del ricorso diretto nell'esperienza spagnola si rimanda, per tutti, a E. FERRER MAC-GREGOR, *Amparo. Primera aproximación*, in ID., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid 2013, 303 ss. Si rinvia, altresì, a E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova 2003, 93 ss., anche per la dottrina ivi citata. Per una visione di diritto comparato ed *in primis* sull'esperienza messicana dove l'*amparo* ha conosciuto la sua origine si v. J.L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, Messico 2001; AA.VV., *El derecho de amparo en el mundo*, a cura di H. Fix-Zamudio - E. Ferrer Mac-Gregor, Messico 2006; AA.VV., *La reforma del proceso de amparo. La experiencia comparada*, a cura di S.B. Abad Yupanqui - P. Pérez Tremps, Lima 2009; S.B. ABAD YUPANQUI, *El proceso constitucional de amparo*, Lima, II ed., 2008; AA.VV., *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, a cura di M. Gonzáles Oropeza - E. Ferrer Mac-Gregor, Messico 2011. Limitatamente all'esperienza europea il rinvio va a O. PFERSMANN, *El recurso*

1978 predispongono il *recurso de amparo constitucional* a garanzia di alcune libertà e diritti fondamentali (c.d. diritti amparabili) espressamente indicati dagli articoli da 14 a 30 della stessa Carta costituzionale<sup>6</sup>. Queste disposizioni costituzionali predispongono un sistema di tutela dei diritti fondamentali distinto rispetto al ricorso di *amparo* giudiziale o ordinario – da qui la diversa aggettivazione – rimandando al legislatore organico la materia della configurazione dell'istituto. Ed infatti, è con la *LOTC* del 3 ottobre del 1979 (artt. 41-44) che è stato specificato e concretizzato il disposto costituzionale che riguarda il *recurso*, ribadendo e precisando i soggetti<sup>7</sup> legittimati ad esercitare l'*amparo* (chiunque abbia subito una lesione di un diritto fondamentale, il Difensore del Popolo e il Pubblico Ministero)<sup>8</sup>; limitando il ricorso con riguardo all'oggetto (esclusione delle leggi, ma non anche degli atti giurisdizionali, di quelli del potere esecutivo e di quelli del potere legislativo privi di forza di legge)<sup>9</sup> e al carattere (sussidiario, per il fatto che il ricorrente deve aver esaurito tutti i rimedi esperibili nell'ambito della tutela giurisdizionale ordinaria<sup>10</sup>; straordinarietà, in quanto l'*amparo* non deve essere considerato come un ulteriore grado di giudizio, ma come mezzo per far valere esclusivamente la lesione dei diritti fondamentali), e specificando i termini entro i quali il ricorso stesso deve essere presentato<sup>11</sup>.

Il tempo ha palesato che i soggetti legittimati al ricorso hanno pensato a tale strumento di tutela non come ad un rimedio eccezionale, quanto piuttosto come ad un 'naturale' quarto

---

*directo: entre protección jurídica y constitucionalidad objetiva*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 34/2014, 319-332; AA.VV., *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, a cura di R. Tarchi, Torino 2012.

<sup>3</sup> “Qualsiasi cittadino potrà ottenere la tutela delle libertà e dei diritti riconosciuti nell'articolo 14 e nella Sezione prima del Capitolo secondo di fronte ai Tribunali ordinari attraverso un procedimento basato sui principi di preferenza e sommarietà e, se del caso, attraverso il ricorso di *amparo* di fronte al *Tribunal Constitucional*. Quest'ultimo ricorso sarà utilizzabile nel caso dell'obiezione di coscienza riconosciuta nell'articolo 30”.

<sup>4</sup> “Il *Tribunal Constitucional* ha giurisdizione in tutto il territorio spagnolo ed è competente a conoscere: [...] del ricorso di *amparo* per violazione dei diritti e libertà menzionati nell'articolo 53.2, di questa Costituzione e nei casi e con le forme che la legge stabilisca”.

<sup>5</sup> “Hanno legittimazione per proporre ricorso di *amparo*, qualunque persona, fisica o giuridica, che invochi un legittimo interesse, così come il Difensore del Popolo ed il Pubblico Ministero”.

<sup>6</sup> Uguaglianza di fronte alla legge (art. 14); diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 15); libertà ideologica e religiosa (art. 16); diritto alla libertà personale (art. 17); diritto all'intimità, inviolabilità del domicilio e segretezza delle comunicazioni (art. 18); libertà di residenza e di circolazione (art. 19); libertà d'espressione (art. 20); diritto di riunione (art. 21); diritto di associazione (art. 22); diritto a partecipare agli affari pubblici e ad accedere, in condizioni di parità, alle cariche pubbliche (art. 23); diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e al giusto processo (art. 24); principio di legalità penale (art. 25); diritto all'istruzione (art. 27); libertà di associazione sindacale e diritto allo sciopero (art. 28); diritto di petizione (art. 29); obiezione di coscienza (art. 30.2).

<sup>7</sup> Nell'articolo 41.2 *LOTC* novellato è stata abrogata l'espressione “a tutti i cittadini”: la legittimazione a presentare ricorso non è limitata, infatti, secondo la costante giurisprudenza del *TC*, solo ad essi, ma a qualunque persona fisica e giuridica.

<sup>8</sup> Da ultimo, almeno J.R. NOREÑA SALTO, *La legitimación en el recurso de amparo: reglas generales y supuestos especiales*, in *Diario La Ley*, 7838/2012, 3-5.

<sup>9</sup> Vengono incluse, come possibile origine di violazione di diritti e libertà, le omissioni dei pubblici poteri: il legislatore organico positivizza una giurisprudenza consolidata; si v. il novellato art. 41.2 *LOTC*.

<sup>10</sup> Tale requisito risponde alla finalità di preservare il carattere sussidiario del *recurso* e quindi di evitare che l'accesso alla giurisdizione costituzionale avvenga senza riconoscere agli organi giudiziari lo spazio di intervento di pronunciarsi e, nel caso, di rimediare alla lesione del diritto fondamentale, che solo in un secondo momento può essere invocata a fondamento del *recurso de amparo constitucional*.

<sup>11</sup> Cfr. J.A. SÁNCHEZ GARRIDO, *Resoluciones recurribles en vía de amparo*, in *Diario La Ley*, 7838/2012, 1-3; E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 114 ss.; R. ROMBOLI - R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, in AA.VV., *Esperienze di giustizia costituzionale, Tomo II*, a cura di J. Luther - R. Romboli - R. Tarchi, Torino 2000, 356 ss.; T. GROPPI, *Il ricorso di amparo costituzionale in Spagna: caratteri, problemi e prospettive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1997, 4345 ss.; C.D. DELGADO SANCHO, *El recurso de amparo*, Bilbao 2012. Sui termini entro i quali presentare il ricorso, vedi *infra* nota 88.



grado di giudizio, al quale il soggetto leso può ricorrere sempre ed ogni qualvolta non trovi ragione nella giustizia ordinaria<sup>12</sup> (e ve ne è sempre almeno una); inoltre, è fin da subito emerso con chiara evidenza che il diritto per il quale si ricorre maggiormente al *Tribunal* è quello della tutela giurisdizionale per i diritti e gli interessi legittimi (ex art. 24.1 CE), venendosi questo a configurare sempre più come una sorta di revisione delle decisioni del potere giudiziario<sup>13</sup>.

Il ricorso di *amparo constitucional* è stato sempre più snaturato con la conseguenza che il *Tribunal* si è trovato nell'impossibilità di lavorare, perché 'bloccato' in una grave "crisi funzionale"<sup>14</sup>. A questa situazione allarmante (di cui si darà conto nelle pagine che seguono)<sup>15</sup> si è cercato di porre rimedio nel corso degli anni; l'ultima soluzione, scartata la strada della eliminazione del ricorso<sup>16</sup> o della esclusione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva come diritto amparabile<sup>17</sup>, è rappresentata dalla riforma della *LOTC* del 2007.

---

<sup>12</sup> Ciò avviene "a causa di una erronea concezione del *recurso de amparo*", con la conseguenza che si ricorre alla giurisprudenza costituzionale anche quando non si è verificata una lesione di un bene giuridico dotato di contenuto costituzionale, cfr. M. CARRILLO, *Respuesta*, in AA.VV., *Encuesta sobre la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, 18/2006, 13.

<sup>13</sup> Cfr. M. ARAGÓN REYES, *Consideraciones sobre el recurso de amparo*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino 1994, 179.

<sup>14</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador*, in ID. - J. JIMÉNEZ CAMPO - L. LÓPEZ GUERRA - P. PÉREZ TREMPs, *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional. Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991*, ora in ID., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid 1999, 479. Nello stesso senso S.B. ABAD YUPANQUI - P. PÉREZ TREMPs, *Presentación*, in AA.VV., *La reforma del proceso de amparo*, cit., 8.

<sup>15</sup> Sull'*iter* che ha interessato la stesura della *LOTC* 6/2007, che trova inizio in un *Anteproyecto* elaborato dal Ministero di Giustizia (agosto 2005), approvato come progetto di legge dal Consiglio dei Ministri (novembre 2005), e, a seguito di una informativa del *Consejo General del Poder Judicial* (ottobre 2005), inviato al Parlamento e da questo approvato (maggio 2007), cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Madrid 2008, 20-25; M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid 2009, 132-136 (vedi le note 5 e 6).

<sup>16</sup> In quanto giudizio necessario del sistema spagnolo di giustizia costituzionale che non è a disposizione del potere costituito, perché espressione del potere costituente, in tal senso autorevole dottrina P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional, juez ordinario*, cit., 185.

<sup>17</sup> Come si vedrà in seguito, i ricorsi che hanno ad oggetto la tutela del diritto alla tutela giudiziaria effettiva costituiscono la quasi totalità dei ricorsi di *amparo*, ed infatti, solo a titolo esemplificativo, poiché tale dato costituisce una costante dei ricorsi che ogni anno vengono presentati al *Tribunal*, si segnala che, nell'anno 2008, gli *amparos* riguardanti la tutela giudiziale, ex art. 24 CE, furono invocati per l'88,70% delle volte, costituendo, fra l'altro, l'87,59% di tutti i ricorsi sottoposti alla giurisdizione del *Tribunal*. Nel corso degli anni 2009 e 2010 i dati si sono mantenuti costanti: la percentuale dei ricorsi è stata dell'87,90% (2009) e dell'87,04% (2010). Medesima regolarità si riscontra negli anni 2012 e 2013 con una lieve flessione nel 2011 e nel 2014: 75,81% (2011), 87,77% (2012), 80,18% (2013), 72,68% (2014). Seguire la via dell'esclusione di tale diritto fra quelli amparabili è ritenuta come soluzione impraticabile, in quanto la stessa è, se non l'unica, almeno la più efficace modalità per imporre a tutti i giudici e ai tribunali la *doctrina* del TC, cfr. M. ARAGÓN REYES, *Problemas del recurso de amparo*, in AA.VV., *La reforma del recurso de amparo*, a cura di P. Pérez Tremps, Valencia 2004, 159; J. LOZANO MIRALLES, *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Español. Análisis de la problemática del juicio de admisión: la denominada trascendencia constitucional*, in P. CONTE - J. LOZANO MIRALLES - G. SILVESTRI - S. STAIANO - G. TESAURO, *Quaderni 5. Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale. Italia, Francia e Spagna*, Napoli 2012, 54 ss. e, in special modo, 62-66. Più precisamente, l'art. 24 è composto da due commi: il primo comma (che rappresenta senza alcun dubbio la percentuale notevolmente maggiore oggetto di ricorso: nel 2014 tale diritto è stato invocato 5.570 volte a valle dei 7.908 ricorsi che hanno interessato i due commi dell'articolo 24 CE) garantisce il diritto alla tutela giudiziaria effettiva; il secondo comma, a sua volta, contiene i seguenti diritti: al giudice naturale, alla difesa e al patrocinio legale, ad essere informato di ciò che si viene accusati, ad un processo pubblico, ad un processo senza indebite dilazioni, al processo con tutte le garanzie, all'utilizzo delle prove pertinenti alla difesa, a non fare ammissioni contro se stessi e a non confessarsi come colpevole, alla presunzione di non colpevolezza.

Si tratta, temporalmente, della sesta riforma della legge che regola il funzionamento del *Tribunal*<sup>18</sup>, ma, differentemente dalle leggi che la precedono, essa non intende risolvere specifici problemi (puntuali e circoscritti), ma pretende di dare risposte a problemi di ordine strutturale che hanno interessato il *TC* nel corso degli anni. Ed infatti, è proprio nel preambolo della legge di riforma n. 6/2007 che vengono palesate le aspettative della riforma stessa che, per la prima volta, intende affrontare in maniera organica, appunto, le difficoltà del funzionamento del *Tribunal Constitucional*. Si era oramai determinata la necessità e non solo la mera opportunità<sup>19</sup> di porre in essere una legge di revisione che avesse come fine ultimo quello di risolvere in maniera complessiva i problemi che si sono presentati con lo scorrere degli anni al fine di dotare il *TC* di uno strumentario indispensabile per il normale svolgimento dei compiti che in un sistema costituzionale sono affidati al supremo organo di garanzia costituzionale, qual è in Spagna il *Tribunal Constitucional*. Dunque, differentemente da quanto successo fino ad allora, si è posta l'esigenza di riformare l'impianto disegnato dalla *LOTC* 2/1979 e di procedere non più con puntuali e limitate modifiche ma con una riforma organica della stessa, in quanto i cambiamenti succedutisi nel corso degli anni "non avevano costituito fino al momento una riforma che affrontasse in maniera congiunta le difficoltà del funzionamento del *Tribunal Constitucional*, che è l'obiettivo di questa legge organica [... che] pretende di riordinare l'interesse che il *Tribunal Constitucional* dà ad ognuna delle sue attribuzioni per svolgere in modo adeguato la sua funzione costituzionale"<sup>20</sup>.

Dopo 25 anni di funzionamento del *TC*, dunque, la legge organica costituisce, da un punto di vista sia quantitativo che qualitativo, un'ampia riforma che interessa ben 34 articoli su un totale di 102, oltre alle quattro disposizioni transitorie, la prima disposizione addizionale e la prima disposizione finale.

Come dicevamo, sono trascorsi otto anni dall'entrata in vigore della legge organica sul *Tribunal Constitucional*; il tempo trascorso (e preso in considerazione) non è molto, ma neanche poco, rappresentando, comunque, un tempo sufficiente per stilare un bilancio<sup>21</sup> e, in particolare, per valutare se è stato realizzato l'obiettivo atteso, vale a dire quello di ridurre il numero di *recursos* che ogni anno affliggono il *Tribunal Constitucional*. Otto anni rappresentano un periodo forse ancora breve se si considera che il fine della riforma, al di là delle modifiche processuali che hanno l'intento di velocizzare i tempi più propriamente decisionali del *TC*, era – ma, come si cercherà di dimostrare, lo è tuttora – quello di influire

<sup>18</sup> *Ley Orgánica* (d'ora in avanti *LO*) 8/1984, del 26 dicembre; *LO* 4/1985, del 7 giugno; *LO* 6/1988, del 9 giugno; *LO* 7/1999, del 21 aprile; *LO* 1/2000, del 7 gennaio. Nel 2010, la *LOTC* ha conosciuto altre due modifiche con le *leyes orgánicas* 1/2010, del 19 febbraio, e 8/2010, del 4 novembre. Su un commento critico a tale ultima riforma si rinvia per tutti a M. IACOMETTI, *Il difficile rinnovo del Tribunale costituzionale spagnolo e le "peripezie" della sua legge organica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2011, 294-304 e all'ampia dottrina ivi citata. Sulla giurisprudenza costituzionale più significativa a far data fino al 2007 si rinvia, per tutti, a M.P. QUECEDO, *La ley orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia. Segunda edición actualizada y puesta al día con arreglo a la reforma de la LO 6/2007, del Tribunal Constitucional*, Navarra 2007.

<sup>19</sup> M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Revista española de derecho constitucional*, 85/2009, 12. Di un gravissimo problema che necessitava di una riforma più che urgente parlano: C. VIVER I PI-SUNYER, *Diagnóstico para una reforma*, in AA.VV., *La reforma del recurso de amparo*, cit., 35; J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo*, in [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es), 2006, 1; AA.VV., *Encuesta sobre la reforma de la ley*, cit., 11-28.

<sup>20</sup> Così nel I capoverso della *Esposizione dei motivi* che accompagnano la *LOTC* 6/2007.

<sup>21</sup> Per una prima valutazione sul 'seguito' della riforma si v. M. HERNÁNDEZ RAMOS, *¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el Tribunal Constitucional? Balance de cuatro años de aplicación del nuevo trámite de admisión*, in *Revista de las Cortes Generales*, 81/2010, 264-283 e, se si vuole, anche U. ADAMO, *A cinque anni dalla riforma della legge organica del Tribunal Constitucional. Verso lo smaltimento dell'arretrato? Osservazioni a partire dalle Memorias di 'inizio' anno*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2012 e, ancor prima, *Il «nuovo» amparo constitucional secondo la riforma della legge organica n. 6/2007 e la sua attuazione da parte del Tribunal Constitucional*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2011, 169-199.

sulla cultura degli operatori del diritto (giudici e avvocati) perché essi guardino al ricorso d'*amparo* come ad uno strumento di tutela eccezionale (come, del resto, lo era sin dal 1979), vale a dire come ad un *recurso* selettivo e non universale, *id est* riconosciuto come tale solo quando concorrono quelle condizioni rientranti nella enigmatica figura processuale della *especial transcendencia constitucional*<sup>22</sup>.

Il tempo trascorso consente, in ogni caso (e alla luce delle *Memorias* sulla giurisprudenza costituzionale predisposte ogni anno per dar conto dell'attività svolta dall'organo della giustizia costituzionale durante l'anno appena trascorso), di valutare come la riforma sia stata letta ed attuata dal *TC* – ma anche, e direi soprattutto, dai soggetti legittimati a ricorrere –, in modo particolare a seguito della “storica”<sup>23</sup> *sentencia*<sup>24</sup> n. [155 del 25 giugno 2009](#) pronunciata dal *Pleno* e che ha riscritto o quanto meno integrato il disposto della *LOTC*.

## 2. Il passato, vale a dire i problemi dell'*amparo*

Prima di analizzare la più recente giurisprudenza costituzionale spagnola, prodotta a seguito della legge di riforma del 2007, sembra opportuno richiamare – seppur brevemente – i motivi che hanno spinto il legislatore a modificare la legge organica del *Tribunal Constitucional*.

Il *TC*, già da diversi anni, non era più in grado di svolgere adeguatamente le proprie funzioni e di ricoprire il ruolo cui è chiamato dalla stessa Costituzione a causa dell'“ipertrofia”<sup>25</sup> del ricorso d'*amparo*. A questa situazione si è giunti, soprattutto, per il motivo che presso la cancelleria del *TC* pervenivano ogni anno migliaia di questioni, di cui solo poche decine inerenti ricorsi e questioni di incostituzionalità e conflitti di attribuzione, mentre la parte rimanente era costituita da *recursos de amparo*. Già dai primi anni '80, si era registrata una evidente crescita di tali *recursos*: se quelli presentati nel 1980 erano 218, già nel 1985 sfioravano il numero di 1.000 (precisamente 969), soglia superata l'anno dopo, nel 1986, quando i ricorsi arrivarono a 1.225. Ed ancora: nel 1990 furono 2.897, nel 1994 arrivarono a 4.501, nel 2000 se ne contavano 6.762, fino a giungere nel 2007 (anno di entrata in vigore della *LOTC* 6/2007) a ben 9.840 ricorsi di *amparo* su 10.013 questioni presentate, che vanno letteralmente ad intasare il ruolo delle cause<sup>26</sup>, con la naturale conseguenza che ogni anno (tenendo come anno ultimo di riferimento sempre il 2007) i ricorsi che vengono

---

<sup>22</sup> Se ne è anche parlato come, di un “concetto giuridico indeterminato” (D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial transcendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la STC 155/2009, de 25 de junio*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 25/2010, 497-514), ovvero di un “arcano” (J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2008. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Revista española de derecho constitucional*, 85/2009, 231).

<sup>23</sup> Così l'ha subito definita – e a ragione – R. ROMBOLI, *Il Tribunal Constitucional spagnolo e le condizioni di ammissibilità del «nuovo» amparo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2010, 122.

<sup>24</sup> Nella trattazione che segue si utilizzeranno le abbreviazioni *STC* (*SSTC* per la forma plurale) e *ATC* (*AATC* per la forma plurale) in luogo di *sentencia* e di *auto*. Inoltre, per indicare il considerato in diritto si impiegherà la sigla *FJ* (*fundamento jurídico*) e per il ritenuto in fatto l'espressione *Antecedente*.

<sup>25</sup> Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España*, in *Revista de Derecho*, 3/2008, 87.

<sup>26</sup> Per dare una visione completa di una parte della mole di lavoro chiesta al *TC* dal 1980 al 2006, i numeri dei ricorsi d'*amparo* presentati sono i seguenti: 218 (1980), 386 (1981), 434 (1982), 827 (1983), 807 (1984), 696 (1985), 1.225 (1986), 1.665 (1987), 2.125 (1988), 2.603 (1989), 2.897 (1990), 2.698 (1991), 3.226 (1992), 3.875 (1993), 4.501 (1994), 4.369 (1995), 4.689 (1996), 5.391 (1997), 5.441 (1998), 5.582 (1999), 6.762 (2000), 6.786 (2001), 7.285 (2002), 7.721 (2003), 7.814 (2004), 9.476 (2005), 11.471 (2006). I dati appena riportati sono liberamente consultabili accedendo al sito internet ufficiale del *Tribunal Constitucional* e quindi alla sezione *Memoria*, cfr. la pagina web [www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias](http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias).

risolti sono di gran lunga inferiori a quelli ricevuti, con conseguente crescente aumento del numero di ricorsi pendenti.

Prima di parlare delle risoluzioni adottate dal legislatore, si vuol sottolineare quali sono le conseguenze (negative) di quella che è comunemente definita come una ‘valanga’ di ricorsi che questa situazione ha prodotto sul regolare funzionamento del TC, impedendo, di fatto, il corretto svolgimento della sua attività<sup>27</sup>. Il crescente numero di *amparos* ha procurato un continuo ed inarrestabile accumulo delle questioni con conseguente dilatazione dei tempi per la risoluzione delle stesse, comportando una ritardata giustizia costituzionale, che ha creato quelle che sono state autorevolmente qualificate come “anime in pena”<sup>28</sup>. Diretta conseguenza di questo enorme carico di lavoro cui il TC è chiamato è lo svolgimento rallentato delle altre funzioni assegnate ad esso come a qualsiasi altra Corte costituzionale<sup>29</sup>, ovvero di quelle relative al controllo della legittimità costituzionale della legge e alla risoluzione dei conflitti di attribuzione: il *Tribunal Constitucional* si è trasformato così, sempre più, in un *Tribunal de amparos*<sup>30</sup>, comportando, *de facto*, una sorta di immunità del legislatore<sup>31</sup>. Tale trasformazione è ancor più allarmante se si constata che queste ultime funzioni, differentemente da quanto avviene per la tutela dei diritti fondamentali (si guardi ai giudici comuni), sono di esclusiva competenza di tale organo costituzionale in un modello di giustizia costituzionale di tipo accentrato.

La dilatazione dei tempi nell'affrontare le questioni sollevate al giudice costituzionale comporta che le pronunce vengono depositate quando la legge non esiste più nell'ordinamento, perché o abrogata dal legislatore o quanto meno modificata<sup>32</sup>. Conseguenza di ciò è una generale incertezza del diritto<sup>33</sup> e un mancato controllo diretto sull'operato del Parlamento, non arrivando il TC ad intervenire, a causa dell'allungamento dei tempi di decisione, a ridosso dell'approvazione della legge da parte dell'organo parlamentare.

Il ritardo rilevato con riguardo al controllo della legittimità delle leggi non è bilanciato da una celerità nella risoluzione degli *amparos*<sup>34</sup>, anzi in tali giudizi i ‘tempi d’attesa’ risultano

---

<sup>27</sup> A tale proposito si è parlato di “*saturación o cuasi paralización*” del *Tribunal Constitucional*, in tal senso J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos. (Reflexiones a propósito de la ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la ley orgánica del Tribunal Constitucional)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 88/2010, 499.

<sup>28</sup> Così P. Cruz Villalón ha descritto coloro che attendono per anni anche solo di sapere se il proprio ricorso è stato ammesso o meno, cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *Costituzione spagnola e giustizia costituzionale*, in *Foro it.*, 1999, V, 275.

<sup>29</sup> Comportando ciò anche il rischio di perdita della legittimità dell'istituzione, in tal senso I. GÓMEZ FERNÁNDEZ - P. PÉREZ TREMP, *Los problemas del recurso de amparo en España y su reforma*, 306.

<sup>30</sup> Cfr. M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge organica del Tribunal Constitucional*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2008, 113.

<sup>31</sup> L.M<sup>a</sup>. Díez-Picazo, *Introducción a la Mesa 2: «Tribunal Constitucional y derechos fundamentales»*, in AA.VV., *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, a cura di P. Pérez Tremps, Valencia 2007, 509. Sul ruolo del TC nel sistema costituzionale spagnolo si v. R. BLANCO VALDÉS, *Il Tribunal costituzionale spagnolo: disegno giuridico e pratica politica*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, a cura di S. Gambino, Milano 2012, 309 ss. Si è autorevolmente parlato di un funzionamento “patologico” del controllo delle leggi da parte del *Tribunal*, in questi termini P. CRUZ VILLALÓN, *El estado del Tribunal Constitucional*, in *Claves de Razón Práctica*, 191/2009, 7.

<sup>32</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *La riforma dell'amparo costituzionale in Spagna e l'introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotta - P. Veronesi, Napoli 2009, 1557.

<sup>33</sup> P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino 2001, 123.

<sup>34</sup> Il giudizio sul *recurso de amparo* si compone di due fasi distinte: la prima è meramente processuale e si concentra sulla presenza o meno di tutti i requisiti per l'ammissibilità del ricorso, la seconda, che si verifica a esito positivo della prima, rappresenta la decisione nel merito, anche se – giova ricordarlo – nella fase del merito il Collegio può sempre far valere l'eventuale carenza dei presupposti per la corretta costituzione del giudizio: si v. nota 133.



‘insostenibili’. Per la decisione sul merito, infatti, il ritardo<sup>35</sup> è stato calcolato fra i tre e i cinque anni, sempre che a pronunciarsi non sia il *Pleno*; in tale ultimo caso la pronuncia non arriva prima di cinque-dieci anni dalla presentazione del ricorso<sup>36</sup> e, comunque, il ricorrente non saprà se il ricorso è stato ammesso prima di due o tre anni dalla presentazione dello stesso<sup>37</sup>. In entrambi i casi (controllo della legge e tutela dei diritti fondamentali), il ritardo accumulato ‘svuota’ il ruolo del *TC*: nel primo caso, non viene garantita la perdita di efficacia delle leggi incostituzionali; nel secondo, non viene assicurata la funzione di tutela dei diritti fondamentali. Di fatto, il *TC* non riesce a svolgere le sue competenze principali, costituzionalmente attribuitegli<sup>38</sup>. Queste preoccupazioni, che hanno portato ad affermare che si è dinanzi allo “svilimento della normatività della Costituzione e della perdita di un riferimento necessario per lo sviluppo [...] del sistema giuridico”<sup>39</sup> spagnolo, sono vieppiù allarmanti se si considera che circa il 97% dei ricorsi si arresta alla fase dell’ammissibilità<sup>40</sup>, senza che il *TC* entri nel merito della questione. La crescita dei *recursos de amparo* – arrivata al punto che di questi il *TC* è costretto ad occuparsi ‘a tempo pieno’ – ha comportato che i giudici di via Scarlatti svolgono un lavoro impegnativo che, comunque, si arresta alla fase dell’(in)ammissibilità. L’impegno profuso dai giudici costituzionali e dai loro assistenti (*letrados*) viene finalizzato, *id est*, ad un lavoro c.d. negativo<sup>41</sup> – che risulta essere limitato ad analizzare ciò di cui essi non potranno occuparsi, perché non entreranno nel merito del ricorso presentato – e non ad uno c.d. positivo, impiegato, *id est*, nella preparazione della decisione nel merito.

Dunque, come rilevato dall’unanimità della dottrina – unanimità che, però, viene meno se si prendono in considerazione le analisi che hanno ad oggetto il merito della riforma – si era dinanzi ad una situazione di paralisi. Una risoluzione dello stato di inoperatività finora descritto è stata sollecitata, più volte, dallo stesso *TC*. Già nel 1986, Tomás y Valiente denunciò le difficoltà del funzionamento del *Tribunal* che presiedeva e si pronunciò a favore di una riforma legislativa tendente a risolvere la valanga di ricorsi incombente già durante i primi anni di funzionamento del *Tribunal*<sup>42</sup>. La gravità della situazione resa pubblica

<sup>35</sup> Ciò è ancora più allarmante – oltre che in contraddizione con l’istituto processuale in argomento – se si tiene a mente che la caratteristica essenziale del processo di *amparo* è quella di essere stato pensato come “un procedimento agile, urgente e semplice” tanto da essere anche denominato “procedimento di tutela d’urgenza”, così S.B. ABAD YUPANQUI - P. PÉREZ TREMPs a Presentazione dei lavori pubblicati nell’opera a loro cura, *La reforma del proceso de amparo*, cit., I. Per diminuire l’eccessiva dilazione dei tempi per una risposta nel merito da parte del *TC*, nulla, del resto, ha potuto la comunque “alta produttività” dei lavori dell’organo medesimo, così come riconosciuto da autorevole dottrina, si v., quindi, P. PÉREZ TREMPs, *Sistema de Justicia Constitucional*, Pamplona, 2010, 164.

<sup>36</sup> Cfr. M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge*, cit., 113; P. PÉREZ TREMPs, *Sistema*, cit., 164.

<sup>37</sup> R. ROMBOLI, *Il Tribunal Constitucional spagnolo e le condizioni di ammissibilità*, cit., 120.

<sup>38</sup> Si potrebbero fare a questo punto moltissimi esempi, valga per tutti un esempio di ritardo molto recente: con la *STC 135/2013*, del 6 giugno, il *TC* risolve un *recurso de inconstitucionalidad* presentato nel *Registro General* il 18 febbraio del 2004, vale a dire 9 anni prima.

<sup>39</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN - G. CAMARA VILLAR - L. FELIPE MEDINA REY, *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2008, 11.

<sup>40</sup> Dal 2004 al 2006 i ricorsi dichiarati inammissibili sono stati 6.630 (2004), 5.566 (2005), 7.830 (2006), cfr. [www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/memoria\\_2007](http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/memoria_2007).

<sup>41</sup> M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge organica*, cit., 113; E. FOSSAS ESPADALER, *El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, in AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, a cura di M. Carrillo, Valencia 2008, 52.

<sup>42</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso pronunciado en el Tribunal Constitucional, el 1 de octubre de 1986*, in ID., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993, 217. Da allora, ogni anno, in occasione della presentazione, da parte dell’attuale presidente del *TC*, delle Memorie del lavoro svolto durante l’anno appena conclusosi, è sempre stata segnalata la disfunzione del funzionamento del *TC*, e lo si faceva ora riportando i dati dei ricorsi che bloccavano il lavoro del *Tribunal*, ora, in modo più esplicito, sollecitando una riforma della *LOTC*. Cfr., quindi ed in particolare, le Memorie pubblicate sul sito del *TC*



dall'autorevolezza dell'intervento, e soprattutto dalla sede in cui fu sollevata, fece sì che la discussione sulla necessità di una riforma della *LOTC* fosse sempre presente a livello sia dottrinale che politico.

Una prima, anche se fallita, riforma della *LOTC*, tendente allo smaltimento del lavoro del *TC*, arriva due anni più tardi. Infatti, con la legge organica 6/1988 si è cercato di porre rimedio ai ritardi nelle decisioni dovuti all'altissimo numero di ricorsi, riconoscendo al *TC* la possibilità di dichiarare i ricorsi inammissibili “per carenza manifesta di contenuto che ne giustifichi una decisione nel merito”<sup>43</sup>. Anche se il largo uso di tale formula ha consentito alle Sezioni<sup>44</sup> di pronunciare molte decisioni di (manifesta) inammissibilità, permettendo loro una maggiore celerità decisionale, tale puntuale modifica, non costituendo una riforma ampia e complessiva, non è riuscita a risolvere il problema dei ricorsi pendenti, con la conseguenza che, pur evitando il collasso (nel breve periodo) del funzionamento del *Tribunal*<sup>45</sup>, ha rappresentato “una occasione perduta”<sup>46</sup> per un intervento più incisivo, viste le molteplici problematiche che interessavano il massimo organo della giustizia costituzionale spagnola.

Inoltre, aver consentito al *TC* di pronunciare una decisione di inammissibilità senza obbligo di motivazione (tramite *providencia*) – indicando solamente qual era la condizione ostativa alla dichiarazione di ammissibilità – a poco è servito, perché il *TC* ha continuato a motivare, seppur succintamente, la decisione di inammissibilità<sup>47</sup>.

Vista la mancata volontà, da parte del legislatore, di adottare una legge di riforma più ‘invasiva’, soprattutto alla luce del continuo aumento dei ricorsi che giungevano al *TC*, quest'ultimo continuò a ‘sollecitare’ un intervento da parte del Parlamento spagnolo (*Cortes Generales*). Fu Álvaro Rodríguez Bereijo, Presidente del *TC* dal 1995 al 1998, ad istituire una Commissione, all'interno del *Tribunal* stesso, con il compito di redigere una vera e propria proposta di revisione della *LOTC*, proponendo mirate, ma allo stesso tempo organiche, modifiche da introdurre nel corpo della legge organica. Il *Borrador*, contenente il testo (allora) vigente, la proposta di modifica e la spiegazione di quest'ultima, fu pubblicato nel maggio del '98<sup>48</sup>. Dopo quasi un decennio il legislatore ha deciso di modificare la *LOTC* e, facendolo, sicuramente ne ha tenuto conto, visto che molte sono le novità introdotte che ricalcano quelle contenute nella ‘bozza’ elaborata dalla Commissione del *TC*.

La situazione nella quale si va ad inserire la riforma è ben chiara al legislatore organico, ed infatti, pur riconoscendo che “la legge organica 2/1979, del 3 ottobre, del *TC* [...] ha costituito lo strumento indispensabile per la realizzazione dei compiti del *Tribunal*

---

([www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)) ed in particolare quelle del 2004 e del 2005 (in special modo il paragrafo V) e quella del 2006, presentate dall'allora Presidente del *Tribunal Constitucional* María Emilia Casas Baamonde.

<sup>43</sup> Secondo l'art. 50.1 del testo riformato con *LO* 6/1988, la Sezione, con l'unanimità dei suoi membri, poteva emettere una *providencia*, provvedimento succintamente motivato di inammissibilità (e non un *auto*, provvedimento motivato, simile alla nostra ordinanza), qualora veniva riscontrata almeno una delle seguenti quattro condizioni: a) carenza manifesta ed insanabile dei requisiti stabiliti negli artt. da 41 a 46 ovvero mancanza di giurisdizione o competenza del *TC*, b) ricorso avente ad oggetto diritti e libertà fondamentali non suscettibili di tutela attraverso l'*amparo constitucional*, c) manifesta carenza di contenuto che ne giustifichi una decisione nel merito da parte del *TC*, d) risoluzione, da parte del *TC*, con una decisione di rigetto, di un ricorso sostanzialmente uguale.

<sup>44</sup> La *LO* 6/1988 ha abilitato, per la prima volta, le Sezioni a decidere sulla ammissibilità del ricorso; infatti, la *LOTC* 3/1979 attribuiva tale competenza solo alle *Salas*.

<sup>45</sup> Cfr. P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional, juez ordinario*, cit., 206.

<sup>46</sup> F. RUBIO LLORENTE, *El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)*, in ID., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid 1993, 558. Un ampio commento alla legge è ora in S. OUBIÑA BARBOLLA, *El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, Valencia 2012, 430-490.

<sup>47</sup> Cfr. R. ROMBOLI, [La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. “oggettivazione” dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con la esperienza italiana](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 5.

<sup>48</sup> Cfr. Il *Borrador de reforma de la LOTC*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 4/1999, 415-434.

*Constitucional* e i procedimenti in essa contenuti si sono radicati nella vita e nella coscienza giuridica spagnola [, tuttavia] l'elevato numero delle domande di *amparo* ha provocato un ampio sviluppo della funzione di garanzia dei diritti fondamentali a discapito delle altre competenze del *Tribunal Constitucional*<sup>49</sup>. Il sovraccarico di lavoro che stava subendo il *TC* necessitava di riforme “rivolte a dotare l'*amparo* di una nuova configurazione che risulta più efficace ed efficiente per conseguire gli obiettivi costituzionalmente previsti per questa istituzione”<sup>50</sup>.

### 3. *Il presente ovvero i rimedi all'alluvione dei recursos: le principali riforme dell'amparo costituzionale secondo il disegno del legislatore*

Per rispondere al problema del sempre crescente numero di ricorsi e delle conseguenze ad esso legate, nonché per assicurare al *TC* di poter compiere la sua funzione costituzionale il legislatore organico – prendendo in esame le sole riforme che riguardano il *recurso de amparo* – è intervenuto su quattro ambiti che si possono così suddividere:

a) in primo luogo, si è intervenuto sull'ammissione del *recurso de amparo*: se nel sistema precedente il giudizio di ammissibilità si basava su cause di ammissione tassative, *id est* stabilite, la riforma introduce un sistema nel quale sul ricorrente grava l'obbligo di addurre e dimostrare che il contenuto del ricorso giustifica una decisione nel merito da parte del *TC*, in ragione della sua *especial trascendencia constitucional* (speciale rilevanza costituzionale), data la sua importanza ai fini dell'interpretazione, dell'applicazione o della generale efficacia della Costituzione. Ne consegue che s'inverte il giudizio di ammissibilità, in quanto si passa dalla verifica dell'inesistenza delle cause di inammissibilità alla verifica dell'esistenza di una speciale rilevanza costituzionale nel *recurso de amparo* formulato;

b) in secondo luogo, si è attribuita direttamente alle Sezioni del *TC* la possibilità di decidere sui *recursos* sia per l'ammissibilità (con qualche modifica rispetto a quanto già previsto dalla *LOTC* 6/1988) che per il merito, incrementando, così, la capacità di lavoro del *Tribunal*;

c) in terzo luogo, si è potenziata la naturale sede dei primi garanti della tutela dei diritti fondamentali, vale a dire dei tribunali ordinari. A questi è riconosciuto un ampliamento delle proprie competenze grazie alla modifica dell'incidente di nullità previsto dall'art. 241.1 della [Ley Orgánica del Poder Judicial](#), la n. 6/1985 (d'ora in avanti *LOPJ*). È stata introdotta, così, una nuova e più ampia configurazione dell'incidente di nullità, in quanto, sempre secondo il legislatore organico, si consente la sua istanza sulla base di qualsiasi violazione di uno dei diritti fondamentali richiamati nell'articolo 53.2 della Costituzione, in luogo di vizi meramente processuali previsti fino al momento della sua riforma<sup>51</sup>;

d) infine, si è introdotta una nuova regolazione della *cuestión interna de constitucionalidad* (autoquestione di costituzionalità o questione interna di costituzionalità): nel caso in cui, a seguito del ricorso, si presume che la violazione del diritto discenda dalla legge, vi è l'obbligo che la Sala, o nel caso la Sezione, sollevi questione di legittimità costituzionale della legge al *Pleno* con sospensione del termine per pronunciare la sentenza di *amparo*<sup>52</sup>.

#### 3.1. *La nuova configurazione dell'ammissione del ricorso: il requisito della especial trascendencia constitucional e la giurisprudenza costituzionale di attuazione*

---

<sup>49</sup> Così nel II capoverso dell'Esposizione dei motivi che accompagnano la *LOTC* 6/2007.

<sup>50</sup> Così nel III capoverso dell'Esposizione dei motivi che accompagnano la *LOTC* 6/2007.

<sup>51</sup> Cfr. il III capoverso della Esposizione dei motivi che accompagnano la *LOTC* 6/2007.

<sup>52</sup> Fra le più recenti si v. *infra* nota 192.

La parte della riforma sicuramente più rilevante – e per questo più dibattuta – è quella che riguarda la nuova configurazione dell’ammissione del ricorso attraverso la previsione di un nuovo requisito di ammissibilità (la speciale rilevanza costituzionale), con la conseguente c.d. oggettivazione dell’*amparo*. Il nuovo requisito di ammissibilità prescinde, infatti, dalla verifica della violazione di un diritto fondamentale (dimensione soggettiva) e tende ad assicurare l’interesse pubblico e generale (sotteso al singolo ricorso), in quanto, come interprete supremo della Costituzione, il *TC* definisce la norma imponendola a tutti i pubblici poteri (dimensione oggettiva)<sup>53</sup>.

La nuova legge prescrive, fra l’altro, nel suo art. 50 *LOTC*, che nella domanda di *amparo* debba essere chiarito il requisito della speciale rilevanza costituzionale e che questa debba essere valutata dal *TC* sulla base di tre elementi, vale a dire in considerazione della sua importanza per l’interpretazione della Costituzione o per l’applicazione e l’efficacia generale della stessa ovvero per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali. Quindi, diversamente da quanto previsto prima dell’entrata in vigore della legge di riforma, la domanda predisposta dal ricorrente deve contenere diversi requisiti e quindi essere conforme a quanto disposto negli articoli da 41 a 46 e 49 della *LOTC* ed esplicitare la speciale rilevanza costituzionale *ex art. 50.1 LOTC*. Nella domanda di ricorso si dovranno, inoltre, esporre con chiarezza e concisione i fatti che ne sono alla base, il parametro costituzionale che si presume essere violato, la richiesta a garanzia del diritto o della libertà che si ritiene essere stata vulnerata e *in ogni caso* la domanda dovrà giustificare la “speciale rilevanza costituzionale del ricorso” (art. 49.1 *LOTC*).

Con la modifica di queste due disposizioni, come rilevato dall’unanimità della dottrina<sup>54</sup>, saremmo di fronte ad un notevole cambiamento della natura del ricorso: dalla dimensione soggettiva (tutela del diritto leso) alla dimensione oggettiva (tutela dell’interesse pubblico), da *amparo/tutela ad amparo/controllo*<sup>55</sup>.

La legge di riforma, per la prima volta, fa sì che il *Tribunal*, nella fase di ammissione, debba concentrarsi sull’esistenza del requisito della *especial transcendencia constitucional* e

---

<sup>53</sup> Sul tema dell’introduzione del rafforzamento della dimensione oggettiva del ricorso di *amparo* si era già espressa la dottrina nei primi anni ’90, anche se con posizioni lontane e divergenti, sviluppando la propria riflessione in merito ai criteri da utilizzarsi con riguardo alla selezione dei ricorsi di *amparo*. Si ricorda, a questo proposito, un dibattito dottrinale fra due autorevoli costituzionalisti spagnoli, Cruz Villalón e Díez Picazo. Secondo il primo, il *TC* non è obbligato ad ammettere qualsiasi domanda di *amparo* (p. 18): l’ammissione dovrebbe essere limitata e nella disponibilità del *TC* stesso, che deve giudicare se la domanda ha un contenuto che giustifica una decisione nel merito (p. 20), essendo il controllo della costituzionalità delle leggi il compito essenziale del giudice costituzionale, e, dunque, “*menos amparo frente al juez, más amparo frente al legislador*” (p. 9), P. CRUZ VILLALÓN, *Sobre el amparo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 41/1994, ora in ID., *La curiosidad del jurista persa*, cit., 1999, 496 ss. Secondo Díez Picazo, invece, il ricorso d’*amparo*, anche se non in prospettiva comparata, è un elemento caratterizzante il sistema della giustizia costituzionale spagnola (e dunque non oggettivizzabile), in quanto permette che il carattere normativo della Costituzione si traduca nella tutela diretta dei diritti fondamentali, che venga esercitato un controllo effettivo sull’operato dei giudici, che venga stabilita l’interpretazione conforme a Costituzione, che venga protetta, in modo adeguato, la supremazia normativa della Costituzione, cfr. L.M<sup>a</sup>. DÍEZ PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 40/1994, 33-37. Stesse considerazioni sono state più di recente svolte dall’autorevole A. in occasione di un convegno dal titolo *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità* svoltosi a Pisa nei giorni 19 e 20 settembre del 2008, i cui atti curati da R. Tarchi sono stati pubblicati nel 2012 per i tipi della Giappichelli. Fra la dottrina italiana che si è occupata delle ‘dimensioni’ del controllo esercitato dagli organi di giustizia costituzionale cfr., almeno, E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 124 ss.; S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, in AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, a cura di A. Anzon - P. Caretti - S. Grassi, Torino 2000, 83.

<sup>54</sup> Nel corso del lavoro cercheremo di sottoporre parzialmente a critica tali letture.

<sup>55</sup> M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge organica*, cit., 136.

non debba dimostrare, com'era previsto prima della riforma, che la domanda sia priva dei requisiti richiesti. Si passa, *id est*, da un sistema che si basava sulla prova della carenza dei presupposti di ammissibilità ad uno che si basa sulla verifica dell'esistenza della speciale rilevanza costituzionale nel ricorso di *amparo* formulato. Diretta conseguenza di tale previsione è l'affermazione del c.d. principio dell'inversione dell'onere della prova dei requisiti di ammissione della domanda di *amparo* che ora pesa sul ricorrente e non più sul *TC*. A seguito di tale inversione, la sostanziale presunzione di ammissibilità, dove l'inammissibilità si poneva come mera eventualità, viene sostituita con una sostanziale presunzione di inammissibilità (il ricorso sarà dichiarato inammissibile fintantoché non sia dimostrato il contrario), ponendosi solo come eventuale la decisione di ammissibilità, essendo onere del ricorrente indicare le ragioni e dunque la speciale rilevanza costituzionale per la quale il ricorso deve essere ammesso<sup>56</sup>. Le cause di inammissibilità, *id est*, da essere poste 'in negativo' sono determinate 'in positivo'<sup>57</sup>. Dunque, dall'entrata in vigore della nuova *LOTC*, non sarà più il *TC* a dimostrare l'eventuale mancanza dei requisiti per l'inammissibilità, ma sarà il ricorrente a provare che la sua domanda deve essere ammessa perché contenente il requisito della speciale rilevanza costituzionale (concezione oggettiva dell'*amparo*), oltre, naturalmente, la precisazione di quale diritto fondamentale si presume essere vulnerato. Dunque, l'inammissibilità da eccezione diventa regola.

Si è, dunque, dinanzi a due obblighi processuali, che sono fra di loro distinti e separati: il primo discende dal combinato disposto degli artt. 50.1, lett. a) e 49.1 *LOTC* e comporta l'onere – in capo al ricorrente – di giustificare la speciale rilevanza costituzionale, che è requisito della domanda; il secondo deriva dall'art. 50.1, lett. b) *LOTC*, e richiede l'apprezzamento – questa volta da parte del *Tribunal* – della presenza della speciale rilevanza costituzionale del ricorso.

Se questa è una delle novità più significative apportate dalla *LOTC* 6/2007 in tema di *amparo constitucional*, bisogna, ora, esaminare la giurisprudenza costituzionale che le sta attuando, e soprattutto il modo in cui essa sta procedendo.

Ci si è da subito interrogati se, secondo l'art. 49.4 *LOTC*<sup>58</sup>, l'assenza della speciale rilevanza costituzionale nella presentazione del ricorso dovesse intendersi come requisito sanabile o insanabile, in quanto tale comma si riferisce generalmente ai requisiti stabiliti nei commi primo (nel quale si legge che "in ogni caso, la domanda dovrà giustificare la speciale rilevanza costituzionale del ricorso"), secondo e terzo dello stesso art. 49 *LOTC*.

È con una ormai nota ordinanza della *Sala Primera* che si dà una risposta chiara e risolutiva a tale problematica interpretativa. L'obbligo di giustificare la speciale rilevanza costituzionale è "un requisito insanabile"<sup>59</sup>, poiché costituisce un requisito sostanziale e non formale, derivante dall'esigenza di dover giustificare, "in ogni caso", la speciale rilevanza costituzionale nel rispetto della nuova struttura del ricorso d'*amparo* così come risultante dalla riforma introdotta dalla *LOTC* 6/2007, il cui fondamento si basa proprio su tale nuovo concetto. L'omissione della giustificazione di tale requisito si traduce in un vizio insanabile della domanda che, a differenza di altri casi, non può essere sanato né dal ricorrente né dallo stesso *TC*, che non può certo integrare la domanda ricostruendola d'ufficio. Questo perché non siamo dinanzi ad un requisito meramente formale – come lo sono la mancata

---

<sup>56</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., 6; ID., [La riforma del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en España y la introducción de un recurso individual y directo en Italia](#), in [www.revistadederechoconstitucionaleuropeo.es](#), 11/2009, 327.

<sup>57</sup> M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge organica*, cit., 119.

<sup>58</sup> Si riporta integralmente il comma che ora nel testo sarà interpretato: "De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso".

<sup>59</sup> ATC [188/2008](#), del 21 luglio (*Sala Primera*, FJ 2).



presentazione di documenti o di determinati dati – e “non è possibile estendere tale sanabilità al contenuto sostanziale”<sup>60</sup> del ricorso, *id est* ad un requisito che ne determina la decisione sull’ammissibilità. In caso contrario, si avrebbero gravi conseguenze in ordine al contrasto con i principi generali del processo e con le garanzie della certezza del diritto, venendosi a determinare una esplicita elusione dei termini per la presentazione del ricorso, in quanto essi sono da intendersi come perentori. Dunque, tale onere processuale che grava in capo al ricorrente non può essere soddisfatto in forma implicita<sup>61</sup> né, tanto meno, la sua omissione può essere sanata successivamente alla presentazione della domanda; il requisito della speciale rilevanza costituzionale costituisce una “inescusabile” esigenza argomentativa che deve essere compiuta dal ricorrente<sup>62</sup>, attraverso (preferibilmente) uno specifico paragrafo, nell’atto del ricorso, contenente “un’argomentazione specifica”<sup>63</sup>. Ciò che risulta dirimente è comunque che nella domanda si “dissoci adeguatamente”<sup>64</sup> l’argomentazione tendente ad evidenziare l’esistenza della lesione di un diritto fondamentale dai ragionamenti specificatamente diretti a giustificare che il *recurso* presenti la *especial transcendencia constitucional*.

Notevoli sono, inoltre, le modifiche apportate alla divisione interna del lavoro del *TC*. Più precisamente la *LOTC* disciplina due fasi inerenti l’ammissione: una che può essere definita come pre-ammissione, l’altra come ammissione vera e propria.

Con la finalità di incrementare la capacità di lavoro del *TC*, il legislatore organico riconosce alle Sezioni<sup>65</sup>, con qualche modifica rispetto al sistema precedente, la potestà di pronunciarsi sull’ammissibilità o inammissibilità delle domande di *amparo*. Infatti, secondo il novellato art. 50.3 *LOTC*, la Sezione, solo se all’unanimità, può dichiarare l’ammissibilità del ricorso. Attraverso la lettura in combinato disposto dei commi secondo e terzo dell’art. 50, si deduce che, nei casi in cui l’ammissione non ottenga l’unanimità dei voti dei componenti, la Sezione dovrà rimettere la decisione alla Sala rispettiva<sup>66</sup>. Invece, per quanto riguarda la

---

<sup>60</sup> *ATC* [188/2008](#), del 21 luglio (*Sala Primera, FJ 2*).

<sup>61</sup> *ATC* [188/2008](#), del 21 luglio (*Sala Primera, FJ 2*).

<sup>62</sup> Queste argomentazioni sono state ribadite in modo pressoché identico anche dalla *Sala Segunda* (*ATC* [289/2008](#), del 22 settembre). Tale decisione, pur se ricalca la precedente, risulta essere meritevole di interesse perché palesa una identità di interpretazione giurisprudenziale fra le due *Salas*, che dimostrano di avere, così, una medesima visione del ricorso come ridisegnato dalla riforma.

<sup>63</sup> *Ex multis*, gli *AATC* [165/2009](#), del 25 maggio (*Sección Tercera*), [218/2009](#), del 13 luglio (*Sección Cuarta*), [252/2009](#), del 19 ottobre (*Sección Cuarta*). Maggiori precisazioni sono prodotte dalla giurisprudenza successiva come, ad esempio, nell’*ATC* [24/2012](#), del 31 gennaio (*Sección Primera, FJ 1*). Il *TC*, ribadendo che la *especial transcendencia constitucional* rappresenta un requisito che non può essere sanato, precisa che la domanda iniziale può essere *completata* anche posteriormente attraverso un altro scritto, nel quale meglio si può argomentare anche in riferimento al requisito della *especial transcendencia constitucional*. La possibilità di meglio argomentare sulla *especial transcendencia constitucional* viene limitata temporalmente al rispetto dei termini per ricorrere: l’ampliamento della domanda, dunque, deve essere prodotto solo ed esclusivamente nel rispetto del termine legale di presentazione del ricorso, cioè entro il termine perentorio di 30 giorni dalla notificazione della decisione giudiziale oggetto del ricorso d’*amparo* (così come prescritto dall’art. 44.2 *LOTC*) e prima, dunque, che il *TC* abbia pronunciato una *providencia* di inammissibilità. Cfr., anche, l’*ATC* [262/2009](#), dell’11 novembre (*Sección Primera, FFJJ 1-2*).

<sup>64</sup> Fra le più recenti *STC* [54/2015](#), del 16 marzo (*Sala Segunda, FJ 4*). Si v. *infra* nel testo.

<sup>65</sup> Benché la Costituzione spagnola parli esclusivamente dell’organo (unitario) *Tribunal Constitucional*, la *LOTC*, nel disciplinare l’organizzazione interna del *Tribunal*, prevede sette collegi giurisdizionali distinti: il *Pleno*, composto da tutti i giudici costituzionali, due *Salas*, composte ognuna da 6 magistrati, che, a loro volta, sono costituite da quattro *Secciones*, composte da tre magistrati ciascuna. La composizione è decisa dal *Pleno* medesimo così come dispongono gli articoli 7 e 8 della *LOTC*.

<sup>66</sup> Nel previgente articolo 50.3 *LOTC*, era previsto che qualora non fosse stata raggiunta l’unanimità dei componenti la Sezione, prima di dichiarare l’inammissibilità del ricorso, la medesima Sezione doveva ascoltare, prima di decidere sull’ammissibilità, sia la parte ricorrente che il pubblico ministero. Mantiene delle riserve verso questa soppressione, che comunque mira a velocizzare il lavoro della Sezione, P. CRESPO BARQUERO, *Respuestas a la encuesta*, in E. ESPÍN TEMPLADO - G. FERNÁNDEZ FERRARES - P. CRUZ VILLALÓN, *La reforma de*



decisione sull'inammissibilità, basterà la maggioranza dei membri, senza la necessità di dover deferire la decisione alla Sala qualora l'unanimità non venga raggiunta. Se così non fosse, si aumenterebbe il carico di lavoro del TC, in quanto quasi tutte le decisioni (che sono quelle prese a maggioranza) passerebbero (sempre) prima dalla Sezione e poi alla Sala corrispondente.

Direttamente legata alla fase dell'ammissibilità e alla sanabilità degli eventuali vizi della domanda di *amparo*, c'è un'altra novità (positivizzazione di una pratica già esistente nel funzionamento del Tribunale<sup>67</sup>) che deve essere segnalata: si tratta dell'introduzione di una vera e propria pre-ammissione svolta dalla Segreteria di Giustizia. A questa è assegnato il compito di verificare la completezza della domanda rispetto ai requisiti legali dell'*amparo* a seguito della introduzione *ex novo* del quarto comma dell'articolo 49 LOTC. Nel caso in cui venga riscontrata una mancanza dei requisiti (*ex art. 49.1, 2 e 3 LOTC*), la Segreteria di Giustizia concederà 10 giorni affinché il ricorrente possa porre rimedio ai difetti evidenziati, e, se la mancanza non sarà sanata, la Sezione dichiarerà il ricorso inammissibile.

Dopo aver riconfigurato la procedura per l'ammissione dei ricorsi, la riforma si occupa anche della loro risoluzione: si attribuisce anche alle Sezioni, e non solo alle *Salas* (come era invece previsto nella LOTC previgente) la possibilità di risolvere gli *amparos* con sentenza (*ex artt. 52.2 e 8.3 LOTC*).

Tuttavia, come è stato sottolineato da gran parte della dottrina<sup>68</sup>, la possibilità di attribuire la decisione dei ricorsi alle Sezioni, anche se pensata per facilitare ed accelerare la decisione dei ricorsi ammessi<sup>69</sup>, sembra molto strana<sup>70</sup>, se non proprio discutibile<sup>71</sup>, contraddittoria<sup>72</sup> ed illogica<sup>73</sup> se si ha riguardo alle finalità cui muove la riforma.

Tali posizioni critiche nei confronti di quella che è stata definita la *desconcentración*<sup>74</sup> del lavoro del TC derivano, principalmente, da diverse considerazioni. In primo luogo, attribuire alla Sezione (tramite delega da parte della Sala) la decisione del ricorso nel caso in cui si tratta di dare applicazione ad una giurisprudenza consolidata del TC non pare risolutivo, in quanto la ricerca dell'esistenza di una giurisprudenza consolidata da applicare al caso concreto richiede tempo ed impiego di energie lavorative. Detto in altro modo, non pare risolutiva tale previsione, perché si giunge ad aggravare con nuovo lavoro le Sezioni, dopo che la Sala ha studiato le carte processuali e giurisprudenziali al fine di cercare una giurisprudenza consolidata da applicare al caso concreto; in tal modo si incorre nel rischio di uno sdoppiamento del lavoro anziché favorire una diminuzione dello stesso.

In secondo luogo, la riforma, generalmente intesa, prefigura l'ammissione di pochi e limitati ricorsi, la cui importanza (risultante dall'aver come requisito la speciale rilevanza

---

*la justicia constitucional*, Navarra 2006, 99.

<sup>67</sup> Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN - G. CAMARA VILLAR - L. FELIPE MEDINA REY, *La nueva ley orgánica*, cit., 72; E. FOSSAS ESPADALER, *El proyecto de reforma de la ley orgánica*, cit., 47.

<sup>68</sup> Tra gli autori favorevoli a tale previsione si sono espressi M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 141; E. ESPÍN TEMPLADO, *Comentario al Anteproyecto de Reforma de la LOTC*, in E. ESPÍN TEMPLADO - G. FERNÁNDEZ FERRARES - P. CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, cit., 24.

<sup>69</sup> Si potenzia la capacità di lavoro del TC "moltiplicando per due – si passa da due Aule a quattro Sezioni – il numero degli organi che possono pronunciarsi autonomamente sulla soluzione dei ricorsi costituzionali", così I. GOMEZ FERNANDEZ, *Una «nuova» legge organica per il Tribunale Costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2007, 646.

<sup>70</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN - G. CAMARA VILLAR - L. FELIPE MEDINA REY, *La nueva ley*, cit., 85.

<sup>71</sup> G. FERNÁNDEZ FERRARES, *La reforma de la ley orgánica*, cit., 154.

<sup>72</sup> F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, cit., 134.

<sup>73</sup> M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria nacionalización de un órgano constitucional en crisis*, in AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción*, cit., 70; L. BACHMAIER WINTER, *La reforma del recurso de amparo en la ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, in [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es), 2007, 5.

<sup>74</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *Acotaciones al proyecto de reforma de la justicia constitucional*, in E. ESPÍN TEMPLADO - G. FERNÁNDEZ FERRARES - P. CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, cit., 67.

costituzionale) dovrebbe far sì che la decisione venga deliberata solo ed esclusivamente dal *Pleno*, vale a dire dall'organo che più di tutti rappresenta il *TC* e che, per autorevolezza, dovrebbe pronunciarsi su una questione che sarebbe, appunto, di speciale rilevanza costituzionale. Ed infatti è stato sostenuto che il *TC*, stante il requisito della speciale rilevanza costituzionale, dovrebbe pronunciare un numero di decisioni in tema di *amparo* assai ridotto, potendo quindi essere, queste, nella piena disponibilità del *Pleno*<sup>75</sup>.

Passando, poi, all'interpretazione del nuovo requisito della *especial trascendencia constitucional*, ex art. 50.1, lett. b) *LOTIC*, iniziamo con il rilevare che essa è stata avanzata dallo stesso *Tribunal* ben due anni dopo l'entrata in vigore della riforma del 2007 e questo ha creato più di qualche incertezza fra gli operatori del diritto. Se, infatti, da una parte, con l'*ATC* [188/2008](#), si è precisato che la speciale rilevanza costituzionale costituisce un requisito autonomo la cui mancanza rappresenta un vizio insanabile, dall'altra il contenuto del requisito per l'ammissione è stato specificato solo con la sentenza [155/2009](#), prima della quale era comunque richiesto che esso fosse presente nella domanda di *amparo*, pena l'inammissibilità del ricorso<sup>76</sup>. Con tale sentenza, il *Pleno*, e dunque l'intero *TC*, avocando a sé il ricorso, ha

---

<sup>75</sup> Cfr. M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdicción*, cit., 92; P. CRUZ VILLALÓN, *Acotaciones al proyecto de reforma*, cit., 71; C. VIVER I PI-SUNYER, *Respuesta a la encuesta*, in E. ESPÍN TEMPLADO - G. FERNÁNDEZ FERRARES - P. CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, cit., 114, parla di 30 o 40 pronunce l'anno. Che non sia così si v. *infra*; comunque, già ora si può richiamare un dato inerente ai *recursos* decisi con sentenza. Partendo dall'anno in cui la riforma è entrata pienamente in vigore, si ricorda che nell'anno 2009 su 177 sentenze solo 1 è stata pronunciata dal *Pleno*, mentre ben 138 dalle *Salas* e 38 dalle *Secciones*. Questa *desconcentración*, invece, è stata utile, come era già stato messo in luce proprio dagli autori da ultimo citati, nel solo periodo transitorio, fino a quando cioè la legge non ha trovato applicazione. Infatti, è lo stesso legislatore organico ad aver stabilito, nella prima disposizione transitoria della *LOTIC*, che si poteva applicare, ai processi costituzionali iniziati prima dell'entrata in vigore della *LOTIC*, la possibilità che le *Salas* (tramite *providencia*) possano rimettere alle *Secciones* la risoluzione dei ricorsi. Nel corso degli ultimi anni, però, si assiste ad un complessivo aumento del lavoro del *TC* in *Pleno*. Non mancano certo le sentenze pronunciate dalle *Salas*, che rimangono in assoluto quelle più elevate, mentre vanno via via diminuendo, fino a scomparire, le sentenze pronunciate dalle articolazioni interne più ridotte quali sono le *Secciones*. A partire dal 2010 le sentenze sono: 4 del *Pleno*, 98 delle *Salas* e 8 delle loro *Secciones* (2010); 4 del *Pleno*, 98 delle *Salas* e 8 delle loro *Secciones* (2011); 33 del *Pleno*, 90 delle *Salas* e 8 delle loro *Secciones* (2012); 9 del *Pleno*, 78 delle *Salas* e 1 delle loro *Secciones* (2013); 15 del *Pleno*, 94 delle *Salas* e nessuna delle loro *Secciones* (2014).

<sup>76</sup> A questo proposito, allegato all'ordinanza è il *voto particular* del giudice costituzionale E. Gay Montalvo che, avendo messo in luce la mancanza di una specificazione del requisito della *especial trascendencia constitucional*, dissentiva dal *TC* per non aver questo mostrato una maggiore flessibilità (almeno) durante i primi mesi; il *TC*, da parte sua, ha voluto fin da subito, senza incertezze, applicare la riforma. Il dissidente E. Gay Montalvo precisa, fin da subito, che il dissenso non è verso la legge di riforma, ma verso l'interpretazione fornita sia dalla *Primera* che dalla *Segunda Sala* del *TC*. I punti di dissenso sono essenzialmente due: il primo è che la domanda deve contenere un'argomentazione espressa (venendosi a creare un "formalismo snervante"), e non una mera menzione, della speciale trascendenza costituzionale (la previsione del nuovo requisito ha come destinatario il *TC* e non i ricorrenti, e dunque la speciale trascendenza costituzionale deve essere dimostrata dal primo e non dai secondi); la seconda è che sarebbe commesso un "grave oltraggio" ai diritti fondamentali qualora ne venissero ammessi alcuni e dichiarati inammissibili altri, solo per il fatto di aver precisato il requisito della *especial trascendencia constitucional* (soprattutto quando si è in presenza di un aspetto nuovo, al quale non si è dato ancora un preciso contenuto normativo), in quanto la finalità essenziale del ricorso de *amparo* è quella di tutelare i diritti fondamentali, quando la via ordinaria di protezione non è riuscita a ripararli. Anche se il *TC* parla di un vizio insanabile, è sempre possibile integrare la domanda, ma sempre nel rispetto dei (perentori) termini processuali per la presentazione del *recurso*, cfr. *ATC* [262/2009](#), dell'11 novembre (*Sección Primera*, *FJ* 2). In dottrina cfr. J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2009. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Revista española de derecho constitucional*, 88/2010, 311, nt. 1. Cfr., anche, *ATC* [290/2008](#), del 22 settembre (*Sala Segunda*, *FFJJ* 2-3). Queste osservazioni critiche, come si cercherà di dimostrare più avanti, sono superate dal *Pleno* con la *STC* [155/2009](#), del 25 giugno. Ciò che appare in riferimento alla giurisprudenza finora analizzata è che il *Tribunal* ha voluto fin da subito, senza incertezze, applicare la riforma. Appare quindi di una qualche eccentricità un recente *voto particular* del giudice Valdés Dal-Ré (di recente nomina: luglio 2012) allegato in calce all'*ATC* [28/2013](#), dell'11 febbraio, *Sala Primera*, che riprende argomentazioni spese già da alcuni colleghi giudici di qualche anno

fornito un contenuto molto dettagliato alla nozione della speciale rilevanza costituzionale, ma lo ha fatto solo dopo aver puntualizzato che si è dinanzi ad una nozione notevolmente aperta ed indeterminata, così come lo sono i tre criteri stabiliti dal legislatore organico per specificarne il contenuto: l'importanza della speciale rilevanza costituzionale ai fini dell'interpretazione, dell'applicazione o della generale efficacia della Costituzione. Il *TC* ha anche avuto la premura di affermare che il carattere di tali nozioni conferisce allo stesso un ampio margine decisorio nel giudicare quando il contenuto del ricorso “giustifica la decisione nel merito [...] in ragione della sua speciale rilevanza costituzionale”. L'organo di giustizia costituzionale spagnolo, con tale sentenza, ritiene conveniente interpretare<sup>77</sup> in maniera più precisa il requisito contenuto nell'art. 50.1, lett. b)<sup>78</sup> *LOTC* sia perché si è dinanzi ad una nozione tanto ampia quanto indeterminata, sia perché sono ormai trascorsi due anni dall'entrata in vigore della legge di riforma.

Dinanzi al *TC* si presentavano come percorribili almeno due strade: riconoscersi un ampio margine di discrezionalità<sup>79</sup> (riempiendo di contenuto la nozione della speciale rilevanza costituzionale casisticamente, *id est* solo gradualmente, sulla base dei casi concreti che si sarebbero presentati<sup>80</sup> e, quindi, “in considerazione della particolarità del caso”<sup>81</sup>) ovvero limitarlo, prescindendo dal caso concreto e anticipando, in tal modo, le ipotesi che sarebbero state considerate meritevoli di espressione della speciale rilevanza costituzionale, e quindi ammissibili, con “evidente beneficio per la certezza del diritto e per la trasparenza dell'attività del giudice costituzionale”<sup>82</sup>. Delle due strade è stata scelta la seconda, anche al fine di ridurre l'onere richiesto ai ricorrenti nel predisporre la domanda di *amparo*<sup>83</sup>. Il *TC* lo ha fatto

---

prima sull'utilizzo di un criterio “materiale” per valutare la *especial trascendencia constitucional*.

<sup>77</sup> “A mo' di legislatore più che di interprete” per M. PULIDO QUECEDO, *El requisito de “la especial trascendencia constitucional” en el recurso de amparo*, in *Revista aranzadi del Tribunal Constitucional*, 6/2009 (consultato in [www.westlawes.es](http://www.westlawes.es), 3), a seguito, comunque, di uno “sforzo di concretizzazione”, così come palesato dallo stesso *TC* nella *STC 17/2011*, del 28 febbraio (*Sala Segunda, FJ 2*) ed anche nella *STC 2/2013*, del 14 gennaio (*Sala Primera, FJ 3*). L'elenco viene riportato integralmente anche nell'*ATC 154/2010*, del 15 novembre (*Sala Primera, FJ 2*).

<sup>78</sup> Cfr. *retro* a p. 12.

<sup>79</sup> Risulta più che opportuna una precisazione di ordine generale ponendo l'attenzione sulla circostanza che il *TC* non ha la possibilità di selezionare liberamente i ricorsi fra quelli che accoglie e quelli che, invece, dichiara inammissibili, perché, se la domanda di *amparo* risulta completa di tutti i requisiti richiesti per l'ammissione, il *TC* è obbligato a giudicare nel merito il *recurso* e non può (discrezionalmente) decidere se ammetterli o meno. Si è ampiamente dibattuto in dottrina sulla circostanza che il requisito della *speciale rilevanza costituzionale* potesse rappresentare un mezzo molto elastico a disposizione del *TC*, che sarebbe stato dotato di una discrezionalità molto ampia (una sorta di *certiorari*) per la selezione dei ricorsi di *amparo*; che per noi non sia così dovrebbe essere chiaro per quanto scritto all'inizio di questa nota. Su questi dibattiti si rinvia all'ampio lavoro di J.M. BIEDMA FERRER, *El trámite de admisión del recurso de amparo constitucional en el proyecto de reforma de la LOTC. ¿Hacia el certiorari estadounidense?*, in [www.porticolegal.com](http://www.porticolegal.com).

<sup>80</sup> Questa pareva l'interpretazione indicata dallo stesso *TC* con la *STC 70/2009*, del 23 marzo (*Sala Primera, FJ 1*), con la quale, ad esempio, si afferma che la *especial trascendencia constitucional* si ha allorquando si tratta di una questione sulla quale il *Tribunal* non ha ancora stabilito la propria *doctrina*.

<sup>81</sup> Così R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., 13; cfr., anche, J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 76; D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 510.

<sup>82</sup> Così, ancora, R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., 13.

<sup>83</sup> Così, del resto, riconosce lo stesso *TC* nella *STC 69/2011*, del 16 maggio (*Sala Primera, FJ 3*). La diretta conseguenza di questo modo di procedere, *id est* di rifiutare una elaborazione casistica di ciò che debba intendersi per *especial trascendencia constitucional*, è che il *TC* può più agevolmente utilizzare le *providencias* (senza motivazioni e senza preoccuparsi di fornire la spiegazione della presenza o meno della *especial trascendencia constitucional* nella domanda di ricorso); ed infatti, in molte pronunce non è facile capire il modo in cui il *TC* ha proceduto, così come rileva M. IACOMETTI, *Il requisito della especial trascendencia constitucional: verso l'oggettivizzazione del recurso de amparo in Spagna?*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'amico - B. Randazzo, Milano 2011, 1063. *Ex multis*, *SSTC 154/2012*, del 27 luglio (*Sala Segunda*), *155/2012*, del 16 luglio (*Sala Segunda*).

stilando un vero e proprio elenco – dalla lettera a) alla lettera g) –, ma non prima di aver chiarito che un catalogo definitivamente chiuso dei casi nei quali un ricorso di *amparo* contiene la speciale rilevanza costituzionale non può darsi, poiché ad esso “si oppone, logicamente, il carattere dinamico dell’esercizio della [...] giurisdizione [costituzionale, essendo sempre nella libera disponibilità del TC] ridefinire le ipotesi contemplate, aggiungere altri [concetti] nuovi o escluderne qualcuno inizialmente incluso”<sup>84</sup> alla luce, dunque, della casistica che si presenta.

Le ipotesi dove ricorre la *especial transcendencia constitucional* sono sette e sono le seguenti<sup>85</sup>: a) che nella domanda si faccia riferimento ad un problema o ad un aspetto di un diritto fondamentale amparabile rispetto al quale non esiste una giurisprudenza costituzionale, ovvero che il TC si trovi per la prima volta dinanzi ad un caso nuovo; b) che il ricorso offra al TC la possibilità di chiarire o di mutare la propria giurisprudenza, come risultato di un processo di riflessione interna o di nuove realtà sociali, di mutamenti normativi rilevanti ovvero di cambiamenti di giurisprudenza degli organi incaricati di interpretare i trattati o gli accordi internazionali; c) che la supposta violazione di un diritto fondamentale discenda da una legge o da altra disposizione di carattere generale (il TC vuole, in questo modo, tutelare il più possibile l’ordinamento costituzionale nel suo complesso ed evitare che altre questioni vengano – solo ed eventualmente – sollevate, evitando, in tal modo, che rimangano vigenti leggi incostituzionali); d) che si sia formata in giurisprudenza un’interpretazione costante e consolidata (c.d. diritto vivente) che il TC considera contraria a Costituzione, per cui si valuta necessaria la pronuncia di una diversa interpretazione conforme alla stessa (*id est*, nel caso in cui la giurisprudenza costituzionale non sia seguita in modo uniforme da tutti i giudici ordinari o perché si sia in presenza di una giurisprudenza costituzionale ondivaga); e) che il TC pronunci una decisione in grado di porsi come giurisprudenza consolidata per il futuro e che sia fatta propria dalla giurisdizione ordinaria; f) che il giudice sia venuto meno al dovere di seguire l’interpretazione già indicata dal TC e che lo abbia fatto in modo manifesto<sup>86</sup>; g)

---

<sup>84</sup> STC [155/2009](#), del 25 giugno (*Pleno, FJ 2*). Inciso più volte ripetuto dal TC, *ex multis* STC [128/2014](#), del 21 luglio (*Sala Primera, FJ 2.c*).

<sup>85</sup> Sulle interpretazioni dei singoli punti dell’elenco, si v., almeno, R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., 12-16; M. IACOMETTI, *Il requisito della especial transcendencia constitucional*, cit., 1053 ss.; D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial transcendencia constitucional*, cit., 508-510; J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 62-69; A. PATRONI GRIFFI, *Acceso incidental e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli 2012, 256 ss.; ID., *La reforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia. El alcance expansivo del recurso individual directo (como acceso sustancialmente alternativo a la vía incidental)*, in *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 19/2013, 351 ss.; R. PÉREZ GURREA, *El trámite de admisión del recurso de amparo: la especial transcendencia constitucional*, in *Revista de derecho procesal* 27/2012, 19-23; J.J. TIRADO ESTRADA, *Requisito particular de admisión del recurso: la especial transcendencia constitucional*, in *Diario La Ley*, 7838/2012, 10-13; L.-Q. VILLACORTA MANCEBO, *La poco feliz idea (y realidad) de objetivar nuestro Recurso de amparo*, in *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27/2012, 161 ss.; M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La transcendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007*, in *Revista de derecho social*, 51/2010, 165-200.

<sup>86</sup> Tale obbligo grava in capo al giudice ordinario secondo quanto è prescritto dall’art. 5.1 LOPJ come diretta conseguenza dell’art. 1.1 LOTC. Ed infatti, “il *Tribunal Constitucional*, come interprete supremo della Costituzione, è indipendente dagli altri organi costituzionali ed è soggetto soltanto alla Costituzione e alla presente Legge Organica” (*ex art. 5.1 LOTC*); “la Costituzione è la norma suprema dell’ordinamento giuridico ed obbliga tutti i giudici e tribunali che interpretano ed applicano le leggi e i regolamenti secondo i precetti e i principi costituzionali, in maniera conforme alla loro interpretazione così come risulta dalle risoluzioni adottate dal *Tribunal Constitucional* in tutti i suoi giudizi” (*ex art. 1.1 LOTC*). Diverse sono le decisioni che hanno meglio chiarito la portata di tale punto: “la contraddizione di una decisione giudiziaria con *qualunque* decisione pronunciata dal *Tribunal Constitucional* non può qualificarsi, senza ulteriori argomentazioni, come una manifesta violazione del dovere di conformità alla nostra giurisprudenza” (*ATC 141/2012*, del 9 luglio, *Sección Segunda, FJ único*); “l’erronea interpretazione o applicazione della giurisprudenza [...] è qualcosa di radicalmente diverso dalla volontà manifesta di non procedere alla sua applicazione; qualcosa di diverso, in altre



che il problema posto, pur non rientrando in nessuna delle ipotesi precedenti, prescindendo dal caso concreto, ponga una questione giuridica di rilevante e generale ripercussione sociale<sup>87</sup>, economica o politica<sup>88</sup>.

Con questa sentenza il *TC*, come è già stato autorevolmente sottolineato<sup>89</sup>, oltre a riaffermarsi come garante dei diritti fondamentali, in quanto ad esso compete definirne i contenuti normativi, ha posto il problema che le interpretazioni da esso fornite siano effettivamente e praticamente osservate dai giudici, e lo ha fatto attribuendo tali ipotesi come contenuto della speciale rilevanza costituzionale: lettere d), e), f). Così facendo, il *TC* elimina le possibili problematicità che la nozione della speciale rilevanza costituzionale poteva creare in ordine alla tutela dei diritti fondamentali, riuscendo a vincolare tutti i giudici al rispetto della giurisprudenza costituzionale già prodotta al fine di una loro tutela.

A seguito di detta giurisprudenza<sup>90</sup>, negli ultimi anni il *TC*, da una parte, è stato perentorio nel dichiarare inammissibili i *recursos* mancanti del requisito della *especial trascendencia*

---

parole, di una decisione consapevole di evitarla” (*ATC* [26/2012](#), del 31 gennaio, *Sección Primera*, *FJ* 3). In altri termini, ciò che rileva è l’“elemento intenzionale o volitivo che caratterizza la concreta ipotesi della *especial trascendencia constitucional*”, così nella *STC* [133/2011](#), del 18 luglio (*Sala Primera*, *FJ* 3).

<sup>87</sup> Cfr. la *STC* [160/2015](#), del 14 luglio (*Sala Segunda*, *FJ* 2).

<sup>88</sup> Anche per gli *amparos electorales* è necessaria la specificazione della *especial trascendencia constitucional*, non essendo a tale scopo sufficiente la loro sola natura elettorale, come, anche, poteva interpretarsi (si v. la difesa del *ministerio fiscal* riportata nel p.to 5 degli *Antecedentes* dell’*ATC* [48/2011](#)) visto che nel p.to g) dell’elenco stilato nella *STC* [155/2009](#) si fa riferimento alla *especial trascendencia constitucional* con riferimento, almeno, ad alcuni e “*determinados amparos electorales*”; si v., quindi, gli *AATC* [48](#), [49](#) e [50](#) tutti del 2011 e tutti pronunciati dalla *Sala Segunda* il 5 maggio (*FFJJ* 2, 2, *único*). Si v., anche, la *STC* [163/2011](#), del 2 novembre (*Sala Primera*). Con la *STC* [125/2013](#), del 23 maggio (*Sala Primera*, *FJ* 3), il *TC*, accogliendo un *amparo electoral*, specifica che la *especial trascendencia constitucional* del *recurso* trova collegamento sia alla lett. a) che alla lett. g) dell’elenco stilato con la *STC* [155/2009](#). Con la *STC* [147/2013](#), del 6 agosto (*Sala Primera*, *FJ* 2), che ha anche ad oggetto un *amparo electoral*, ci si limita a richiamare la novità della questione sottoposta al vaglio del *Tribunal*. Si v. anche la ancora più recente *STC* [86/2015](#), del 7 maggio (*Sala Primera*, *FJ* 3), nella quale si specifica che è la palese e manifesta inosservanza della *doctrina constitucional* che attribuisce al *recurso de amparo* la *especial trascendencia constitucional*. Da segnalare, però, una recente giurisprudenza che pare negare quanto appena affermato. Infatti, pur avendo ad oggetto un *amparo parlamentario* (questo è stato accolto dal *TC* con la *STC* [190/2013](#), del 18 novembre, *Sala Primera*, *FJ* 2, e con la *STC* [200/2014](#), del 15 dicembre, *Sala Primera*, *FJ*, 2) il *TC* argomenta che la *especial trascendencia constitucional* ‘appartiene’ in sé all’*amparo* parlamentario, in quanto esso, “come anche gli *amparos electorales*, [occupa] una *posición especial*” da tenere in considerazione quando si va a determinare la sua dimensione oggettiva e ciò per la “ripercussione generale che ha l’esercizio della funzione rappresentativa”; inoltre esso rappresenta una “particolarità” rispetto agli altri *amparos* stante l’assenza di una via giurisdizionale previa all’*amparo constitucional* visto che l’atto che arriva alla cognizione del giudice costituzionale è insindacabile per la giurisprudenza ordinaria degli *internos corporis acta*. Il richiamo alla ‘somiglianza’ degli *amparos parlamentarios* con gli *amparos electorales*, e quindi sul fatto che anch’essi occupano una *posición especial*, si ha con la ancora più recente *STC* [23/2015](#), del 16 febbraio, *Sala Primera* *FJ* 2: “*los amparos parlamentarios, al igual que a los amparos electorales, en una posición especial a la hora de determinar su dimensión objetiva al valorar la especial trascendencia constitucional por parte de este Tribunal*”. Cfr. la *STC* [159/2015](#), del 14 luglio (*Sala Segunda*, *FJ* 2) si palesano le *consecuencias políticas generales* presenti nel *recurso* e quindi si è dinanzi all’ipotesi *sub g)* dell’elenco della *STC* [155/2009](#).

<sup>89</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., 14-16.

<sup>90</sup> In tema di *amparo*, anche se non direttamente legato al tema dell’oggettivazione dello stesso, ma inerente al termine entro il quale presentare il ricorso, sono da ricordare gli *AATC* [172/2009](#) (*Sala Segunda*), [175/2009](#) (*Sala Primera*), del 1 giugno, [211/2009](#) (*Sección Primera*), dell’8 luglio. Tali ordinanze risolvono una criticità assai rilevante, giacché nella *LOTIC*, così come riformata, sono previsti due termini distinti per ricorrere: 30 giorni – e non più 20 – in caso di *amparo* contro atti o omissioni giudiziarie (*ex art.* 44.2); 20 giorni in caso di *amparo* contro atti governativi o amministrativi (*ex art.* 43.2, testo non riformato). Il problema era quello di determinare il termine per ricorrere, 20 o 30 giorni, nel caso in cui si era davanti ai c.d. *amparo mixto: amparos, id est*, che si dirigono sia contro l’atto amministrativo che la decisione giudiziale contro cui si ricorre. Il *TC* ha chiarito che, grazie ad una interpretazione sistematica, il termine di presentazione è di 30 giorni.



*constitucional*<sup>91</sup>, dall'altra ha dimostrato una maggiore flessibilità nell'utilizzo dei motivi circa la loro ammissibilità.

Nella prima giurisprudenza rientrano tutte quelle decisioni con le quali i giudici costituzionali hanno dichiarato inammissibili i *recursos*, in quanto il ricorrente non aveva adempiuto all'obbligo di giustificare la speciale rilevanza costituzionale *ex art. 49.1 LOTC*. Il *TC*, conformemente a quanto disposto fin dall'entrata in vigore della riforma<sup>92</sup>, continua con il richiedere che l'onere per la parte ricorrente di giustificare la speciale rilevanza costituzionale debba prescindere dall'esistenza della violazione di un diritto fondamentale. Infatti, la lesione di un diritto fondamentale costituisce un altro ed ulteriore requisito per l'ammissibilità<sup>93</sup>. Entrambi i presupposti sono fra di loro autonomi avendo il *TC* esplicitamente affermato che la speciale rilevanza costituzionale è "qualcosa in più e di distinto"<sup>94</sup> dalla denunciata lesione ad un diritto fondamentale: nella domanda di ricorso deve essere presente una specifica parte autonoma e distinta da quella tendente ad evidenziare l'esistenza della violazione di un diritto fondamentale e che deve giustificare la speciale rilevanza costituzionale.

Si badi bene che prescindere dalla eventuale lesione del diritto fondamentale invocato significa non rilevare, in alcun modo, la sua gravità. Così facendo, il *TC* – in modo netto – prende posizione sulla questione che aveva animato i dibattiti dottrinari nei quali vi era chi<sup>95</sup> (avanzando ipotesi ricostruttive sulla interpretazione della *especial trascendencia constitucional*, e prima della *STC 155/2009*) argomentava circa la possibilità di far rientrare nel nuovo requisito introdotto dalla riforma l'ipotesi per cui il pregiudizio del ricorrente sia,

---

<sup>91</sup> L'aver stilato un elenco così preciso dovrebbe ridurre le problematiche sollevate dall'uso delle *providencias* (non motivate) di inammissibilità; sarà sufficiente richiamare la mancanza di uno dei punti che definiscono la *especial trascendencia constitucional* e non solo, in generale, la mancanza di un requisito tanto ampio quanto indeterminato. Ma sul punto si v. *infra* 32 s.

<sup>92</sup> *ATC 188/2008*, del 21 luglio (*Sala Primera, FJ 2*). Nello stesso senso vedi, anche, *AATC 289/2008*, del 22 settembre (*Sala Segunda, FJ 2*), *290/2008*, del 22 settembre (*Sala Segunda, FFJJ 1-2*), *80/2009*, del 9 marzo (*Sala Segunda, FJ 2*), *186/2010*, del 29 novembre (*Sección Tercera, FJ único*), *201/2010*, del 21 dicembre (*Sección Primera, FFJJ 1-2*); cfr., anche, le *SSTC 17/2011*, del 28 febbraio (*Sala Segunda, FJ 2*), *68/2011*, del 16 maggio (*Sala Segunda, FJ 2*), *143/2011*, del 26 settembre (*Sala Primera, FJ 2*), *191/2011*, del 12 dicembre (*Sala Primera, FJ 3*); *STC 160/2015*, del 14 luglio (*Sala Segunda, FJ 3*).

<sup>93</sup> Chiara, da questo punto di vista, è la *STC 18/2012*, del 13 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*), nella quale si legge che "la lesione [...] di un diritto, essendo *requisito necesario per l'ammissione* [del *recurso*], non è, tuttavia, requisito sufficiente" (corsivi nostri). Fra le ultime cfr. *ATC 31/2015*, del 16 febbraio, *Sección Segunda, FJ 2*.

<sup>94</sup> *ATC 11/2012*, del 26 gennaio (*Sección Cuarta, FJ 2*). Su tale punto, oramai, il *TC* ha prodotto una giurisprudenza a dir poco granitica, si v., *ex pluribus*, le *SSTC 96/2010*, del 19 luglio (*Sección Tercera, FJ único*), *69/2011*, del 16 maggio (*Sala Primera, FJ 3*).

<sup>95</sup> Spingeva per tale interpretazione, anche alla luce di quanto avviene nel sistema di giustizia costituzionale tedesco, M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión*, cit., 296 e 359; E. ESPÍN TEMPLADO, *Comentarios al anteproyecto*, cit., 32; A. ESPINOSA DÍAZ, *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*, in [www.indret.com](http://www.indret.com), 15. In tale filone dottrinario anche altra autorevole dottrina, fra la prima a commentare la *STC 155/2009*, e che poneva la mancanza della violazione dei diritti fondamentali fra gli aspetti negativi della sentenza: F.J. GARCÍA ROCA, *Justicia constitucional: procesos y competencias*, in *Justicia administrativa*, 45/2009, 90. Vi è anche chi afferma che il *TC* possa sempre rintracciare l'elemento soggettivo della *especial trascendencia constitucional* nell'interpretazione della sua definizione legale, più precisamente in quella che fa riferimento alla *aplicación o general eficacia* della Costituzione, in tal senso S. OUBIÑA BARBOLLA, *El Tribunal Constitucional*, cit., 507. Sul sistema di giustizia costituzionale tedesco si v., da ultimi, K.P. SOMMERMANN, *La admisibilidad del recurso de amparo en Alemania*, in AA.VV., *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid 2010, 43 ss.; R. PÉREZ GURREA, *El trámite de admisión*, cit., 5; P. HÄBERLE, *El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania*, in AA.VV., *El derecho de amparo en el mundo*, a cura di H. Fix-Zamudio - E. Ferrer Mac-Gregor, Messico 2006, 695-760; P. LÓPEZ PIETSCH, *Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda*, in AA.VV., *La reforma del proceso de amparo*, cit., 271-300.

da una prospettiva soggettiva, particolarmente grave, ovvero quella per cui la mancanza di una decisione nel merito potesse causare un rilevante pregiudizio per il richiedente *amparo*. È più che opportuno, a questo punto, richiamare l'ATC [29/2011](#), del 17 marzo (*Sección Primera, FJ 3*), in quanto ci pare degna di particolare attenzione: il carattere non tassativo dell'elenco stilato con la sentenza [155/2009](#) ha fatto sì che si sia avanzata la tesi di far rientrare proprio nel punto g) del suddetto elenco l'ipotesi di una grave violazione del diritto fondamentale. La proposta di tale argomentazione è alla base dell'ordinanza segnalata; infatti essa fu avanzata dal pubblico ministero in occasione di un *recurso de súplica* contro una *providencia* di inammissibilità per carenza della *especial transcendencia constitucional*. Il TC rifiutò tale interpretazione ed ebbe modo di affermare (in modo che pare incontrovertibile)<sup>96</sup> che non si può “includere il criterio della gravità del pregiudizio, per i titolari dei diritti fondamentali che ne denunciano la lesione, fra i requisiti nei quali si deve apprezzare che un ricorso di *amparo* contiene la speciale rilevanza costituzionale. Il rinvio al punto g) della STC [155/2009, FJ 2](#) [...] non può intendersi come apertura ad un criterio puramente soggettivo della gravità della lesione, perché, dato il necessario carattere oggettivo del ricorso di *amparo* a partire dalla riforma introdotta dalla LO 6/2007, il problema della speciale gravità del pregiudizio soggettivo o la speciale gravità della lesione costituzionale può solo aggiungersi alla generalità degli effetti dell'*amparo*; in tal modo – così come indica la STC [155/2009, FJ 2](#), lettera g) – questa rilevanza del caso concreto è presente solo quando si pone una questione giuridica di rilevante e generale ripercussione sociale o economica”.

Al fine di dimostrare la proiezione oggettiva dell'*amparo*, alla parte ricorrente si richiede<sup>97</sup> un preciso “sforzo argomentativo”<sup>98</sup> con il quale venga dimostrato che il ricorso, rientrando nelle sette ipotesi ricostruite dal TC con la STC [155/2009](#), sia meritevole di accoglimento nel rispetto dell'art. 49.1 LOTC. Questa “esigenza ineludibile” non costituisce solo un onere processuale, ma anche uno strumento di “collaborazione” con la giustizia costituzionale<sup>99</sup>, visto che il giudizio del TC, circa la *especial transcendencia constitucional*, è seguente alla

---

<sup>96</sup> Forse sarebbe opportuno scrivere che parrebbe incontrovertibile. Infatti, in dottrina, v'è chi rintraccia nella giurisprudenza del TC una sorta di uso implicito della garanzia della dimensione soggettiva dei diritti fondamentali come criterio di ammissione dell'*amparo*, si v. M. HERNÁNDEZ RAMOS, *La especial transcendencia constitucional del recurso de amparo y su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luces y sombras de cuatro años de actividad*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2011, 6. Tale A. porta all'attenzione del lettore almeno tre decisioni (SSTC [40/2010](#), del 19 luglio, *Sala Segunda*; [7/2011](#), del 14 febbraio, *Sala Primera*; [14/2011](#), del 28 febbraio, *Sala Primera*) nelle quali non viene esplicitata – e non si comprende bene neanche in quale ipotesi rientrerebbe, ma sul punto si v. *infra* nota 141 – la *especial transcendencia constitucional* del ricorso, essendo più che probabile che le ragioni che hanno mosso il TC a pronunciare una decisione nel merito è stata quella di rispondere ad una “grave” violazione del diritto e non già quella di tutelare la dimensione oggettiva sottesa al ricorso medesimo. Sulla mancata esplicitazione, in alcune decisioni in cui il TC è entrato nel merito del *recurso*, della *especial transcendencia constitucional*, anche A. GONZÁLEZ ALONSO, *¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?*, in *Justicia Administrativa*, 59/2013, 23 ss. Tale A. richiama, fra le altre, la STC [192/2012](#) con la quale il TC *adiciona, motu proprio*, una causa di *especial transcendencia constitucional* non allegata nell'atto di ricorso presentato.

<sup>97</sup> Così come risulta da diverse decisioni che hanno il fine ultimo di avanzare numerose precisazioni sul modo di dare seguito a questa esigenza. Rilevata, per molti versi, la indeterminatezza del requisito della *especial transcendencia constitucional*, d'altronde, bisogna ricostruire la giurisprudenza costituzionale e riferirsi ad essa per comprendere come si sta specificando il requisito di cui si sta discutendo e quindi per tenere presenti le specificazioni che su di esso sono state avanzate dal *Tribunal* in molte sue decisioni che hanno nei fatti contribuito a qualificare il modo in cui questo onere processuale può (*rectius* deve) essere realizzato.

<sup>98</sup> ATC [154/2010](#), del 15 novembre (*Sala Primera, FJ 4*). È comunque richiesto che lo sforzo di cui si sta parlando risulti quanto meno “ragionevole”: STC [87/2015](#), dell'11 maggio (*Sala Segunda, FJ 3*).

<sup>99</sup> *Ex multis* l'ATC [26/2012](#), del 31 gennaio (*Sección Primera, FJ 3*); SSTC [17/2011](#), del 28 febbraio (*Sala Segunda, FJ 2*), [69/2011](#), del 16 maggio (*Sala Primera, FJ 3*), [145/2011](#), del 26 settembre (*Sala Segunda, FJ 2*). Il richiamo alla collaborazione, che comporta una valutazione (positiva) da parte del TC, trova riscontro nella riforma che ha interessato il c.d. principio dell'inversione dell'onere della prova dei requisiti di ammissione della domanda di *amparo*, che ora pesa sul ricorrente e non più sul TC.

condizione che ogni ricorso deve riportare, in motivazione, l'apprezzamento del ricorrente circa il presupposto processuale. D'altra parte, dalla predisposizione di tale elenco (per il *TC* comunque non esaustivo)<sup>100</sup> non deve (*rectius* non può) discendere che l'onere incombente sul ricorrente possa essere facilmente assunto attraverso il mero richiamo ad una delle sette ipotesi prima ricordate. La mancanza del secondo requisito (la *especial transcendencia constitucional*) costituisce un vizio di inammissibilità insanabile.

Diverse sono, infatti, le decisioni in cui il *TC* dichiara inammissibile il ricorso pur se (e non solo implicitamente) valuta come sussistente (*rectius* possibile) la violazione del diritto fondamentale. Per tutte, vale il richiamo ad una decisione pronunciata dalla *Sección Cuarta*<sup>101</sup>, che rende palese l'avvenuta (prevalente) oggettivazione della fase dell'ammissibilità del *recurso*. La Sezione del *TC* è chiamata a decidere in merito ad un *recurso de súplica* avverso una *providencia* di inammissibilità. Il *ministerio fiscal* (il pubblico ministero) argomenta sul fatto che l'*amparo* dichiarato inammissibile è identico ad un altro già accolto nel merito dallo stesso *TC* (in cui era stata riconosciuta la violazione del diritto fondamentale invocato) e presentato dai medesimi ricorrenti<sup>102</sup>: stesse parti, stesse argomentazioni, ma con un riferimento normativo (la *LOTC*) modificato. Il *Tribunal*, nel suo *fundamento jurídico*, riconosce la verosimiglianza del diritto fondamentale di cui si richiede l'*amparo*-tutela. Siamo dinanzi ad un classico ricorso, che con la nuova dimensione dell'*amparo*, deve essere dichiarato inammissibile (ed è quello che farà il *TC*)<sup>103</sup> in quanto da parte del ricorrente si richiede al *Tribunal* di decidere nuovamente (ed in modo identico) su una questione già risolta dallo stesso (ma depositata nel *Registro General* prima della riforma della *LOTC*), arrivando, *id est*, ad identificare la *especial transcendencia constitucional* con il pregiudizio di un diritto fondamentale. A differenza di quanto avveniva prima del 2007, in questi casi è chiaro che la prima e concreta tutela dei diritti fondamentali è nella piena disponibilità dei giudici comuni che, come si vedrà più avanti, ne sono i primi guardiani e che dovranno applicare la *doctrina* del *Tribunal Constitucional*, la quale, come si vede nel caso più sopra richiamato, era già stata definita attraverso una questione già risolta e, dunque, non nuova.

Nella giurisprudenza costituzionale – caratterizzata da una maggiore flessibilità nell'utilizzo dei motivi circa l'ammissibilità dei *recursos* (formalmente) mancanti del requisito della *especial transcendencia constitucional* – che va a leggere la riforma del 2007, vi sono alcune decisioni che potremmo definire 'isolate' (ma solo rispetto alla particolarità del

<sup>100</sup> Al momento, però, non risultano esservi state aperture con riguardo alle ipotesi ricostruttive della *especial transcendencia constitucional*.

<sup>101</sup> Cfr. *ATC 46/2011*, del 28 aprile (*Sección Cuarta, FJ 3*), tale caso è ricostruito analiticamente da M. IACOMETTI, *Il requisito della especial transcendencia constitucional*, cit., 1063. Di diverso avviso pare essere stato lo stesso *Tribunal* con il più recente *ATC 239/2014*, del 10 ottobre (*Sección Cuarta, FJ Único*), avendo, in questa decisione, fondato l'ammissibilità del *recurso*, a seguito della presentazione di un *recurso de súplica*, con la seguente argomentazione: “dobbiamo convenire con il pubblico ministero [...] sulla possibile violazione] dei diritti fondamentali che si invocano [...] Prova definitiva di ciò è che il presente *amparo* pone una problematica di costituzionalità che è stata riconosciuta in altri ricorsi già ammessi”.

<sup>102</sup> Cfr. *STC 20/2011*, del 14 marzo (*Sala Primera*).

<sup>103</sup> *Ex pluribus* le *STC 69/2011*, del 16 maggio (*Sala Primera, FJ 3*). Più recentemente, con l'*ATC 137/2012*, del 2 luglio (*Sección Segunda, FJ único*) si riconosce la *especial transcendencia constitucional* stante anche la “sostanziale identità” con una domanda già ammessa, al fine di recuperare una certa soggettivizzazione del *recurso* che viene, dunque, ammesso: in tal senso J.L. REQUEJO PAGÉS - J.C. DUQUE VILLANUEVA - E. FOSSAS ESPADALER - C. ORTEGA CARBALLO, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2012*, in *Revista española de derecho constitucional*, 96/2012. In una prospettiva che in parte si discosta da tale ultima interpretazione, e alla luce del fatto che un ricorso ammesso può sempre essere dichiarato inammissibile dal *TC* con sentenza e quindi non permettendo al *TC* di pronunciare una decisione nel merito, si sottolinea la circostanza che, nella decisione ora esaminata, il *Tribunal* ammette il *recurso* richiamando l'identità con un altro *recurso* ammesso, ma non ancora deciso; tale circostanza – almeno a noi pare – non rende del tutto assimilabili le due decisioni.

caso ovvero al periodo in cui il ricorso è stato presentato), altre, invece, indicative di una giurisprudenza oramai definitiva ovvero che va a stabilizzarsi. Fra le prime<sup>104</sup>, sicuramente, rientra la *STC* [15/2011](#), del 28 febbraio, con la quale il *TC*, allontanandosi dall'impostazione fatta propria con le prime decisioni pronunciate a seguito dell'entrata in vigore della riforma, giustifica la mancanza di una adeguata motivazione della *especial transcendencia constitucional* con il fatto che il ricorso era stato presentato sì a seguito dell'entrata in vigore della riforma, ma pur sempre prima del deposito della *STC* [155/2009](#). Secondo il *ministerio fiscal*, nella domanda presentata dal ricorrente è assente una dettagliata e coerente esposizione dell'onere processuale inerente la *especial transcendencia constitucional* richiesto dalla *LOTC*. Il *TC*, pur riconoscendo tali carenze, modera<sup>105</sup> il rigore applicato nella valutazione del requisito processuale, in considerazione che la data nella quale il ricorso è stato promosso è precedente alla pubblicazione della *STC* [155/2009](#), per cui “anche se la domanda non presenta una completa descrizione della presenza del menzionato presupposto processuale deve considerarsi soddisfatta l'esigenza imposta nell'art. 49.1 *LOTC*”<sup>106</sup>. A seguito dell'entrata in vigore della riforma, il *TC*, se in una primissima giurisprudenza – già richiamata (*AATC* [188/2008](#), [289/2008](#)) – aveva dichiarato inammissibili i *recursos*<sup>107</sup> che non adempivano alla richiesta legale della giustificazione sulla *especial transcendencia constitucional*, a seguito della interpretazione avanzata con la *STC* [155/2009](#) su ciò che, senza intenti esaustivi, doveva intendersi per *especial transcendencia constitucional*, ha attenuato il rigore nella valorizzazione della stessa.

L'affermata mitigazione di rigore si concreta nel fatto che vengono ammessi alcuni ricorsi nei quali il *TC* riesce a cogliere<sup>108</sup> una argomentazione (almeno) di ordine materiale; in caso contrario, vi sarebbe stata un'eccezione all'onere comunque imposto dalla *LOTC* al ricorrente. Questa flessibilità, finalizzata ad evitare un eccessivo formalismo<sup>109</sup>, è venuta (parzialmente)

---

<sup>104</sup> Si guardi all'*ATC* [137/2012](#), del 2 luglio (*Sección Segunda, FJ único*) dove traspare che il *recurso de súplica* è accolto (e quindi il *recurso de amparo* è ammesso), pur se la domanda si dimostra carente di argomentazione sulla *especial transcendencia constitucional*, solo perché un altro *recurso* del tutto simile a quello in questione era già stato ammesso; i ricorrenti sono entrambi parti dello stesso procedimento dal quale hanno trovato origine i *recursos*, ed hanno addotto motivazioni sostanzialmente simili, per non dire identiche. Il *TC* conclude l'ordinanza ricordando, però, che nella successiva sentenza potrà ritornare sull'analisi dei requisiti per l'ammissibilità.

<sup>105</sup> Parla a tal proposito di “flessibilità” della giurisprudenza del *TC* attenta dottrina, si v. M. IACOMETTI, *Il requisito della especial transcendencia constitucional*, cit., 1048-1051. L'autrice pone l'accento sulla constatazione che tale modo di procedere è conseguente alla posizione espressa nel *voto particular* allegato da Gay Montalvo all'*ATC* [289/2008](#), del 22 settembre (*Sala Segunda, FJ 2*) – nel quale veniva richiamato l'*ATC* [188/2008](#), del 21 luglio (*Sala Primera, FJ 2*) – con il quale il giudice dissentiva dall'eccessiva “rigidità” del modo di procedere del *TC*. Cfr. *retro* nota 75. Questo criterio di flessibilità, riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale (*SSTC* [176/2012](#), del 15 ottobre, *Sala Primera, FJ 3*; [178/2012](#), del 15 ottobre, *Sala Segunda, FJ 4*) al fine di evitare un “eccessivo formalismo”, è venuto meno dopo il deposito della *STC* [155/2009](#), con la conseguenza che un ricorso presentato 4 mesi dopo e che continua ad ignorare il requisito processuale della *especial transcendencia constitucional* deve essere dichiarato inammissibile, si v. ancora la *STC* [176/2012](#).

<sup>106</sup> *STC* [15/2011](#), del 28 febbraio (*Sala Primera, FJ 3*). Nello stesso senso cfr. gli *AATC* [4](#) e [5/2010](#), del 14 gennaio (*Sección Primera, FJ único*) e la *STC* [27/2013](#), dell'11 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*).

<sup>107</sup> Il *TC* accoglie il *recurso de súplica* avanzato dal *Fiscal* contro la *providencia* di ammissione con conseguente inammissione del *recurso de amparo* quando rileva come insufficiente la giustificazione della *especial transcendencia constitucional*: *ex multis* l'*ATC* [272/2013](#), del 25 novembre (*Sección Cuarta, FJ 2*).

<sup>108</sup> A leggere la sentenza, al di là delle motivazioni addotte dal *TC*, pare che esso sia propenso a ‘salvare’ la domanda, visto che il ricorso gli permette la possibilità di chiarire la propria giurisprudenza in ordine al contenuto e alla portata del diritto fondamentale al segreto delle comunicazioni in ambito penitenziario.

<sup>109</sup> Così come riconosciuto, testualmente, dallo stesso *TC* ad esempio nella *STC* [143/2011](#), del 26 settembre (*Sala Primera, FJ 2*) e nella *STC* [176/2012](#), del 15 ottobre (*Sala Primera, FJ 3*). Si v., anche, la *STC* [116/2013](#), del 20 maggio (*Sala Primera, FJ 3*), con la quale si accoglie un *recurso* depositato prima della *STC* [155](#) e si ‘ricostruisce’, da parte del *TC* stesso, la *especial transcendencia constitucional* nella circostanza che “la



meno<sup>110</sup> nella valutazione dei *recursos* presentati quando la *doctrina* del *TC* era (*rectius* doveva essere) conosciuta dai ricorrenti – evidentemente perché tali ricorsi sono andati esaurendosi –, con la conseguenza che l’esigenza dell’onere della giustificazione della *especial trascendencia constitucional* non può essere oggetto di modulazione alcuna<sup>111</sup>.

Passiamo, ora, alla *STC* [17/2011](#)<sup>112</sup>; pare opportuno richiamare tale decisione al fine di sottolineare un passaggio argomentativo fatto dalla *Sala Segunda* che, nel caso concreto, è chiamata a decidere su un *recurso de súplica* avverso una *providencia* di ammissione. La *Sala*, dopo aver richiamato la sua giurisprudenza in ordine all’ammissibilità del *recurso*, e dichiarando non fondata l’eccezione di inammissibilità formulata dal *ministerio fiscal* che argomentava circa la carenza di motivazione sulla *especial trascendencia constitucional*, afferma che “bisogna fare un uso prudente della facoltà di dichiarare inammissibile la domanda per meri difetti nel modo di redigerla dopo averla ammessa”<sup>113</sup>: come se – si potrebbe anche arrivare a dire – l’ammissione del ricorso sanasse gli eventuali vizi dello stesso. Il *TC* non arriva a questa conclusione<sup>114</sup>, ma cita, a supporto della motivazione, non tanto la sua giurisprudenza – che, come si è visto, dichiara inammissibile solo il ricorso affetto da totale mancanza di motivazione circa la *especial trascendencia constitucional*, e non è questo il caso – quanto piuttosto una pronuncia del giudice europeo<sup>115</sup>, con la quale la Corte di Strasburgo aveva dichiarato violato l’art. 6 § 1 della Convenzione nel caso di decisione dell’organo giudiziale nazionale il quale, dopo aver dichiarato inizialmente ammissibile un ricorso, dopo ben cinque anni lo aveva dichiarato inammissibile a causa di un difetto meramente formale che viziava la domanda di ricorso.

Fra le decisioni che spingono per una lettura ‘positiva’ della componente oggettiva del *recurso* vi è sicuramente il recente *ATC* [300/2014](#), del 15 dicembre, pronunciato dalla *Sala Segunda*<sup>116</sup>. Siamo dinanzi al tipico caso in cui il *TC* non avrebbe dovuto ammettere il *recurso* con *providencia* (non motivata) per inesistenza della violazione del diritto fondamentale allegato, così come si evince dal *FJ* 4. Nel dispositivo è contenuta una decisione di inammissibilità, ma, come dovrebbe apparire subito chiaro, nel citato caso non si è dinanzi ad una *providencia* bensì ad un *auto*, con il quale il *TC* riesce a ‘entrare nel merito’ della questione e a ‘dettare’ la propria interpretazione per i casi futuri attraverso la sua *doctrina*, in quanto l’*auto*, a differenza della *providencia*, è pubblicato (quando produce *doctrina*,

---

violazione del diritto fondamentale che si denuncia proviene dalla legge o da altra disposizione di carattere generale”, nel caso *de quo* non si assiste ad una autoquestione della legge presuntivamente incostituzionale, essendo stata la legge in questione già dichiarata incostituzionale dallo stesso *Tribunal* con una sentenza successiva al deposito del *recurso*.

<sup>110</sup> Sempre rispetto al caso portato all’attenzione del *TC*, ci si poteva aspettare che tale interpretazione venisse meno per essere applicata, solo ed esclusivamente, a quei ricorsi presentati anteriormente al 28 luglio 2009, data di pubblicazione della sentenza 155 (ma sul punto *infra*).

<sup>111</sup> *Ex multis*: *STC* [69/2011](#), del 16 maggio (*Sala Primera*, *FJ* 3) ed in particolare l’*ATC* [42/2012](#), del 7 marzo (*Sección Primera*, *FJ* 2).

<sup>112</sup> Molto più recentemente i medesimi argomenti che nel testo saranno di qui a poco riportati sono riproposti dal *TC* nella *STC* [212/2013](#), del 16 dicembre (*Sala Segunda*, *FJ* 2), anche se lo stesso organo ha cura di precisare che la presenza della *especial trascendencia constitucional* è stata, seppur “minimamente”, motivata.

<sup>113</sup> *SSTC* [17/2011](#), del 28 febbraio (*Sala Segunda*, *FJ* 2), [145/2011](#), del 26 settembre (*Sala Segunda*, *FJ* 2). Similmente anche la *STC* [77/2015](#), del 27 aprile (*Sala Primera*, *FJ* 1.c) dalla cui lettura traspare che la decisione ultima di accogliere il *recurso* non è dovuta tanto al riconoscimento dell’adempimento, da parte del ricorrente, dell’obbligo su di esso gravante di argomentare sulla presenza della *especial trascendencia constitucional*, quanto piuttosto alla particolarità del caso rilevata ‘direttamente’ dal *Tribunal*.

<sup>114</sup> Anzi, sulla questione interverrà la precisazione riportata nell’*ATC* [137/2012](#), del 2 luglio (*Sección Segunda*, *FJ* único).

<sup>115</sup> Caso *Sáez Maeso c. España*, del 9 novembre 2004.

<sup>116</sup> Sul punto cfr. J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in ID. - J.C. DUQUE VILLANUEVA - C. ORTEGA CARBALLO - M. AHUMADA RUIZ, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2014*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103/2015, 260.



appunto) nel *Boletín Oficial del Estado*. A riprova di quanto affermato, basta leggere il FJ 2: “La particolarità del ricorso di *amparo* giunto a nostro sindacato [...] giustifica il pronunciamento mediante ordinanza [; ... la] dimensione oggettiva del problema posto, che trascende dal caso concreto e dalla presunta lesione soggettiva denunciata, consiglia di pronunciare l’interpretazione [*sentar doctrina*] costituzionale”.

A questo punto – non soffermandoci più sui ricorsi che mancano completamente del requisito – passiamo ad analizzare la giurisprudenza costituzionale seguente alla decisione del 2009 per valutare il grado di flessibilità degli adempimenti richiesti nella predisposizione del ricorso – e, dunque, dell’onere della giustificazione della *especial trascendencia constitucional* – e il conseguente controllo (più o meno penetrante) esercitato dall’organo della giustizia costituzionale spagnola. La domanda a cui bisogna dare una risposta è se sarà dichiarata l’inammissibilità del ricorso qualora si verifichi la mancanza dell’argomentazione sulla *especial trascendencia constitucional* dello stesso o sarà sufficiente una motivazione che, anche se non propriamente analitica ed esaustivamente argomentata (in modo, cioè, chiaro e preciso<sup>117</sup>), consenta al TC, in modo almeno sufficiente<sup>118</sup>, di ritenere adempiuto l’ineludibile obbligo presente nell’art. 49.1 LOTC, secondo il quale “in ogni caso, la domanda dovrà giustificare la speciale rilevanza del ricorso”.

Rispetto alle due ipotesi appena richiamate e alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, la via percorsa dal TC pare essere la seconda. Infatti, diverse sono le decisioni<sup>119</sup> che permettono di arrivare a questa conclusione. Prendendo in considerazione l’istanza avanzata dall’Avvocato dello Stato, che sottolineava come nella domanda di *amparo* non fosse stato soddisfatto l’onere di giustificare la *especial trascendencia constitucional* del ricorso, il TC è chiaro nell’affermare che pur se non esiste “un modello rigido al quale rifarsi per la redazione delle domande di *amparo*<sup>120</sup> è indiscutibile che esso debba rispondere ai canoni propri di questi tipi di atti processuali”<sup>121</sup>; ciò che si richiede è che “nella domanda venga dissociata adeguatamente l’argomentazione tendente ad evidenziare l’esistenza della lesione del diritto fondamentale [...] e i ragionamenti specificamente diretti a giustificare che il ricorso presenti la *especial trascendencia constitucional*”<sup>122</sup>.

Lo sforzo argomentativo – richiesto per la “collaborazione” che deve intercorrere tra ricorrente e TC<sup>123</sup> – viene giudicato come tale (e dunque positivamente) quando attraverso il primo si rendono palesi “i dati necessari per giustificare la proiezione oggettiva dell’*amparo* sollecitato”<sup>124</sup>, oltre alla “connessione materiale fra le lesioni denunciate e i caratteri stabiliti

---

<sup>117</sup> Potendosi anche argomentare che la *claridad* nella domanda di *amparo* è richiesta solo per i “fatti” che sono alla base del ricorso *ex art.* 49.1 LOTC.

<sup>118</sup> Come si può notare, si segue l’approccio inaugurato con la più sopra richiamata STC [15/2011](#), del 28 febbraio (*Sala Primera*) che, secondo il TC, doveva rappresentare solo una eccezione (e per questo la si è voluta definire ‘isolata’) alla regola che esige una precisa ed argomentata motivazione in ordine al requisito della *especial trascendencia constitucional*.

<sup>119</sup> SSTC [61/2011](#), del 5 maggio (*Sala Segunda*, FJ 2), [105/2012](#), dell’11 maggio (*Sala Primera*, FJ 3), [107/2012](#), del 21 maggio (*Sala Segunda*, FJ 2).

<sup>120</sup> Sarebbe senz’altro corretto (non solo stilisticamente) predisporre una specifica argomentazione destinata espressamente a rispondere all’esigenza richiesta dall’art. 49.1 LOTC, si v., *ex multis*, la STC [105/2012](#), dell’11 maggio (*Sala Primera*, FJ 3).

<sup>121</sup> SSTC [17/2011](#), del 28 febbraio (*Sala Segunda*, FJ 2), [2/2013](#), del 14 gennaio (*Sala Primera*, FJ 3), [160/2015](#), del 14 luglio (*Sala Segunda*, FJ 2).

<sup>122</sup> Così ancora la STC [17/2011](#).

<sup>123</sup> V. *retro* nota 97.

<sup>124</sup> SSTC [107/2012](#), del 21 maggio (*Sala Segunda*, FJ 3), [143/2011](#), del 26 settembre (*Sala Primera*, FJ 2). Fra le più recenti si v. STC [118/2014](#), dell’8 luglio (*Sala Segunda*, FJ 2) nella quale il TC, pur affermando che “nella domanda non si apprezza l’inclusione di nessun paragrafo dedicato alla giustificazione della speciale rilevanza costituzionale del ricorso, né ci si riferisce in modo espresso a questo requisito [, dovendosi a questo punto verificare] se si riesce a ricavare dall’argomentazione a base del ricorso un ragionamento dal quale si *deduce* la speciale rilevanza costituzionale che la ricorrente gli attribuisce”, corsivi nostri. Secondo la *Sala*

nell'art. 50.1, lettera b) così come letti nella sentenza [155/2009](#)<sup>125</sup>. Solo nel caso in cui si riconosca tale impegno<sup>126</sup>, l'organo di controllo della costituzionalità accoglierà il ricorso presentato, anche se questo dovesse risultare carente in chiarezza e precisione, ma comunque strumentale al fine di permettere al *TC* di decidere sull'ammissibilità della domanda. È piuttosto evidente che il *TC* si concede un ampio margine per la valutazione del contenuto del ricorso<sup>127</sup>, dovendo in ogni caso rispettare il limite posto dalla impossibilità di ricostruire d'ufficio la *especial trascendencia constitucional* con la conseguenza che il *recurso* sarà dichiarato inammissibile nel caso di mancata o insufficiente motivazione sulla *especial trascendencia constitucional*<sup>128</sup>.

---

*Segunda*, la ricorrente sottolinea che “la lesione dei suoi diritti può avere origine da un atto legislativo, ragionamento che permette di legare materialmente la lesione con uno delle cause nelle quali si apprezza che il contenuto del ricorso giustifica una decisione nel merito in ragione della speciale rilevanza costituzionale conformemente a quanto stabilito nella sentenza n. [155/2009](#), del 25 giugno, vale a dire che «la violazione del diritto fondamentale che si denuncia proviene dalla legge o da altra disposizione di carattere generale» [FJ 2, p.to c)]. Ne consegue che il ragionamento posto, pur non caratterizzandosi per estensione, fa sì che si possano rilevare i dati necessari per giustificare la proiezione oggettiva dell'*amparo*, e per questo dobbiamo ritenere come soddisfacente, l'onere di giustificare la speciale rilevanza costituzionale a cui fa riferimento l'art. 49.1 *LOT*C”. La volontà di entrare nel merito della questione giudicata rilevante dal *TC*, anche se poi l'*amparo* non è accolto, pare più che chiara nel voler ribadire la sua giurisprudenza. Cfr. anche le *SSTC* [126/2014](#), del 21 luglio (*Sala Primera*, FJ 2), [128/2014](#), del 21 luglio (*Sala Primera*, FJ 2.c), [160/2015](#), del 14 luglio (*Sala Segunda*, FJ 2).

<sup>125</sup> *STC* [170/2011](#), del 3 novembre (*Sala Primera*, FJ 3). *STC* [77/2013](#), dell'8 aprile (*Sala Segunda*, FJ 2).

<sup>126</sup> Il *TC* continua nella sua opera di rendere flessibile la giustificazione della *especial trascendencia constitucional*; infatti, se subito dopo l'entrata in vigore della legge di riforma richiedeva il rispetto stretto della presenza del requisito che doveva essere dimostrato con ampie argomentazioni anche attraverso la predisposizione di un apposito paragrafo, ora, come si sta andando dicendo nel testo, si è giunti ad ammettere persino una *justificación implícita* (in tali termini J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102/2014, 255 ss.) così come riconosciuto dallo stesso *TC* allorché ha avuto modo di ammettere che il ricorrente “*al menos implícitamente*” ha cercato di argomentare sulla *especial trascendencia constitucional*; quasi, si potrebbe anche arrivare a dire, che il ricorrente lo abbia potuto fare anche senza accorgersene. *Ex multis*, oltre le *SSTC* già citate in nota 122 anche le *SSTC* [89/2014](#), del 9 giugno (*Sala Segunda*, FJ 2), [99/2014](#), del 23 giugno (*Sala Segunda*, FJ 3), [88/2015](#), dell'11 maggio (*Sala Segunda*, FJ 2).

<sup>127</sup> Discrezionalità già riconosciutasi nella determinazione dell'elenco presente nella *STC* [155/2009](#), elenco stilato, potremmo dire, a ‘maglie larghissime’. Nello stesso senso cfr. D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 509, che si riferisce in modo particolare al punto *sub b)* – e con maggiore precisione alla circostanza di una evoluzione interna del *TC* nella comprensione del diritto in questione – che costituirebbe l'ipotesi “più generica e aperta” consentendo di lasciare “le mani libere” al *TC*. Cfr. anche le ampie considerazioni di M. HERNÁNDEZ RAMOS, *¿Admisión discrecional de los recursos*, cit., 264-283. Cfr., anche, J. URÍAS MARTÍNEZ, *Seleccionar lo (menos) importante*, in AA.VV., *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*, diretto da J.M. Morales Arroyo, Navarra 2014, 88 ss.

<sup>128</sup> In qualche caso, però, l'oggettivazione del *recurso de amparo* pare essere andata “molto lontano” (J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primero cuatrimestre de 2011. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 92/2011, 63), almeno quando il *TC* ha ammesso la domanda sottopostagli considerato che, “data la natura della questione, risulta conveniente entrare nel merito della questione posta dal *recurso de amparo*, visto l'interesse che si ha nel giudicare la questione sollevata”, cfr. la *STC* [125/2011](#), del 14 luglio (*Sala Primera*, FJ 3), corsivi non presenti nella sentenza. L'A. prima citato, annotando la decisione, ha parlato di una quasi giurisdizione d'ufficio. Di poco successiva è anche l'importante *STC* [141/2013](#), del 2 luglio (*Sala Segunda*, FJ 2), che va segnalata per il fatto che non si fa seguito ad una richiesta di archiviazione; infatti, pur avendo il ricorrente dichiarato il venir meno del suo interesse nel procedimento di amparo costituzionale, la conseguente richiesta di archiviazione è stata respinta dal *Tribunal* sulla base della seguente motivazione: “ragioni di interesse pubblico, in relazione alla dimensione oggettiva dei diritti fondamentali, determinano la necessità di pronunciarsi con una sentenza di merito, nonostante la richiesta della parte ricorrente. In questo caso, la presenza di tale interesse pubblico deriva principalmente dal fatto che è il primo ricorso di amparo nel quale si giudica dal punto di vista del diritto fondamentale della libertà personale un caso di internamento psichiatrico urgente”. Si ricorda anche la *STC*

Si può, a questo punto, riportare un caso concreto di ricorso carente di ampie e argomentate motivazioni, ma comunque ammesso perché, dall'insieme delle ragioni addotte nel ricorso stesso, il *TC* è riuscito a trarne gli elementi sufficienti (e comunque adeguati) per apprezzare la *especial trascendencia constitucional*. Con la *STC 107/2012 (FJ 2)*, leggendosi nel ricorso che “dovrà essere determinato se la risoluzione contro cui si ricorre viola la *doctrina* costituzionale relativa al segreto delle comunicazioni”, il *TC* ne deduce che l'ammissione del ricorso gli permette di precisare la propria giurisprudenza su tale diritto fondamentale e che, quindi, la richiesta rientra fra le ipotesi di cui al punto a) dell'elenco stilato nella *STC 155/2009*; ed ancora, leggere nella domanda di *amparo* che le decisioni giudiziali oggetto di ricorso “non derivano né dal tenore letterale della legge né da finalità conformi a Costituzione” significa far riferimento – sempre a dire del *TC* – all'ipotesi *sub e)* del richiamato elenco, in quanto si denuncia una generale e reiterata mancata conformità alla giurisprudenza costituzionale prodotta in materia.

Il ricorrente – stante l'onere su di esso ricadente *ex art. 50.1, lett. a)*, in combinato disposto con l'*art. 49.1 LOTC* – deve offrire almeno qualche ragionamento che, anche se formalmente non identificato in un paragrafo *ad hoc* contenente una apposita giustificazione del presupposto processuale<sup>129</sup>, deve permettere al *TC* di valutare positivamente la ragione per cui il contenuto del *recurso de amparo* giustifichi una decisione nel merito, considerata la sua importanza per l'interpretazione, l'applicazione o la generale efficacia della Costituzione anche – e direi soprattutto – alla luce della *STC 155/2009*.

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale esaminata, si può giungere alla conclusione che perché una domanda di *amparo* sia correttamente formulata, in essa deve essere formalmente presente uno specifico paragrafo teso a giustificare la *especial trascendencia*

---

[31/2013](#), dell'11 febbraio (*Sala Segunda, FJ 2*), soprattutto alla luce di quanto sostenuto nel *voto particular* allegato alla sentenza e scritto dal giudice Pablo Pérez Tremps. Vista la rilevanza del *voto*, pare opportuno riportare il testo dello stesso –l a cui traduzione, come per tutte le altre presenti nel testo è di esclusiva responsabilità dello scrivente –: “dalla lettura del ricorso emerge che il ricorrente si è limitato ad argomentare una possibile violazione dei diritti fondamentali invocati, e che non si rileva alcuna menzione espressa od anche solo implicita della speciale rilevanza costituzionale, e neppure è menzionato l'*art. 50.1, lett. b) LOTC*, come disposizione nella quale si stabiliscono le ipotesi di tale speciale rilevanza costituzionale, o la *STC 155/2009*, del 25 giugno, in quanto risoluzione con la quale hanno preso forma e sviluppo i criteri di base per ritenere soddisfatta la speciale rilevanza costituzionale. Solo questa semplice affermazione [...] avrebbe dovuto palesare la presenza della preclusione procedurale adottata dal PM, ogni qualvolta la domanda disconosce completamente la circostanza che dopo l'entrata in vigore della legge 6/2007, del 24 maggio, ricade sul ricorrente l'onere di argomentare esplicitamente che l'*amparo* richiesto contiene la proiezione oggettiva prevista dal citato *art. 50.1, lett. b) LOTC*. Inoltre, il fatto che la posizione della maggioranza, per aggirare l'applicazione di tale preclusione, abbia motivato *motu proprio* l'esistenza di una possibile connessione con la violazione adottata con diversi criteri che, come indicato nella *STC 155/2009*, del 25 giugno, *FJ 2*, doterebbero di rilevanza il ricorso, comporta una confusione tra i due diversi obblighi processuali fra di loro ben distinti come sono, da un lato, la mancanza di giustificazione della speciale rilevanza costituzionale [*art. 50.1, lett. a)*, in combinato disposto con l'*art. 49.1 LOTC*] [...] e, dall'altro, la mancanza della speciale rilevanza costituzionale del ricorso *ex art. 50.1, lett. b) LOTC*”, e quest'ultima deve essere apprezzata dal *TC*.

<sup>129</sup> Non bastando, evidentemente, un paragrafo autonomo e distinto intitolato ‘giustificazione sulla *especial trascendencia constitucional*’, il cui contenuto, non rispettando l'aspettativa del titolo, si limitava a sostenere la lesione del diritto fondamentale ovvero si limitava ad una semplice o astratta menzione, sempre della lesione, nella domanda, che rimaneva comunque “orfana della più essenziale argomentazione”: v., in tal senso, l'*ATC 187/2010*, del 29 novembre (*Sección Tercera, FJ único*) e la *STC 140/2013*, dell'8 luglio (*Sala Segunda, FJ 5*); inoltre, non risulta sufficiente limitarsi a richiamare le ipotesi della *especial trascendencia constitucional*. In tale ultimo senso si v., anche, la *STC 69/2011*, del 16 maggio (*Sala Primera, FFJJ 3-4*), nella quale si valuta come non dirimente il mero richiamo alla sola “efficacia generale della Costituzione”, nonché la circostanza di “invocare retoricamente” le ipotesi della *especial trascendencia constitucional* così come definite dal *TC* stesso, così come il limitarsi all'affermazione che il ricorso conta di un “evidente contenuto costituzionale”, così come ricordato nell'*ATC 25/2013*, del 6 febbraio (*Sección Tercera, FJ 4*). Cfr., anche, la *STC 28/2013*, dell'11 febbraio (*Sala Prima, FJ 2*) e l'*ATC 87/2015*, del 18 maggio (*Sección Segunda, FJ único*).

*constitucional* del *recurso*, o che tale requisito deve essere almeno materialmente presente nello svolgimento dell'argomentazione della domanda nel suo complesso.

Si può ora concludere che, quando nella domanda di *amparo* risulta essere totalmente carente la giustificazione della *especial trascendencia constitucional*, oppure risulta presente un richiamo ad essa del tutto generico che, nei fatti, si riduce ad una argomentazione circa la lesione del diritto fondamentale invocato, mancando, dunque, quello sforzo argomentativo teso a giustificare una "proiezione oggettiva dell'*amparo* sollecitato", il ricorso sarà dichiarato inammissibile per difetto di motivazione sulla *especial trascendencia constitucional* e saranno rigettati gli eventuali *recursos de súplica*<sup>130</sup> avanzati. Sarà al contrario pronunciata una decisione di ammissibilità per quel ricorso che, pur mancando di una specifica parte autonoma e distinta (anche formalmente) da quella tendente ad evidenziare l'esistenza della violazione di un diritto fondamentale, che deve giustificare la speciale rilevanza costituzionale, consente al *TC* di cogliere gli elementi di giudizio grazie ai quali poter decidere sull'ammissibilità della domanda. Il *TC*, dunque, riconosce a se stesso un ampio margine di manovra<sup>131</sup>, che gli consente di ammettere quei ricorsi sui quali pronunciare sentenza non solo per chiarire la sua giurisprudenza già prodotta e renderla concretamente vincolante (*sub d*) e *f*) nonché per determinarla per i casi futuri (*sub a*) e *b*), ma anche per controllare il legislatore ed anche il giudice che non ha assolto al proprio potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale (*sub c*)), e per tutte le altre ipotesi eventualmente rientranti nella clausola di apertura (*sub g*)).

Analizziamo più nel dettaglio alcuni dei ricorsi ammessi<sup>132</sup>. Fra le pronunce che hanno deciso sul ricorso d'*amparo*, in quanto esso era stato previamente ammesso stante un'adeguata argomentazione sulla *especial trascendencia constitucional* nonché sulla (apparente) lesione del diritto fondamentale, vi è la *STC 26/2011*, del 14 marzo (*Sala Primera, FJ 2*). Il ricorso permette al *TC* di precisare la sua giurisprudenza sul diritto a non essere discriminati in ambito lavorativo, a seguito dell'emersione di nuove realtà sociali<sup>133</sup>. La decisione è pronunciata dalla *Sala* e non dal *Pleno*, con la conseguenza che non viene seguita la 'raccomandazione' di chi<sup>134</sup> aveva molto opportunamente rilevato che la riforma, generalmente intesa, prefigurava l'ammissione di pochi e limitati ricorsi, la cui importanza (derivante dal possesso del requisito della speciale rilevanza costituzionale) avrebbe determinato che la decisione fosse presa solo ed esclusivamente dal *Pleno*.

La *especial trascendencia constitucional* è stata giustificata nella gran parte dei ricorsi ovvero ricostruita dal *TC*<sup>135</sup> nelle ipotesi ricadenti *sub a*)<sup>136</sup> e *sub e*)<sup>137</sup> così come ricostruite

---

<sup>130</sup> *Ex pluribus AATC 264/2009*, del 16 novembre (*Sección Cuarta, FJ único*), *11/2012*, del 26 gennaio (*Sección Cuarta, FJ 3*), *26/2012*, del 31 gennaio (*Sección Primera, FJ 3*), *42/2012*, del 7 marzo (*Sección Primera, FJ 3*), *44/2015*, del 25 febbraio (*Sección Primera, FJ 1*).

<sup>131</sup> In tale senso anche J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primero cuatrimestre de 2011*, in *Revista española de derecho constitucional*, 92/2011, 284 s.

<sup>132</sup> Una rassegna anche in M. HERNÁNDEZ RAMOS, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 101-112; L. SÁNCHEZ DE OCAÑA CHAMORRO, *La especial trascendencia constitucional del Recurso de Amparo en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6/2013, 129-142.

<sup>133</sup> Si v. anche la *STC 36/2011*, del 28 marzo, pronunciata dalla *Sala Primera*, che ammette il ricorso in quanto le permette di "arricchire" la propria giurisprudenza in materia di retribuzione (*FJ 2*).

<sup>134</sup> Si v. *retro* nota 74. A ben vedere, è sottolineata la "autorità della sua composizione plenaria", così M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo nel biennio 2009-2010*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2011, 4005.

<sup>135</sup> Se come più volte detto l'ammissione si ha con la *providencia*, ora nel testo ci riferiamo a ciò che si rintraccia nelle sentenze e quindi alle argomentazioni spese dallo stesso *TC* per dichiarare infondate le eccezioni di inammissibilità avanzate dalla parte resistente per la quale non si rilevava la presenza della *especial trascendencia constitucional*. Ma v. quanto si dirà più avanti nel testo.

<sup>136</sup> Nel caso in cui manca giurisprudenza costituzionale con riguardo alla materia di cui si richiede l'*amparo* perché, ad esempio, si è dinanzi a casi nuovi e singolari dove non vi è ancora giurisprudenza costituzionale, si v.



le SSTC [58/2010](#), del 4 ottobre (Sala Primera, FJ 3), [18/2012](#), del 13 febbraio (Sala Primera, FJ 2), [90/2012](#), del 7 maggio (Sala Primera, Antecedente 3), [109/2012](#), del 21 maggio (Sala Primera, Antecedente 3), [114/2012](#), del 24 maggio (Pleno, Antecedente 3), [141/2012](#), del 2 luglio (Sala Segunda, FJ 2), [170/2013](#), del 7 ottobre (Sala Primera, FJ 2), [44/2013](#), del 25 febbraio (Sala Segunda, FJ 2, ma anche con l'ipotesi contenuta sub g), [56/2013](#), dell'11 marzo (Sala Segunda, FJ 1), [77/2013](#), dell'8 aprile (Sala Primera, FJ 2), [115/2013](#), del 9 maggio (Pleno, FJ 2), [121/2013](#), del 20 maggio (Sala Segunda, FJ 5), [122/2013](#), del 20 maggio (Sala Primera, FJ 2), [7/2014](#), del 27 gennaio (Sala Primera, FJ 2), [35/2014](#), del 7 febbraio (Pleno, FJ 5), [19/2015](#), del 16 febbraio (Sala Primera, Antecedente 4), [24/2015](#), del 16 febbraio (Sala Segunda, FJ 2). La presentazione del *recurso* permette al TC di pronunciarsi su un problema generale o specifico di un diritto fondamentale (sulle garanzie del procedimento di voto per posta dei residenti) sul quale non vi è giurisprudenza costituzionale, richiamando testualmente il punto a) dell'elenco presente nella STC [155/2009](#): SSTC [105/2012](#), dell'11 maggio (Sala Primera, FJ 3), [126/2014](#), del 21 luglio (Sala Primera, FJ 2), [130/2014](#), del 21 luglio (Sala Primera, FJ 2). L'ATC [185/2011](#), del 21 dicembre (Sección Tercera, FJ 2) accoglie un *recurso de súplica* a seguito della considerazione che “come indica il ricorrente e osserva il PM, al margine della giurisprudenza nella più ampia materia del diritto alla libertà personale di cui all'art. 17 CE, non esiste giurisprudenza del Tribunal Constitucional su questo punto specifico”; similmente la STC [96/2010](#), del 15 novembre (Sala Segunda, FJ 3). Cfr., anche, le SSTC [15/2011](#), del 28 febbraio (Sala Primera, FJ 4), [26/2011](#), del 14 marzo (Sala Primera, FJ 2), [104/2012](#) (Sala Segunda, Antecedente 5 e FFJJ 2-3), [145/2012](#), del 2 luglio (Sala Primera, FJ 2), [122/2013](#), del 20 maggio (Sala Primera, FJ 2). Nella STC [121/2013](#), del 20 maggio (Sala Segunda, FJ 5) si fa riferimento alla “singolarità della questione sollevata”, così come nella STC [65/2015](#), del 13 aprile (Sala Primera, FJ 1). Si v. anche l'ATC [164/2013](#), del 9 settembre (Sala Segunda, FJ único), nella quale per accogliere il *recurso de súplica* avverso una *providencia* di inammissibilità si è specificato che il ricorso doveva essere ammesso stante il carattere di novità in esso presente, richiamando esplicitamente la lett. a) dell'elenco stilato con la STC [155/2009](#). Si accoglie *recurso de súplica* producendo la perdita di efficacia della *providencia* di inammissibilità contro la quale il p.m. aveva ricorso, *ex multis*, negli AATC [22/2013](#), del 28 gennaio (Sección Cuarta), [42/2013](#), del 19 febbraio (Sección Tercera), [264/2013](#), del 18 novembre (Sección Segunda), [47/2014](#), del 7 aprile (Sala Primera, FJ 2), [108/2014](#), del 7 aprile (Sala Segunda). La STC [137/2014](#), dell'8 settembre (Sala Segunda, FJ 3) nasce da un ricorso che era stato presentato antecedentemente al deposito della STC [122/2013](#), del 20 maggio, che risolve un caso simile; la sequenza temporale appena ora richiamata, che fa sì che il caso – che non avrebbe dovuto essere considerato come nuovo perché venuta meno la *especial trascendencia constitucional* che è propria, *per definitionem*, solo della prima decisione, con conseguente decisione di inammissibilità, – determina che il *recurso* venga dichiarato ammissibile e deciso del merito. Cfr., anche, la STC [160/2014](#), del 6 ottobre (Sala Primera, FJ 6) che risolve l'amparo richiamando la STC [104/2014](#), del 23 giugno (Sala Segunda). Cfr. anche la STC [168/2014](#), del 22 ottobre (Sala Segunda, FJ 2) che richiama integralmente le conclusioni della di poco precedente STC [159/2014](#), del 6 ottobre (Sala Primera) ed anche la STC [180/2014](#), del 3 novembre (Sala Primera, FJ 4) che richiama le SSTC [187/2013](#), del 4 novembre, [49/2014](#), del 7 aprile e l'[81/2014](#), del 28 maggio. Cfr., anche, la STC [96/2015](#), del 25 maggio (Sala Segunda, FJ 2). Su tale pratica, anche alla luce della concreta giurisprudenza, e per un richiamo dottrinario sulla questione dei c.d. *temas, series o familias de amparos*, si rinvia ad A. GONZÁLEZ ALONSO, *¿Ha cambiado algo*, cit., 26 s. Fra le *series de amparos* ultime vi è quella che ha come ‘capofila’ la STC [7/2015](#), del 22 gennaio (Pleno e pubblicata nel BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2015) poi richiamata nelle SSTC (quindi siamo dinanzi a questioni ammesse perché il *recurso* è stato presentato quando la *doctrina* espressa con la *sentencia* n. 7 ancora non era conosciuta) [16/2015](#), del 16 febbraio (Sala Primera), [17/2015](#), del 16 febbraio (Sala Segunda), [20/2015](#), del 16 febbraio (Sala Segunda), [23/2015](#), del 16 febbraio (Sala Primera), [34/2015](#), del 2 marzo (Sala Primera), [35/2015](#), del 2 marzo (Sala Primera), [36/2015](#), del 2 marzo (Sala Primera), [37/2015](#), del 2 marzo (Sala Primera), [38/2015](#), del 2 marzo (Sala Segunda), [40/2015](#), del 2 marzo (Sala Primera), [51/2015](#), del 16 marzo (Sala Primera), [52/2015](#), del 16 marzo (Sala Primera), [53/2015](#), del 16 marzo (Sala Primera), [75/2015](#), del 27 aprile (Sala Primera), [76/2015](#), del 27 aprile (Sala Primera), [78/2015](#), del 30 aprile (Pleno), [82/2015](#), del 30 aprile (Pleno), [139/2015](#), del 22 giugno (Sala Primera). Con i *recursos* sollevati dopo la pubblicazione della STC 7/2015, il TC ritornerà a pronunciare *providencias* di inammissibilità per carenza della *especial trascendencia constitucional*. Si v. ancora la SSTC [87/2015](#), dell'11 maggio (Sala Segunda), [88/2015](#), dell'11 maggio (Sala Segunda).

<sup>137</sup> Nel caso in cui la giurisprudenza del TC non sia seguita in modo generale e reiterato dalla giurisdizione ordinaria, cfr. SSTC [59/2010](#), del 4 ottobre (Sala Primera, FJ 2), [59/2011](#), del 3 maggio (Sala Primera, FFJJ 7-8), [113/2011](#), del 18 luglio (Sala Primera, FJ 3), [165/2011](#), del 12 dicembre (Sala Segunda, FJ único), [123/2012](#), del 18 giugno (Sala Segunda, FJ 2). Interessante è la STC [242/2012](#), del 17 dicembre (Sala Segunda) nella quale il Tribunal dopo aver riscontrato una similitudine del ricorso presentato con un altro già deciso nel 2000, ha riconosciuto la *especial trascendencia constitucional* nella possibilità di reiterare le conclusioni a cui era giunto qualche anno prima. Non sempre viene formalmente specificato nella lettura della sentenza (di accoglimento dell'amparo) in quale ipotesi rientra la *especial trascendencia constitucional* e questo perché



nella *STC 155/2009*, anche se non è mancato il caso in cui la ragione del presupposto processuale radicava nella possibilità di chiarire, da parte del *TC*, la propria giurisprudenza, rientrando nell'ipotesi *sub b*)<sup>138</sup> o anche il caso in cui il giudice veniva meno in modo manifesto al dovere di seguire l'interpretazione già indicata dal *TC* rientrando nell'ipotesi *sub f*)<sup>139</sup>. Vi sono anche dei casi in cui la *especial trascendencia constitucional* è stata ricostruita alla luce del fatto che nel ricorso si poneva una questione giuridica di rilevante e generale ripercussione sociale<sup>140</sup> od anche perché la violazione derivava dalla legge<sup>141</sup>.

D'altronde, ci sono anche dei casi in cui nelle sentenze non si fa alcun cenno alla concreta presenza della *especial trascendencia constitucional*; si tratta della maggior parte delle pronunce depositate nell'ultimo biennio, anche se, per quel che si dirà oltre, tale *trend* dovrebbe mutare. Se, infatti, la circostanza che il *recurso* sia stato ammesso non esclude che il

---

l'esistenza della stessa è già stata riscontrata nella fase di ammissibilità tramite *providencia*. Solo fra le più recenti, le *SSTC 169/2012*, del 1 ottobre (*Sala Segunda*), *180/2012*, del 15 ottobre (*Sala Primera*), *187/2012*, del 29 ottobre (*Sala Segunda*), *188/2012*, del 29 ottobre (*Sala Segunda*), *109/2012*, del 29 ottobre (*Sala Segunda*), *210/2012*, del 12 novembre (*Sala Segunda*), *203/2012*, del 12 novembre (*Sala Segunda*), *204/2012* (*Sala Primera*), *205/2012* (*Sala Primera*), *206/2012* (*Sala Primera*), *218/2012*, del 26 novembre (*Sala Segunda*), *219/2012*, del 26 novembre (*Sala Segunda*), *220/2012*, del 26 novembre (*Sala Segunda*), *230/2012*, del 10 dicembre (*Sala Primera*), *231/2012*, del 10 dicembre (*Sala Primera*), *232/2012*, del 10 dicembre (*Sala Segunda*). Tutte le sentenze appena citate rilevano la lesione del diritto fondamentale *ex art. 24 CE*. La *STC 229/2012*, del 10 dicembre (*Sala Segunda*) riguarda, invece, il diritto alla libertà personale *ex art. 17.1 CE*.

<sup>138</sup> *Ex multis SSTC 58/2010*, del 4 ottobre (*Sala Primera, FJ 3*), *17/2011*, del 28 febbraio (*Sala Segunda, FJ 2*), *106/2012*, del 21 maggio (*Sala Primera, Antecedente 6*), *176/2013*, del 10 ottobre (*Pleno, FJ 2*), *216/2013*, del 19 dicembre (*Pleno, FJ 2*), *58/2014*, del 5 maggio (*Sala Segunda, FJ 2*), *79/2014*, del 28 maggio (*Sala Segunda, FJ 3*), *99/2014*, del 23 giugno (*Sala Segunda, FJ 3*), *21/2015*, del 16 febbraio (*Sala Segunda FJ 2*), *54/2015*, del 16 marzo (*Sala Segunda, FJ 4*), *87/2015*, dell'11 maggio (*Sala Segunda, FJ 3*), *88/2015*, dell'11 maggio (*Sala Segunda, FJ 2*), *87/2015*, dell'11 maggio (*Sala Segunda, FJ 3*); *STC 158/2015*, del 14 luglio (*Sala Segunda, FJ 2*, oltre al fatto che rileva l'ipotesi *sub g e*, quindi, sulle 'conseguenze politiche generali' sottese al *recurso*). Nella *STC 74/2015*, del 27 aprile (*Sala Segunda, FJ 2*) si fa esplicito riferimento alla circostanza per cui il ricorso offre al *Tribunal* la possibilità di chiarire o di mutare la propria giurisprudenza, come risultato di un processo di riflessione interna nella *Sala*. Cfr., anche, la *STC 36/2011*, del 28 marzo (*Sala Primera, Antecedente 3, FJ 2*), nella quale il *TC* rileva la presenza della *especial trascendencia constitucional* in una ipotesi prevista fra quelle indicate nella *STC 155/2009*, diversa da quella avanzata nella domanda di ricorso. Su tale ultima sentenza e, quindi, sulla capacità del *TC* di individuare in modo autonomo l'esistenza della *especial trascendencia constitucional*, ma sempre dopo aver valutato positivamente l'impegno richiesto al ricorrente di motivare sul requisito processuale *ex art. 49 LOTC*, cfr. M. IACOMETTI, *Il requisito della especial trascendencia*, cit., 1059, ed in particolare la nt. 81; J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo*, cit., 60.

<sup>139</sup> *SSTC 1 e 2/2013*, del 14 gennaio (*Sala Primera, FJ 3*), *12/2014*, del 27 gennaio (*Sala Segunda, FJ 2*). In queste decisioni traspare che gli organi giudiziari hanno rifiutato in modo espresso e cosciente la *doctrina* del *Tribunal* (ad esempio, il giudice che ha pronunciato la decisione contro cui si è ricorso aveva palesato la divergenza interpretativa tra il *Tribunal Supremo* e il *Tribunal Constitucional* su una stessa materia – la decorrenza dei termini della prescrizione – considerando prevalente l'interpretazione fornita dal *Tribunal Supremo*), ma esistono anche dei casi in cui tale esplicita discrepanza non rileva o comunque non è così manifesta, così come quello della *STC 11/2014*, del 27 gennaio (*Sala Primera*), dove il *TC* ritrova la presenza della *especial trascendencia constitucional* nel fatto che “*la decisión impugnada ha incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Su tal inciso si sviluppa il *voto particular* allegato alla decisione e pronunciato dal giudice Encarnación Roca Trías, al quale aderiscono anche i giudici Luis Ignacio Ortega Álvarez e Andrés Ollero Tassara; per i giudici concorrenti il *Pleno* dovrebbe chiarire il significato di questa specifica causa della *especial trascendencia constitucional*, al fine di “chiarire se essa include o meno le ipotesi di disapplicazione implicita della giurisprudenza costituzionale”. Cfr. anche *STC 142/2015*, del 22 giugno (*Sala Segunda, FJ 2*).

<sup>140</sup> *STC 31/2013*, dell'11 febbraio (*Sala Segunda, FJ 2*). In riferimento alla lett. f), anche, la di poco successiva *STC 32/2012*, dell'11 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*) e, anche se il richiamo alla lett. f) è solo implicito, le *SSTC 21/2014*, del 10 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*), *32/2014*, del 14 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*), *46/2014*, del 7 aprile (*Sala Primera, FJ 2*), *136/2014*, dell'8 settembre (*Sala Segunda, FJ 3*), *138/2014*, dell'8 settembre (*Sala Segunda, FJ 5*).

<sup>141</sup> *SSTC 77/2013*, dell'8 aprile (*Sala Segunda, FJ 2*), *128/2014*, del 21 luglio (*Sala Primera, FJ 2.c*), *89/2015*, dell'11 maggio (*Sala Segunda, FJ 2*); *88/2015*, dell'11 maggio (*Sala Segunda, FJ 2*).

TC possa ritornare d'ufficio o su istanza di parte su quanto deciso nella fase di ammissione, bisogna comunque ricordare che la *especial trascendencia constitucional* costituisce un requisito materiale di ammissibilità e quindi il momento processuale idoneo per l'analisi del suo adempimento rimane quello della fase dell'ammissione<sup>142</sup>. È per questo motivo, dunque, che in diverse sentenze – che per questo motivo non sono sempre facilmente interpretabili – non viene spesa alcuna argomentazione circa la presenza della *especial trascendencia constitucional*, perché essa è già stata rilevata nella fase precedente a quella del merito. Tale modo di procedere, che da un punto di vista processuale appare assolutamente impeccabile, fa sì che in una fase caratterizzata ancora da una mancata 'interiorizzazione' (soprattutto da parte degli avvocati) del nuovo requisito processuale – anche alla luce del fatto che le *providencias*, che comunque mancano di motivazione, non sono pubblicate sul *BOE* – questo crei una sorta di incertezza sulla portata della stessa *especial trascendencia constitucional*<sup>143</sup>.

Le cose però paiono cambiare alla luce di una recente giurisprudenza europea<sup>144</sup> con la quale la Corte EDU ha richiesto che il TC definisca il contenuto e la portata della *especial trascendencia constitucional* nelle questioni ammesse, per il rispetto del principio della certezza del diritto<sup>145</sup>. Ed in effetti, ad oggi, il *Tribunal* pare considerare l'invito fatto dalla Corte europea come un vero e proprio obbligo gravante sulla sua giurisprudenza (esclusa la *providencia* d'ammissione), o almeno così traspare da alcune recenti decisioni che formalmente richiamano la sentenza *Arribas Antón*<sup>146</sup> ed argomentano sulla presenza della *especial trascendencia constitucional*, anche a prescindere dalla eventuale richiesta avanzata dalla parte convenuta di ritornare sulla valutazione in ordine alla stessa<sup>147</sup>. Ma, probabilmente,

---

<sup>142</sup> Così come, del resto, è stato riconosciuto in diverse decisioni dal TC stesso. *Ex pluribus* si ricordano le recenti *SSTC* [126/2013](#), del 3 giugno (*Sala Segunda*, FJ 2.b), [191/2013](#), del 18 novembre (*Sala Primera*, FJ 1), [130/2014](#), del 21 luglio (*Sala Primera*, FJ 2), [160/2014](#), del 6 ottobre (*Sala Primera*, FJ 2) [167/2014](#), del 22 ottobre (*Sala Segunda*, FJ 2), [178/2014](#), del 3 novembre (*Sala Segunda*, FJ 1).

<sup>143</sup> In tal senso anche J.M. MORALES ARROYO, *Presentación*, in AA.VV., *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, cit., 23, nota 7; J. URÍAS MARTÍNEZ, *Seleccionar lo (menos) importante*, cit., 88. Ed infatti, il TC analizza con attenzione (o almeno ne dà 'pubblicità' nelle motivazioni) la presenza o meno della *especial trascendencia constitucional* o nelle ordinanze che emana a seguito della presentazione di un *recurso de súplica* da parte del *Ministerio fiscal* avverso una *providencia de inadmisión* o nelle sentenze per rispondere, eventualmente, alla fondatezza o meno dell'eccezione di inammissibilità presentata in giudizio. Che la fase dell'ammissione costituisca il momento processuale idoneo ai fini della valutazione della presenza nel *recurso* della *especial trascendencia constitucional* determina che non abbia rilievo l'eventuale circostanza per cui, nel mentre si decide nel merito, intervenga una decisione che, ad esempio, risolve una questione simile pregiudicando il carattere di novità della questione del *recurso* sollevato, si v. la *STC* [148/2015](#), del 6 luglio (*Sala Primera*, FJ 2).

<sup>144</sup> *Arribas Antón c. Spagna*, del 20 gennaio 2015, § 37, più in generale sulla sentenza v. *infra* da p. 38 ss.

<sup>145</sup> Anche se l'eventuale (sola) mancata trasposizione della portata della *especial trascendencia constitucional* difficilmente potrà essere considerata causa di violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, essendo tale 'richiesta' presente in una decisione che ha pienamente riconosciuto la conformità a Convenzione della riforma della *LOTIC*. Ma si v. comunque *infra*. In dottrina cfr., almeno, A. GONZÁLEZ ALONSO - F.M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, *El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente Sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 54/2015, 6; J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2015*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104/2015, 201-203.

<sup>146</sup> Cfr. *SSTC* [9/2015](#), del 2 febbraio (*Sala Primera*, FJ 3), [115/2015](#), dell'8 giugno (*Sala Segunda*, FJ 2), [124/2015](#), dell'8 giugno (*Sala Segunda*, FJ 2), [77/2015](#), del 27 aprile (*Sala Primera*, FJ 1) e [96/2015](#), del 25 maggio (*Sala Segunda*, FJ 1). Fra tali decisioni ve ne è anche una di inammissibilità; con l'*ATC* [98/2015](#), del 1 giugno (*Sección Segunda*, FFJJ 1-3), il *Tribunal* ha respinto il *recurso de súplica* presentato dal pubblico ministero avverso una *providencia* di inammissibilità per carenza della *especial trascendencia constitucional* con un *auto* estremamente dettagliato sulla mancanza di tale requisito processuale. Si rintracciano, però, anche alcune *sentencias* che nulla dicono sulla *especial trascendencia constitucional*; *ex pluribus* [55/2015](#), del 16 marzo (*Sala Primera*), [63/2015](#), del 13 aprile (*Sala Primera*), *STC* [150/2015](#), del 6 luglio (*Sala Primera*).

<sup>147</sup> *STC* [177/2015](#), del 22 luglio (*Pleno*).

almeno a stare alle parole che ha pronunciato Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente del *Tribunal*<sup>148</sup>, bisogna intendere che questo modo di procedere – che comunque non cambierà eccessivamente la ‘struttura’ materiale della decisione – debba considerarsi già consolidato: “il Tribunale ha deciso, nel *Pleno* in sede non giurisdizionale, che il motivo della *especial transcendencia constitucional* di ogni questione ammessa dovrà essere espresso nelle *providencias* e il riferimento a queste ultime verrà fatto negli *Antecedentes* delle sentenze”.

Ancora un’ultima puntualizzazione alla luce della giurisprudenza più recente, che, forse, conoscerà una ‘mitigazione’ considerando quanto appena detto in ordine alla dovuta ‘spiegazione’ della *especial transcendencia constitucional* in tutte le decisioni ammesse con *providencia*. Si rintracciano diverse ordinanze<sup>149</sup> (dunque, a differenza di quanto riferito più sopra nel testo, il *TC* non entra nel merito della questione già ammessa) nelle quali, pur se il dispositivo è d’inammissibilità, non è presente alcun cenno alla mancanza della *especial transcendencia constitucional*. A differenza di quanto avveniva subito dopo la riforma, quando, nel dichiarare inammissibile il ricorso, si valutava *in primis* la mancanza del requisito della *especial transcendencia constitucional*, diverse sono, ora, le decisioni con le quali pare evidente che la dichiarazione di inammissibilità del *recurso* avviene valutando in primo luogo gli altri presupposti per l’ammissibilità, e quindi si richiama la mancanza della motivazione in ordine alla *especial transcendencia constitucional* solo come secondo motivo di inammissibilità o, addirittura, non se ne fa alcun cenno. Tale modo di procedere è dettato probabilmente dalla constatazione che il *TC* stesso avrebbe – in ogni caso – pronunciato una decisione di inammissibilità, valutando come manifestamente inesistente, *ictu oculi*<sup>150</sup>, la violazione del diritto fondamentale invocato<sup>151</sup>, che è condizione (*rectius* rimane come condizione)<sup>152</sup> affinché il *TC* possa esercitare la tutela e, quindi, ammettere il ricorso *ex art. 44.1 LOTC*<sup>153</sup>. Così facendo, il *TC* pare voler limitare il più possibile il rischio di una generale ‘perdita di fiducia’ nell’istituzione della giustizia costituzionale, che continua ad essere vista come l’ultimo baluardo per la tutela dei diritti fondamentali. Tale perdita di fiducia, nel caso

---

<sup>148</sup> Durante la [Presentazione](#) della *Memoria* per l’anno 2014 reperibile sul sito telematico del *TC*.

<sup>149</sup> Cfr., *ex multis*, [ATC 9/2012](#), del 13 gennaio (*Pleno*); dalla [134/2011](#), del 3 novembre (*Sala Primera, FJ 5*) alla [147/2011](#), del 3 novembre (*Sala Primera, FJ 5*), [129/2014](#), del 5 maggio (*Sala Segunda, Antecedente 4*), [86/2015](#), dell’18 maggio (*Sección Segunda, FJ Único*).

<sup>150</sup> Cfr. gli artt. 50.1, lett. a), e 42, 43, 44 *LOTC*.

<sup>151</sup> Come avviene, ad esempio, negli *AATC 116/2012*, del 4 giugno (*Sección Cuarta, FJ 1*), [272/2009](#), del 26 novembre (*Sala Segunda, FJ 1*), [272/2013](#), del 25 novembre (*Sección Cuarta, FJ 2*).

<sup>152</sup> Ed infatti, in dottrina (J. PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, 13ª ed., Madrid 2012, 461) si è (a ragione) parlato di una riforma – quella operata con la *LO 6/2007* – che muove da una prospettiva *predominantemente* (e quindi non esclusivamente) oggettiva. Che si sia a favore di questa tesi, lo si sta argomentando nel testo.

<sup>153</sup> Cfr., ad esempio, l’*ATC 2/2013*, del 9 gennaio 2013 (*Antecedentes 4 e*, quindi, l’*FJ 4*). L’articolo richiamato nel testo (art. 44.1, lett. a) dispone, anche, che il *recurso* può essere presentato ma solo dopo aver esaurito previamente le vie giudiziali di ricorso interno, in caso contrario interverrà una decisione di inammissibilità. La *ratio* di tale previsione è essenziale al fine di preservare il sistema del riparto competenziale tra la giurisdizione ordinaria e quella costituzionale, che può intervenire, quest’ultima, solo sussidiariamente al fine di preservare l’ambito che la Costituzione riserva alla giurisdizione ordinaria *ex art. 117.3*. Come si noterà dalle decisioni di seguito elencate (tutte sentenze di inammissibilità e non ordinanze), gli eventuali vizi di inammissibilità non sono sanati per il sol fatto che il ricorso è stato ammesso nella prima fase del processo costituzionale, potendo essere la loro mancanza riconsiderata, d’ufficio o su istanza di parte, e fatta valere, appunto, con una sentenza di inammissibilità: *ex multis*, e fra le tante e più recenti, si v. le *SSTC 152/2012*, del 16 luglio (*Sala Primera, FJ 2*), [167/2012](#), del 1 ottobre (*Sala Primera, FJ 3*), [174/2012](#), del 15 ottobre (*Sala Primera, FJ 2*), [179/2012](#), del 15 ottobre (*Sala Primera, FJ 2*), [186/2012](#), del 29 ottobre (*Sala Primera, FJ 2*), [199/2012](#), del 12 novembre (*Sala Primera, FJ 2*), [217/2012](#), del 26 novembre (*Sala Primera, FJ 3*), [221/2012](#), del 26 novembre (*Sala Primera*), [21/2013](#), del 28 gennaio (*Sala Primera*), [28/2013](#), dell’11 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*), [54/2013](#), dell’11 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*), [110/2013](#), del 6 maggio (*Sala Segunda, FJ 2*), [178/2013](#), del 21 ottobre, (*Sala Primera, FJ 1*). Cfr., almeno, J.M<sup>a</sup>. CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, *Requisitos generales de admisión del recurso de amparo*, in *Diario La Ley*, 7838/2012, 5-8.

di decisione di inammissibilità per palese inesistenza della lesione del diritto fondamentale invocato<sup>154</sup>, sarebbe limitata rispetto a quanto si potrebbe verificare dinanzi ad un ricorso non ammesso solo perché carente della *especial trascendencia constitucional*<sup>155</sup>, e questo perché si potrebbe sempre lasciare intendere che il diritto fondamentale sia stato effettivamente leso, ma non tutelato (anche se ciò, è bene ripeterlo, è conseguenza legittima della riforma). Bisogna comunque riscontrare che un generale ‘scetticismo’ sulla reale operatività dell’*amparo* non è certo attribuibile alla riforma od anche alla giurisprudenza del *TC* che la sta attuando considerato che tale problematica precede la riforma, anzi ne è alla base, visto che i ritardi nell’eventuale concessione dell’*amparo* non erano più accettabili.

È ora opportuno ri-chiamare l’attenzione su una recente decisione della CorteEDU che ha avuto modo di sindacare la riforma della *LOTC* ed in modo particolare il ‘contenuto’ della *especial trascendencia constitucional*. Il riferimento va alla già nel testo richiamata pronuncia *Arribas Antón c. Espagne* (20 gennaio 2015)<sup>156</sup>, con la quale la terza sezione della CorteEDU, all’unanimità, rigetta un ricorso proposto in ragione della decisione del *TC* di non ammettere un *recurso de amparo* per mancanza del requisito della *especial trascendencia constitucional*. Quindi, il ricorrente adisce il giudice europeo perché ritiene che il motivo di irricevibilità – per come è stato fondato, *id est* giudicato carente della *especial trascendencia constitucional* – è “eccessivamente formale”; stesso giudizio vale per l’interpretazione dei criteri utili a rilevare la presenza della speciale trascendenza costituzionale fornita dal *TC*. Tale riforma e tale lettura giurisprudenziale nell’atto di ricorso sono giudicate come contrarie a Convenzione, in quanto lederebbero il diritto d’*accès à un tribunal*, che è compreso nel più ampio diritto ad un equo processo così come disciplinato dall’art. 6 § 1. La Corte europea dichiara il ricorso infondato e per una pluralità di ragioni: 1) la configurazione del *recurso de amparo* è di competenza del legislatore statale; 2) il fatto di sottomettere l’ammissibilità del *recurso de amparo* a requisiti di carattere oggettivo è proporzionale alle finalità cui tende la riforma e non lede il diritto all’equo processo; 3) l’applicazione del criterio di ammissibilità, che comunque viene giudicata dalla Corte, è stata delineata dalla giurisprudenza del *TC*, che ha precisato quando concorre e come deve essere giustificato (formalmente e sostanzialmente) il requisito della *especial trascendencia constitucional*. Per la Corte europea, il diritto di accesso ha un carattere relativo e non assoluto, che può essere ristretto al fine di giungere a fini legittimi, che si valutano applicando un *test* di proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopi perseguiti. Il passaggio argomentativo decisivo impiegato dalla Corte (§ 48) è quello secondo cui la riforma della *LOTC* (e la giurisprudenza di attuazione) deve essere valutata nel merito,

---

<sup>154</sup> Che sia così, del resto, non è sempre detto; infatti nell’*ATC 9/2012*, del 13 gennaio (*Pleno*) pare piuttosto che il *TC*, anche se con *auto*, abbia deciso nel merito del ricorso (la forma doveva essere quella della sentenza, ma, appunto, dopo aver ammesso il ricorso); critica tale modo di procedere il giudice Pablo Pérez Tremps attraverso il suo *voto particular* allegato alla decisione, precisando che l’inammissibilità per l’inesistenza della violazione del diritto fondamentale amparabile può verificarsi solo quando tale lesione non risulta in maniera “evidente, chiara ed incontestabile”, il che non si riscontra nel caso concreto; il *TC* non si sarebbe limitato, cioè, ad un “*examen indiciario, sino que se adentra de manera exhaustiva en todos los aspectos de la cuestión de fondo*”, così J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuadrimestre de 2012*, in *Revista española de derecho constitucional*, 95/2012, 267, nt. 13. Bisogna sottolineare, inoltre, che nella questione in esame, anche se la presenza della *especial trascendencia constitucional* era evidente stante la considerazione che la questione riguardava una riforma della Costituzione (l’art. 135 *CE*), il ricorrente non aveva assolto all’onere della motivazione circa la presenza del requisito processuale prima richiamato per l’ammissione del *recurso*. Tale modo di procedere pare sia riscontrabile anche nel recente *ATC 52/2014*, del 24 febbraio (*Sala Primera*).

<sup>155</sup> Critica tale modo di procedere, invece, A. GONZÁLEZ ALONSO, *¿Ha cambiado algo*, cit., 29.

<sup>156</sup> Su tale decisione si rinvia, se si vuole, ai nostri *La Corte europea dei diritti dell’uomo avalla la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del Tribunal Constitucional*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3/2015, 1-9; ID., *Arribas Antón c. Spagna: la Corte EDU e la legittimità dei limiti all’accesso al giudice costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2015, 475-478.



vale a dire secondo gli obiettivi prefissati dal legislatore: migliorare il funzionamento del massimo organo della giustizia costituzionale spagnola; rafforzare la salvaguardia dei diritti fondamentali; evitare un *encombrement excessif du rôle* del TC con “questioni di minore importanza”.

Se con riguardo al primo obiettivo *nulla questio*, rispetto al secondo punto rilevato dai giudici di Strasburgo, si può ricordare che leggere la riforma come rafforzamento per la salvaguardia dei diritti fondamentali non pare del tutto corretto se ciò non è seguito almeno da una precisazione, vale a dire quella per cui la riforma – avendo il merito di garantire una maggiore celerità della decisione del giudice costituzionale, di ridurre la c.d. ‘valanga’ di ricorsi e di smaltire l’arretrato – consente che il TC risponda (nel merito) in modo più celere, garantendo così un innalzamento della tutela dei diritti fondamentali, che rimane (una volta ammesso il ricorso) compito della giurisdizione costituzionale.

Con riguardo all’altra constatazione (tralasciare le questioni di minore importanza), bisogna chiarire cosa debba intendersi per ‘maggiore’ o ‘minore’ rilievo di una questione. Infatti (e non a ragione) pare che ci si riferisca non tanto all’importanza costituzionale del ricorso, ma piuttosto ad una rilevanza di tipo altro tipo, per la quale – riprendendo i motivi di ricorso del ricorrente (§ 36) – la riforma limiterebbe l’accesso alle sole questioni aventi una “importanza mediatica, sociale o politica mentre sarebbero esclusi gli altri casi di violazione reale ed effettiva dei diritti. Il criterio di ammissibilità deve [...] basarsi sugli effetti reali o materiali, e non puramente formali, a condizione che [si dimostri] il pregiudizio subito”. A tale proposito, a noi pare invece che non si possa affermare che la riforma della LOTC limiti la decisione nel merito alle sole questioni di significativa rilevanza così come descritte dal ricorrente, e ciò alla luce, in particolare, della *sentencia* [155/2009](#). Infatti, alla luce dell’elenco stilato dal TC, l’importanza o meno del contenuto del ricorso (soggetto ricorrente o della rilevanza politica o mediatica della questione) come causa ostativa o costitutiva della *especial trascendencia constitucional* prescinde dalla lettera della LOTC e dalla giurisprudenza costituzionale, potendo tutto al più rientrare nel solo punto g).

### 3.2. *La providencia di inammissibilità*

Un ulteriore elemento di riflessione deriva dal disposto normativo che riguarda la *providencia* di inammissibilità pronunciata dalle *Secciónes* o dalle *Salas*. L’articolo 50.3 prescrive che la *providencia* deve limitarsi a “*specificare* il requisito mancante” e deve essere notificata al ricorrente ed al pubblico ministero.

La dottrina, anche in questo caso, si è domandata quale fosse la portata della disposizione, se cioè la parte motiva della *providencia* – che è per sua stessa natura un atto processuale privo di motivazione – si dovesse limitare all’indicazione del requisito mancante o se la mera menzione di quest’ultimo non fosse da sola sufficiente necessitando, piuttosto, di una motivazione viepiù argomentata. Prima di ritornare più avanti nel testo sulla reale portata della riforma e volendoci soffermare in questo paragrafo solo sulla concreta modifica apportata dalla previsione legale, qui, basti solo richiamare le due tesi avanzate in dottrina e che si pongono in posizione diametralmente opposte fra di loro: da una parte si vede nella *providencia*, contenente la mera indicazione del motivo di inammissibilità, un efficace mezzo per snellire il lavoro dei *letrados* e dei magistrati; dall’altro, si tende a sottolineare che è diritto dei ricorrenti conoscere in maniera dettagliata le ragioni che hanno portato alla decisione di inammissibilità<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN - G. CAMARA VILLAR - L. FELIPE MEDINA REY, *La nueva ley orgánica*, cit., 81 s.; P. CRESPO BARQUERO, *Respuestas a la encuesta*, cit., 98. In tema si v. anche F.J. MATIA PORTILLA, *La*



È opportuno fin da subito ricordare che, con riguardo al contenuto della *providencia* indicante il solo motivo di inammissibilità così come prescritto dalla disposizione prima richiamata, tale previsione normativa era già presente nella *LOTC* così come riformata con la *LO 6/1988*<sup>158</sup>; dunque, grandi cambiamenti non si registrano<sup>159</sup>. Bisogna altresì avere presente che proprio la prassi di motivare la *providencia* è stata indicata come una delle cause predominante del fallimento di quella riforma<sup>160</sup>.

Al di là delle diverse tesi presenti in dottrina sulla (mancanza) di motivazione della *providencia*, la questione pare essere definitivamente risolta grazie ad una recente decisione depositata della CorteEDU<sup>161</sup>, con la quale il giudice di Strasburgo ha avuto modo di affermare che la mancanza di motivazione della *providencia* non viola il diritto ad un processo equo così come tutelato dall'art. 6 § 1 CEDU. Il giudice europeo ha precisato che la circostanza che un *recurso de amparo* non venga ammesso dal *Tribunal Constitucional* mediante una *providencia* così come prescritto dall'art. 50.1 *LOTC*, che si limita ad affermare che il *recurso* è carente della *especial trascendencia constitucional*, non viola il dovere ricadente sui giudici di motivare le proprie decisioni, in quanto tale obbligo non comporta l'esigenza di offrire una risposta dettagliata ad ogni domanda formulata. Inoltre, tenendo in debito conto che il *recurso* si presenta dinanzi una giurisdizione superiore, risulta lecito che un *recurso* sia dichiarato inammissibile limitandosi solo a far riferimento alle disposizioni legali che richiedono la predisposizione di tale atto processuale, sempre che le questioni non rivestano una importanza tale da essere accolte.

L'idea che, per il legislatore organico, questa previsione potesse realmente servire per lo snellimento del lavoro del *TC* si può rintracciare nella terza disposizione finale della *LOTC*, la quale prescrive che, pur se l'ammissibilità o inammissibilità dei ricorsi di *amparo* proposti prima dell'entrata in vigore della riforma sarà regolata dalla disciplina previgente, la *providencia* di inammissibilità si limiterà alla indicazione del requisito mancante nel ricorso. Questo uso della *providencia*, che si limita al solo richiamo del requisito che impedisce che il ricorso venga ammesso, si riscontra anche nella dichiarazione di inammissibilità di quegli *amparos* che sono stati proposti dopo il 26 maggio 2007, giorno di entrata in vigore della legge di riforma.

---

*especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 86/2009, 356 ss.

<sup>158</sup> Nel previgente art. 86.1 *LOTC* si richiedeva che le decisioni di inammissibilità dovevano avere la forma dell'ordinanza (decisione sempre motivata, seppur succintamente), salvo che la legge non avesse disposto diversamente. Se questa era la regola, la sua eccezione era costituita dall'art. 50.1 *LOTC*, secondo il quale, qualora la Sezione accordava all'unanimità dei propri membri la inammissibilità di un ricorso, la decisione poteva avere la forma della *providencia*.

<sup>159</sup> L'impiego del verbo *specificare* in luogo di *indicare* (impiegato nella formulazione previgente) non crea alcuna modifica sostanziale, cfr. F.J. MATIA PORTILLA, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 356.

<sup>160</sup> A questo proposito J. GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, in AA.VV., *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, a cura di P. Pérez Tremps, Valencia 2007, 58 parla di *proviautos*, *id est* di un atto che aveva la forma della *providencia* (provvedimento non motivato), ma la sostanza di un *auto* (provvedimento motivato). Cfr. dello stesso Autore, *Cuestionario sobre la reforma de la LOTC*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 4/1999, 60; anche in tale risalente lavoro, si criticava l'uso che il *TC* continuava a fare della *providencia* (motivata) ancora dopo la riforma dell'88.

<sup>161</sup> Causa *Pedro Maria Beraza Oroquieta c. España*, del 25 settembre 2012. Si superano quindi le perplessità avanzate da attenta dottrina F.J. MATIA PORTILLA, *La especial trascendencia constitucional*, cit., 365. Tale A. sottolinea il fatto che dinanzi ad una *providencia* non motivata, e dunque non chiara, si può verificare un uso più frequente del *recurso de súplica*; il medesimo A. evidenziava, quindi, che in questo caso il *TC* sarebbe maggiormente esposto al controllo da parte della CorteEDU (come era avvenuto con la sentenza *Fuente Ariza c. España*, dell'8 novembre 2007) in quanto la mancanza di motivazione di un atto giudiziale viola l'art. 6 § 1 CEDU.

In modo analogo a quanto previsto già nel regime previgente alla riforma, la *providencia* può essere oggetto di un *recurso de súplica*<sup>162</sup>, ma solo da parte del pubblico ministero e non dalle altre parti processuali. Tale ricorso sarà deciso con *auto*, non impugnabile.

Inoltre – e lo si ripete –, è da ricordare che se il ricorso è ammesso, ciò non significa che il *Tribunal*, giudicando il ricorso nel merito, non possa sempre far valere una eventuale carenza formale e sostanziale che dovesse interessare la domanda d'*amparo*; la censura della carenza nella predisposizione dell'atto di ricorso – che non può essere ritenuto sanato per il sol fatto di essere stato ammesso<sup>163</sup> – sarà quindi fatta valere, questa volta, tramite *sentencia*. Ciò può avvenire, ad esempio, se il *TC* non riconosce assunto l'obbligo di giustificazione di ciò che è richiesto dall'art. 49.1 *LOTC*.

### 3.3. *La modifica dell'incidente de nulidad de actuaciones ex art. 241.1 LOPJ*

La riforma<sup>164</sup> introduce, con la prima disposizione finale della *LOTC*, una modifica anche della legge organica 6/1985 del potere giudiziario (d'ora in avanti *LOPJ*). Con questa previsione, diretta conseguenza dell'oggettivazione del ricorso di *amparo*, si modifica (*rectius*, si amplia) la disciplina dell'incidente di nullità (che costituisce un ricorso giudiziale) così come prefigurato dall'articolo 241.1 della *LOPJ*.

Lo scopo di tale riforma è duplice: il primo è di rendere il *recurso de amparo* realmente sussidiario, riconoscendo la possibilità alla giurisdizione ordinaria di rimediare alla eventuale violazione dei diritti fondamentali, con la conseguenza (*rectius* aspettativa) di vedere diminuiti i ricorsi di *amparo*; il secondo, direttamente collegato al primo, è quello di riconoscere ai tribunali ordinari il ruolo di primi e naturali garanti dei diritti fondamentali<sup>165</sup> e, quindi, di produrre un cambiamento del paradigma della tutela dei diritti fondamentali, visto che, a seguito di un ridimensionamento dell'*amparo*, è il giudice comune l'organo universale per la loro tutela.

Con questa previsione si modifica l'ambito materiale<sup>166</sup> su cui è possibile esperire tale strumento processuale, essendo quest'ultimo non limitato ai casi di irregolarità formali o di vizi di incongruenza nel dispositivo della decisione<sup>167</sup>, ma esteso anche ai casi di violazione dei diritti fondamentali cui rimanda l'art. 53.2 *CE*. Si amplia, dunque, la disciplina dell'incidente di nullità disciplinato dall'articolo 241.1 *LOPJ*.

Il *TC*, in modo costante, ha affermato che l'*incidente de nulidad de actuaciones* (*rectius* la sua nuova configurazione) rafforza il protagonismo che devono assumere i giudici e i tribunali ordinari come *guardianes naturales y primeros* dei diritti fondamentali<sup>168</sup>,

---

<sup>162</sup> Bisogna sottolineare che tale ricorso è rivolto contro una *providencia* che manca di motivazione; il *recurso de súplica* diventa, così, "illusorio", cfr. I. ULLOA RUBIO, *La reforma de la LOTC efectuada por la LO 6/2007, de 24 mayo*, in [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es), 2007.

<sup>163</sup> Come si evidenzia con la *STC 178/2012*, del 15 novembre (*Sala Segunda, FJ 3*), che l'onere processuale ricadente sul ricorrente non sia stato da esso onorato, ben lo si coglie dalla infondatezza delle argomentazioni spese al fine di giustificare la rilevanza oggettiva del proprio ricorso: "la *trascendencia constitucional* di questo *recurso* si apprezza dalla lettura dei fatti che sono alla base della motivazione della presentazione del ricorso".

<sup>164</sup> In dottrina auspicata, fra gli altri, anche da M. CARRASCO DURÁN, *El concepto constitucional del recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 63/2001, 126.

<sup>165</sup> Cfr. il III capoverso della Esposizione dei motivi che accompagnano la *LOTC 6/2007*.

<sup>166</sup> Parla di un cambio non solo quantitativo, ma anche qualitativo M. CARRASCO DURÁN, *La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones*, cit., 66.

<sup>167</sup> Da ritenersi non escluse dall'ambito dell'*incidente* a seguito della riforma prodotta con la legge organica 6/2007; in questi termini si è espresso il *TC* con le *SSTC 8/2014*, del 27 gennaio (*Sala Segunda, FJ 2*), *9/2014*, del 27 gennaio (*Sala Segunda, FJ 2*).

<sup>168</sup> Cfr., fra le tante, *SSTC ATC 10/2010*, del 25 gennaio (*Sección Cuarta, FJ único*), *43/2010*, del 26 luglio

rafforzando, altresì, il carattere sussidiario del *recurso de amparo*<sup>169</sup>. I giudici devono guardare all'*incidente ex art. 241 LOPJ* come all'ultimo rimedio a loro disposizione previsto dall'ordinamento prima della possibilità che il ricorrente sollevi (in un sistema di garanzie realmente sussidiario) un *amparo constitucional*: i giudici occupano il posto che in precedenza – e più precisamente prima della riforma del 2007 – era occupato dal *TC*<sup>170</sup>. I giudici possono tutelare direttamente i diritti fondamentali senza previa verifica della presenza (concorrente) della *especial transcendencia constitucional*: da ciò deriva che, per molti aspetti, i giudici sono l'ultimo baluardo dei diritti consacrati in Costituzione<sup>171</sup>. D'altronde, che i giudici siano i guardiani primi e naturali dei diritti fondamentali è qualcosa in più che una mera affermazione legale o giurisprudenziale. Tale affermazione è dovuta, piuttosto, alla loro opera concreta ed è supportata da dati oggettivi: è sufficiente richiamare la percentuale delle risoluzioni annullate dal *TC* prima dell'entrata in vigore della riforma<sup>172</sup> (che è del 2%<sup>173</sup>) per concordare con la definizione dei giudici come guardiani dei diritti.

Ad oggi, però, anche tale riforma non pare che sia riuscita nell'intento della riduzione dei *recursos de amparos*, tanto che si è affermato che “ciò che è successo è che [tale strumento] si è convertito, per sua applicazione, da strumento principale per la protezione dei diritti fondamentali, ad ostacolo produttivo di una emorragia di ricorsi persi”<sup>174</sup>.

Se a tale riforma è stata riconosciuta la positiva volontà di attribuire maggior protagonismo alla giurisdizione ordinaria<sup>175</sup> nella tutela dei diritti fondamentali, rafforzando l'*amparo giudiziario*<sup>176</sup>, molteplici e problematici dubbi sorgono sulle reali conseguenze che la modifica dell'*incidente de nulidad* può apportare, in quanto essa risulta essere un mezzo poco idoneo a diminuire il numero dei ricorsi di *amparo*. Le ragioni sono diverse. In primo luogo, prevedere meccanismi di tutela dei diritti fondamentali nella disponibilità della giurisdizione

---

(Sala Primera, FJ 5), [107/2011](#), del 20 giugno (Sala Segunda, FJ 5), [9/2014](#), del 27 gennaio (Sala Segunda, FJ 3). L'*incidente* può essere proposto solo in sede di giurisdizione e non avverso le decisioni del *Tribunal* che sono inoppugnabili, escluse le *providencias* di inammissibilità contro cui può ricorrere esclusivamente il PM e non le parti (*ex art. 50.3 LOTC*) la cui possibilità è riconosciuta esclusivamente al pubblico ministero e non anche alle parti; tale precisazione è d'obbligo stanti i numerosi ricorsi da parte di ricorrenti che hanno presentato *incidente de nulidad de actuaciones* nei confronti delle decisioni del *TC*; che ciò non sia possibile, come detto, è chiaramente ricordato, e il rinvio valga per tutti, dall'*ATC 194/2013*, del 23 settembre (Sala Segunda).

<sup>169</sup> Cfr. l'*ATC 200/2010*, del 21 dicembre (Sala Segunda, FJ 2).

<sup>170</sup> A questa conclusione credo che arrivi lo stesso *TC* nella *STC 107/2011*, del 20 giugno (Sala Segunda, FJ 5). Cfr., anche, la più recente *STC 91/2015*, dell'11 maggio (Sala Segunda, FJ 2).

<sup>171</sup> *Ex multis SSTC 9/2014*, del 27 gennaio (Sala Segunda, FJ 3), [91/2015](#), dell'11 maggio (Sala Segunda, FJ 2).

<sup>172</sup> Si ricorda questo dato precedente al 2007, proprio perché, non essendo ancora in tale data entrata in vigore la riforma, non si può argomentare che dall'anno 2007 in poi i ricorsi ammessi sarebbero stati superiori in mancanza della *especial transcendencia constitucional* con la conseguenza di vedere falsate le eventuali percentuali riportate a favore della tesi esposta nel testo.

<sup>173</sup> Cfr. M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge organica del Tribunal Constitucional*, cit., 137. Si noti che si sta parlando dei soli ricorsi ammessi.

<sup>174</sup> J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos*, cit., 80, nt. 133. Cfr., sulle concrete modifiche apportate all'*incidente* e sulla sua attuazione, M. CARRASCO DURÁN, *La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones*, in *Revista española de derecho constitucional*, 95/2012, 84-85.

<sup>175</sup> Tale ricorso – per come si vedrà più avanti – può essere utilizzato “per riparare alla lesione di un diritto fondamentale che non si sia potuta denunciare prima della emanazione della *resolución* che conclude il processo e nell'ipotesi in cui tale atto finale non sia impugnabile con alcun ricorso ordinario o straordinario” ricorda M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale spagnolo nel biennio 2009-2010*, cit., 4008, nt. 22. Si v., anche, M.J. CARAZO LIÉBANA, *La garanzia dei diritti fondamentali nella Costituzione spagnola del 1978: amparo costituzionale e amparo giurisdizionale*, in AA.VV., *Diritti fondamentali*, cit., 366 ss. Fra le decisioni del *TC* si ricorda, fra le più recenti, la *STC 153/2012*, del 18 luglio (Sección Primera, FJ 4).

<sup>176</sup> M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdicción constitucional*, cit., 122; ID., *Respuesta*, in AA.VV., *Encuesta sobre la reforma*, cit., 28; M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge organica*, cit., 122.

non costituisce un limite alla possibilità di presentare ricorsi dinanzi al TC<sup>177</sup>; infatti la via del ricorso di *amparo* rimane sempre aperta<sup>178</sup>, non costituendo l'incidente di nullità un'alternativa al ricorso di *amparo* stesso, ma un ulteriore ricorso nella via giudiziale da esaurire prima di adire il Tribunal<sup>179</sup>; in caso contrario il TC pronuncerà una decisione di inammissibilità<sup>180</sup>.

Molti autori, in secondo luogo, hanno criticato la nuova configurazione dell'incidente di nullità, oltre che per il rischio di crescita del carico di lavoro per gli organi giudiziari<sup>181</sup>, anche per la constatazione che l'*incidente* è risolto dallo stesso giudice al quale si richiede di ritornare sulla decisione e correggerla, dal momento che il giudice, pronunciando tale decisione, avrebbe leso proprio il diritto fondamentale del quale, ora, si chiede la riparazione<sup>182</sup>. Pare pertanto quanto meno poco probabile<sup>183</sup> che lo stesso giudice ritorni *a posteriori* sui propri passi (*rectius*, sui propri errori), ed infatti, ad oggi si rileva che la nuova regolazione dell'incidente di nullità degli atti processuali emanati dall'organo giudiziario non ha influito positivamente sulla diminuzione dei *recursos de amparo* presentati. Lo scopo della riforma potrà dirsi attuato solo a seguito del cambiamento della cultura giurisdizionale dei giudici e dei tribunali<sup>184</sup>. Solo così, questi ultimi potranno annullare i propri atti

---

<sup>177</sup> L. BACHMAIER WINTER, *La reforma del recurso de amparo en la ley orgánica 6/2007*, cit., 6; A. DESDENTADO BONETE, *El futuro de la justicia constitucional*, in AA.VV., *Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid 2007, 27.

<sup>178</sup> L.M<sup>a</sup>. DÍEZ PICAZO, *Respuesta*, in AA.VV., *Encuesta sobre la reforma de la ley orgánica*, cit., 30; Y. DOIG DÍAZ, *Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOPJ*, in [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es) 12/2008.

<sup>179</sup> L'incidente di nullità rappresenta quel mezzo idoneo a riconoscere alla giurisdizione ordinaria la possibilità di riparare alla lesione dei diritti fondamentali che presumibilmente essa stessa ha causato a determinati soggetti nell'espletamento della funzione giurisdizionale (AATC [124/2010](#), del 4 ottobre, *Sala Segunda*, FJ 2, [19/2011](#), del 28 febbraio, *Sala Segunda*, FJ 2), costituendo una modalità straordinaria di impugnazione di una decisione giudiziale tale da superare il giudicato, STC [152/2015](#), del 6 luglio (*Sala Segunda*, FJ 9).

<sup>180</sup> Il ricorso non potrà non essere dichiarato inammissibile quando si presenta in modo prematuro essendo ancora pendente la risoluzione dell'*incidente* promosso proprio contro quella medesima decisione contro cui si è ricorso – nello stesso tempo – in *amparo*, ovvero quando l'*incidente* si presenta con posteriorità alla presentazione del ricorso di *amparo*, AATC [40/2010](#), del 5 aprile (*Sección Segunda*, FJ único), [42/2010](#), del 12 aprile (*Sección Primera*, FFJJ 2-3). Vedi, *ex multis*, le SSTC [202/2012](#), del 12 novembre (*Sala Segunda*, FJ 3), [110/2013](#), del 6 maggio (*Sala Segunda*, FJ 2), [139/2014](#), dell'8 settembre (*Sala Segunda*, FJ 2) e gli AATC [279/2009](#), del 14 dicembre (*Sección Tercera*, FJ 5), [11/2012](#), del 26 gennaio (*Sección Cuarta*, FJ 4), [131/2012](#), del 25 giugno (*Sección Segunda*, FJ 2).

<sup>181</sup> J. ALMAGRO NOSETE, *Respuesta*, in AA.VV., *Encuesta sobre la reforma de la ley orgánica*, cit., 28, tale A. lo giudica un mezzo quanto meno "inappropriato". Cfr., anche, M. CARRASCO DURÁN, *El incidente de nulidad de actuaciones, tras la ley orgánica 6/2007*, in AA.VV., *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, cit., 63. Si è altresì argomentato circa l'incostituzionalità della nuova regolazione dell'*incidente*: P. MORENILLA ALLARD - J.L. CASTRO MARTÍN, *Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1.II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula*, in *Diario La Ley*, 7784/2012; P. MORENILLA ALLARD, *De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones*, in *Diario La Ley*, 8099/2013.

<sup>182</sup> I deludenti risultati prodotti negli ultimi anni hanno fatto sì che in dottrina si sia avanzata l'ipotesi di una riforma dell'*incidente* anche al fine di far venir meno l'ampliamento dell'*incidente de nulidad de actuaciones*, in tal senso P.J. TENORIO SÁNCHEZ, *Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, in *Revista de derecho político*, 88/2013, 123-159; ID., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Madrid 2014, 299-311.

<sup>183</sup> F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, cit., 171; A. GONZÁLEZ ALONSO, *El incidente de nulidad de actuaciones: la piedra que desecharon los arquitectos es ahora la piedra angular*, in [www.acoes.es](http://www.acoes.es), 11.

<sup>184</sup> Diverse sono, d'altronde, le ipotesi di riforma dell'*incidente* al fine di renderlo maggiormente efficace, come quella di superare il carattere orizzontale del rimedio processuale (ricorrere dinanzi allo stesso organo che ha emanato la decisione contro cui si ricorre) con quello verticale (ricorrendo all'organo giudiziale



giurisdizionali certamente in modo meno traumatico<sup>185</sup> di quello che ci si potrebbe aspettare: guardare all'*incidente* come ad una opportunità per poter tutelare i diritti fondamentali.

Nel finire dell'anno 2013 – ed in parte proprio tenendo in conto le affermazioni poc'anzi avanzate – è stata pronunciata una decisione che per il tema trattato è di estrema rilevanza, per il fatto di avanzare una precisa interpretazione dell'*incidente*, limitando i casi nei quali è obbligatorio proporre un *incidente de nulidad de actuaciones* prima di sollevare un *recurso de amparo*. La pronuncia a cui ci riferiamo ed alla quale non è allegato alcun *voto* è del *Pleno* ed è la *STC 216/2013*, del 19 dicembre<sup>186</sup>.

La *doctrina* espressa dalla decisione (*FJ 2*)<sup>187</sup> è la seguente: è obbligatorio proporre l'*incidente* solo ed esclusivamente nel caso in cui la violazione del diritto fondamentale si produca nell'ultima sentenza del procedimento. Il requisito del previo esaurimento della via giudiziaria è servente il fine di preservare il carattere sussidiario dell'*amparo* ed assicurare che ai giudici sia (sempre ed almeno una volta) riconosciuta la possibilità di intervenire prima che si sia denunciata la possibile lesione del diritto fondamentale dinanzi al *TC*. Su questa premessa, la sentenza in esame afferma chiaramente che la condizione a cui fa riferimento il carattere sussidiario del ricorso – senza che vi sia il bisogno di avanzare l'*incidente*, ribaltando i precedenti prima nel testo richiamati e, quindi, “reinterpretando”<sup>188</sup> l'art. 44.1.a) – è soddisfatta quando nel *recurso* si dimostra che “gli organi giudiziari hanno avuto la possibilità di pronunciarsi sui diritti fondamentali invocati nell'*amparo* costituzionale [...] il caso contrario] ammetterebbe chiudere la strada al ricorso d'*amparo* con un approccio formalistico e confondere la logica del carattere sussidiario del *recurso*”. Cioè, quando la violazione dei diritti fondamentali oggetto della domanda di *amparo* è già stata discussa in tutte le istanze, deve intendersi come compiuto il requisito del previo esaurimento della via giudiziale. In tal modo, l'*incidente de nulidad de actuaciones* sarà richiesto solo nei casi in cui la violazione del diritto fondamentale si verifichi nell'ultima sentenza pronunciata nel procedimento, dando così la possibilità al giudice comune di tutelare i diritti fondamentali denunciati e di farlo prima della giurisdizione costituzionale.

L'esigenza di limitare i casi in cui è obbligatorio proporre l'*incidente* come previo al *recurso de amparo* nasce proprio se si guarda alla questione *de quo* nella quale – in tutte e tre le istanze giudiziali – si è avuta l'occasione di esaminare, da parte del giudice, la lamentata lesione dei diritti fondamentali. Ne discende che il ricorrente non è obbligato a promuovere l'*incidente* perché esso “non può considerarsi ragionevolmente esigibile in casi come questo”. L'utilizzo dell'*incidente* avrebbe come oggetto la ripresentazione integrale dell'accoglimento del ricorso già presentato; ciò che si richiederebbe (nell'oggetto della nuova richiesta) altro non sarebbe che la modifica radicale del dispositivo e delle motivazioni impiegate dallo stesso

---

gerarchicamente superiore a quello che ha emanato l'atto che si presume aver violato i diritti fondamentali del cittadino); anche mantenendo il carattere orizzontale del ricorso sarebbe opportuno pensare ad una obbligatoria presenza del pubblico ministero, in quanto figura istituzionale terza ed imparziale servente alla collaborazione dei Tribunali (e durante l'*amparo*, del *TC*) nella loro funzione di tutela dei diritti fondamentali.

<sup>185</sup> M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdicción constitucional*, cit., 124; A. GONZÁLEZ ALONSO, *El incidente de nulidad de actuaciones*, cit., 14. *Contra* F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, cit., 171.

<sup>186</sup> Ribadita di recente *ex multis* con l'*ATC 7/2014*, del 27 gennaio (*Sala Primera, FJ 2*) e con la *STC 19/2014*, del 10 febbraio (*Sala Primera, FJ 2*). Si v. anche le *SSTC 18/2015*, del 16 febbraio (*Sala Segunda, FJ 2*) e *77/2015*, del 27 aprile (*Sala Primera, FJ 1.c*) e l'*ATC 99/2015*, del 1 giugno (*Sección Tercera, FJ 4*).

<sup>187</sup> Si v., anche, *AATC 275/2009*, del 1 dicembre (*Sección Primera, FJ único*), *4/2010*, del 25 gennaio (*Sección Cuarta, FJ único*); la *STC 182/2011*, del 21 novembre (*Sala Segunda, FJ 2*). Fra le ultimi cfr. *ATC 73/2015*, del 21 aprile (*Sección Segunda, FJ 5*).

<sup>188</sup> S. BARBER BURUSCO, *La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 880/2014; J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuadrimestre de 2013. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Revista española de derecho constitucional*, 100/2014, 271 s.



giudice che si era già espresso in tali termini e che dovrebbe riconsiderare nel merito la decisione. Proporre in tali casi l'*incidente* risulterebbe inutile perché comporterebbe domandare all'organo giudiziale di ritornare su ciò che ha già (*rectius* ha appena) risolto.

L'esigibilità della previa interposizione dell'*incidente* in quei casi nei quali la violazione dei diritti fondamentali trova origine diretta nella sentenza dalla quale deriva la lesione del diritto fondamentale è richiesta dallo stesso art. 241.1 *LOPJ*, che specifica che l'*incidente* può essere utilizzato “per riparare alla lesione di un diritto fondamentale che non si sia potuta denunciare prima della emanazione della decisione che conclude il processo e nell'ipotesi in cui tale atto finale non sia impugnabile con alcun ricorso né ordinario né straordinario”.

Dunque, superando un'interpretazione della *LOTTC*<sup>189</sup>, è ipotizzabile<sup>190</sup> che, d'ora in avanti<sup>191</sup>, l'*incidente* si debba intraprendere nei casi di violazione dei diritti processuali (*ex art. 24, commi 1 e 2, della CE*)<sup>192</sup> prodottisi *ex novo* proprio dalla sentenza di ultima istanza. Infatti, tranne che per qualche particolare ipotesi<sup>193</sup>, la controversia sul diritto fondamentale sostanziale è alla base dell'attivazione del giudizio e quindi il carattere sussidiario del ricorso (poco fa richiamato con l'espressione “riparare alla lesione di un diritto fondamentale che non si sia potuta denunciare prima della emanazione della decisione”) esclude l'utilizzo dell'*incidente* per la loro tutela.

### 3.4. La questione interna di costituzionalità

---

<sup>189</sup> *Ex multis* l'ATC [200/2010](#), del 21 dicembre (*Sala Segunda, FFJJ 2-3*), che, con riguardo all'*incidente*, parla indistintamente dei diritti fondamentali sia processuali che sostanziali.

<sup>190</sup> B. LOZANO CUTANDA - F. CORDÓN MORENO, *Overruling de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo*, in *Diario La Ley*, 498/2014, 1; M. CARRASCO DURÁN, *El incidente de nulidad de actuaciones, tras la ley orgánica 6/2007*, in AA.VV., *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, cit., 47 ss.

<sup>191</sup> La ‘definitività’ dell'argomentazione sta nel fatto che dalla lettura della sentenza (comunicata con la *Nota Informativa* n. 95/2013 (“*El TC modifica su doctrina y limita los casos en los que es obligatorio interponer un incidente de nulidad de actuaciones como paso previo al recurso de amparo*”) pubblicata sul sito telematico ed ufficiale del *Tribunal*) manifesto e palesato è il cambio giurisprudenziale del *TC* rispetto ai suoi precedenti dai quali formalmente si allontana dopo averli richiamati nelle motivazioni. Si ponga l'attenzione sul fatto che tali precedenti erano stati richiamati a loro volta dal pubblico ministero e che su di essi fondava la richiesta di inammissibilità. Questa chiarezza motivazionale è senz'altro apprezzabile quando il cambiamento delle regole processuali (*rectius* della loro interpretazione), che di per sé costituisce una diversa conseguenza tra il prima (inammissibilità) e il dopo (ammissibilità), rischia di delegittimare il ruolo del *TC* nel sistema costituzionale. L'ampia motivazione del *Tribunal* e la pubblicazione della *Nota* può essere letta proprio nella volontà di percorrere la via tracciata da autorevole dottrina quando essa afferma che una “disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni e che è in tale carattere che risiede il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità”, così A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in AA.VV., *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino 1996, 149. Si richiama, altresì, chi ricorda che il rispetto delle regole processuali ha il fine della prevedibilità del comportamento della Corte costituzionale [ma lo stesso ragionamento può essere esteso per tutti gli organi della giustizia costituzionale] “per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte”, così R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 161 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale dopo la “svolta” degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Torino 2010, 317 ss.; A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2011, 125 ss.

<sup>192</sup> Per un accurato studio su tali diritti si rinvia ad Á.J. GÓMEZ MONTORO, *Los Derechos Procesales del art. 24.2 CE*, in AA.VV., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, a cura di C. Viver Pi-Sunyer, Valencia 2006, 167-254.

<sup>193</sup> Esempi in M. CARRASCO DURÁN, *El incidente de nulidad de actuaciones*, cit., 48-50.

Un'altra significativa ed apprezzata novità introdotta con la legge di riforma è rappresentata dalla nuova regolazione della questione interna (o auto-questione) di costituzionalità. Qualora la concessione dell'*amparo* derivi dall'applicazione di una legge che si ritiene essere lesiva dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, la Sala, o nel caso la Sezione, dovrà – prima di pronunciare la decisione – rimettere la questione al *Tribunal* riunito in *Pleno*; così facendo si sospenderà il termine entro il quale deve essere pronunciata la sentenza da parte dell'organo rimettente per come disposto dall'art. 55.2 *LOTC*<sup>194</sup>.

Il fatto che la Sala, o la Sezione, debba attendere la decisione sulla costituzionalità o meno della legge che si reputa essere la causa della violazione dei diritti fondamentali fa sì che venga meno sia la possibilità di contraddizione tra la Sala, o la Sezione, e il *Pleno*<sup>195</sup> sia il rischio di condizionamento di quest'ultimo da parte della prima, trovandosi il *Pleno* – prima del 2006 – a decidere sulla costituzionalità della legge la cui applicazione era già stata dichiarata lesiva del diritto fondamentale da parte della Sala. Infatti, prima della riforma dell'art. 55.2 *LOTC*, tale vincolo temporale – secondo cui la decisione della Sala o della Sezione deve seguire quella del *Pleno* – non era previsto, anzi era stabilito il contrario, in quanto solo dopo l'accoglimento dell'*amparo* la *Sala*, riconosciuta la violazione del diritto proprio a causa dell'applicazione della legge, era chiamata a sollevare questione al *Pleno*, che poteva dichiararne l'incostituzionalità, ma con una pronuncia successiva: con la riforma si viene a configurare, cioè, la pregiudizialità tra le due pronunce.

A seguito della riforma ci troviamo dinanzi al tipico schema del giudizio in via incidentale<sup>196</sup>; il giudice comune sospende il processo e rimette la questione di legittimità costituzionale al giudice costituzionale, aprendo così le porte al processo costituzionale. Ed infatti, è lo stesso legislatore organico a prevedere che nel caso delle auto-questioni<sup>197</sup> trovano applicazione gli artt. 35 e ss., cioè quegli articoli il cui capo è rubricato “della questione di incostituzionalità promossa dai giudici o dai tribunali”.

Abrogato il vincolo della doppia sentenza (prima quella sull'*amparo*, poi quella sulla legge) si aprono due strade<sup>198</sup>: una sentenza del *Pleno* sulla costituzionalità della legge a cui segue la sentenza da parte della Sala o della Sezione sull'*amparo*, o un'unica sentenza del *Pleno* sia sulla costituzionalità della legge che sulla concessione dell'*amparo* (c.d. sentenza mista). A noi pare che questa nuova regolazione tutelerà i diritti fondamentali e non accrescerà il ritardo nella risoluzione degli *amparos* solo nel caso in cui la decisione sulla legge non si prolunghi eccessivamente nel tempo. Sarebbe, dunque, maggiormente utile, in vista di una maggiore tutela, l'uso delle sentenze miste sulla legge e sull'*amparo* previa avocazione da parte del *Pleno* della risoluzione dell'*amparo*, o che comunque la decisione sulla costituzionalità della legge sia ‘immediatamente’ seguita da quella dell'*amparo* da parte della Sala o, nel caso, della Sezione.

---

<sup>194</sup> Così come avvenuto con l'*ATC* [163/2013](#), del 9 settembre (*Sala Primera*).

<sup>195</sup> Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN - G. CAMARA VILLAR - L. FELIPE MEDINA REY, *La nueva ley*, cit., 20.

<sup>196</sup> In tal senso R. ROMBOLI, *La protección de los derechos tras la “objetivación” del amparo*, in M. CARRILLO - ID., *La reforma del recurso de amparo*, Madrid 2012, 127.

<sup>197</sup> A seguito dell'entrata in vigore della *LOTC* 6/2007, le prime auto-questioni rimesse si devono alla *Sala Segunda* e quindi agli *AATC* [341/2008](#), del 28 ottobre; [154/2009](#), del 18 maggio; [196/2010](#) e [197/2010](#), del 21 dicembre. Si v. anche *ATC* [16/2015](#), del 2 febbraio (*Sala Primera*, *FJ* único). Già prima della riforma cfr. *SSTC* [149/2000](#), del 1 giugno, [200/2001](#), del 4 ottobre, [179/2004](#), del 21 ottobre.

<sup>198</sup> Cfr. M. ARAGÓN REYES, *La riforma della Legge organica*, cit., 123. In dottrina, per tali soluzioni, si erano già espressi, fra gli altri, M. ARAGÓN REYES, *Consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 177; F. RUBIO LLORENTE, *El recurso de amparo*, in ID. - J. JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998, 28.

### 3.5. *Il potere di sospensiva e le misure cautelari*

Al fine di assicurare una maggior tutela ai diritti fondamentali nel più breve tempo possibile, continua ad essere riconosciuto al *TC* il potere di sospensiva.

Questo articolo – per come si analizzerà in seguito – è quello che sicuramente ha conosciuto una ‘attuazione’ più incisiva da parte del *Tribunal Constitucional* dal momento che questi ne ha riscritto l’articolato, confermando, altresì, il *recurso de amparo* come strumento di tutela dei diritti fondamentali. La giurisprudenza attuativa dell’art. 56 *LOTC*<sup>199</sup> tende ad assicurare una reale tutela dei diritti fondamentali, superando il rischio di rispondere alla domanda di giustizia quando oramai il diritto non è più concretamente tutelabile. Il *recurso de amparo* rimane un strumento di tutela dei diritti fondamentali anche dopo la c.d. (parziale)<sup>200</sup> oggettivazione dello stesso, con la conseguenza che affermazione diversa, almeno a noi pare, non sia possibile<sup>201</sup>.

Prima di analizzare la giurisprudenza e di argomentare a proposito di quanto si è appena sostenuto, appare opportuno richiamare il dato positivo per apprezzare la riforma intervenuta nel 2007.

Come nella *LOTC* precedente la modifica, anche dopo il 2007 continua ad essere riconosciuto al *TC* il potere di sospensiva. L’unico presupposto affinché il *TC* possa sospendere l’efficacia dell’atto impugnato si ha quando l’esecuzione dell’atto o della sentenza produce un pregiudizio al ricorrente che determinerebbe il venir meno della finalità dell’*amparo*. Infatti, se nel primo comma dell’art. 56 si legge che la presentazione del ricorso di *amparo* non sospende gli effetti dell’atto, qualora esista il pregiudizio prima ricordato (co. 2), la Sala, ed ora anche la Sezione, d’ufficio<sup>202</sup> o su istanza del ricorrente<sup>203</sup>, potrà

<sup>199</sup> Per il *Tribunal*, la sospensione si configura come una misura “provvisoria dal carattere eccezionale e dall’applicazione restrittiva”, stante l’interesse generale per l’effettività delle decisioni dei pubblici poteri e, dunque, per l’esecuzione delle decisioni pronunciate dai giudici nell’esercizio della funzione giurisdizionale ad essi attribuita dall’art. 173.3 *CE*, così come precisato in diverse decisioni dell’organo di giustizia costituzionale spagnolo: *AATC* [149/2012](#), del 16 luglio (*Sala Primera, FJ 2*), [156/2012](#), del 21 agosto (*Sección de Vacaciones, FJ 2*); [158/2012](#), del 21 agosto (*Sección de Vacaciones, FJ 2*), *ATC* [185/2014](#), del 8 luglio (*Sala Segunda, FFJJ 1-3*). La perdita della finalità dell’*amparo* non può d’altra parte essere considerata rispetto alla maggiore o minore “*dificultad, molestia o incomodidad*” per il ricorrente (*ATC* [225/2014](#), del 22 settembre, *Sala Segunda, FJ 1*). Tale precisazione, d’altra parte, è accompagnata da quella che ricorda che la *LOTC* prevede l’utilizzo delle misure cautelari, limitatamente, appunto, al verificarsi di certe circostanze (reale e irreparabile pregiudizio) e non altre (generare gravi lesioni ad un interesse generale protetto o ai diritti fondamentali di altre persone). Al fine di valutare l’eventuale perdita della finalità dell’*amparo*, il *TC* procederà con un *test de irreparabilidad del perjuicio* (*ATC* [225/2014](#), del 22 settembre, *Sala Segunda, FJ 2*).

<sup>200</sup> Inoltre, una eventuale completa oggettivazione dell’*amparo constitucional* sarebbe, almeno per chi scrive, da considerarsi incostituzionale, perché manifesta sarebbe la violazione del parametro costituzionale e, più precisamente, degli artt. 53.2 e 161.1, lett. b), *CE*, secondo i quali “Qualsiasi cittadino potrà ottenere la tutela delle libertà e dei diritti riconosciuti nell’articolo 14 e nella Sezione prima del Capitolo secondo, [...] se del caso, attraverso il ricorso di *amparo* di fronte al *Tribunal Constitucional*. Quest’ultimo ricorso sarà utilizzabile nel caso dell’obiezione di coscienza riconosciuta nell’articolo 30” e “Il *Tribunal Constitucional* ha giurisdizione in tutto il territorio spagnolo ed è competente a conoscere: [...] b) del ricorso di *amparo* per violazione dei diritti e libertà menzionati nell’articolo 53, secondo comma, di questa Costituzione e nei casi e con le forme che la legge stabilisca”.

<sup>201</sup> Insiste sulla totale oggettivazione del *recurso* e, quindi, con posizione critica sulla riforma, F.J. DÍAZ REVORIO, *Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España Algunas reflexiones tras la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de 2007*, in *Estudios constitucionales*, 2/2009, 102. Anche nella giurisprudenza del *TC* si trovano passaggi nei quali testualmente si legge che la riforma del 2007 ha “eliminato la dimensione soggettiva del ricorso di *amparo* per dotarlo, esclusivamente, di un significato oggettivo”, così, ad esempio, *ATC* [29/2011](#), del 17 marzo (*Sección Primera, FJ 3*, corsivo nostro). Dubbi sono espressi anche da G.G. RUIZ ZAPATERO, *Recurso efectivo en defensa de derecho fundamentales*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10/2014, 71-85.

<sup>202</sup> Come avvenuto, ad esempio, con la recente *ATC* [29/2015](#), del 16 febbraio, *Sala Segunda, FJ 4*.

<sup>203</sup> Evidentemente, sul ricorrente ricade l’onere di giustificare e argomentare in modo ragionevole i pregiudizi

disporre la sospensione, totale o parziale<sup>204</sup>, degli effetti dell'atto o della sentenza oggetto di ricorso. Il *TC* ha la possibilità (e dunque non l'obbligo) di sospendere l'efficacia dell'atto impugnato o parti di esso ove ne ravvisi la necessità, se l'efficacia dello stesso può comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio<sup>205</sup> alla tutela dei diritti fondamentali<sup>206</sup> e, dunque, al fine di evitare la "frustrazione"<sup>207</sup> della finalità del *recurso*. Questa previsione, per come si avrà modo di precisare, costituisce un'eccezione alla regola per cui non si possono sospendere le risoluzioni giudiziali<sup>208</sup>, comportando ciò una perturbazione alla funzione giurisdizionale e quindi alla potestà riconosciuta ai giudici dall'art. 117.3 della Costituzione.

Da un punto di vista procedurale, il *TC*, previa audizione del ricorrente e del *ministerio fiscal*, può disporre la sospensione dell'atto impugnato – ed ora anche le misure cautelari e le decisioni provvisorie previste dall'ordinamento, che potranno applicarsi<sup>209</sup>, per loro natura, al processo di *amparo* – in qualsiasi fase processuale, così come in qualsiasi momento può essere avanzata la richiesta di sospensione. Sulla richiesta decide la Sala o la Sezione; tale decisione potrà essere impugnata entro cinque giorni dalla notifica e su di essa deciderà la medesima articolazione interna del *TC* con *auto* non suscettibile di alcun ricorso. Tale ordinanza, però, non è sempre e comunque immodificabile, in quanto il successivo art. 57 permette pur sempre di revocare la decisione di sospensione, la quale può essere modificata

---

che si presume ledano i diritti fondamentali; in caso contrario, il *TC* rigetterà l'istanza di sospensione: *ex multis*, si v. *AATC* [156/2012](#), del 21 agosto (*Sección de Vacaciones, FJ 2*), [297/2014](#), del 15 de diciembre (*Sala Segunda, FJ 2*).

<sup>204</sup> In riferimento alla sospensione parziale cfr. *infra* nota 210.

<sup>205</sup> Per pregiudizio irreparabile deve intendersi la situazione nella quale "il ripristino, a favore del ricorrente, dei diritti fondamentali di cui si denuncia la lesione, sia tardivo ed impedisca, in modo definitivo, che esso sia effettivo" (*AATC* [157/2009](#), del 18 maggio, *Sala Primera, FJ 1*, [30/2011](#), del 28 marzo, *Sala Primera, FJ 1*); un pregiudizio irreparabile, ad esempio, può essere causato nel dar corso alla decisione di espulsione degli stranieri dal territorio nazionale: *ATC* [90/2015](#), del 25 maggio (*Sala Segunda, FJ 2*) con il quale il *TC* sospende l'efficacia dell'atto impugnato; *ATC* [124/2012](#), del 18 giugno (*Sala Segunda, FJ 1*) con la quale il *TC* non concede la sospensione, stante la circostanza che "l'esecuzione dell'atto amministrativo [...] non impedirà la restaurazione effettiva dei diritti fondamentali, la cui ricorrente lamenta la lesione" convertendo l'*amparo* in uno strumento di tutela "meramente illusorio e nominale" (*ATC* [115/2012](#), del 4 giugno, *Sala Segunda, FJ 2*) e "non preservando l'integrità del diritto fondamentale la cui violazione viene denunciata" (*ATC* [149/2012](#), del 16 luglio, *Sala Primera, FJ 1*). Si v., anche, *ATC* [7/2015](#), del 19 gennaio (*Sala Segunda, FJ 2*). Cfr., *ex multis*, l'*ATC* [155/2012](#), del 21 agosto (*Sección de Vacaciones, FJ 1*); si sottolinea che tale ultima decisione, come anche altre sentenze citate nelle note precedenti, proprio per la sua urgenza è stata pronunciata durante il periodo di vacanza estiva e quindi decisa da una Sezione all'uopo istituita, visto che si è ritenuto che "la questione richiede una decisione che non può essere ritardata senza perdita per la giustizia", così l'art. 4 dell'*Acuerdo de 15 de junio de 1982, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones (BOE núm. 157, de 2 de julio), reformado por Acuerdos de 17 de junio de 1999 (BOE núm. 148, de 22 de junio) y de 18 de enero de 2001 (BOE núm. 20, de 23 de enero)*. Cfr., anche, l'*ATC* [83/2014](#), del 24 marzo (*Sala Segunda*).

<sup>206</sup> Rispetto alle problematiche che la presenza del *recurso de amparo* ha nel sistema della giustizia costituzionale spagnola, si rifletta anche sulla circostanza che "la logica aspettativa che siano bloccate le conseguenze pregiudiziali di una sentenza di condanna [...] è più che un incentivo per spostare la controversia davanti al *TC*, e questa è la ragione per la quale migliaia di ricorrenti si rivolgono annualmente al *TC* nella speranza che, con carattere anticipato, si risolvano i mali che derivano dall'esecuzione di una sentenza o di qualche altra risoluzione giudiziale", così A. SÁNCHEZ-TEMBLE QUE PINEDA, *Suspensión cautelar de las resoluciones recurridas en amparo (artículo 56 LOTC)*, in *Diario La Ley*, 7838/2012, 14.

<sup>207</sup> Così il *TC* nell'*ATC* [157/2012](#), del 21 agosto (*Sección de Vacaciones, FJ 1*).

<sup>208</sup> Infatti, le previsioni per cui la presentazione del ricorso di *amparo* non sospenderà gli effetti dell'atto impugnato dovrebbe significare che la non sospensione è la regola mentre la sospensione l'eccezione; e così infatti è stato interpretato dallo stesso *TC* secondo la giurisprudenza che sarà analizzata più avanti nel lavoro.

<sup>209</sup> In riferimento all'art. 56.3 *LOTC*, come *medida cautelar* è stato disposto dal *TC* l'ordine dell'annotazione nel registro catastale che è stata presentata domanda di *amparo* (*AATC* [217/2012](#), del 26 novembre, *Sala Primera, FJ 3*; [282/2014](#), del 17 novembre, *Sala Segunda, FJ 3*; [29/2015](#), del 16 febbraio, *Sala Segunda, FJ 3*; [50/2015](#), del 2 marzo, *Sala Segunda, FJ 2*; [59/2015](#), del 16 marzo de 2015, *Sala Segunda, FJ 3*; [95/2015](#), del 25 maggio, *Sala Segunda, FJ 4*).



nel corso del giudizio sull'*amparo*, d'ufficio o su istanza di parte, in caso di circostanze nuove o non conosciute al momento in cui è stata presa la decisione sulla stessa (art. 57 *LOTC* non riformato). Dunque, il *TC* potrà disporre del potere di sospensione e dei mezzi cautelari (co. 3) affinché il ricorso non perda la sua finalità, che, si ripete, consiste nella tutela dei diritti fondamentali, così come prescrive l'art. 53.2 *CE*.

Tali previsioni, positivizzazione di un giurisprudenza oramai acquisita<sup>210</sup>, possono essere adottate dalle Sale o dalle Sezioni qualora la sospensione non causi, a sua volta, un grave pregiudizio ad un "interesse costituzionalmente protetto"<sup>211</sup> (nella redazione previgente si parlava di "interesse generale") ovvero ai diritti fondamentali o alle libertà di altre persone<sup>212</sup>. Inoltre, così come previsto dal sesto comma (disposizione aggiunta *ex novo* dalla riforma), nei casi d'urgenza eccezionale, l'adozione della sospensione e dei mezzi cautelari potrà essere posta in essere, senza sentire le parti, già nella fase dell'ammissione<sup>213</sup>; tale decisione sarà notificata alle parti costituite e al *ministerio fiscal*, che potranno impugnarla entro cinque giorni; la Sala o la Sezione decideranno con *auto* verso il quale non è ammesso alcun ricorso.

La richiesta della sospensione – adeguatamente motivata<sup>214</sup> – non deve risultare prematura, perché, in tal caso, avrà per oggetto un pregiudizio futuro, meramente eventuale, ovvero ipotetico, frutto, quindi, di un "semplice timore"<sup>215</sup>; il pregiudizio irreparabile deve mostrarsi e rilevarsi come "reale"<sup>216</sup>. Naturalmente, nel caso in cui il "semplice timore" dovesse dimostrarsi come un "reale pregiudizio", l'istanza di sospensione potrà essere avanzata "in qualsiasi momento, prima che sia pronunciata la sentenza o che l'*amparo* venga deciso in

---

<sup>210</sup> Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN - G. CAMARA VILLAR - L. FELIPE MEDINA REY, *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 91-95. Che si sia dinanzi ad una positivizzazione di una prassi lo ricorda lo stesso *TC* in una recente ordinanza, si v., dunque, l'*ATC* [151/2012](#), del 16 luglio (*Sala Primera*, FJ 1).

<sup>211</sup> Cfr., *ex pluribus*, *ATC* [204/2010](#), del 21 dicembre (*Sala Segunda*, FJ 1), *ATC* [38/2011](#), dell'11 aprile (*Sala Segunda*, FJ 2). Con tali decisioni si è precisato che i pregiudizi causati dalla risoluzione impugnata devono riguardare il solo ricorrente e non anche i terzi distinti da chi richiede l'*amparo*, come invece – ricorda sempre il *TC* – è accaduto (anche se solo eccezionalmente) prima della riforma; quest'ultima, però, è chiara nell'affermare tale limite, si v. l'art. 56.2 *LOTC*. *Ex multis ATC* [204/2012](#), del 29 ottobre (*Sala Primera*, FJ 2).

<sup>212</sup> Nell'*ATC* [113/2012](#), del 4 giugno (*Sala Primera*, FJ *único*), il *TC* non concede la sospensione della sentenza impugnata, in quanto ciò sarebbe stato causa di grave pregiudizio ad un interesse costituzionalmente protetto come è – nel caso di specie – il legittimo interesse pubblico nell'esecuzione delle pene. V., *retro*, nota 193. Cfr., anche, l'*ATC* [133/2013](#), del 3 giugno (*Sala Primera*, FJ 1), che non concede la sospensione dell'atto giudiziale che condanna il ricorrente ad una pena superiore ai dieci anni, ad una pena, cioè, "grave", così come definita dal legislatore penale nell'art. 33 del codice penale, che dicotomizza – rispetto alla durata della pena se inferiore o superiore ai cinque anni di reclusione – tra pene gravi e meno gravi (proprio contro queste ultime è più agevole concedere la sospensione); *AATC* [137/2012](#), del 3 giugno (*Sala Primera*, FJ 3), [185/2012](#), del 15 ottobre (*Sala Primera*, FJ 2). Con l'*ATC* [40/2013](#), del 14 febbraio (*Sala Primera*, FJ 2), viene concessa la sospensione della sentenza impugnata pur precisando, il *TC*, che la pena detentiva pur avendo nel caso concreto la durata di un anno, provocherebbe un pregiudizio irreparabile (inabilitazione del suffragio passivo da esercitarsi prima della fine della condanna); cfr. anche l'*ATC* [92/2015](#), del 25 maggio (*Sala Segunda*, FJ 3) con il quale il *TC in primis* puntualizza che il ricorrente è sottoposto ad una condanna di tre anni di reclusione per omicidio di un pubblico ufficiale ed è quindi 'sotto' la soglia dei cinque anni, *in secundis* i fatti risalgono al 2003 e quindi ad un tempo ormai risalente tale da non poter causare più gravi perturbazioni agli interessi generali. Interessante – anche per ciò che si sta riscontrando nell'analisi del *recurso de amparo*, vale a dire che si tratta di un giudizio che abbisogna di un lungo periodo per la sua risoluzione –, è l'*ATC* [94/2015](#), del 25 maggio (*Sala Primera*, FJ 3); ed infatti, rilevando che la durata della pena è di un anno e tre mesi, il pregiudizio irreparabile della libertà personale, in caso di mancata sospensione della condanna, è che il giudizio di *amparo* per la sua risoluzione richiede un tempo simile (se non maggiore) alla durata della pena, che in caso di accoglimento sarebbe già stata inflitta nella sua pienezza. Si v., anche, gli *AATC* [61/2013](#), del 27 febbraio (*Sala Segunda*), [90/2014](#), del 27 marzo (*Sala Primera*, FJ 3).

<sup>213</sup> Il *TC* potrà concedere la sospensione senza addurre alcuna motivazione sulla stessa, cfr. l'*ATC* [149/2012](#), del 16 luglio (*Sala Primera*, FJ 1).

<sup>214</sup> *ATC* [167/2013](#), del 9 settembre (*Sala Primera*, FJ 2).

<sup>215</sup> *ATC* [122/2012](#), del 18 giugno (*Sala Primera*, FJ 1).

<sup>216</sup> *ATC* [199/2010](#), del 21 dicembre (*Sala Segunda*, FJ 3).



altro modo” (*ex art. 56.4 LOTC*), così come, in qualsiasi momento, il *Tribunal Constitucional* potrà disporre della sospensione. Sempre con riguardo alla richiesta di sospensione, stante la riparabilità delle pene pecuniarie (attraverso il risarcimento), in generale, questa, addotti i soli pregiudizi economici avanzati dalla parte ricorrente per l’adozione delle misure cautelari, non viene accolta dal *TC*<sup>217</sup>. Il *Tribunal*, però, fa intendere come anche una pena pecuniaria possa essere ricompresa fra i pregiudizi irreparabili, sempre che su tale eventualità si argomenti, e lo si faccia ampiamente, nell’atto di ricorso (in riferimento, *id est*, all’esecuzione della risoluzione contro cui si ricorre che comporterebbe pregiudizi economici difficilmente riparabili nella loro completezza o nell’irreversibilità delle situazioni giuridiche che possono prodursi<sup>218</sup>): se non si dovesse ricorrere in tali circostanze, la richiesta di sospensione sarà rigettata.

La sospensione, quindi, interessa i provvedimenti che condannano a pene privative della libertà<sup>219</sup>, anche se tale criterio, come risulta dalla più recente giurisprudenza costituzionale, non è “assoluto”, poiché devono pur sempre essere tenute “in considerazione anche altre circostanze che appaiono come rilevanti; si pensi significativamente alla «gravità e alla natura dei fatti denunciati e ai beni giuridici protetti, alla loro rilevanza sociale, alla durata della pena inflitta e al tempo rimanente per conformarsi ad essa, al rischio di elusione della giustizia e della possibile vulnerabilità delle vittime», tutte circostanze queste che «esprimono disapprovazione che l’Ordinamento assegna al fatto delittuoso e quindi all’importanza dell’interesse pubblico alla sua attuazione»<sup>220</sup>.

Stanti tali premesse, un primo criterio utilizzato – una sorta di regola generale che si pone come criterio di ponderazione prioritario – per concedere o meno la sospensione è quello che prende in considerazione la gravità della pena inflitta e, quindi, la durata della pena privativa; *id est* se essa è superiore (non si concede) o inferiore (si concede) ai 5 anni di reclusione<sup>221</sup>.

Oltre a tale regola di ordine generale – tendente ad oggettivare la decisione – devono essere presi in considerazione altri specifici criteri di ponderazione, che rappresentano tutte

---

<sup>217</sup> AATC [64/2013](#), dell’11 marzo (*Sala Segunda*, FJ 3), [196/2013](#), del 23 settembre (*Sala Primera*, FJ 3), [236/2013](#), del 21 ottobre (*Sala Segunda*, FJ 3), [175/2014](#), del 23 giugno (*Sala Segunda*, FJ 2), [27/2015](#), del 16 febbraio (*Sala Segunda*, FJ 4). Cfr., anche, ATC [130/2010](#), del 4 ottobre (*Sala Segunda*, FJ 2) dove si sospende solo la pena privativa della libertà personale e non anche quella riguardante i pregiudizi economici (c.d. sospensione parziale); nello stesso senso anche gli AATC [8/2011](#), del 4 febbraio (*Sala Segunda*, FJ 2), [75/2013](#), dell’8 aprile (*Sala Segunda*), [139/2013](#), del 3 giugno (*Sala Segunda*, FJ 4), [21/2014](#), del 27 gennaio, (*Sala Segunda*, FJ 2). Altro esempio di sospensione parziale si ha quando il *TC* non sospende l’intero atto giudiziale impugnato, ma solo la sua esecuzione; è il caso, ad esempio, della sospensione dell’esecuzione della condanna alla pubblicazione o alla divulgazione della parte dispositiva di una sentenza, in quanto implica la diffusione della stessa quando ancora è pendente la risoluzione del *recurso de amparo*; questa ipotesi “non pregiudica gli interessi generali e, anche se comporta un rinvio nella soddisfazione dei diritti di terzi, non comporta una scomparsa di tali diritti né tantomeno una grave perturbazione degli stessi, che rimangono solo in attesa della decisione ultima da parte del *Tribunal Constitucional*”, in tal senso ATC [232/2014](#), del 6 ottobre (*Sala Primera*, FJ 2); ATC [233/2014](#), del 6 ottobre (*Sala Primera*, FJ 2).

<sup>218</sup> AATC [20/2013](#), del 28 gennaio (*Sala Segunda*, FJ 1), [152/2013](#), dell’8 luglio (*Sala Primera*). In tal senso anche l’ATC [84/2014](#), del 24 marzo (*Sala Segunda*, FJ 3), che dichiara l’inammissibilità della richiesta (su pregiudizi economici) in quanto allo stato non “reale”, ma chiarisce, evidentemente, che nel caso in cui il pregiudizio da “futuro” diventi concreto, potrà essere riproposta istanza di sospensione e il *TC* potrà riprendere in giudizio la questione e modificare la decisione adottata.

<sup>219</sup> ATC [203/2012](#), del 29 ottobre (*Sala Segunda*, FJ 2). Si rammenta che si sospende l’efficacia anche delle pene accessorie: AATC [58/2012](#), del 26 marzo (*Sala Segunda*, FJ 2), [235/2012](#), del 10 dicembre (*Sala Segunda*, FJ 2), [150/2013](#), dell’8 luglio (*Sala Segunda*, FJ 2), [291/2014](#), del 1 dicembre (*Sala Segunda*, FJ 3).

<sup>220</sup> Così l’ATC [15/2010](#), del 1 febbraio (*Sala Segunda*, FJ 1), nel quale si richiamano molti precedenti pronunciati prima della riforma, ma valedoli anche dopo il 2007: AATC [176/2012](#), del 1 ottobre (*Sala Primera*, FJ 3), [185/2012](#), del 15 ottobre (*Sala Primera*, FJ 2).

<sup>221</sup> Si v. gli AATC [19/2013](#), del 28 gennaio (*Sala Segunda*), [133/2013](#), del 3 giugno (*Sala Primera*, FJ 1), [136/2013](#) (*Sala Primera*, FJ 3: stante la gravità della pena in sei anni e sei mesi di prigione), [137/2013](#), del 3 giugno (*Sala Primera*); ATC [198/2014](#), del 21 luglio (*Sala Segunda*, FFJJ 1-4).

circostanze che riflettono la riprovazione che l'ordinamento ha verso il fatto delittuoso e, per questo, all'interesse che si ha all'esecuzione della pena: ad esempio, l'istanza di sospensione della sentenza contro cui si ricorre non viene accolta, tra l'altro, se il ricorrente ha mantenuto una “*conducta claramente antisocial*” (con il che concedere la sospensione avrebbe delle negative ripercussioni sull'interesse generale<sup>222</sup>), ovvero se i fatti imputati derivano dallo *status* del soggetto e quindi dal suo svolgere funzioni pubbliche; per tale ultimo caso, la sospensione all'inabilitazione a svolgere tali funzioni avrebbe come conseguenza quella di comportare la reintegrazione del condannato all'esercizio delle sue funzioni (pubbliche) con conseguente rischio di un grave turbamento nell'interesse generale<sup>223</sup>.

L'art. 56 disegna, allora, un sistema generale, nel quale possono essere adottate le misure cautelari a seguito dell'ammissione del ricorso e, allo stesso tempo, un'eccezione a tale regola secondo la quale, solo nei casi di “urgenza eccezionale” anche nella fase di ammissione può essere disposta la sospensione dell'atto impugnato. Il TC è andato oltre questa interpretazione: gli *autos* da prendere in considerazione sono diversi<sup>224</sup>, anche se il più significativo è sicuramente l'ATC [16/2011](#) del 25 febbraio. Il TC rigetta il *recurso de súplica* presentato dal *ministerio fiscal* contro una *providencia* emanata dalla *Sección Primera*, con la quale, questa, aveva accordato la sospensione cautelare dell'atto impugnato senza ascoltare le parti e prima di decidere sull'ammissione del *recurso de amparo* presentato. Con questa decisione, e per la prima volta<sup>225</sup>, il TC ha concesso la sospensione della sentenza impugnata in una fase precedente l'ammissione. È nel *fundamento jurídico* 2 che il TC, oltre a ricordare che la riforma del 2007 ha positivizzato la sua giurisprudenza sulla sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato concessa anche nella fase di ammissione (attribuzione ora espressamente prevista nel sesto comma dell'art. 56 LOTC), afferma che tale previsione non preclude la facoltà di “concedere, nel caso, la sospensione della risoluzione impugnata (o qualunque altra misura cautelare), *inaudita parte*, anche prima dell'ammissione del *recurso de amparo*, quando lo richieda il carattere perentorio e urgente della questione, con la conseguenza che non decidere direttamente sulla sospensione [...] produrrebbe prevedibili pregiudizi di impossibile o di molto problematica risoluzione”. Il TC richiama, a fondamento della propria decisione, il terzo comma dell'art. 56, secondo il quale “la Sala, o la Sezione, potrà adottare qualunque misura cautelare e qualunque altra risoluzione provvisoria riconosciuta nell'ordinamento, che, per loro natura, si possono applicare nel processo d'*amparo* e che tendono ad evitare che il ricorso perda la sua finalità”. Questo comma permette – sempre secondo il TC – l'utilizzo della misura cautelare anche prima dell'ammissione. A noi pare che questa interpretazione sia un po' forzata<sup>226</sup> o che comunque potrebbe essere legittima (anzi, più corrispondente al dato positivo) anche quella opposta, ovvero quella che nega tale possibilità alla luce del fatto che, a leggere la LOTC, pare senz'altro riconosciuta la facoltà dell'utilizzo di qualsiasi misura cautelare (co. 3) adottata nelle fasi successive all'ammissione (co. 4) ovvero, anche nella fase dell'ammissione, ma solo nei casi d'urgenza eccezionale (co.

---

<sup>222</sup> Cfr. l'ATC [265/2013](#), del 18 novembre (*Sala Primera*). Con l'ATC [19/2014](#), del 27 gennaio (*Sala Segunda*, FJ 3), non viene accolta l'istanza di sospensione avanzata dal ricorrente per il rischio che l'azione della giustizia venga elusa, stante la circostanza che il ricorrente, che sta scontando la pena in carcere, durante il periodo di sospensione condizionale all'epoca riconosciutogli, evase dal centro penitenziario. Pur se rigetta l'istanza cautelare, la *Sala* comunque decide di accelerare la risoluzione del *recurso* antepoendo la causa nell'ordine di quelli ammessi e in attesa di decisione nel merito.

<sup>223</sup> ATC [167/2013](#), del 9 settembre (*Sala Primera*, FJ 1).

<sup>224</sup> Cfr. AATC [16/2011](#), del 25 febbraio (*Sección Primera*), [111/2011](#), dell'11 luglio (*Sección Primera*), [18/2012](#), del 14 luglio (*Sala Segunda*). Si può fin da subito sottolineare che tutte le decisioni riportate mancano di *votos particulares* potendosi ritenere, dunque, che tale giurisprudenza è accolta da tutti i giudici costituzionali.

<sup>225</sup> J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., 288. Del resto, come ricorda l'A., la decisione del TC non è supportata da alcun precedente.

<sup>226</sup> Parla a tal proposito di “mancanza di rigore” da parte del TC A. SÁNCHEZ-TEMBLE QUE PINEDA, *Suspensión cautelar de las resoluciones recurridas en amparo*, cit., 14.

6), rappresentando quest'ultima previsione un'eccezione a quanto esposto nei commi ad essa precedenti. Il *TC*, come sottolineato, segue un'interpretazione differente – quasi a volere significare che ciò che non è vietato dalla *LOTC* è nella disponibilità del *TC* stesso – e, a sostegno di questa richiama la finalità del *recurso de amparo*, che è e rimane, anche a seguito della riforma del 2007, un ricorso costituzionalmente previsto per la tutela diretta dei diritti fondamentali. L'utilizzo delle *medidas cautelarísimas inaudita parte* ha proprio la finalità (se non proprio la necessità) di evitare che l'*amparo* perda la sua finalità diventando un ricorso “meramente illusorio e nominale”<sup>227</sup>, sempre nel caso in cui venga accolto e, dunque, che vi sia la *especial transcendencia constitucional* così come la (potenziale) violazione del diritto fondamentale la cui tutela si richiede al *TC*.

Fatte tali osservazioni, non si può allora non concordare con chi<sup>228</sup>, fra i primi, ha chiarito che, dopo il 2007, non siamo dinanzi ad una completa oggettivazione del *recurso*, ma ad una sua oggettivazione soltanto parziale, perché limitata alla fase dell'ammissibilità: l'ammissibilità del ricorso, così come disegnata dalla riforma, vede prevalere (*rectius* convivere) la dimensione oggettiva su (con) quella soggettiva a seguito della c.d. proiezione oggettiva del *recurso*. Tale configurazione del *recurso* non è sempre e comunque a discapito di quella soggettiva; essa non è, *id est*, di tipo assoluto: bisogna partire dalla lesione del diritto fondamentale<sup>229</sup> per poi argomentare la proiezione oggettiva del ricorso avanzato. Infatti, pur in presenza della *especial transcendencia constitucional*, nel caso di manifesta inesistenza della lesione del diritto, il *TC* dichiarerà inammissibile il ricorso<sup>230</sup>. Anche per questo, credo che si possa sostenere la tesi della (solo) parziale e non completa oggettivazione del *recurso de amparo*.

Dunque, il *TC* forza la lettera della *LOTC* al fine di tutelare i diritti fondamentali, anche se si potrebbe arrivare all'ipotesi (non del tutto astratta) che il *TC* conceda o riconosca le misure cautelari nella fase precedente all'ammissione e poi decida<sup>231</sup> di non ammettere il ricorso perché carente della *especial transcendencia constitucional*<sup>232</sup> (in questo caso seri sarebbero i rischi di delegittimazione dell'organo della giustizia costituzionale in Spagna).

---

<sup>227</sup> ATC [103/2012](#), del 21 maggio (*Sala Segunda*, FJ 1). Cfr., *ex pluribus*, fra la giurisprudenza (che concede la sospensione dell'atto contro cui si ricorre) riferita più in generale alla *suspensión* o alle altre *medidas cautelares* che, come le *medidas cautelarísimas*, hanno un carattere provvisorio, eccezionale e di applicazione restrittiva, gli AATC [15/2012](#), del 30 gennaio (*Sala Segunda*, FJ 1), [18/2012](#), del 30 gennaio (*Sala Segunda*, FJ 1), [25/2012](#), del 31 gennaio (*Pleno*, FJ 1), [27/2012](#), del 31 gennaio (*Pleno*, FJ 1), [44/2012](#), del 12 marzo (*Sala Segunda*, FJ 1), [53/2012](#), del 26 marzo (*Sala Segunda*, FJ 1), [55/2012](#), del 26 marzo (*Sala Segunda*, FJ 1), [66/2012](#), del 16 aprile (*Sala Segunda*, FJ 2), [76/2012](#), del 7 maggio (*Sala Segunda*, FJ 1), [81/2012](#), del 7 maggio (*Sala Segunda*, FJ 1), [101/2012](#), del 21 maggio (*Sala Primera*, FJ 1), [138/2012](#), del 2 luglio (*Sala Segunda*, FJ 1), [150/2012](#), del 16 luglio (*Sala Segunda*, FJ 4), [218/2012](#), del 26 novembre (*Sala Segunda*, FJ 3), [56/2013](#), del 25 febbraio (*Sala Primera*, FJ 3), [116/2013](#), del 20 maggio (*Sala Segunda*), [175/2014](#), del 23 giugno (*Sala Segunda*, FJ 2). V., antecedentemente al 2012, gli AATC [26/2009](#), del 26 gennaio (*Sala Segunda*, FJ 1), [173/2009](#), del 1 giugno (*Sala Segunda*, FJ 1), [212/2009](#), del 9 luglio (*Sala Primera*, FJ 1), [135/2010](#), del 4 ottobre (*Sala Segunda*, FJ 1), [112/2011](#), del 18 luglio (*Sala Segunda*, FJ 1).

<sup>228</sup> Si v. R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. "oggettivazione"*, cit., 1 ss. Ma si v. anche *infra* a p. 52. Fra la dottrina spagnola anche A. GONZÁLEZ ALONSO, *¿Ha cambiado algo*, cit., 22.

<sup>229</sup> Anche se “*si elimina la tutela subjetiva como pretensión suficiente, por sí sola, para hacer que el Tribunal conozca del recurso, ya que con ella ha de concurrir, necesariamente, la nueva causa objetiva de admisión*”, così riassume M. ARAGÓN REYES, *El incidente de numida de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal*, in *Teoría y realidad constitucional*, 28/2011, 372.

<sup>230</sup> Di diverso avviso pare essere autorevole dottrina, M. CARRILLO, *La objetivación del recurso de amparo: una nuova via de garantía jurisdiccional de los derechos*, in ID. - R. ROMBOLI, *La reforma del recurso de amparo*, Madrid 2012, 75.

<sup>231</sup> Si noti che non esiste alcun termine processuale entro cui il *TC* debba decidere sull'ammissione quando decide di sospendere l'efficacia dell'atto.

<sup>232</sup> Concessa la *medida cautelarísima* qualora si sia in presenza di *circunstancias singularísimas de excepcional urgencia debidamente acreditadas* (con l'ATC [115/2012](#), del 4 giugno, *Sala Segunda*, FJ 1, il *TC* pare delimitare al massimo i presupposti per tale tipo di sospensione) anche nella fase della pre-ammissione,

Prima di concludere sul punto – ed in modo strettamente legato a quanto appena affermato –, non si può che rilevare l’assenza di previsioni che tendano a limitare il più possibile l’eventuale sospensione della sentenza impugnata. Detto in altri termini, il legislatore non prevede che qualora il *Tribunal* decida per la sospensione, l’udienza di discussione venga fissata e celebrata entro un termine prestabilito e che, quindi e soprattutto, il dispositivo della decisione del giudice costituzionale venga depositato entro un termine breve. La *ratio* di tale disposizione dovrebbe essere rintracciata nella volontà di ridurre al minimo il periodo in cui l’atto viene privato dei propri effetti giuridici nella eventualità che la decisione sospesa non abbia violato il diritto fondamentale invocato e che quindi non si produca in modo intollerabile l’interesse generale che si ha per l’effettività delle decisioni dei pubblici poteri e, dunque, per l’esecuzione delle decisioni pronunciate dai giudici nell’esercizio della funzione giurisdizionale ad essi attribuita dal dettato costituzionale.

#### 4. Il futuro, vale a dire le incerte prospettive del ‘nuovo’ amparo alla luce di un bilancio ad otto anni dalla sua riforma

Si può, ora, giudicare se la riforma, complessivamente intesa, abbia raggiunto il suo obiettivo principale di riduzione dei *recursos* che ogni anno vengono depositati presso la cancelleria del *Tribunal Constitucional*, e lo si farà principalmente attraverso l’analisi dei dati riportati nelle *Memorias*. Avviando l’analisi dal 2007, cioè dall’anno di entrata in vigore della riforma, i dati riportati nelle *Memorias* evidenziano il permanere di numeri eccessivi di *recursos*, che aggravano oltre misura il normale lavoro che si richiede ad un Tribunale costituzionale: 9.840 nel 2007, 10.279 nel 2008; ben 10.792 durante il 2009; 8.948 nel 2010; 7.098 nel 2011; 7.205 nel 2012; 7.376 nel 2013 fino a 7.663 durante il 2014.

Veniamo, allora, ai dati riferiti all’ultimo anno di cui si dispone (il 2014), questi registrano 7.878 domande di giustizia complessivamente giunte al *Registro General del Tribunal Constitucional* (con un aumento, per come si diceva, di 305 domande rispetto all’anno precedente quando se ne registrarono appunto 7.573); di queste ben 7.663 sono *recursos de amparo*, vale a dire il 97,27% del totale delle domande giunte durante l’intero anno; fra le restanti si contano 60 *recursos de inconstitucionalidad*, 141 *questiones de inconstitucionalidad*, 5 *conflictos positivos de competencia* e 3 *conflictos negativo de competencia*.

Si conferma, come dalla fine degli anni ottanta<sup>233</sup>, un netto sbilanciamento a favore dei *recursos de amparo* a detrimento dell’utilizzo degli altri giudizi, confermando, anche per tale anno, la definizione del *Tribunal Constitucional* come *Tribunal de amparos*, anche se si saluta con favore il dato delle questioni sollevate nel corso di un giudizio che passano da 42 (nel 2012) a 141 (nel 2014)<sup>234</sup>, con il risultato che il *Tribunale* “migliori nella pratica la difesa giurisdizionale della Costituzione”<sup>235</sup> soprattutto perché lo smaltimento dell’arretrato ha significativamente ridotto il tempo necessario per la decisione sulla costituzionalità delle leggi sollevate.

L’analisi, però, non può non sottolineare che l’elevatissimo numero di *recursos* presentati (almeno) nel 2011 ha conosciuto una riduzione, seppur lieve, rispetto agli anni precedenti, continuando il *trend* già iniziato nel 2010. Infatti, rispetto al numero di ricorsi giunti dinanzi

---

fintantoché si decida in riferimento all’ammissione del ricorso conformemente alla nuova configurazione dell’*amparo* così come risultante dalla riforma della *LOTC*. Una volta ammesso il ricorso, la controparte potrà costituirsi nel processo costituzionale ed essere ascoltata (così come anche il ricorrente ed il pubblico ministero) nel termine di tre giorni sul mantenimento o meno della sospensione cautelare già concessa tramite *providencia*.

<sup>233</sup> V. *retro* nota 26.

<sup>234</sup> V. *infra* nota 267.

<sup>235</sup> Così Francisco Pérez de los Cobos Orihuel nella [Presentazione](#) della *Memoria* per l’anno 2014.



al TC nel 2009 (10.792), nel 2010 si registra la prima diminuzione che porta il numero dei *recursos* presentati a 8.948 registrandosi un decremento pari a 1.845 unità; con andamento omogeneo, nel 2011 ne sono stati presentati 1.849 in meno rispetto al 2010 (8.947), infatti i *recursos de amparo ingresados* diminuiscono fino a 7.098 e si attestano a 7.294 nell'anno 2012 rimanendo più o meno costanti con riferimento all'anno precedente: sono, infatti, 7.205 e, quindi, l'incremento è lieve essendo solo dell'1,5%. Lo stesso dicasi per l'anno 2013 quando i *recursos* furono 7.376 con un incremento rispetto all'anno precedente del 2,37% e per l'anno 2014 che, con 7.663 *recursos*, ha registrato un incremento del 3,89%.

Certo, questi dati riferiti agli ultimi quattro anni sono insufficienti per poter affermare in modo indiscutibile che la (generale) diminuzione (avendo a mente i dati prima della riforma) dei ricorsi di *amparo* sia direttamente correlata alla riforma della LOTC, soprattutto se si pensa che da una iniziale decrescita, stanno – seppur mai esponenzialmente – ricominciando a progredire.

Proprio a tal proposito si può argomentare che, prima, il significativo decremento, e, poi, (a maggior ragione) la più recente 'ripresa' nella presentazione dei *recursos* siano dovuti a fattori esterni alla riforma del 2007 e, dunque, non ad essa riconducibili. Probabilmente – e l'uso dell'avverbio è d'obbligo, essendo chi scrive un osservatore esterno, e soprattutto perché con una acuta controdeduzione si può sempre sostenere che non è dimostrabile che il numero dei ricorsi non sarebbe comunque diminuito anche senza la riforma – la riduzione dei *recursos* presentati negli ultimi anni si deve alla diminuzione dei contenziosi legati alla materia immigrazione e, dunque, lo si ripete, a fattori esterni allo strumento del *recurso*. Tale tesi sarebbe comprovata dall'analisi dei dati resi noti – ancora una volta – nelle *Memorias* di fine anno: nel 2011, fra gli *amparos* quelli aventi ad oggetto le sentenze o le altre decisioni giudiziali dettate dai tribunali amministrativi sono 2.461 (34,67% dei ricorsi totali), di cui ben 1.023 (che costituiscono il 41,56% di tali ricorsi) nascono a seguito di controversie in materia di immigrazione (visti e permessi di residenza e lavoro, espulsione dal territorio nazionale, ecc.) equivalenti al 14,41% del totale dei *recursos de amparo*. Nel 2010 i ricorsi provenienti da cause aventi ad oggetto la materia immigrazione sono stati 2.845, mentre 4.011 nel 2009. Visto che dal 2010 inizia una diminuzione significativa del numero di *recursos* (totali) presentati, che nel 2011 si riduce di circa 2.000, la diminuzione che caratterizza il biennio 2010-2011 dei *recursos* coincide con la diminuzione dei *recursos* originati dal contenzioso amministrativo legato alla materia immigrazione.

Qualche riga più sopra abbiamo sottolineato che, rispetto all'anno 2011, nel biennio 2012-2013 si assiste ad un lieve incremento dei ricorsi presentati. Cerchiamo, ora, di capire se, valutando sempre i dati pubblicati nella *Memoria* sull'anno 2012, questo aumento è correlato ai ricorsi pervenuti dalla *jurisdicción contencioso-administrativa*. Dunque, 2.508 sono i nuovi *recursos* che sono giunti da questa giurisdizione, *id est*, il 34,8%. Per essere più precisi, di questi, 1.038 nascono a seguito di processi originati in materia di immigrazione, rappresentando il 41,48% del totale dei ricorsi originati da procedimenti contenzioso-amministrativi ovvero, se si prende in considerazione il totale dei ricorsi presentati, il 14,40%. I dati sono assolutamente identici a quelli del 2011: non diminuendo non diminuiscono neanche i *recursos* presentati, che, anche se di pochissimo, aumentano. L'analisi dei dati con riferimento al 2013 non cambia il quadro appena delineato, infatti da questa giurisdizione (quella contenziosa-amministrativa) i *recursos* continuano ad attestarsi al 31,29% del totale (2.308); lo stesso può dirsi per il 2014 quando gli *amparos* originati dal *contencioso-administrativo* sono ben 2.221 (il 28,98% del totale dei *recursos*) e, di questi, quelli provenienti da cause di processi in materia di immigrazione furono appena 232: il dato complessivo dei *recursos* appare quindi legato piuttosto ad una diminuzione dei contenziosi portati dinanzi a questa giurisdizione (e agli eventuali motivi che hanno indotto tale diminuzione) che non ad un cambio del paradigma della cultura di coloro che sono legittimati



a presentare ricorso. Ciò si può affermare anche se si guarda ai ricorsi provenienti dalle altre giurisdizioni, che non hanno conosciuto un cambiamento a seguito della riforma della *LOTC*; ed infatti, sempre guardando al dato dell'origine del *recurso*, la preponderanza 'abituale' che è costituito dai *recursos* originati dalla giurisdizione penale è rimasta costante negli ultimi anni ed è aumentato nel corso dell'ultimo anno da 3.272 (dato riferito al 2013) a 3.485.

Dunque, i *recursos* sono diminuiti quando quelli originati dal contenzioso amministrativo sono calati ponderatamente in misura maggiore di quelli penali, e, viceversa, sono aumentati (*rectius* hanno iniziato a ri-aumentare) quando quelli penali sono stati più numerosi di quelli amministrativi.

Se per quanto si è appena cercato di dimostrare, la riforma del 2007 – almeno a noi pare in modo alquanto certo<sup>236</sup> – non ha comportato una riduzione del numero dei ricorsi<sup>237</sup>, una importante ricaduta essa l'ha avuta, invece, nella fase processuale dell'ammissibilità o meglio dell'inammissibilità<sup>238</sup>: il *TC*, infatti, dimostra di fare largo uso della *providencia* di inammissibilità. Come si è già avuto modo di sottolineare, a partire dal 2007, l'utilizzo da parte del *TC* di questa decisione, priva di motivazione, ha conosciuto numeri inimmaginabili prima della riforma. Nel 2007 le *providencias de inadmisión y tramitación* sono state 10.961, nel 2008 12.434, nel 2009 addirittura 15.434, iniziando a diminuire nel 2010 quando se ne contano, comunque, 9.991 e arrivando nel 2011 a 6.400, nel 2012 a 7.339, nel 2013 a 5.884 e a 6.681 nel 2014. Questo rigoroso utilizzo della *providencia* è spiegabile con la concreta volontà del *TC* di attuare in modo rigoroso la riforma del 2007, visto che, a ben vedere, il *TC* già dal 1988<sup>239</sup> era nella possibilità di dichiarare i ricorsi inammissibili "per carenza manifesta di contenuto che ne giustifichi una decisione nel merito", ma l'uso di tale risoluzione senza motivazione non ha mai avuto un concreto utilizzo. Come è noto, la *providencia* può essere oggetto di un *recurso de súplica* solo da parte del *ministerio fiscal* e non dalle altre parti processuali<sup>240</sup>. Tale ricorso – lo si ricorda nuovamente – sarà deciso con *auto*, non impugnabile.

Sicuramente la novità più rilevante degli ultimi otto anni è allora dovuta all'utilizzo cospicuo della *providencia*<sup>241</sup> – paradossalmente, cioè, di una tipologia di decisione che era già nella possibilità del *TC* già prima della riforma e quindi a prescindere da essa – e alle

---

<sup>236</sup> Altri autori giungono a conclusioni diverse, si v., ad esempio, J. LOZANO MIRALLES, *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Español. Análisis de la problemática del juicio de admisión*, cit., 85, A. GONZÁLEZ ALONSO, *El incidente de nulidad de actuaciones*, cit., 11; A. OEHLING DE LOS REYES, *Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2012*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 17/2013, 574; A. GONZÁLEZ ALONSO, *¿Ha cambiado algo*, cit., 20. Per una dettagliata analisi dei dati degli ultimi anni, si v. J.M. MORALES ARROYO, *Presentación*, cit., 18 ss.

<sup>237</sup> Risultato previsto, per quanto non del tutto atteso, in considerazione del lasso di tempo tutto sommato breve: in effetti otto anni a fronte di ventisette sono pochi (ma non pochissimi) per incidere sulla cultura 'sedimentata' di chi ha la possibilità di presentare o meno ricorso davanti al *TC*. Parla di *inaplicación del espíritu de la reforma* P.J. TENORIO SÁNCHEZ, *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*, cit., 317.

<sup>238</sup> M. IACOMETTI, *La Spagna*, in AA.VV., *Costituzioni comparate*, Torino 2013, 284, nota 52.

<sup>239</sup> Cfr. *retro* nota 43.

<sup>240</sup> Nel corso del 2010 il *TC* ha avuto modo di dichiarare conforme a Costituzione questa previsione legislativa (art. 50.3 *LOTC*) che non riconosce alle altre parti processuali, oltre al *ministerio fiscal*, la possibilità di ricorrere al *TC* con *recurso de súplica*: ATC [17/2010](#), del 4 febbraio (*Sección Tercera, FJ 1*).

<sup>241</sup> Per la prima volta, nella *Memoria* per l'anno 2014 viene predisposto un [quadro statistico](#) che mette in rilievo i motivi di inammissibilità che hanno fondato le *providencias de los recursos de amparo*: inesistenza della violazione del diritto fondamentale invocato (2.094 *recursos de amparo*, che costituiscono il 31,37% del totale); mancata giustificazione della *especial trascendencia constitucional* della domanda (1.331 *recursos*, 19,97%); insufficiente giustificazione della *especial trascendencia constitucional* della domanda (1.082 *recursos*, 16,27%); mancato esaurimento di tutti i ricorsi giudiziari previ (931 *recursos*, 13,99%); inosservanza della richiesta avanzata di sanare irregolarità formali (8,62%); estemporaneità nella presentazione del *recurso* (5,61%); mancata denuncia della violazione del diritto fondamentale invocato (0,55%); mancanza della *especial trascendencia constitucional* (0,25%).

conseguenze che ciò sta avendo sulla giustizia costituzionale spagnola. Leggendo i dati (ancora una volta pubblicati nelle *Memorias*) si può affermare che si sta procedendo verso lo smaltimento dell'arretrato. Infatti, nel solo anno 2010, su 8.948 ricorsi presentati, 8.984 *recursos* (8.960 *providencias de inadmisión*, 24 *autos de inadmisión*) sono stati dichiarati inammissibili; nel 2009 lo sono stati 15.434 ricorsi, a fronte dei 10.792 presentati solo in quell'anno; nel 2008, su 10.279 ricorsi, quelli dichiarati inammissibili superano i 12.000 (12.399 *providencias de inadmisión*, 111 *autos de inadmisión*)<sup>242</sup>. Già nel 2007, su 9.840 ricorsi presentati, sono state pronunciate 10.888 *providencias de inadmisión* e 86 *autos de inadmisión*: il TC è stato capace di risolvere più ricorsi di quelli ricevuti, con risultati a dir poco sorprendenti<sup>243</sup>. Nell'anno 2011 non si è replicato tale risultato<sup>244</sup>, ma si è riusciti comunque a risolvere il 93,05% dei *recursos* pervenuti in cancelleria: dei 7.098 ricorsi il TC ne ha risolti 6.609, risolvendo quasi tutti i *recursos* giunti nell'anno e limitando, in tal modo, un incremento ulteriore dell'arretrato. Quest'ultimo dato dimostra comunque che l'uso delle

---

<sup>242</sup> I dati sono pubblicati sul sito [www.tribunalconstitucional.es/memoria2011.es](http://www.tribunalconstitucional.es/memoria2011.es).

<sup>243</sup> I. BORRAJO INESTA - C. ELÍAS MÉNDEZ, *La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo*, cit., 4. Gli autori, sorpresi dall'efficacia più che rilevante della riforma del 2007, affermano che "rammaricarsi del fatto che ogni decisione risulta senza motivazione non valuta che, per quanto sia motivata, la decisione di non ammettere un ricorso è sempre percepita come ingiusta. La questione non è se si debba o no motivare, ma piuttosto se il prezzo che si paga per farlo, in dilazione nella ammissione, e, soprattutto, nella concessione degli *amparos* nei quali il TC individua l'esistenza di una lesione dei diritti fondamentali, lo merita". L'uso della *providencia* (senza motivazione) è ritenuta "imprescindibile per il mantenimento di una agenda ordinata del Tribunal" per M. HERNÁNDEZ RAMOS, *¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el Tribunal Constitucional? Balance de cuatro años de aplicación del nuevo trámite de admisión*, in *Revista de las Cortes Generales*, 81/2010, 282. Già prima della riforma del 2007, in dottrina, se da una parte vi era chi criticava l'utilizzo di siffatti atti non motivati (oltre al fatto che la motivazione degli atti giurisdizionali, massima espressione della tradizione giuridica tradizionale, fa sì che le decisioni siano controllabili, ad esempio perché sottoponibili a critica anche dalla dottrina, e perché è nella motivazione che si radica la legittimazione dell'organo: P. PÉREZ TREMPES, *La admisión en los procesos constitucionales. Consideraciones de derecho comparado*, in *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, II, Madrid 1997, 1381 ss.) dall'altra vi era chi ne auspicava l'utilizzo ("La motivazione, tuttavia, non aggiunge nulla alla realizzazione di questo scopo [...] quando la questione non soddisfa alcun interesse dottrinale o non si riferisce ad un pregiudizio grave agli interessi soggettivi del ricorrente o agli interessi sociali derivanti dal riconoscimento costituzionale dei diritti tutelati nel *recurso de amparo*, in modo che possa essere sufficiente [...] la mera indicazione di quale sia il motivo per cui si determina in ogni caso la non ammissione del ricorso", così M. CARRASCO DURÁN, *El concepto constitucional del recurso de amparo*, cit., 98).

<sup>244</sup> Si ponga l'attenzione sulla circostanza che nel 2010 il TC ha depositato la STC [31/2010](#), del 28 giugno (sentenza sullo statuto catalano), che ha comportato un particolare 'sforzo' per il TC (la decisione è del Pleno) e che, per la mole di lavoro richiesta, ha sicuramente comportato un complessivo rallentamento dei lavori dell'intero Tribunal. Inoltre, nel corso del 2012 vi è stato un parziale rinnovo dei membri del Tribunal: tre magistrati hanno concluso il mandato (già in proroga) e quattro nuovi giudici sono stati nominati dal Re su proposta del *Congreso de los Diputados*. Cfr. a tal proposito l'interessante ATC [64/2014](#), del 10 marzo (Pleno, FJ 7), nel quale lo stesso TC ha riconosciuto il carico di lavoro richiesto per la risoluzione della questione posta dal ricorso avverso lo statuto catalano, che, oltre ad altri fattori, ha procurato un "colapso temporal" del TC, determinando un più che elevato ritardo nella risoluzione degli *amparos*. Per il Pleno, il ritardo così accumulato – dovuto anche all'alluvione annuale di ricorsi presentati – non è imputabile al lavoro del Tribunal, non potendosi ritenere violato il principio della ragionevole durata del processo. Pur stante la giurisprudenza della Corte EDU, che ha sancito che l'onere di lavoro ordinario non può essere, in principio, una scusante per un prolungamento indebito nella risoluzione giudiziale, deve "trilevarsi che – oltre al fatto che questa giurisprudenza deve essere adeguata al fatto che ad un unico Tribunale viene richiesto un lavoro particolarmente elevato (essendo unico e con un numero di componenti (dodici) costituzionalmente limitato ex art. 159.1 CE) – si obbliga a ponderare una circostanza straordinaria nell'esame del presente caso, dichiarando, così, che non si è prodotto alcun funzionamento anormale nel procedimento dell'*amparo*"; con riguardo al caso concreto, il ricorso fu presentato nel 16 gennaio 2007 e risolto nel merito solo il 14 maggio 2012. Si v., pure, AATC [65](#) e [66/2014](#), del 10 marzo (Pleno). Cfr., anche, l'ATC [151/2014](#), del 27 maggio (Pleno), nella quale, in modo indipendente dalla sentenza sullo statuto catalano, il periodo di 2 anni e mezzo rientra nel periodo medio di risoluzione del *recurso*.

*providencias* di inammissibilità è stato, anche nel 2011, abbastanza elevato (5.868) anche se non al pari degli altri anni. Nell'anno 2012<sup>245</sup>, invece, il TC è riuscito a ritornare ai risultati raggiunti nel 2010, pur senza uguagliarli, e a continuare per la strada del non accumulo dei ricorsi non ancora decisi (i *recursos* furono risolti nella percentuale del 104,64); infatti, sono state emesse 7.292 *providencias de inadmisión*, mentre i ricorsi presentati sono (anche se di poco) inferiori, attestandosi questi ultimi a 7.205. Nel 2013 si assiste ad un notevole decremento (forse dovuto ad una ampia rinnovazione dei componenti del TC, alla nomina di un nuovo Presidente e del suo Vice, oltre che alla scomparsa del giudice Francisco José Hernando Santiago: una serie di eventi, *id est* che hanno rallentato i lavori molto sostenuti degli ultimi anni)<sup>246</sup> dell'utilizzo delle *providencias* e del conseguente (non) smaltimento dell'arretrato risolvendo solo il 76,64% dei *recursos*. Nell'anno 2014, su 7.663 ricorsi complessivi, le *providencias* d'inammissibilità sono state 6.662 e, quindi, considerando anche le inammissibilità pronunciate con *autos*, si arriva al totale di 6.883: ciò dimostrata che non si sono risolti più ricorsi di quelli presentati per cui l'arretrato continua (seppur lievemente) a salire.

L'utilizzo ampio delle *providencias* si ripercuote direttamente sul numero di ricorsi di *amparo* pendenti al giudizio di ammissibilità presso le *Salas* che, non aumentando, è in costante diminuzione rispetto al picco raggiunto nel 2006<sup>247</sup>: 13.883 nel 2006; 12.166 nel 2007; 9.015 nel 2008; 4.569 nel 2009<sup>248</sup>; 3.149 nel 2010; 3.420 nel 2011. I ricorsi pendenti al giudizio di ammissibilità continuano sensibilmente a diminuire nel 2012 essendo, al 31 dicembre, 2.895, dei quali 1.510 con riguardo alla *Sala Primera* e 1.385, invece, alla *Sala Segunda*. I numeri appena riportati sono esemplificativi dei risultati raggiunti nel corso di questi anni, anche se, a dimostrazione di quanto e di quanto appena poco più sopra riportato, il totale delle questioni *pendientes de admisión* aumenta sia nel 2013 (e sono *en Salas* 3.738 e *en Pleno* 43) che nel 2014 (e sono *en Salas* 4.463 e *en Pleno* 55).

Nel trarre delle riflessioni conclusive – così come ci siamo impegnati a fare appuntando il titolo del paragrafo –, si può constatare come il problema della 'valanga' di ricorsi continui ad interessare il TC. L'efficacia della riforma è nella disponibilità sia del *Tribunal* che degli operatori giuridici (avvocati e giudici, ecc.): del primo, che deve attuare la riforma nel modo più rigoroso possibile (ed il fatto che riesca a decidere più ricorsi di quelli che arrivano è sicuramente un dato più che positivo se si guarda allo smaltimento dell'arretrato), dei secondi, che non devono ricorrere al TC se il loro ricorso pare essere manifestamente inammissibile (nel caso, ad esempio, degli avvocati)<sup>249</sup> e che devono utilizzare l'incidente di nullità come strumento messo a loro disposizione per garantire la tutela dei diritti fondamentali (nel caso dei giudici).

Nel complesso, pur se il periodo temporale preso in considerazione risulta essere ancora insufficiente per consentire di esprimersi in modo quantomeno compiuto sulla reale efficacia della riforma della LOTC, si può affermare che si è ancora in una fase di 'transizione' e che la

---

<sup>245</sup> I dati sono pubblicati sul sito telematico [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>246</sup> Si v. comunque *retro* nota 236.

<sup>247</sup> I *recursos* pendenti alla fase dell'ammissione hanno cominciato a rappresentare un dato più che preoccupante all'inizio degli anni duemila: 7.071 nel 2003; 7.580 nel 2004; 10.990 nel 2005.

<sup>248</sup> Tale dato, che per un osservatore straniero di per sé potrebbe apparire quanto meno preoccupante, è stato giudicato come il dato "più spettacolare" dello studio sulla giurisprudenza del 2009, se si pensa che la mole di ricorsi risulta essere la metà rispetto a quella del 2008 (9.015): nel 2005 erano 10.990, nel 2006 se ne contavano 13.883, nel 2007 invece 12.166. Il giudizio prima riportato si deve a María Emilia Casas Baamonde, presidente del TC, e si può leggere nella presentazione della *Memoria 2009*, consultabile su [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>249</sup> È lo stesso Presidente del TC a chiedere indirettamente ciò a chi rappresenta il cittadino dinanzi alla giurisdizione costituzionale: "*Creo que esta realidad [la mancata diminuzione dei recursos presentati] debería conducir a una reflexión por parte de los profesionales de la justicia que se dedican a representar y defender a los ciudadanos ante la jurisdicción constitucional de amparo*", così PASCUAL SALA SÁNCHEZ nella *Presentación de la Memoria 2011* reperibile in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

riforma tarda ad essere interiorizzata<sup>250</sup>, soprattutto da chi promuove il *recurso*. Ciò pare, comunque, essere del tutto normale dopo quasi trent'anni di un giudizio d'*amparo*, oggi, per molti suoi aspetti, differente da quello pensato ed attuato dalla fine degli anni settanta del secolo scorso. Differente, perché l'ammissibilità del ricorso, così come voluta dalla riforma, vede convivere la dimensione oggettiva con quella soggettiva<sup>251</sup>. Davanti ad un ricorso dichiarato ammissibile, infatti, la dimensione soggettiva dello stesso riemerge, poiché il *TC* giudica nella sua "concretezza la violazione o meno dello specifico diritto in quella particolare fattispecie portata al giudizio del *TC* [e l'*amparo* arriva] a ricevere quindi una tutela assolutamente diretta e per niente indiretta, come riflesso della garanzia di altri, superiori valori o finalità"<sup>252</sup>.

Rifacendosi al tradizionale significato che viene attribuito, con riguardo alla giustizia costituzionale, alla contrapposizione tra la natura soggettiva e quella oggettiva del controllo, vale a dire tra la tutela diretta e quella indiretta di un diritto fondamentale<sup>253</sup>, si può affermare che il nuovo *amparo* mantiene una dimensione soggettiva, non potendosi dunque parlare di una sua completa oggettivazione<sup>254</sup>. D'altra parte, se così non fosse, non sarebbero facilmente interpretabili quelle disposizioni che disciplinano la possibilità di sospendere gli effetti dell'atto o della sentenza impugnata e di porre in essere misure cautelari (anche nella fase dell'ammissibilità); tali riforme hanno il fine di garantire un'immediata e diretta tutela del diritto fondamentale nel caso concreto.

La riforma, pertanto, pare essere espressione di un potere costituito che è nella facoltà del legislatore organico, in quanto conforme a Costituzione, poiché l'*amparo* continua a rappresentare, e diversamente non potrebbe, un meccanismo (sussidiario e straordinario) di tutela dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, così come prescritto dall'art. 53.2 *CE*<sup>255</sup>.

---

<sup>250</sup> Dovendosi ancora attendere che la riforma del 2007 operi quell'"effetto dissuasivo" di cui la stessa è portatrice, in tal senso D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la STC 155/2009, de 25 de junio*, cit., 513.

<sup>251</sup> Con tale modifica il legislatore organico non segue né la proposta elaborata nel *Borrador* né quanto previsto nelle fonti della giustizia costituzionale tedesca, in quanto, in entrambe, la dimensione (prevalentemente) oggettiva non precludeva la presenza di quella (esclusivamente) soggettiva. Ed infatti nel *Borrador* si legge, come proposta di riforma dell'art. 50.1 lett. a) *LOTC*, che il ricorso doveva essere dichiarato ammissibile in base alla presenza, nella domanda di *amparo*, dei seguenti requisiti: in ragione della sua rilevanza costituzionale o nella considerazione della gravità del pregiudizio causato al ricorrente dalla supposta violazione del diritto fondamentale o quando la violazione denunciata, non potendosi ritenere manifestamente infondata, non aveva avuto occasione di essere proposta precedentemente davanti alla giurisdizione ordinaria, cfr. *Borrador de reforma de la LOTC*, cit., 424. Per quanto riguarda il *Bundesverfassungsgericht*, nel 1993 venne modificato l'articolo 93 della legge sul funzionamento della Corte costituzionale tedesca ed in essa, per la prima volta, si prescrive che la domanda del ricorso individuale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) debba contenere, pena inammissibilità, il requisito della 'rilevanza costituzionale fondamentale', ma nello stesso tempo il ricorso è dichiarato ammissibile qualora la mancanza di una decisione nel merito possa causare "un grave pregiudizio per il richiedente *amparo*". Per tutti, cfr. M. HARTWING, *Il ricorso costituzionale individuale alla Corte costituzionale tedesca* in AA.VV., *Patrimonio costituzionale europeo*, cit., 87. V. retro nota 93.

<sup>252</sup> Così R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. "oggettivazione"*, cit., 8.

<sup>253</sup> *Ult. Op. cit.*, 15.

<sup>254</sup> Non ne consegue, dunque, alcun paradosso circa l'utilizzo delle misure cautelari anche in un regime di c.d. oggettivazione del *recurso de amparo*. Di tesi diversa credo che sia J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional*, 92/2011, cit., 289, anche se l'A. parla di una "dimensione prevalentemente oggettiva" (corsivo nostro).

<sup>255</sup> Si era finanche parlato di sostanziale incostituzionalità della legge di riforma, cfr. G. FERNÁNDEZ FERRARES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 148; A. GARRORENA MORALES, *La ley orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica*, in AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción*, cit., 225; J. ALMAGRO NOSETE, *Respuesta a la encuesta*, in AA.VV., *La reforma de la justicia constitucional*, cit. 95.



A distanza di 34 anni, si può riaffermare ciò che il *TC* aveva pronunciato con la sua prima decisione<sup>256</sup>: la finalità del ricorso di *amparo*, se da una parte costituisce la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, dall'altra rappresenta la difesa oggettiva della Costituzione, prescindendo dal caso concreto<sup>257</sup>. Con il nuovo *amparo*, le due finalità (soggettiva ed oggettiva) che esso persegue trovano un nuovo bilanciamento: nella fase dell'ammissibilità prevale (*rectius* tende a prevalere) la dimensione oggettiva, in quella del merito quella soggettiva.

Il *TC* non entrerà nel merito del ricorso solo allorché dal ricorso stesso risulti che una giurisprudenza consolidata sul punto già esista, che non si incorra in nessun elemento nuovo per il cambio della stessa, o che quest'ultima sia stata correttamente eseguita; in caso contrario, il *TC* entrerà nel merito del ricorso e tutelerà in maniera diretta il diritto violato. Con la sentenza pronunciata nel 2009, il *Pleno* fa sì che non si incorra nel rischio di dover dichiarare inammissibile un ricorso qualora il giudice non abbia potuto o voluto applicare una consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>258</sup>, situazione che avrebbe determinato una diminuzione del livello di tutela dei diritti fondamentali assicurati nel caso concreto. Inoltre, l'aver ricompreso tali casi come contenuto della *especial trascendencia constitucional* rende del tutto ragionevole, e dunque conforme a Costituzione<sup>259</sup>, la riforma in esame. Infatti, il livello di tutela apprestato ai diritti fondamentali non diminuirà a seguito della riforma dell'*amparo*, poiché la *LOT* 6/2007 segue 25 anni di giurisprudenza costituzionale consolidata in tema di diritti fondamentali; dunque, oggi come allora, il contenuto dei diritti fondamentali per come letti dal *TC* sarà (*rectius*, dovrà essere) garantito dai giudici comuni.

Con la decisione del 2009 il *TC* definisce il suo campo di intervento e, conseguentemente, quello dei giudici comuni in materia di supremazia della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali. Al giudice costituzionale spetta un ruolo eccezionale e limitato ai casi nuovi, difficili, di interesse pubblico e ai casi in cui la sua giurisprudenza non viene applicata dai giudici comuni, ai quali, comunque, spetta la prima e naturale tutela ordinaria dei diritti fondamentali.

Se nei suoi primi vent'anni di attività il *TC* ha contribuito al consolidamento dello Stato costituzionale spagnolo, anche e soprattutto attraverso la diffusione dei valori costituzionali, la funzione pedagogica<sup>260</sup> da esso esercitata pare oggi essersi conclusa, dovendosi il *Tribunal* occupare soprattutto del controllo di costituzionalità delle leggi<sup>261</sup> e della risoluzione dei conflitti tra i poteri dello stato e tra le autonomie locali, senza, d'altra parte, perdere del tutto la sua funzione di tutela dei diritti fondamentali<sup>262</sup>.

---

<sup>256</sup> *STC* [1/1981](#), del 26 gennaio (*Sala Segunda*, FJ 2).

<sup>257</sup> E questo perché il *TC* è l'interprete supremo della Costituzione e decidendo il concreto *amparo* fornisce una interpretazione, costituzionale appunto, che si immette nell'ordinamento giuridico, cfr. I. GÓMEZ FERNÁNDEZ - P. PÉREZ TREMPES, *Los problemas del recurso de amparo en España y su reforma*, in AA.VV., *La reforma del proceso*, cit., 303.

<sup>258</sup> Tale preoccupazione era stata espressa da L.M<sup>a</sup>. DÍEZ PICAZO, *Le esperienze europee consolidate: Spagna*, in AA.VV., *Patrimonio costituzionale europeo*, cit., 159.

<sup>259</sup> Cfr. M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdicción constitucional*, cit., 69.

<sup>260</sup> Cfr. ult. *Op. cit.*, 103. In tema anche autorevole dottrina: TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos on y desde el Tribunal Constitucional*, ora in ID., *Obras completas*, III, Madrid 1997, 2180.

<sup>261</sup> Pare significativo notare che ha trovato spazio nella [Memoria](#) per l'anno 2013 la seguente precisazione, che dovrebbe caratterizzare il normale funzionamento dell'organo della giustizia costituzionale: "*debe ir en los próximos meses dando respuesta a los recursos planteados que impugnan la constitucionalidad de las recientes normas legales aprobadas*", 6.a Che del resto sia questa la funzione del *Tribunal* non pare esservi dubbio di sorta; si v. *retro* nota 236. Sul fatto che sia questa la finalità della giustizia costituzionale spagnola mi pare che esprima dubbi J.J. BONILLA SÁNCHEZ, *La admisión de la demanda de amparo por el Tribunal Constitucional: el cuádruple salto mortal*, in AA.VV., *Recurso de amparo*, cit., 112.

<sup>262</sup> M. ARAGÓN REYES, *La reforma della Legge organica del Tribunal Constitucional*, cit., 141.



Il legislatore organico del 2007 dimostra di aver superato quella sorta di sfiducia nei confronti dei giudici che aveva portato il legislatore costituente alla convinzione che questi, non riuscendo ad “interiorizzare con rapidità i nuovi valori costituzionali in materia di diritti, [avevano individuato nel *Tribunal*] l’organo supremo cui affidare, in materia di diritti fondamentali, la formazione di un orientamento giurisprudenziale vincolante per tutti i poteri dello Stato”<sup>263</sup>.

La riforma, letta nel suo complesso, tende a rendere più agevole il lavoro del *TC*, a ridefinire i rapporti con l’organo giudiziario e a delimitare il ricorso d’*amparo* come strumento di tutela eccezionale: il *recurso de amparo* è strumento giurisdizionale posto a garanzia costituzionale non (più) solo dei diritti, ma anche (e nello stesso tempo) dell’interpretazione costituzionale.

Si tratta di finalità che solo il tempo potrà dire se saranno o meno realizzate. Non è infatti scontato che ciò avvenga, per il semplice motivo che non è nelle possibilità del legislatore (o almeno non con questa riforma), né tanto meno del *TC*, impedire che migliaia di ricorsi all’anno vadano ad intasare la cancelleria del *Tribunal*. Un impedimento al verificarsi di tale circostanza non pare essere costituito né dal nuovo incidente di nullità, né dal nuovo requisito della speciale rilevanza costituzionale, né, tantomeno, dal criterio dell’inversione dell’onere della prova. Infatti, è nelle possibilità dell’avvocato che propone il ricorso indicare che nel caso in esame si è dinanzi ad uno dei punti indicati dalle lettere dalla a) alla g) che specificano la presenza della speciale rilevanza costituzionale; sarà, poi, il *TC*, valutate le carte processuali, a dichiarare il ricorso ammissibile o meno, ma questo solo dopo aver speso del tempo per un lavoro che, comunque, rischia di continuare ad essere definito come lavoro in negativo. Inoltre, non si alleggerisce in modo significativo il lavoro del *Tribunal* predisponendo una *providencia* di inammissibilità per carenza della speciale rilevanza costituzionale anziché per manifesta carenza di contenuto costituzionale (motivo di inammissibilità maggiormente utilizzato prima della riforma)<sup>264</sup>.

Solo una rigorosa e chiara giurisprudenza costituzionale (e non è il caso di quella giurisprudenza che ammette i *recursos* per aver il ricorrente dimostrato *implicitamente* la *especial transcendencia constitucional*, la qual cosa – che palesa la volontà del *TC* di tutelare i diritti fondamentali con prevalenza del requisito soggettivo su quello oggettivo – non pare conforme né alla lettera né alla *ratio* della riforma) potrà essere studiata e conosciuta dagli avvocati che potranno in tal modo astenersi dal presentare ricorso di *amparo* al *Tribunal Constitucional* se non avranno la fondata presunzione che il ricorso venga accolto. Ad oggi, quindi, si può parlare di una riforma al momento inefficace, ma non del tutto, perché i dati riguardanti lo smaltimento dell’arretrato sono comunque confortanti, o, meglio, significativi.

Solo una drastica riduzione dei ricorsi presentati permetterà, inoltre, di instaurare un diverso rapporto tra giudici e *Tribunal*<sup>265</sup>, superando ciò che avveniva fino alla riforma, quando, a seguito della presentazione dell’*amparo*, gli organi giudiziari venivano di fatto ‘giudicati’ dal *TC*. Questo stato di cose, considerato anche l’uso assai ridotto

---

<sup>263</sup> G. ROLLA, [Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. L’esperienza spagnola](#), in [www.cortecostituzionale.it](#), 29; secondo P. CRUZ VILLALÓN, *El recurso de amparo constitucional*, cit., 479, la presenza in Costituzione dell’*amparo* deriva da una giustificazione storica, in quanto inaugurale di un determinato ordinamento costituzionale.

<sup>264</sup> Cfr. F.J. DÍAZ REVORIO, *Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de 2007*, in *Estudios constitucionales*, 2/2009, 102.

<sup>265</sup> La dottrina costituzionalistica si è molto occupata dei rapporti tra il giudice e l’organo della giustizia costituzionale nei sistemi dove è presente il ricorso diretto alla Corte. Si rinvia, per tanto, ai contributi presenti in AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., e, più di recente, in AA.VV., *Patrimonio costituzionale europeo*, cit.

dell'incidentale<sup>266</sup>, non ha favorito lo sviluppo di quanto si è invece verificato in Italia, dove l'ampio utilizzo del giudizio in via incidentale ha fatto sì che si guardi al giudice comune come a un vero e proprio collaboratore della Corte e non piuttosto come a un soggetto su cui si esercita il controllo<sup>267</sup> (si pensi anche alla giurisprudenza costituzionale sull'obbligo di interpretazione conforme). È probabile che, superando questo tipo di rapporto, venga incrementato l'utilizzo della questione di incostituzionalità, venendosi a creare una nuova collaborazione fra *Tribunal* e giudici (compreso il *Tribunal Supremo*)<sup>268</sup>. Solo se la riforma avrà un esito positivo<sup>269</sup>, il TC riuscirà a svolgere nel minor tempo possibile le funzioni ad esso assegnate; così come, risolvendo il problema di una giustizia lenta, si potrà anche

---

<sup>266</sup> Nel 2008 si contano solo 93 *cuestiones de inconstitucionalidad*, mentre nel 2009 appena 35; nel corso del 2010 le *cuestiones* aumentano, ma solo fino a 50, nel 2011 si attestano a 51, mentre sono 42 nel 2012. Nel 2013 le *cuestiones* sollevate aumentano considerevolmente fino a 106, doppiando il numero dell'anno prima, e raggiungono il 'record' di 141 nel 2014.

<sup>267</sup> Cfr. R. ROMBOLI - R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, cit., 367. In dottrina si è efficacemente parlato del *Tribunal Constitucional* come di un "giudice dei giudici", così A. PATRONI GRIFFI, *La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Atti del Convegno tenutosi a Pisa il 25-26 maggio 2001*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Torino 2002, 315. Parla di effetto revisore del *recurso de amparo* delle decisioni giudiziali P. PÉREZ TREMP, *La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de constitución*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 7/1999, 139 ss.

<sup>268</sup> Sul quantomeno 'difficile' rapporto fra i due organi cfr. per la dottrina italiana, per tutti, G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino 2005. Con riguardo alla dottrina spagnola si v., almeno, I. GÓMEZ FERNÁNDEZ - P. PÉREZ TREMP, *Los problemas del recurso de amparo*, cit., 305-313 e dottrina ivi citata.

<sup>269</sup> Se non si avrà tale esito, si dovrà riflettere su altre modifiche organiche come, ad esempio, quella di prevedere la costituzione di una *Sala de amparo* presso il *Tribunal Supremo* (riporta tutte le tesi esposte in dottrina S. OUBIÑA BARBOLLA, *El Tribunal Constitucional*, cit., 418-421), di limitare l'oggetto del *recurso* solo ai casi che sono giunti al *TS* ovvero ai *Tribunales Superiores de Justicia* (e quindi già selezionati per giungere all'attenzione di tali supreme magistrature: solo in riferimento all'anno 2014 i ricorsi giunti da tali giurisdizioni costituiscono un terzo dei ricorsi giunti al *TC*, ciò significa che la restante parte, proveniente da altri organi giudiziari, non sarebbe giunta al vaglio del *TC* perché già filtrata) sul punto P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional, juez ordinario*, cit. 210 s.) ovvero quella di condannare alle spese la parte ricorrente al fine di sanzionare ricorsi "temerari", od anche quella di devolvere alla giurisdizione ordinaria la funzione di filtro ai ricorsi, in riferimento P. COSTANZO, *Il ricorso d'amparo nel quadro della riforma della Ley Orgánica sul Tribunale Costituzionale spagnolo (osservazioni generali)*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, II, Napoli 2011, 1036-1037. A tal proposito deve essere ricordato che una previsione in tal senso (anche se a noi risulta che tale previsione non ha mai avuto seguito nella giurisprudenza costituzionale essendo di fatto non applicata dal *TC*) è contenuta nella *LOTC* la cui riforma avvenuta con la LO 6/2007 si è limitata a modificare le quantità delle sanzioni alla luce del nuovo conio che ha convertito le *pesetas* in euro. Il riferimento va, quindi, all'art. 95 *LOTC*, che è senz'altro utile riportare integralmente: "1. *El procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito*. 2. *El Tribunal podrá imponer las costas que se derivaren de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciar temeridad o mala fe*. 3. *El Tribunal podrá imponer a quien formulase recursos de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad o abuso de derecho, una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 euros*. 4. *Podrá imponer multas coercitivas de 600 a 3.000 euros a cualquier persona, investida o no de poder público, que incumpla los requerimientos del Tribunal dentro de los plazos señalados y reiterar estas multas hasta el total cumplimiento de los interesados, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad a que hubiera lugar*. 5. *Los límites de la cuantía de estas sanciones o multas podrán ser revisados, en todo momento, mediante Ley ordinaria*". A dir il vero una volta almeno il *TC* ebbe a giudicare come temerario un ricorso, ma in modo del tutto eccezionale (e quindi non nel senso da noi proposto di applicazione di una regola anziché come eccezione). Il *Tribunal*, infatti, applicò l'art. 95 *LOTC* solo perché dinanzi ad un caso 'limite' più che 'temerario', avendo il ricorrente argomentato sulla *transcendencia constitucional* utilizzando un linguaggio quanto meno scurrile. Infatti, il *Tribunal* ha rilevato che "i termini utilizzati al fine di giustificare la speciale rilevanza costituzionale della questione (art. 49.1 *LOTC*) rappresentano una denigrazione e una presa in giro della funzione di questo Tribunale e un palese discredito della configurazione del ricorso di *amparo* che il nostro legislatore ha voluto realizzare, eccedendo dai normali limiti del diritto di difesa", cfr. l'*ATC* [134/2010](#), del 4 de ottobre (*Sección cuarta*).

pensare di inserire tra i diritti amparabili anche i diritti sociali<sup>270</sup> e il diritto di proprietà, ma questo, al momento, non è all'esame di alcuna ipotizzabile proposta.

---

<sup>270</sup> Cfr., fra i contributi più recenti, M. DÍAZ CREGO, *Derechos sociales y amparo constitucional*, in *Revista Vasca Administración Pública*, 94/2012, 17-57.

**Mattia Caiazza**

## **Il “seguito” dell’abrogazione referendaria sull’adeguata remunerazione del capitale investito**

SOMMARIO: 1. L’impatto dell’abrogazione referendaria sul tessuto normativo dell’ordinamento giuridico e le questioni interpretative occasionate dal dispiegarsi dell’effetto abrogativo nel sistema. - 2. La restituzione agli utenti della componente relativa all’adeguata remunerazione del capitale investito: “atto primo”. - 2.1. (Segue...) *excursus* sulla sentenza n. 26/2011 della Corte costituzionale: una pronuncia non del tutto soddisfacente? - 2.2. La restituzione agli utenti della componente relativa all’adeguata remunerazione del capitale investito: “atto secondo”. - 2.3. (Segue...) ancora in scena: *quale finale?* - 3. Il metodo tariffario transitorio per gli anni 2012 e 2013 (MTT): *il riconoscimento tariffario del costo-opportunità.* - 3.1. (Segue...) la decisione n. 779/ 2014 del Tar Lombardia. - 4. Brevi note sulla *querelle* attorno all’oggetto del referendum e sul ruolo del giudice-interprete nella dinamica referendaria.

1. L’impatto dell’abrogazione referendaria sul tessuto normativo dell’ordinamento giuridico e le questioni interpretative occasionate dal dispiegarsi dell’effetto abrogativo nel sistema.

Nella tornata referendaria del 12/13 giugno 2011 veniva deliberata l’abrogazione del comma 1 dell’art. 154 (Tariffa del servizio idrico integrato) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, “Norme in materia ambientale”, limitatamente alle parole: “dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito”<sup>(1)</sup>. Diversamente, però, da quanto accaduto a seguito dell’abrogazione dell’art. 23-bis, del d.l. n. 112 del 2008<sup>(2)</sup>, mancava, da parte del legislatore, un immediato intervento nella

---

<sup>(1)</sup> Il comma 1 dell’art. 154 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, disponeva: “La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell’entità dei costi di gestione delle opere, dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell’Autorità d’ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio “chi inquina paga”. Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo”.

<sup>(2)</sup> In relazione a tale abrogazione referendaria, deliberata nella medesima tornata e dichiarata con d.p.r. n. 113 del 2011, il Governo è intervenuto appena 23 giorni dopo la pubblicazione dell’esito della consultazione popolare per il tramite della decretazione d’urgenza, adottando il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, il cui art. 4 reca appunto la rubrica: “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall’Unione europea”.

A commento di quella vicenda si vedano, per quanto riguarda gli aspetti di diritto amministrativo, *ex multis*, V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *Amministrazione In Cammino*; A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell’inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*; A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2012)*, *ibid.*; M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, *ibid.*

Per quanto concerne, invece, gli aspetti di rilievo costituzionale, *ex multis*, M. CAPANTINI, *I referendum sulla “privatizzazione dell’acqua” e degli altri servizi pubblici!*, in *Quad. cost.*, 2/2011, 409-411. ID, *La sentenza n. 199 del 2012: i servizi pubblici locali dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4/2012, 868-870; D. BALDAZZI, *La sentenza n. 199 del 2012: tra intentio del Comitato promotore e tutela della volontà referendaria*, in *Quad. cost.*, 4/2012, 871-874. P. SABBIONI, *La sentenza n. 199 del 2012: una sentenza coraggiosa, forse troppo*, *ibid.*, 874-877. P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) “volontà” referendaria*, in *Federalismi.it*.

Sulla giustificazione teorica del divieto giuridico di ripristino assunta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 199/2012 - giustificazione della cui necessità autorevole dottrina aveva già da tempo sottolineato l’esigenza: M. LUCIANI, *Art 75, Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, I, 2, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna, 2005, 662-663 “Manca, invero, la benché minima, argomentazione del limite, che viene affermato quasi fosse del tutto naturale e autoevidente. Di un robusto fondamento vi sarebbe stato invece bisogno, se è vero che in questo modo si incide pesantemente sulla funzione legislativa e che questa viene conferita con assoluta pienezza alle Camera dall’art. 70 Cost”

materia interessata dall'ablazione popolare: palesandosi subito conseguentemente *la problematica relativa all'espunzione dalle bollette della quota tariffaria relativa all'adeguata remunerazione del capitale investito*, sicché i gestori del servizio idrico integrato (*breviter* SII), *in assenza di chiarimenti sul da farsi* <sup>(3)</sup> hanno continuato a percepire in bolletta la suddetta componente tariffaria.

Da qui l'inizio di una "campagna di obbedienza civile", lanciata dal Forum italiano dei movimenti per l'acqua, volta a fornire le informazioni necessarie agli utenti per procedere ad una autoriduzione della bolletta per il periodo successivo al 21 luglio 2011, giorno in cui, in virtù del d.p.r. 18 luglio 2011, n. 116, era iniziato a decorrere l'effetto abrogativo del predetto comma 1 dell'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006.

La base giuridica, richiamata dai sostenitori dell'iniziativa, era costituita, oltre che dal dianzi menzionato d.p.r., dalla sent. n. 26/2011 della Corte costituzionale, nella parte in cui aveva affermato che "la normativa residua, immediatamente applicabile (sent. n. 32 del 1993), data proprio dall'art. 154 del d.lgs n. 152 del 2006, non presenta elementi di contraddittorietà, persistendo la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare la «la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio 'chi inquina paga'» <sup>(4)</sup>.

Intanto, il 6 dicembre 2011, veniva emanato il cosiddetto Decreto Salva Italia (d.l. n. 201/2011), all'interno del quale trovava, tra l'altro, collocazione la prima disposizione concernente la materia interessata (in senso lato) dall'abrogazione referendaria: si trattava, precisamente, dell'art. 21, comma 19, rubricato "Soppressione enti e organismi", con cui veniva disposto il trasferimento all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (*breviter* AEEG o AEEGSI) delle funzioni attinenti alla regolamentazione e al controllo dei servizi idrici, da esercitare con i medesimi poteri che erano stati attribuiti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, alla soppressa Agenzia nazionale per la regolamentazione e la vigilanza in materia di acqua.

Per l'individuazione delle funzioni da trasferire, la citata disposizione rinviava a un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Decreto Salva Italia (il d.p.c.m. in questione verrà pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* <sup>(5)</sup> solamente il 3 ottobre 2012 ...).

Completato così il trasferimento delle funzioni all'AEEG, quest'ultima, dapprima, in data 23 ottobre 2012, richiedeva al Consiglio di Stato un parere sugli effetti del *referendum* abrogativo del 12/13 giugno 2011 al fine di dirimere la questione relativa alla restituzione agli utenti della quota tariffaria correlata all'adeguata remunerazione del capitale investito; dopodiché, in data 28 dicembre 2012, emanava la delib. 585/2012/R/idr, con cui approvava il metodo tariffario transitorio (MTT) per

---

- si vedano, soprattutto, G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in questa *Rivista*, 2012, (10 dicembre); M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore*, in *Forum cost.*; A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, *ibid.*; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, in *Federalismi.it*; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee Evolutive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012, 204 e ss.

<sup>(3)</sup> La *questio* riguardava la determinazione degli effetti del *referendum* abrogativo: il dubbio ermeneutico era occasionato dalla vigenza della disposizione transitoria di cui all'art. 170 del d.lgs. 152 del 2006, la quale, in mancanza dell'adozione del decreto ministeriale previsto dall'art. 154, comma 2, d.lgs. 152 del 2006 (che, appunto, non fu mai adottato), faceva sì che operasse il decreto ministeriale 1 agosto 1996, recante il "Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento al servizio idrico integrato", il quale, in attuazione dell'art. 13, comma 3, della legge n. 36 del 1994 (c.d. legge Galli), esplicitava, come formula di calcolo, tra l'altro, il criterio dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito (qui stava il problema), previsto, oltretutto, già, espressamente, nella disposizione di cui al comma 2 dell'art. 13 della legge Galli.

<sup>(4)</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 26 del 2011, *cons. dir.*, n. 5.4.

<sup>(5)</sup> *G.U.* n. 231 del 3-10-2012, d.p.c.m. 20 luglio 2012, Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell'art. 21, comma 19 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.



la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013 <sup>(6)</sup>.

Focalizzando, per ora, l'attenzione sulla prima questione, è opportuno ripercorre alcuni passaggi del parere 25 gennaio 2013, n. 267, della Sezione Seconda del Consiglio di Stato: con il quesito l'Autorità amministrativa indipendente aveva chiesto se dovesse ritenersi *ipso iure* parzialmente abrogato in modo implicito anche il d.m. 1 agosto 1996 nella parte in cui prevedeva la remunerazione del capitale investito, o se invece l'art. 170, comma 3, lett. l), non inciso dal *referendum*, determinasse la vigenza del d.m. 1 agosto 1996 fino all'adozione del nuovo metodo tariffario da parte dell'Autorità, il quale avrebbe dovuto emanarsi sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 154, comma 1, d.lgs. n. 152/06, come modificati dal d.p.r. n. 116/11.

In altri termini, si domandava al Consiglio di Stato, se, oltre all'abrogazione espressa, il *referendum* popolare di cui all'art. 75 Cost. avesse prodotto anche delle abrogazioni tacite; oppure se ciò fosse stato da escludere, dovendo, pertanto, continuare ad applicare il contenuto normativo essenziale riconducibile alla disposizione abrogata per via referendaria, previsto, tuttavia, in altra disposizione vigente nel tessuto normativo dell'ordinamento giuridico, fintantoché non fosse entrata in vigore la nuova disciplina della materia.

Ad avviso del Consiglio di Stato, l'applicazione fatta dello stesso decreto 1° agosto 1996 a far data dal giorno (21 luglio 2011) non era stata coerente - nei limiti in cui quel decreto contemplava e applicava, per la determinazione della tariffa, il criterio dell'adeguata remunerazione del capitale investito - con il quadro normativo risultante dalla consultazione referendaria.

Il Consiglio di Stato perveniva a questa conclusione non già in conseguenza di un'estensione degli effetti propri del *referendum* all'art. 170, comma 3, lett. l), d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; quanto sulla scorta di una riconosciuta valenza espansiva dell'abrogazione referendaria rispetto alle disposizioni legislative non coinvolte in maniera espressa, ma comunque incompatibili con la volontà manifestata dagli elettori, asserendo che, malgrado la l. 25 maggio 1970, n. 352 nulla disponga in merito, deve ritenersi che il positivo esito referendario incida anche su tali ulteriori norme. Precisando, inoltre, che, in siffatti casi, facendo richiamo alle sentt. nn. 3/1995 e 63/1990 della Corte costituzionale, si è al cospetto più che di un'abrogazione tacita conseguente, di una sopravvenuta inapplicabilità o inoperatività di disposizioni legislative collegate a quella oggetto del quesito. Concludendo, infine, con l'affermazione che si tratterebbe di esito interpretativo che alla Sezione pare in linea con quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nel dichiarare ammissibile la richiesta di *referendum* popolare.

Ora, con riguardo a tale parere, se, da un lato, è possibile dividerne appieno le conseguenze sul piano pratico; non è invero possibile fare altrettanto per quanto concerne l'impianto argomentativo attraverso cui si è giunti a tale risultato.

A parte, infatti, il poco cristallino passaggio in cui afferma che all'esito interpretativo non può giungersi "in conseguenza [...] di una estensione degli effetti propri del *referendum* del 2011 all'art. 170, comma 3, lett. l), d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152": a che cosa si riferisce con effetti propri rimane invero di oscuro significato.

Volendo, tuttavia, concentrare l'attenzione sull'asse portante del parere quello che non si riesce proprio a condividere è come, dopo avere richiamato la valenza espansiva dell'abrogazione referendaria rispetto alle disposizioni legislative non coinvolte in maniera espressa dal quesito, a causa dell'*incompatibilità* con la volontà manifestata dagli elettori, il Consiglio di Stato concluda che, nel caso in questione, si sia al cospetto di una sopravvenuta inapplicabilità o inoperatività di disposizioni collegate a quelle oggetto del quesito.

Infatti, se si ritenesse per davvero che la fattispecie in questione fosse un caso di sopravvenuta inapplicabilità o inoperatività, allora il richiamo all'*incompatibilità* è un argomento che prova troppo, andando a configurare propriamente un caso di abrogazione tacita.

Le stesse pronunce della Corte costituzionale, che nel parere vengono richiamate, sono esemplificative di norme che si ricollegano, per il tramite degli effetti pratici, a quelle oggetto del quesito, producendo mere incongruenze nella legislazione superstite, risolvibili per il tramite della

---

<sup>(6)</sup> V., *infra*, il par. 3 per lo svolgimento delle questioni conseguenti all'approvazione del metodo tariffario transitorio.

inoperatività sopravvenuta.

Da qui, dunque, se l'istituto della sopravvenuta inapplicabilità o inoperatività deve avere un suo statuto logico ben definito, questo non può di certo sovrapporsi in toto a quello che caratterizza l'abrogazione tacita, pena lo sfumare delle categorie.

A tal riguardo, senza poter ripercorre, neppure sommariamente, l'ampio dibattito attorno al fenomeno abrogativo, basti solo osservare come anche la più recente dottrina riconnetta all'abrogazione, "quale necessario presupposto, il verificarsi di un contrasto tra contenuti normativi che si susseguono nel tempo"<sup>(7)</sup>. Di conseguenza, lo statuto logico dell'inoperatività sopravvenuta, se vuole avere una differenza significativa e apprezzabile rispetto a quello dell'abrogazione tacita o implicita<sup>(8)</sup>, deve allora essere costruito attorno alla mera incongruenza<sup>(9)</sup>, sul piano degli effetti pratici, all'interno della legislazione superstite, dopo l'ablazione del testo normativo, operata per il tramite dell'abrogazione espressa; prescindendo da ogni richiamo all'incompatibilità con la volontà degli elettori.

2. La restituzione agli utenti della componente relativa all'adeguata remunerazione del capitale investito: "atto primo"

Ad ogni buon conto, a seguito di detto parere, l'AEEGSI, il 31 gennaio 2013, con la delib. 38/2013/R/idr, ha avviato il procedimento volto alla restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa all'adeguata remunerazione del capitale investito con riferimento al periodo 21 luglio - 31 dicembre 2011.

All'interno di questo procedimento, l'Autorità ha emanato, il 25 giugno 2013, la delib. 273/2013/R/idr, con cui venivano definiti, in continuità metodologica con il documento per la consultazione 290/2012/R/idr, i criteri in base ai quali determinare l'ammontare da restituire agli utenti finali per il summenzionato periodo di tempo.

Nella richiamata delibera veniva, altresì, definito l'ambito di applicazione<sup>(10)</sup> e la procedura per la restituzione agli utenti finali della componente tariffaria in questione. Sotto quest'ultimo aspetto, oltre all'individuazione degli strumenti con i quali assicurare concretamente la restituzione, venivano definite le modalità di verifica e di approvazione, da parte dell'AEEGSI, delle determinazioni degli Enti d'Ambito. Infatti, questi ultimi (o comunque i soggetti competenti per la predisposizione tariffaria), entro 3 mesi dalla pubblicazione della delib. 273/2013/R/idr, avrebbero dovuto trasmettere

---

<sup>(7)</sup> V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli, Torino, 2013, 39: "Non può, dunque, darsi abrogazione senza incompatibilità". Per alcune indicazioni bibliografiche sul fenomeno abrogativo *tout court* e sulla abrogazione da *referendum* si rinvia al par. 4.

<sup>(8)</sup> Sulla distinzione tra abrogazione *tacita* e abrogazione *implicita* si veda G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1993, rist., 41.

<sup>(9)</sup> Oltretutto, nei rapporti tra norme che si susseguono nel tempo, ben possono verificarsi casi di interdipendenza tra le stesse, i quali, per tale caratteristica, possono assoggettarsi al principio del *aut simul stabunt, aut simul cadent*, senza che venga in rilievo alcuna incompatibilità che appunto produrrebbe un'abrogazione tacita. Qui, invero, l'istituto dell'inoperatività sopravvenuta potrebbe trovare terreno fertile per spiegare il fenomeno in discussione; sempreché non si ritenga di assumere una concezione più estesa dei presupposti che produrrebbero l'abrogazione tacita, richiamando quella che è stata definita abrogazione per presupposizione (o abrogazione indiretta): "si può avere abrogazione *per presupposizione* [...] quando siano venuti meno gli istituti dei quali le disposizioni di un codice non sono che svolgimenti o conseguenze particolari: ad es. le norme del codice civile, che contemplano il matrimonio del re e della famiglia reale nonché le norme corporative devono considerarsi abrogate perché presuppongono istituti soppressi", R. QUADRI, *Commento all'art. 15*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1974, 343.

<sup>(10)</sup> Delib. 273/2013/R/idr, comma 1.1. : "Il presente provvedimento si applica a tutte le gestioni che, in tutto o in parte il periodo compreso tra il 21 luglio e il 31 dicembre 2011, applicavano, per il calcolo dei ricavi regolati, uno dei seguenti metodi tariffari: a) metodo tariffario normalizzato per definire le componenti di costo e determinare la tariffa di riferimento, di cui al Decreto del Ministero dei Lavori Pubblici del 1 agosto 1996 (MTN); b) metodo tariffario per la regolazione e la determinazione della tariffa del Servizio idrico integrato in Emilia-Romagna, di cui al Decreto del Presidente della Giunta Regionale 13 marzo 2006, n. 49, come modificato dal Decreto del Presidente della Giunta Regionale 13 dicembre 2007, n. 274 (Metodo Emilia Romagna)".

all'Autorità, il calcolo dell'ammontare di remunerazione del capitale investito da restituire agli utenti. L'AEEGSI, a quel punto, avrebbe verificato la coerenza del suddetto calcolo con i criteri individuati nella delib. 273/2013/R/idr, esprimendo eventuali rilievi entro 60 giorni dal ricevimento dello stesso. Decorso tale termine (e in assenza della comunicazione di rilievi da parte dell'AEEGSI), il gestore avrebbe dovuto restituire agli utenti gli importi calcolati dagli Enti d'Ambito nel primo documento di fatturazione utile, dando evidenza dell'importo restituito. Veniva, in ogni caso disposto <sup>(11)</sup>, conformemente con quanto previsto nell'art. 3, comma 1°, del d.p.c.m. 20 luglio 2012, che, qualora gli Enti d'Ambito (o i soggetti competenti) non avessero adempiuto agli obblighi previsti, l'Autorità avrebbe esercitato il potere sostitutivo.

Nell'ambito delle citate attività di verifica, sono, tuttavia, emerse differenti fattispecie concrete: infatti, alcuni Enti d'Ambito hanno ottemperato pienamente agli obblighi previsti; altri, invece, sono risultati inadempienti rispetto a quanto stabilito dal comma 1.3. della delib. 273/2013/R/Idr <sup>(12)</sup>. Infine, per altri Enti d'Ambito ancora, l'Autorità ha ritenuto di dover dar corso a ulteriori accertamenti istruttori.

Così che l'AEEGSI, in data 5 dicembre 2013, con delib. 561/2013/R/Idr, ha disposto di pubblicare l'elenco <sup>(13)</sup> degli Enti d'Ambito, in relazione alle cui proposte l'Autorità ha ritenuto di non dover formulare rilievi; di prevedere che, nel caso in cui i soggetti a cui erano state inviate puntuali richieste di chiarimento non avessero adempiuto alle stesse, si fosse proceduto a determinare la quota oggetto di restituzione in conformità ai criteri della delib. 273/2013/R/idr e sulla base dei dati disponibili, anche raccolti ai sensi della delib. 347/2012/R/idr, escludendo dal computo, in un'ottica di tutela degli utenti, i valori ritenuti inammissibili laddove la determinazione delle componenti da decurtare non risultasse supportata da adeguate motivazioni concernenti le valutazioni di efficienza del gestore. Infine, ha intimato ai soggetti risultati inadempienti, rispetto a quanto stabilito dal comma 1.3. della delib. 273/2013/R/idr, di dar corso alle suddette prescrizioni entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione della delibera, e che, in caso di protratta inosservanza, l'Autorità avrebbe determinato forfettariamente l'importo da restituire.

L'ulteriore attività di verifica porterà l'AEEGSI, il 3 aprile 2014, con la delib. 163/2014/R/idr, a pubblicare l'elenco degli Enti d'Ambito, le cui proposte sono risultate infine, positivamente, verificate; nonché l'elenco degli Enti che, invece, si dimostravano essere ancora inadempienti, in quanto non avevano dato seguito alle prescrizioni di cui comma 1.3. della delib. 273/2013/R/idr, oppure alle richieste di chiarimenti. Disponendo, inoltre, che, per quanto concerne questi ultimi, si procedesse a determinare la quota oggetto di restituzione, ai sensi di quanto disposto dal punto 2 della delib. 561/2013/R/idr, escludendo dal computo i valori ritenuti inammissibili in un'ottica di tutela degli utenti; mentre, per coloro che risultavano inadempienti con riguardo al punto 1.3. della delib. 273/2013/R/idr, che la componente da restituire agli utenti fosse quantificata forfettariamente.

Tuttavia, nelle more di questa ulteriore attività di verifica, alcuni gestori del SII avevano adito il T.A.R. Lombardia, per l'annullamento, tra l'altro, anche della delib. 273/2013/R/idr. I suddetti ricorsi occasioneranno una ventina di pronunce del giudice amministrativo: per la questione che qui interessa, si dimostreranno essere di particolare importanza le decc. nn. 779, 1118, 1275, 2528, emesse dalla Sezione II, del Tar lombardo.

Prima di procedere all'esame delle stesse, è, tuttavia, opportuna una succinta divagazione sulla sentenza della Corte costituzionale con cui è stata dichiarata l'ammissibilità della richiesta

---

<sup>(11)</sup> Delib. 273/2013/R/idr, comma 1.4.: "Qualora gli Enti di Ambito o i soggetti competenti non provvedano alla trasmissione secondo le modalità previste, l'Autorità esercita, conformemente alla normativa vigente, il potere sostitutivo. In tal caso si applica la disposizione di cui al comma 6.9, della delib. 585/2012/R/Idr".

<sup>(12)</sup> Delib. 273/2013/R/Idr, comma 1.3.: "Entro 3 mesi dalla pubblicazione del presente provvedimento, gli Enti d'Ambito o i soggetti competenti per la predisposizione tariffaria, trasmettono all'Autorità, per le verifiche di cui al comma 2.5, il calcolo dell'ammontare di remunerazione del capitale relativo al periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 da restituire agli utenti, individuato secondo i criteri di cui al successivo articolo 2. La trasmissione dovrà essere effettuata in formato elettronico all'indirizzo ptransitorio-idr@autorita.energia.it, indicando come oggetto "Restituzione remunerazione capitale 2011" e allegando una relazione di accompagnamento e i relativi file di calcolo".

<sup>(13)</sup> V. l'Allegato "A" della delibera.

referendaria dalla quale è conseguita l'abrogazione parziale del comma 1, art. 154, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

L'opportunità di questa breve digressione potrà apprezzarsi, oltre che per avvedersi sugli aspetti precipui della vicenda qui in commento, anche - e soprattutto - per mettere in evidenza aspetti dal ben più ampio respiro teorico.

2.1. (Segue...) *excursus* sulla sentenza n. 26/2011 della Corte costituzionale: una pronuncia non del tutto soddisfacente?

“Potremmo mai avere sentenze di ammissibilità del *referendum* del tutto soddisfacenti?": questo è l'interrogativo con cui Roberto Bin, quindici anni or sono, apriva un suo contributo su “Giurisprudenza costituzionale”<sup>(14)</sup>.

La domanda è rimasta, ahimè, particolarmente attuale. Le ragioni che sorreggono questa affermazione sono tante. A tal proposito, volendo solamente tracciare alcune linee, è doveroso, innanzitutto, specificare rispetto a che cosa debbano essere soddisfacenti le sentenze di ammissibilità del *referendum*.

L'esigenza che viene in rilievo, rivendicando di essere soddisfatta, è quella - se non ci si inganna! - di “costante fedeltà ai canoni di logica giuridica”<sup>(15)</sup>. L'appagamento di questa esigenza trova un solido ancoraggio nella convinta adesione al principio della misurabilità e della controllabilità del potere, il quale, in un sistema a Costituzione rigida, si pone chiaramente come elemento essenziale e immanente.

Sotto questo aspetto, sono note, da tempo, le innumerevoli considerazioni critiche rivolte alla Corte costituzionale, in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum*: esula dall'economia di questo contributo ripercorrerle anche sommariamente.

L'intendimento che anima questa parte del lavoro si attesta, piuttosto, sul piano delle applicazioni giurisprudenziali, e consiste nel tentare di ricondurre a coerenza una sentenza che si ritiene non essere stata del tutto soddisfacente rispetto a quel principio che reclama, per il tramite della costante fedeltà ai canoni di logica giuridica, la misurabilità e controllabilità del potere.

Balena, inoltre, sullo sfondo, un altro intento: quello di avvedersi sul grado di effettiva integrazione dell'istituto referendario nel ordinamento giuridico italiano.

Tracciate così le coordinate di questa parte dello studio, si può rivolgere lo sguardo all'impianto argomentativo della sentenza n. 26 gennaio 2011, n. 26. Nei confronti del quale possono, invero, avanzarsi una serie di rilievi critici; preme, tuttavia, concertare l'attenzione, soprattutto, su due di questi: il giudizio sull'accertamento dell'omogeneità del quesito e il giudizio sull'accertamento dell'evidenza del fine intrinseco.

In riferimento ai suddetti profili, la Corte ha affermato, dapprima, che “Il quesito, benché formulato con la cosiddetta tecnica del ritaglio, presenta, d'altro canto, i necessari caratteri della chiarezza, coerenza ed omogeneità. Infatti, attraverso l'abrogazione parziale del comma 1 dell'art. 154, e, in particolare, mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito», si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua.”<sup>(16)</sup>. Concludendone, subito dopo, “Dunque il quesito incorpora l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo, cioè la puntuale ratio che lo ispira (sentenza n. 29 del 1987), in quanto dall'inciso proposto per l'abrogazione è dato trarre con evidenza «una matrice razionalmente unitaria» (sentenze n. 25 del 1981 e n. 16 del 1978)”.

Ora - e rischiando di essere un po' *tranchant* - quello che non si riesce a condividere è come dall'affermazione circa l'esistenza dell'omogeneità strutturale del quesito possa direttamente derivare

---

<sup>(14)</sup> R. BIN, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni «referendarie» del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 222.

<sup>(15)</sup> A. BALDASSARRE, *La commedia degli errori*, in *Pol. dir.*, 1978, 578.

<sup>(16)</sup> Corte cost. sent. n. 26 del 2011, cons. dir., 5.2.



l'accertamento sull'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo.

Infatti, a tal proposito, bisogna rammentare l'insegnamento che autorevole dottrina, da tempo, ci ha reso, e che consiste in ciò: "Il fine intrinseco dell'abrogazione referendaria, per vero, se deve avere una sua logica identità, non può coincidere con l'oggetto dell'abrogazione, e cioè con quanto si richiede di abrogare. Quando si accerta il fine intrinseco, pertanto, non si deve considerare solo il complesso delle disposizioni sulle quali si chiede di votare, ma anche il complesso di quanto *non* è oggetto della richiesta, poiché è proprio dal raffronto tra chiesto e non chiesto che meglio e più compiutamente può emergere lo scopo che è perseguito"<sup>(17)</sup>.

Sulla base di quanto si è riportato, sorge quindi spontaneo domandarsi se lo statuto del fine intrinseco abbia, invero, al di fuori del proprio contesto genetico<sup>(18)</sup>, una sua logica consistenza oppure sia un guscio vuoto che all'occorrenza può riempirsi dei più svariati significati<sup>(19)</sup>. L'impressione che si ricava rileggendo il passaggio argomentativo della citata sentenza è quella che, fuori dal suo contesto genetico, detto canone abbia una fisionomia davvero sfumata. Questo può significare, però, che, per metterne a fuoco la figura, la Corte finisca per appiattirsi sulla dimensione *subiettiva*<sup>(20)</sup> della richiesta, ledendo il principio della irrilevanza degli intendimenti soggettivi dei promotori nella valutazione di ammissibilità della richiesta referendaria<sup>(21)</sup>.

Oltretutto, mette conto ancora di rilevare, che, di riflesso a questo tentativo di errata valorizzazione<sup>(22)</sup> del canone del fine intrinseco, quello che così viene sbiadendo, però, sono i contorni del principio abrogando (o abrogato)<sup>(23)</sup>, i quali vengono coperti dalla spessa coltre di fumo levatasi a seguito del

---

<sup>(17)</sup> M. LUCIANI, *Art. 75, Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, I, 2, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 2005, 433.

<sup>(18)</sup> Per contesto genetico ci si riferisce alla materia elettorale: come noto, infatti, la *sent. n. 29 del 1987* - con cui, per la prima volta, venne fatto esplicito riferimento al requisito "dell'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo" - è stata emessa a conclusione di un giudizio di ammissibilità di un quesito referendario vertente sulla legge elettorale del CSM.

<sup>(19)</sup> È stato anche ritenuto che: "tale criterio, utilizzato al di fuori dal suo contesto genetico, finisce con coincidere, di nuovo, con quello dell'omogeneità/completezza [...]": P. COSTANZO, *Teoria e pratica dell'iniziativa referendaria regionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 178.

<sup>(20)</sup> Il caso qui in commento pare essere esemplificativo proprio di questa tendenza. Si vedano anche le osservazioni di A. GIORGIS e F. DEALESSI, *L'incerto oggetto giuridico dei referendum sulle modalità di gestione del servizio idrico*, in *Rivista AIC* - N. 00 del 02.07.2010.

<sup>(21)</sup> Tale principio è stato più volte affermato dalla Consulta. Può leggersi, chiaramente, nella *sent. n. 28 del 1981*: «la "omogeneità" del quesito referendario non può essere vagliata - come già puntualizzato nella sentenza n. 16 del 1978 - alla stregua degli intendimenti soggettivi dei presentatori e dei sottoscrittori della richiesta: né tanto meno in relazione ai mutevoli intenti che potrebbero indurre gli elettori a votare per o contro l'abrogazione». Si veda, inoltre, sul punto, P. CARNEVALE, *Noterelle in tema di motivazione della richiesta di "referendum" abrogativo, interpretazione della sua "ratio" e intendimenti soggettivi dei promotori nel giudizio sulla ammissibilità delle proposte ablatorie popolari*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Giappichelli, Torino, 407 e ss.

<sup>(22)</sup> Sulla valorizzazione del requisito del fine intrinseco si può discutere (e invero si è discusso in dottrina). In questa sede ci si può limitare solo a porre un fugace richiamo, senza entrare dunque nel merito della quesitone, dei principali problemi che la dottrina ha avuto modo di evidenziare con riguardo alla possibile "valorizzazione del requisito del fine intrinseco": a) consentire o imporre la redazione di quesiti manipolativi; b) possibile presa di mira delle intenzioni soggettive dei promotori nel momento della ricostruzione del fine dell'abrogazione, a discapito di quanto invece oggettivato nel quesito; c) la trasformazione di una caratteristica ordinamentale (la presenza di una pluralità di prospettive normative conseguenti all'abrogazione referendaria) nel suddetto requisito di ammissibilità. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a M. LUCIANI, *Art. 75, Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, I, 2, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 2005, 432- 433.

<sup>(23)</sup> Utilizza la terminologia "principio abrogato" L. CASSETTI, *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, 259, per indicare quel principio che consente "di delineare il contenuto dell'abrogazione referendaria". Si veda anche, della stessa A., *L'individuazione del principio abrogativo nel giudizio sulla cessazione delle operazioni referendarie*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2227.

Parla, invece, di "principio abrogando", riferendosi allo stesso concetto espresso con la terminologia "principio abrogato", D. M. TRAINA, *Di alcune questioni relative ai referendum sulla disciplina del commercio: in particolare l'esatta individuazione del «principio abrogativo»*, in *Giur. cost.*, 1995, I, 38, alla nota n. 2.

Il riferimento al principio abrogativo (o principi abrogativi) è invero espressivo di una diversa fenomenologia, e pertanto va tenuto distinto dal termine principio abrogando (o abrogato). "Il principio abrogativo contiene la definizione delle finalità dell'abrogazione referendaria: la sua individuazione consente di descrivere gli effetti del *referendum* sul



non corretto svolgimento del giudizio sul fine intrinseco, che, sovrapponendosi al principio abrogato, ne offusca totalmente la fisionomia.

Il riscontro di questa tendenza, all'interno dell'ormai più che quarantennale giurisprudenza della Corte in tema di ammissibilità del *referendum*, non è certo una novità: già in passato, infatti, con riguardo alla *sent. n. 29 del 1987*, attenta dottrina aveva puntualmente riscontrato che “il giudizio sulla formulazione del principio abrogativo e quindi sulle direzioni e le finalità della proposta abrogazione, anziché porsi come sviluppo logico del giudizio sul contenuto della proposta, finisce per sostituirsi ad esso”<sup>(24)</sup>.

La suddetta incongruenza - com'è stato ben detto - trova il “il suo luogo naturale di origine [...] [nell'] uso non sempre coerente del limite dell'omogeneità del quesito”<sup>(25)</sup>. Occorre, invero, aggiungere, solamente, che detto criterio mal si presta ad un uso coerente per il fatto che lo stesso “ha uno statuto logico debole, che fa dubitare della stessa praticabilità d'un suo obiettivo sindacato giurisdizionale”<sup>(26)</sup>.

Volendo risalire ancora più a monte, tuttavia, non può non osservarsi come *il problema irrisolto*, da cui si aprono a ventaglio le questioni appena visitate, sia quello dell'*oggetto del referendum popolare* <sup>(27)</sup>: che, a sua volta, rappresenta la proiezione, sul piano delle fonti, della più generale problematica relativa all'accoglimento del principio della separazione dei poteri di produzione e di applicazione del diritto all'interno dell'ordinamento giuridico <sup>(28)</sup>.

Soprassedendo, per ora <sup>(29)</sup>, dallo scoperchiare questo vero e proprio vaso di Pandora, quello di cui ci si vuole avvedere attiene all'uso del criterio dell'omogeneità, ovvero: se la Corte, nella sentenza che qui si commenta, ne abbia fatto buon uso o meno.

Per le ragioni di cui sin qui si è dato conto, si può subito dire che, per la Corte, la strada si presentava già in salita. Eppure, con tutte le difficoltà del caso, il tentativo di svolgere un esame più approfondito sull'inciso proposto per l'abrogazione avrebbe forse permesso alla Corte di apprezzare alcuni aspetti degni di rilievo.

Il criterio di determinazione della tariffa in base all'adeguata remunerazione del capitale investito, infatti, trovava esplicitazione nel d.m. 1° agosto 1996, il quale, attraverso una concreta formula di calcolo, lo rendeva applicabile nell'ordinamento.

Per opera di detto decreto la tariffa del SII era così articolata:  $T_n = (C+A+R) n-1 (1+\Pi +K)$ . La

quadro normativo entro il quale operano le disposizioni che si intendono abrogare”: L. CASSETTI, *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, 259.

All'interno della terminologia principio abrogativo (o principi abrogativi), è stato, inoltre, messo in luce da D. M. TRAINA, *Di alcune questioni...*, cit., 38, alla nota n. 3, che: “La locuzione [...] sottintende in realtà due diverse nozioni: una *oggettiva* [...] che «consente di descrivere gli effetti del *referendum* sul quadro normativo entro il quale operano le disposizioni che si intendono abrogare» (L. CASSETTI, *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, cit., 258); ed una *soggettiva*, che concerne «le finalità e gli obiettivi entro i quali si muove(va) la proposta del Comitato promotore» (Id., *L'individuazione del principio abrogativo...*, cit., 2227). Non sempre le due nozioni coincidono, in quanto l'intento dei promotori può andare al di là degli effetti oggettivi dell'abrogazione sull'ordinamento [...]”.

<sup>(24)</sup> L. CASSETTI, *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, 261.

<sup>(25)</sup> L. CASSETTI, *op. et loc. ult. cit.*.

<sup>(26)</sup> M. LUCIANI, *op. cit.*, 414.

<sup>(27)</sup> Sulla *querelle* attorno all'oggetto del *referendum* si vedano, *ex multis*, F. SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, in *Studi parlam.*, 1971. G. GRECA, *L'oggetto del referendum abrogativo*, in *Il foro amministrativo*, 1974, 2. ID, *Referendum e sovranità popolare*, in *Democrazia e diritto*, III, 1976. R. QUADRI, *Commento all'art. 15*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1974, 343. A. MORRONE, *L'oggetto e il risultato dell'abrogazione dell'abrogazione referendaria ammissibile*, in *Elettori Legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, a cura di R. BIN, Giappichelli, Torino, 1999, 148. Per ulteriori richiami, si rinvia al par. 4.

<sup>(28)</sup> Si veda sul punto quanto affermato da autorevole dottrina, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 713: “Lo stesso disegno complessivo del sistema delle fonti trae, a ben vedere, la sua validità dall'essere la proiezione oggettiva del sistema di separazione tra le istituzioni-poteri garantite dalla Costituzione”.

Da questa prospettiva, allora, si comprende come *l'oggetto del referendum popolare* divenga il *perno centrale del meccanismo d'innesto* dell'istituto nel sistema costituzionale.

<sup>(29)</sup> Una succinta annotazione sarà svolta al par. 4.

componente R della formula di calcolo era composta dal reddito operativo <sup>(30)</sup> e dal capitale investito <sup>(31)</sup>. Il capitale investito era definito dalla media dei valori <sup>(32)</sup> del capitale iniziale e finale dell'esercizio ed esprimeva il valore dell'investimento medio aziendale. Sul capitale investito si applicava un tasso di remunerazione fissato nella misura del 7% <sup>(33)</sup>.

Da ciò, dunque, si può apprendere come l'intera componente qui in rilievo (R) contenesse al suo interno differenti quote tariffarie, alcune correlate al costo del capitale - indissolubilmente legate, quindi, al principio del *cost recovery* <sup>(34)</sup> - , altre, invece, riconnesse, più propriamente, alla remunerazione netta del capitale investito.

Questa dicotomia di quote tariffarie all'interno della più generale componente dell'adeguata remunerazione del capitale investito avrebbe potuto, forse, se rilevata dalla Corte, ingenerare alcuni dubbi relativamente all'omogeneità strutturale del quesito referendario, in quanto il principio abrogando (o abrogato) si sarebbe così compattato attorno a due oggetti espressione di due principi non riducibili a una matrice razionalmente unitaria.

Senonché, spostando l'esame dal piano dell'omogeneità in senso stretto a quello dell'omogeneità come completezza-coerenza del quesito, i dubbi sollevati paiono acquietarsi nel rilievo che, da una considerazione complessiva del chiesto - non chiesto, sarebbe, ad ogni modo, sopravvissuto, all'interno della stessa disposizione oggetto del quesito referendario, l'inciso, relativo alla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, in modo che fosse assicurata *la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga"*.

Da qui, dunque, a meno che non si fosse voluto ravvisare nella detta esclusione un difetto di formulazione del quesito per incompletezza - incoerenza <sup>(35)</sup>, l'abrogazione dell'inciso *dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*, sarebbe stata, implicitamente, ridimensionata alla sola quota tariffaria correlata alla remunerazione netta del capitale investito; con la conseguenza ulteriore che, oltre al recupero di completezza - coerenza, anche la matrice del quesito abrogativo ne sarebbe uscita rinforzata nella sua razionalità e unitarietà, lasciando trasparire, nitidamente, il principio abrogando (o abrogato), consistente nell'*eliminazione della sola quota della componente tariffaria che assicurava, in maniera fissa e predeterminata, la remunerazione netta del capitale investito*; e non anche delle quote della componente tariffaria correlate al costo del capitale.

<sup>(30)</sup> Ricavi meno costi della gestione caratteristica (prima delle detrazioni degli oneri finanziari e fiscali).

<sup>(31)</sup> Immobilizzazioni materiali e immateriali al netto dei relativi fondi di ammortamento: dalle immobilizzazioni [andavano] eliminati i contributi a fondo perduto, nonché i finanziamenti a tasso agevolato per la parte differenziale.

<sup>(32)</sup> Capitale investito al tempo 1 =  $[V_0 + (I_1 - A_1)] / 2 = (V_0 + V_1) / 2$ .

V<sub>0</sub> = Valore del capitale investito al tempo 0

V<sub>1</sub> = Valore del capitale investito al tempo 1

I<sub>1</sub> = Investimenti effettuati al tempo 1

A<sub>1</sub> = Ammortamenti relativi agli investimenti al tempo 1

<sup>(33)</sup> Reddito sul capitale investito al tempo 1 =  $[(V_0 + V_1) / 2] \cdot t = R$ .

V<sub>0</sub> = Valore del capitale investito al tempo 0

V<sub>1</sub> = Valore del capitale investito al tempo 1

I<sub>1</sub> = Investimenti effettuati al tempo 1

A<sub>1</sub> = Ammortamenti relativi agli investimenti al tempo 1

t = tasso di ritorno sul capitale investito

r: remunerazione del capitale investito

<sup>(34)</sup> Il quale, oltre a sopravvivere, proprio all'interno della stessa disposizione di cui all'art. 154 del d.lgs. 152 del 2006, nella parte in cui prescrive che la tariffa venga determinata "in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga"; ritrova pure fondamento normativo nella direttiva n. 2000/60/CE (la c.d. "Water Framework Directive", WFD), all'art. 9. Per alcuni rilievi su quest'ultimo aspetto, si rinvia al par. 2.2., note 39, 51 e 53.

<sup>(35)</sup> La Corte, invero, così argomentando, avrebbe dovuto concludere per una decisione di inammissibilità, in quanto, accertando l'omogeneità strutturale come comprensiva sia della quota tariffaria correlata alla remunerazione netta del capitale investito sia alla quota correlata al costo del capitale investito, nel momento del giudizio sulla omogeneità funzionale del quesito, permanendo nella normativa di risulta il principio del *cost recovery*, si sarebbe riscontrata una chiara incoerenza/incompletezza.

Ricostruita così <sup>(36)</sup> l'omogeneità strutturale del quesito, occorre ancora attardarsi, svolgendo alcune considerazioni, sul canone dell'omogeneità come completezza-coerenza: sul punto, deve rilevarsi, l'assenza, all'intero dell'impianto argomentativo della motivazione di ammissibilità, di un pur succinto richiamo all'art. 170, comma 3°, lett. 1), del d.lgs 3 aprile 2006, n. 152, in virtù del quale veniva disposto che “fino all'emanazione del decreto di cui all'art. 154, comma 2, continua[sse] ad applicarsi il d.m. 1° agosto 1996”.

Quest'ultimo, invero, come richiamato in apertura del lavoro, fu emanato in attuazione <sup>(37)</sup> della precedente normativa, la quale, ugualmente a quanto disponeva l'art. 154 del Codice dell'ambiente, contemplava, tra le componenti per la determinazione della tariffa del SII, il criterio dell'adeguata remunerazione del capitale investito.

Con il d.m. 1° agosto 1996 trovava, infatti, piena cittadinanza nell'ordinamento giuridico il metodo tariffario normalizzato (c.d. MTN), il quale, svolgendo il criterio dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, lo rendeva applicabile, come puro criterio di calcolo, nell'ordinamento.

È di tutta evidenza, dunque, che il principio abrogando (o abrogato), per il tramite dell'art. 170 comma 3°, lett. 1), del d.lgs 3 aprile 2006, n. 152, sarebbe, anche in caso di esito positivo della consultazione popolare, residuo all'interno della legislazione superstite, con ciò, quindi, potendosi avanzare delle perplessità circa l'omogeneità funzionale del quesito. Ma il fatto che di tutto questo non vi sia traccia <sup>(38)</sup> nell'impianto argomentativo della sentenza può, forse, considerarsi come un elemento indiziario per avvalorare il più generale orientamento giurisprudenziale della Corte volto, in qualche modo, se non a sconfessare, a ridimensionare il quanto mai discusso canone dell'omogeneità come completezza-coerenza.

Segnali in questo senso, oltretutto, si potevano già scorgere nella tornata referendaria del 1995, con la sent. n. 3, in cui la Corte costituzionale ebbe modo di precisare che “in relazione ad altre norme che si ricollegano, sul piano degli effetti pratici, a quelle oggetto del quesito [...] l'eventuale esito positivo dell'iniziativa referendaria ne determina in modo automatico l'inoperatività”. Sulla stessa scia, inoltre, nella tornata del 1997, si possono richiamare alla memoria le sentt. nn. 21, 38 e 42.

2.2. La restituzione agli utenti della componente relativa all'adeguata remunerazione del capitale investito: “atto secondo”.

Riprendendo le fila del discorso, possono essere adesso esaminate le decc. nn. 1118, 1275 e 2528, della Sezione II, del Tar Lombardia <sup>(39)</sup>. Come si diceva, oggetto di impugnativa, in questi ricorsi, è stata, tra l'altro, la delib. 273/2013/R/idr. Tra i motivi di doglianza mossi nei confronti della suddetta

---

<sup>(36)</sup> Per le ragioni evidenziate in precedenza, è chiaro che si sarebbe potuto addivenire, assumendo un altro *fundamentum relationis* oppure assumendo il canone dell'omogeneità formale, ad altre diverse ricostruzioni dell'omogeneità strutturale. Questo è dovuto alla debolezza dello statuto logico del criterio in questione.

<sup>(37)</sup> Precisamente in attuazione dell'art. 13, terzo comma, della l. n. 36 del 1994 (c.d. legge Galli)

<sup>(38)</sup> Per vero un richiamo esplicito all'omogeneità funzionale si rileva, al 5.2. del *cons. dir.*: “Il quesito, benché formulato con la cosiddetta tecnica del ritaglio, presenta, d'altro canto, i necessari caratteri della chiarezza, coerenza ed omogeneità [*Omissis*]”. Tuttavia, da una considerazione complessiva della motivazione della Corte, il suddetto richiamo alla “coerenza” pare più che altro una formula di stile, non sorretta dallo svolgimento di un effettivo giudizio sulla coerenza-completezza del quesito.

La tendenza a un uso (terminologico e concettuale) promiscuo è ben nota in dottrina. Si veda, tra i tanti, R. PINARDI, *Giudizio di ammissibilità e razionalità delle richieste di referendum*, in *Dir. soc.*, 1988, 619: “il giudice costituzionale, per descrivere compiutamente le esigenze sottese all'applicazione del limite della razionalità, si serve a volte di concetti quali quello di «chiarezza», di «omogeneità», di «coerenza», di «contraddittorietà», ect., quasi che gli stessi, dal punto di vista logico, fossero perfettamente equivalenti o per lo meno non chiaramente differenziati. La circostanza lascia alquanto perplessi: considerate anche le peculiari difficoltà legate ad una definizione rigorosa del criterio in esame, appare quanto mai necessario, viceversa, che ogni sua utilizzazione venga motivata nella maniera più precisa possibile”.

<sup>(39)</sup> Per quanto concerne la sent. n. 779 del 2014 si rinvia al par. 3.1.

delibera i ricorrenti hanno lamentato la violazione del principio del *full cost recovery* <sup>(40)</sup>, evidenziando che *l'obbligo di restituzione* della componente tariffaria relativa all'adeguata remunerazione del capitale investito *non fosse stato assistito da una previsione volta ad assicurare la copertura dei costi dell'investimento*.

Ad avviso del collegio giudicante, tale motivo di contestazione è risultato essere meritevole di accoglimento: infatti, la Sezione II del Tar Lombardia ha osservato che se: “con la delib. n. 585 del 2012, l'AEEG ha riconosciuto la necessità di copertura dei costi relativi al capitale investito, sia esso capitale di rischio o [...] capitale preso a prestito”, apparirebbe, invero, “contraddittorio che di tali costi non si [tenga] conto nella delib. n. 273 del 2013, considerato [che] la restituzione dell'intera componente R priva gli operatori non solo della possibilità di conseguire la remunerazione del capitale investito, ma anche della possibilità di conseguire una quota tariffaria correlata al costo del capitale”<sup>(41)</sup>.

La medesima conclusione verrà nuovamente raggiunta nella successiva pronuncia - sent. n. 1275/2014 <sup>(42)</sup> - della Sezione II del Tar lombardo, per poi consolidarsi, da ultimo, nella sent. n. 2528/2014 <sup>(43)</sup>.

Tali decisioni permettono di *evidenziare un aspetto molto importante dell'abrogazione referendaria parziale*, già da tempo messo in luce da accorta dottrina, consistente nel fatto che “è pressoché inevitabile che l'abrogazione di una legge o di una singola parte di essa ridondi sul significato normativo di disposizioni estranee al quesito referendario”<sup>(44)</sup>. Infatti, “[l']abrogazione di una disposizione può produrre effetti che non si limitano alla cancellazione dall'ordinamento, per il futuro, di una norma, ma che si estendono ad altre disposizioni ad essa connesse imponendo di attribuire a loro un significato *diverso* pur nella invarianza del testo che le contiene. I legami sistematici che connettono le varie norme rendono infatti le une interdipendenti dalle altre, in modo che la modifica di una disposizione può riflettersi sul significato (cioè sulla «portata» normativa) di quelle più intimamente collegate”<sup>(45)</sup>.

In altri termini, sarebbe quindi “estremamente riduttivo ritenere che il «referendum» parziale si risolva in una sorta di «sottrazione», per effetto della quale, l'atto che ne forma oggetto perda alcuni

---

<sup>(40)</sup> Il principio trova fondamento normativo nell'art. 9 della direttiva 2000/60/CE. Sul punto, si veda H. UNNERSTALL, “*The principle of full cost recovery in the EU- Water framework directive - Genesis and Content*”, in *Journal of Environmental Law*, vol. 19, n. 1.

Inoltre, per quanto concerne le fonti interne, già la legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli), all'art. 13, comma secondo, prescriveva: “La tariffa è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio”. Oltre al già richiamato art. 154 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, si veda anche il d.p.c.m. 20 luglio 2012, art. 2, rubricato: Finalità e principi ispiratori della regolazione del settore idrico, alla lettera e): “attuazione dei principi comunitari «recupero integrale dei costi», compresi quelli ambientali e relativi alla risorsa, e «chi inquina paga», ai sensi degli artt. 119 e 154 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e dell'art. 9 della direttiva 2000/60/CE”.

<sup>(41)</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. II, sent., n. 1118/2014.

<sup>(42)</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. II, sent., 15-05-2014, n. 1275, al punto 18.5: “La ricorrente contesta, poi, il quantum della restituzione della componente relativa alla remunerazione del capitale investito per violazione del principio del *full cost recovery* e della delib. n. 585/2012. Questa censura è fondata. Va invero osservato che, con la delib. n. 585 del 2012, l'AEEGSI ha riconosciuto la necessità di copertura dei costi relativi al capitale investito, sia esso capitale di rischio ovvero capitale preso a prestito. Appare pertanto contraddittorio che di tali costi non si sia tenuto conto nella Delib. n. 273 del 2013, considerato che la restituzione dell'intera componente R priva gli operatori non solo della possibilità di conseguire la remunerazione del capitale investito, ma anche della possibilità di conseguire una quota tariffaria correlata al costo del capitale”.

<sup>(43)</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, sent., 22-10-2014, n. 2528, al punto 5.: “le modalità di restituzione non sono - in ogni caso - rispettose del principio, più volte ribadito da questa Sezione, della copertura integrale dei costi (si rinvia, a tal proposito, al punto 18.5. della sentenza n. 1275/2014). Per effetto dell'accoglimento, seppur nei sensi sopra indicati, dei terzi motivi aggiunti, deve annullarsi la delibera dell'AEEG n. 273/2013”.

<sup>(44)</sup> D. M. TRAINA, *op. cit.*, in *Giur. cost.*, 1997, I, 346, alla nota 18.

<sup>(45)</sup> D. M. TRAINA, *op. cit.*, 346, alla nota 18.



dei contenuti da esso originariamente espressi, conservandone degli altri”<sup>(46)</sup>. Tant’è vero “che il «referendum» parziale provoc[a] un[a] «riduzione» del «testo» normativo, ma tale riduzione non trova puntuale riscontro in una corrispondente riduzione del «contenuto prescritto dallo stesso espresso. Il quale non si configura come la semplice somma aritmetica delle disposizioni di cui l’atto si compone, ma risulta dallo loro interazione e dai rapporti che tra esse si stabiliscono”<sup>(47)</sup>. Di qui, dunque, si chiarisce come “[l]’abrogazione parziale alter[i] questo sistema di equilibri, recidendo la rete delle connessioni sistematiche da cui tutte le parti dell’atto sono tenute insieme. Essa, quindi, reagisce - e non può non reagire - anche sulla portata delle disposizioni che ne siano risparmiate; le quali, private del contrappeso rappresentato da quelle abrogate, finiscono fatalmente per caricarsi di significati diversi da quelli loro originariamente propri”<sup>(48)</sup>.

Gli insegnamenti della citata dottrina paiono trovare pieno riscontro nella giurisprudenza del Tar lombardo che è stata appena visitata: infatti, i legami sistematici che intercorrevano tra le norme evincibili dalle disposizioni presenti nel comma 1, dell’art. 154 del Decreto Legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 sono stati chiaramente colti e valorizzati dal giudice amministrativo.

Oltretutto, tali legami erano ben noti anche ai promotori del referendum abrogativo: di tanto se ne trova conferma nella relazione introduttiva ai quesiti referendari, alla nota 50, ove può leggersi: “Interessante è la proposta referendaria Iannello-Nannetti che mira ad intervenire in maniera più massicciamente selettiva sull’art. 154, ovvero oltre ad eliminare la disposizione che prevede che la tariffa venga determinata come adeguata remunerazione del capitale investito, detta proposta suggerisce di eliminare anche la disposizione che prevede che la tariffa debba coprire per intero i costi di investimento e di esercizio. La proposta mira ad evitare che si ricavino profitti dall’acqua anche attraverso il recupero dei costi di investimento. Da un punto di vista giuridico, la proposta non dovrebbe presentare difficoltà, tuttavia, sotto il profilo dell’opportunità, e soprattutto della comunicazione, che vuole essere per tutti e tre i referendum diretta e chiara, il Forum ha ritenuto di confermare la prima formulazione. Non sarebbe immediatamente e facilmente comunicabile il principio secondo il quale nella nozione di corrispettivo è insita l’idea che questo comprenda la copertura dei costi e un profitto per il gestore”<sup>(49)</sup>.

Dunque, lo stesso Comitato promotore era consapevole che l’impatto ordinamentale dell’abrogazione referendaria non si sarebbe potuto spingere, per davvero, sino al punto di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell’acqua, in quanto, residuando, nella legislazione superstite<sup>(50)</sup>, le disposizioni contenenti le norme sulla necessità di assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio, che perlomeno sotto la particolare forma del costo opportunità<sup>(51)</sup>, lasciavano aperta la possibilità, nel passaggio dalla legislazione superstite alla normativa di risulta, al riconoscimento tariffario del capitale investito. Eppure i promotori, in

<sup>(46)</sup> A. D’ATENA, *In tema di abrogazione referendaria di leggi-cornice*, in *Referendum sulla caccia. Problemi vecchi e nuovi*, Istituto di Studi Giuridici, Perugia, 1986, 90.

<sup>(47)</sup> A. D’ATENA, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>(48)</sup> A. D’ATENA, *op. et loc. ult. cit.* Si veda, inoltre, F. SORRENTINO, *L’ammissibilità dei referendum manipolativi*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano, 1998, 190: “L’abrogazione, invero, ha un effetto di mutamento del significato delle disposizioni non abrogate che si realizza per eliminazione”.

<sup>(49)</sup> *Invertire la rotta, Per un governo pubblico dell’acqua, Relazione introduttiva ai quesiti referendari* di G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA e S. RODOTÀ, in <http://www.acquabenecomunetoscana.it/referendum/wp-content/uploads/2010/04/Relazione-introduttiva-ai-quesiti-referendari-per-la-ripubblicizzazione-dellacqua-2010.pdf>.

<sup>(50)</sup> L’elaborazione dalla distinzione tra *legislazione superstite* e *normativa di risulta* si deve a F. SORRENTINO, *op. et loc. ult. cit.*: “Il nuovo testo degli atti legislativi colpiti dall’esito favorevole della consultazione referendaria, può, dunque, denominarsi normativa o legislazione «superstite», onde designare la parte del testo formalmente non colpita dal referendum. Diversa è la normativa detta «di risulta», la quale rappresenta il contenuto normativo, tratto in via d’interpretazione dalla legislazione superstite, che rappresenta o dovrebbe rappresentare il risultato al quale tendono i promotori del referendum”.

<sup>(51)</sup> Per una efficace panoramica su questo concetto, si veda, *ex multis*, M. LIEBERMAN e R. HALL, *Principi di economia*, Seconda edizione, 2006, Apogeo, Milano, 27-33, nonché, in relazione alla complessa e correlata questione della definizione del profitto, 199 - 202.



ragione del fatto che - molto probabilmente - una richiesta referendaria che avesse inciso in modo diretto e senza modulazioni <sup>(52)</sup> anche su detto principio, si sarebbe esposta ad una possibile pronuncia di inammissibilità per contrarietà con le prescrizioni del diritto dell'Unione Europea <sup>(53)</sup>, hanno puntato proprio *sulla alterazione della rete di legami sistemici che connetteva le due disposizioni*, immaginando che si potesse pervenire, successivamente, per opera del giudice, una volta venuta meno la disposizione di legge che imponeva la predeterminazione in misura fissa del *quantum* della remunerazione netta del capitale investito, ad una interpretazione della residua disposizione contenente il principio del *full cost recovery*, tale per cui all'investimento di capitale proprio (o di rischio) non potesse più corrispondere alcuna forma di riconoscimento tariffario, neppure nella veste del costo-opportunità: tuttavia, come già rilevato, l'attività ermeneutica del Tar ha portato in una direzione opposta a quella che poteva essere la dimensione *subiettiva* della richiesta referendaria,

---

<sup>(52)</sup> Quello che si vuole rilevare, senza poter, in questa sede, entrare nel merito della discussione circa il fondamento e la portata del limite di ammissibilità costituito dalla fonti comunitarie, è che il caso di cui si sta scrivendo rientra in quelle ipotesi dette di "pre-conformazione all'obbligo di adeguamento derivante da direttive comunitarie": infatti, come avvertito nel testo, il principio *cost recovery* trovava già fondamento normativo nel comma 2 dell'art. 13 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli): "La tariffa è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio".

Successivamente, l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE ha disposto che gli Stati membri tengano conto "del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio «chi inquina paga». Gli Stati membri provvedono entro il 2010: — a che le politiche dei prezzi dell'acqua incentivino adeguatamente gli utenti a usare le risorse idriche in modo efficiente e contribuiscano in tal modo agli obiettivi ambientali della presente direttiva, — a un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici a carico dei vari settori di impiego dell'acqua, suddivisi almeno in industria, famiglie e agricoltura, sulla base dell'analisi economica effettuata secondo l'allegato III e tenendo conto del principio «chi inquina paga» [*Omissis*"]".

La suddetta direttiva verrà ad essere recepita con il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Ad ogni buon conto, per quanto riguarda il principio del *cost recovery*, si può notare come l'Italia fosse già conformata a detto principio, ancora prima che la direttiva disponesse che gli Stati dovessero provvedere ad un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici, avendo scelto di recuperare i costi in questione, integralmente, per il tramite della tariffa.

Occorre invero sottolineare che, in queste situazioni, a seguito di alcune prese di posizione da parte della Corte costituzionale (sentt. nn. 41 e 45 del 2000), la dottrina ha distinto tra: "a) *leggi sottoponibili a referendum*, quanto non vi sono obblighi comunitari; b) *leggi non sottoponibili a referendum*, quando il legislatore non ha alcuna discrezionalità quanto all'esistenza e al contenuto della legge (leggi comunitariamente vincolanti); c) *leggi sottoponibili solo a referendum parziali*, sia quando l'obbligo comunitario si limita ad imporre l'esistenza della disciplina mentre il legislatore è libero di scegliere tra i tanti possibili modi di dare attuazione a tale obbligo (leggi comunitariamente obbligatorie) sia quando l'obbligo comunitario non si limita ad imporre l'esistenza della disciplina ma impone al legislatore anche il rispetto di un nucleo minimo essenziale (leggi comunitariamente obbligatorie a contenuto minimo essenziale): R. LOMBARDI, *Limiti all'ammissibilità del referendum abrogativo in relazione al diritto comunitario*, in *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, a cura di F. MODUGNO e G. ZAGREBELSKY, Giappichelli, Torino, 2001, 203.

Sulla scorta di quanto detto, allora, pare che un quesito volto all'ablazione dell'intera parte del testo del comma 1 dell'art. 154 del d.lgs. 152/2006, nella parte in cui dispone che la tariffa sia determinata "in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga", probabilmente, si sarebbe esposto ad una pronuncia di inammissibilità. Quanto, invece, all'ipotesi di un quesito che avesse inciso anche su detto principio, tuttavia, limitatamente, alla parte di testo della disposizione in cui si prescrive l' "integrale" copertura dei costi di investimento e di esercizio, non è meno certo che avrebbe incontrato le medesime difficoltà; epperò una piccola finestrella aperta per l'ammissibilità poteva scorgersi, argomentando sulla base del fatto che la direttiva 2000/60/CE imponga invero agli Stati un *adeguato* contributo (*adequate contribution*) al recupero dei costi dei servizi idrici; e non *integrale* (*full*). Senonché, in letteratura (si veda quanto riportato alla nota 54), alcuni autori hanno interpretato l'aggettivo (*adequate*) in questione come espressivo della necessità di pervenire ad un recupero costi vicino al 100%.

<sup>(53)</sup> Sulla questione dell'inammissibilità della richiesta referendaria per i limiti derivanti dal diritto dell'Unione Europea, si vedano, *ex multis*, R. LOMBARDI, *op. et loc. ult. cit.*. A. CELOTTO, *La «pre-conformazione» a direttive comunitarie (in pendenza del termine di recepimento) come limite all'ammissibilità del referendum abrogativo e come norma interposta di carattere «eventuale» nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, cit., 81.

intendendo il principio del *full cost recovery* in modo più rigoroso e ampio<sup>(54)</sup>, e quindi comprensivo, oltre che dell'onere finanziario in senso stretto (il riconoscimento del costo del capitale di debito), anche del costo del capitale di rischio<sup>(55)</sup>.

A questo punto del discorso può essere conveniente svolgere una rapida considerazione sulle ragioni che hanno supportato la decisione dei promotori di scegliere tra i diversi quesiti referendari proposti quello che intervenisse in maniera meno massicciamente selettiva nei confronti del comma 1° dell'art. 154. Come si è rammentato in precedenza, le motivazioni sono da ricondurre, soprattutto, all'esigenza di addivenire ad una *comunicazione quanto più possibile chiara e diretta*.

Da questo punto di vista, allora, non sfugge che la questione è venuta ad assumere dei tratti davvero sorprendenti, si sarebbe quasi tentanti di definirli "paradossali". A tal proposito, infatti, stando alla dimensione *subiettiva* della richiesta, il significato e la portata dell'abrogazione referendaria in questione avrebbero dovuto tendere a rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua. Da questa prospettiva, allora, meglio si sarebbe prestata la proposta Iannello – Nannetti, la quale avrebbe permesso di obiettivizzare, in modo più appropriato, nel quesito esplicito<sup>(56)</sup> la dimensione *subiettiva* della richiesta referendaria<sup>(57)</sup>; evitando, così, di ingenerare quella tensione tra dimensione *subiettiva* e *oggettiva* che senz'altro non giova alla corretta canalizzazione della

---

<sup>(54)</sup> Tale interpretazione, oltretutto, potrebbe anche apparire in linea con quanto disposto nell'art. 9 della direttiva 2000/60/CE: infatti, alcuni autori ritengono che nella disposizione citata siano state previste "due fasi: dal 2003 al 2010 gli Stati sono soggetti ad un "obbligo affievolito", nel senso che essi sono tenuti a "prendere in considerazione" il suddetto principio, con la possibilità di arrivare ad un tasso di recupero dei costi anche significativamente al di sotto del 100%. A partire dal 2010, invece, l'applicazione di questo principio non sarà più *soft*, con la conseguenza che ogni tasso di copertura non vicino al 100% sarà in violazione dell'art.9 (a meno che non si sia in presenza delle deroghe di cui ai parr. 3 e 4 dello stesso)": L. DE VITO, *La normativa comunitaria in materia di acque*, in *Amministrazione In Cammino*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/10/La-normativa-comunitaria-in-materia-di-acque.pdf> 23.

Si veda, inoltre, H. UNNERSTALL, per cui "The principle of full cost recovery in the EU- Water framework directive - Genesis and Content", cit., 33, per cui "there is a crucial difference in the degree of Biding force and the relevant time of application. From 2003 on, cost recovery has only been 'taken into account' as a 'principle'. This weakening allows for a cost recovery rate significantly below 100%. The threshold value can only be determined arbitrarily but anything that is [...] below 70% cost recovery is no longer in accordance with the principle and can only be justified with arguments based on Article 9 (1) (3) ore Article 9 (4) WFD. From 2010 on, the object 'cost recovery' is not weakened. [...] any rate that is not close to 100% cost recovery is not in accordance with the 2nd subparagraph 2nd indent of Article 9 (1), and again can only be justified in accordance with Article 9 (1) (3) or Article 9 (4) WFD".

Sennonché, è doveroso rammentare che, sul punto, non si registrano opinioni dottrinali all'unisono: infatti, per altri autori, "la direttiva acque non dispone alcuna obbligatorietà del recupero dei costi "nella tariffa": R. MASTROIANNI, L. DELLA CORTE, *Servizi idrici: alcuni profili di diritto dell'Unione europea*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 262. Sulla scorta di ciò, dunque, pare potersi affermare che la lettura più rigorosa e ampia del principio *cost recovery* assunta dal Tar Lombardia nelle citate pronunce sia piuttosto da ascrivere ad una *valorizzazione delle disposizioni di diritto interno* che prevedono detto principio, tra cui il comma 1 dell'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, nella parte in cui dispone che la tariffa venga determinata: "in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Infatti, oltre a quanto rilevato circa la mancanza nella direttiva WFD di uno specifico riferimento al recupero dei costi per il tramite della (e quindi nella) tariffa, l'art. 9 della citata direttiva ha disposto che, entro il 2010, gli Stati membri provvedano a un "adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici [...]"; mentre, dal 1994 alla vigente normativa, le fonti di diritto interno che si sono susseguite nel tempo hanno sempre disposto "la copertura *integrale* dei costi di investimento e di servizio". La differenza è sottile, ma evidente, ed è giocata tutta sulla portata dei due aggettivi. *L'opzione ermeneutica* prescelta dal Tar Lombardia sembra, ad ogni buon conto, *non spingersi oltre i margini della formula legislativa* da ultimo citata, con la conseguenza che *il limite di elasticità dello schema formale della disposizione non pare essere oltrepassato dal precetto ricavatovi*.

<sup>(55)</sup> Per il riconoscimento tariffario del costo - opportunità si rinvia ai parr. 3 e 3.1.

<sup>(56)</sup> Sulla distinzione tra *quesito esplicito* e *quesito implicito* si veda G. M. SALERNO, *Le sentenze di ammissibilità del 1990 tra procedimento referendario e processo di decisione pubblica*, in *Nomos*, 1990, I, 22 e ss. ID, *Il referendum*, Cedam, Milano, 1992, 91- 92.

<sup>(57)</sup> Epperò sul punto valgono i rilievi già svolti *supra* alle note 52, 53 e 54.

volontà popolare <sup>(58)</sup> all'interno dell'ordinamento giuridico <sup>(59)</sup>.

### 2.3. (Segue...) ancora in scena: *quale finale?*

L'AEEGSI, con la deliberazione 203/2014/C/idr, ha proposto appello avverso, tra l'altro, la sentenza n. 1118/2014 della Sezione seconda del Tar Lombardia. Tuttavia, l'8 maggio 2014, con la deliberazione 204/2014/R/idr, l'Autorità amministrativa indipendente ha disposto, sulla base della necessità di rispettare le esigenze di economia procedimentale, di certezza regolatoria e di tutela degli utenti, per quanto concerne la restituzione della componente tariffaria del SII relativa alla adeguata remunerazione del capitale, abrogata in esito al *referendum* popolare del 12 e 13 giugno 2011, per il periodo 21 luglio 2011 - 31 dicembre 2011, che, nelle more della definizioni dei contenziosi pendenti, i gestori del SII procedessero comunque alla *restituzione, in via provvisoria, degli importi di cui alle deliberazioni 561/2013/R/idr e 163/2014/R/idr*, secondo le tempistiche e le modalità ivi indicate, *facendo in ogni caso salvi eventuali conguagli successivi alla definizione del pendente contenzioso*. A seguito di tale ulteriore attività procedimentale, alcuni gestori hanno iniziato a restituire, in via provvisoria e salvo conguaglio, gli importi di cui alla citate delibere.

### 3. Il metodo tariffario transitorio per gli anni 2012 e 2013 (MTT): *il riconoscimento tariffario del costo-opportunità*

Il 28 dicembre 2012, con deliberazione 585/2012/R/idr, l'AEEGSI ha approvato il metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe degli anni 2012 e 2013. L'Autorità, all'art. 4 della summenzionata delibera, ha previsto, in relazione alla definizione delle componenti di costo, il riconoscimento tariffario, tra l'altro, dei costi delle immobilizzazioni, "intesi come la somma degli oneri finanziari, degli oneri fiscali e delle quote di restituzione dell'investimento"<sup>(60)</sup>. Inoltre, all'art. 18 dell'Allegato A alla deliberazione 585/2012/R/Idr, l'Autorità ha esplicitato la formula di calcolo per la concreta determinazione degli oneri finanziari del gestore del SII.

---

<sup>(58)</sup> Cfr. G. M. SALERNO, *Il referendum*, Cedam, Milano, 1992, 92: "La presenza del «quesito implicito» talvolta prevaricante rispetto a quello esplicito indicato sulla scheda, pone diversi ordini di problemi; il più importante è quello di tutelare il corpo votante, assicurandosi che esso sappia, con esattezza e precisione, su cosa in effetti è chiamato ad esprimersi. [...] A tal proposito sembra comunque opportuno auspicare in primo luogo che i richiedenti ed in particolare i promotori, consapevoli della funzione di alta rilevanza costituzionale ad essi attribuita, si sforzino di predisporre il quesito in modo il più possibile esplicito e completo [...]".

<sup>(59)</sup> Oltretutto, anche volendo assumere il punto di vista dei promotori, il vantaggio comunicativo ottenuto nella fase della campagna referendaria, attraverso la semplificazione/manipolazione del messaggio, non viene recuperato nella successiva fase di integrazione ordinamentale, perlomeno sotto il profilo normativo, ove, come la fattispecie trattata sembra confermare, allo stato attuale del diritto positivo, rimanendo fermo il principio dell'irrelevanza degli intendimenti soggettivi: tutto ciò che non è obiettivizzato nel quesito esplicito non viene ad essere preso in considerazione dal giudice-interprete, allorquando, nel passaggio dalla legislazione superstita alla normativa di risulta, ricompono l'unità dell'ordinamento giuridico. Si noti ancora che, dal punto di vista della corretta canalizzazione della volontà popolare e del complessivo rendimento democratico del sistema, la citata tendenza, alla lunga, può ripercuotersi sulla fiducia nell'effettività dell'istituto referendario: infatti, accorta dottrina, già da tempo, ha avuto modo di sottolineare "quale profonda distorsione si operi nei rapporti tra popolo ed istituzioni, nel momento in cui si illuda il primo di poter ottenere ciò che le seconde non sono affatto disposte o non possono concedere": M. RAVERAIRA, *Il referendum abrogativo: un istituto da «abrogare»*, in *Dir. soc.*, 1990, 99.

<sup>(60)</sup> Delib. 585/2012/R/idr, art. 4, comma 1: "Ai fini dell'aggiornamento tariffario, sono definite le seguenti componenti di costo del servizio: a) costi delle immobilizzazioni, intesi come la somma degli oneri finanziari, degli oneri fiscali e delle quote di restituzione dell'investimento; b) costi della gestione efficientabili, intesi come i costi operativi endogeni alla gestione del servizio, ovvero costi sui quali la gestione può esercitare un'azione di efficientamento; c) costi della gestione non efficientabili, intesi come i costi operativi esogeni alla gestione nel periodo considerato (costo dell'energia elettrica, costo delle forniture all'ingrosso, mutui e canoni riconosciuti agli enti locali, costi di funzionamento delle Autorità, altre componenti di costo); d) eventuale componente di anticipazione per il finanziamento dei nuovi investimenti".

All'approvazione del MTT da parte dell'AEEGSI, ha fatto seguito, tempestivamente, un comunicato del Forum italiano dei Movimenti per l'acqua, con cui, in maniera provocatoria <sup>(61)</sup>, veniva evidenziata la contrarietà al riconoscimento tariffario degli oneri finanziari.

Per il Forum sarebbe “cambiata solo la denominazione in “oneri finanziari”; ma la sostanza no: ovvero, profitti garantiti in bolletta”; infatti, mancherebbe “[l']eliminazione dalla tariffa di qualsivoglia voce riconducibile alla remunerazione del capitale investito. [...] Il nuovo metodo predisposto dall'Autorità, riproponendo la copertura tramite tariffa, e quindi il riconoscimento ai gestori, di una percentuale standard del capitale investito, sostanzialmente non sta facendo altro che reintrodurre lo stesso meccanismo della remunerazione del capitale investito. Infatti, va ulteriormente esplicitato che gli oneri finanziari sono interessi pagati sul capitale preso a prestito e nulla hanno a che vedere con la definizione che l'Autorità fornisce nei suoi documenti che è di fatto una forma di remunerazione del capitale. Inoltre, assai forzato appare il tentativo dell'Autorità di far passare la remunerazione del rischio d'impresa, ossia margine di “profitto” puro, come una voce di “costo” della gestione del servizio idrico e quindi anche in questo caso l'Autorità, riproponendo anche se in modo diverso la copertura del profitto d'impresa, ‘elude’ il risultato del *referendum* [...]”<sup>(62)</sup>.

A tale presa di posizione, farà seguito, da parte di due associazione a tutela dei consumatori il ricorso <sup>(63)</sup> al TAR Lombardia, per l'annullamento, tra l'altro, della deliberazione 585/2012/R/Idr.

Tra i motivi di doglianza del ricorso principale diretto contro la citata delibera, i ricorrenti hanno lamentato la violazione dell'art. 75 della Costituzione, del d.p.r. n. 116 del 2011, dell'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, dell'art. 10, comma 11, del d.l. n. 70 del 2011, dell'art. 9 della direttiva 2000/60/ce, nonché dei principi contabili internazionali, del vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e carenza di motivazione sotto il profilo dell'adeguata remunerazione del capitale investito in rapporto al riconoscimento tariffario degli oneri finanziari (nonché della determinazione standardizzata di questi ultimi).

Le esponenti avanzano questi motivi di contestazione, sulla base non solo dell'interpretazione della legislazione superstita nel tessuto normativo dell'ordinamento giuridico dopo l'ablazione referendaria, ma anche richiamando il passaggio argomentativo della *sent. n. 26 del 2011*, con cui la Consulta ammise il *referendum*, relativo al giudizio sull'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo <sup>(64)</sup>.

Su questo sfondo, le associazioni ricorrenti sottolineano come il riconoscimento tariffario dei costi finanziari operato dall'AEEGSI sia da considerarsi una sostanziale riproposizione del metodo tariffario normalizzato previsto dal d.m. 1 agosto 1996; nonostante che, per effetto del *referendum* abrogativo, il costo derivante dall'uso del capitale proprio (o di rischio) non possa più trovare alcun riconoscimento tariffario, in quanto implicherebbe necessariamente l'attribuzione di un profitto al gestore, soluzione, quest'ultima, che il *referendum* ha voluto in ogni modo evitare.

### 3.1. (Segue...) la decisione n. 779/2014 del Tar Lombardia.

Il Collegio giudicante, al fine di prevenire alla soluzione delle complesse questione prospettate dai ricorrenti, ha reputato di dover “prendere le mosse da un'asserzione fondamentale”<sup>(65)</sup>, consistente nel fatto che “l'analisi della normativa risultante dal *referendum* (da reputarsi esclusivamente

---

<sup>(61)</sup> “Dal decreto di Ferragosto alla tariffa di Capodanno. Ovvero come uccidere la Democrazia durante le vacanze”: Il comunicato può leggersi sul sito [www.acuqabenecomune.org](http://www.acuqabenecomune.org).

<sup>(62)</sup> Il testo completo si può trovare su [www.acuqabenecomune.org](http://www.acuqabenecomune.org).

<sup>(63)</sup> Numero di registro generale 579 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da Associazione “Acqua Bene Comune” e “Federconsumatori - Federazione Nazionale di Consumatori e Utenti”.

<sup>(64)</sup> *Corte cost. sent. n. 26 del 2011, cons. dir.*, 5.2.: “attraverso l'abrogazione parziale del comma 1 dell'art. 154, e, in particolare, mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito», si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua [...]”. Corsivo nostro.

<sup>(65)</sup> TAR Lombardia Milano Sez. II, sent., 26-03-2014, n. 779.



abrogativo e non propositivo, ai sensi dell'art. 75 della Costituzione, cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 34/2000), non possa essere confusa con le finalità di ordine politico o sociale - ovviamente assolutamente legittime - perseguite dalle associazioni o dai soggetti che hanno promosso il referendum stesso, soggetti ai quali si possono ricondurre le attuali ricorrenti”<sup>(66)</sup>.

L'importanza di non confondere i suddetti piani - analisi della legislazione superstita e legittime finalità di ordine politico o sociale perseguite da associazioni o dal Comitato promotore - si apprezza, ad avviso del Collegio, in relazione al ruolo che il giudice deve assumere nell'ordinamento giuridico che è “quello di interpretare, alla luce degli ordinari strumenti ermeneutici, la disciplina normativa vigente [...] e non quello di pervenire, per via giurisprudenziale ad un risultato di ordine più generale, al quale - legittimamente sul piano politico, [...] tendono le associazioni ricorrenti e che potrebbe invece meglio essere perseguito attraverso una riforma della legislazione”<sup>(67)</sup>.

Fissate così le premesse, i giudici del Tar Lombardia hanno ritenuto “assodato che, anche dopo il più volte citato referendum abrogativo, il servizio idrico integrato de[bba] essere qualificato come servizio di interesse economico (secondo la definizione di cui alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2000), caratterizzato, quanto ai profili tariffari, dalla necessità della copertura integrale dei costi”<sup>(68)</sup>. Il principio del *full cost recovery*, infatti, trova esplicito fondamento normativo, per il Tar Lombardia, non solo a livello nazionale<sup>(69)</sup>; bensì pure a livello comunitario<sup>(70)</sup>, non potendosi, dunque, negare l'esistenza giuridica.

Ciò precisato, il Tar lombardo ha inoltre affermato che la copertura del costo del fattore produttivo non debba confondersi con il profitto derivante dell'impiego del medesimo. Su questo sfondo, il Collegio giudicante ha ritenuto di non ravvisare ostacoli di ordine giuridico nella qualificazione come “costo”, con connesso onere di recupero in tariffa, dell'investimento del capitale proprio (o di rischio). Infatti, riportano i giudici del Tar, secondo l'orientamento pressoché totale della scienza economica, il costo derivante dall'uso del capitale proprio (o capitale di rischio) è qualificato come “costo-opportunità” o “costo-implicito”, nel senso del valore del mancato impiego del fattore produttivo in altra attività comunque profittevole. Oltretutto, aggiunge il Collegio, anche l'impiego di capitale proprio per un investimento determina un rischio di impresa sostanzialmente non differente rispetto a quello derivante dall'impiego di capitale preso a prestito (capitale di debito); pertanto, non si comprenderebbe perché in quest'ultimo caso il gestore debba avere il diritto alla copertura dei costi in tariffa, mentre nel primo caso essa venga ad essere esclusa. A parte il fatto che il capitale di una società rappresenta comunque un debito della società stessa verso i soci, comunque, ha teso a precisare la Sezione Seconda del Tar Lombardia, l'interpretazione propugnata dalle ricorrenti, volta al riconoscimento tariffario del solo capitale di debito finirebbe per portare a conclusioni paradossali, ovvero a premiare l'indebitamento esterno dei gestori (l'unico, a quel punto, riconosciuto in tariffa) con conseguente aumento della tariffa stessa.

Il Tar lombardo ha inoltre precisato che l'esclusione di qualsivoglia riconoscimento tariffario dell'impiego del capitale proprio non possa neppure giustificarsi sulla scorta delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sent. n. 26/2011: infatti, aggiungono i giudici amministrativi, il richiamo, contenuto nella suddetta sentenza, alle “logiche del profitto” che il referendum vuole evitare, è certamente condivisibile, oltre che fortemente suggestivo, però tale inciso non può essere -

---

<sup>(66)</sup> TAR Lombardia Milano Sez. II, sent., 26-03-2014, n. 779.

<sup>(67)</sup> TAR Lombardia Milano Sez. II, sent., 26-03-2014, n. 779.

<sup>(68)</sup> TAR Lombardia Milano Sez. II, sent., 26-03-2014, n. 779.

<sup>(69)</sup> Art. 154 del d.lgs. 152 del 2006; d.p.c.m. 20 luglio 2012; art. 10 del d.l. n. 70 del 2011.

<sup>(70)</sup> Il Tar Lombardia, oltre a richiamare l'art.9 della direttiva della Comunità europea 2000/60/CE, rammenta anche che di tale principio se ne trova traccia pure in altri atti provenienti dalle Istituzioni dell'Unione europea, citando: le comunicazioni della Commissione COM (2000) 477 del 26.7.2000, per la quale la politica di tariffazione deve tenere conto dei “costi finanziari”, comprendenti anche i costi del capitale. La comunicazione della Commissione COM (2012) 672 che effettua un esplicito richiamo al recupero dei costi finanziari dei servizi idrici. La comunicazione della Commissione COM (2012) 673 del 14.11.2012, che conferma la necessità di piena attuazione del citato art. 9 della direttiva sul recupero dei costi dei servizi idrici. La comunicazione della Commissione COM (2007) 414 del 18.7.2007, che ribadisce la necessità del rispetto dell'art. 9 menzionato.



molto abilmente - estrapolato dal contesto, essendo necessario assumere la sent. n. 26/2011 nella sua globalità. A tal proposito, prosegue il Tar Lombardia, nella richiamata sentenza, la Corte costituzionale ha escluso che il quesito contrastasse con il diritto dell'Unione, pur ribadendo che quest'ultimo imponga la copertura integrale dei costi, al fine di salvaguardare l'economicità della gestione. Inoltre, ha sottolineato ancora il Tar, in numerose pronunce successive, la Consulta ha ribadito la natura di servizio economico del SII, confermando così la necessità della copertura integrale dei costi (cfr., Corte cost. sent. n. 67/2013).

Oltretutto, avverte il collegio giudicante, le stesse ricorrenti ammettono che l'accoglimento delle loro tesi finirebbe per lasciare spazio soltanto a modelli pubblicistici di gestione, escludendo così gli operatori privati dal settore idrico <sup>(71)</sup>, in palese contrasto con le norme sulla tutela della concorrenza e sull'economicità della gestione. Sulla base di queste considerazioni, i giudici milanesi giungono ad affermare che l'interpretazione del vigente art. 154, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, propugnata dalle ricorrenti, non è conforme allo stato attuale della legislazione, riflettendo, invece, gli obiettivi politici - pur legittimi - perseguiti da molte associazioni e comitati; obiettivi che però potrebbero essere assicurati soltanto da un radicale intervento del legislatore.

Ciò nonostante, il Tar lombardo ha inoltre affermato che appaia nondimeno necessario verificare che la disposizione di cui all'art. 18 dell'allegato 'A' alla delibera impugnata non abbia - di fatto - introdotto un criterio di calcolo del costo del capitale investito, sostanzialmente coincidente con la remunerazione fissa del 7% prevista dal d.m. 1 agosto 1996. A tal riguardo, evidenzia il Tar, la formula per il riconoscimento degli oneri finanziari (OF), di cui al summenzionato art. 18, utilizza due parametri variabili: a) il tasso di interesse di riferimento e b) la componente a copertura della rischiosità. Dunque, procedendo a un raffronto con quanto previsto dal citato d.m., i giudici amministrativi asseriscono che la suddetta variabilità sia giustificata con la circostanza che il costo del capitale debba ora <sup>(72)</sup> essere determinato a posteriori, sulla base del costo effettivo delle imprese, laddove invece con il metodo tariffario normalizzato veniva in ogni caso garantita una redditività certa del 7%, determinata aprioristicamente, il che determinava notevoli storture nel sistema, come l'assicurazione all'operatore di una remunerazione fissa, anche in assenza di qualsiasi investimento, equivalente, pertanto, più che a un legittimo profitto, a una sorta di rendita parassitaria <sup>(73)</sup>. Sulla base di questi argomenti, il Tar lombardo ha respinto i motivi di doglianza n. 1 e n. 2 del ricorso, con i quali si era invocata la violazione del diritto dell'Unione Europea e dell'art. 75 della Costituzione.

Quanto poi al terzo motivo di gravame - contestazione delle modalità di determinazione degli oneri finanziari secondo il modello dei costi standardizzati - anche qui, il giudice amministrativo ha affermato che la censura appaia invero priva di pregio: infatti, sulla premessa che il riconoscimento in tariffa dei costi sostenuti possa avvenire o mediante una sorta di rimborso a piè di lista oppure

---

<sup>(71)</sup> Sul punto, si legga il commento di M. VANNI, *Le tariffe dei servizi idrici dopo il referendum secondo il Tar della Lombardia*, in *Quad. cost.*, n. 3/2014, 702: "L'impostazione del Tar appare condivisibile. L'obiettivo perseguito dai comitati promotori, ossia determinare la pubblicizzazione totale del settore idrico, espellendo dal medesimo le imprese di gestione private o miste, non poteva essere raggiunto con la mera abrogazione parziale, per via referendaria, di uno dei criteri legislativi di determinazione della tariffa. Il suo raggiungimento avrebbe invece richiesto (e richiederebbe) l'espletamento della procedura prevista dall'art. 43 Cost., la cui disciplina è da intendersi oggi integrata dagli ulteriori vincoli al riguardo posti dal diritto UE [...]".

<sup>(72)</sup> In letteratura, questa conseguenza venne anzitempo minimizzata da S. MAROTTA, *Le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum*, in *Munus*, 2012, 662: "In pratica l'unico risultato prodotto dal referendum è quello di aver sostituito l'anticipazione in bolletta degli interessi sul capitale investito, con il pagamento a consuntivo di quanto effettivamente pagato dai gestori alle banche per finanziare gli investimenti. Il tutto si risolverebbe, quindi, in una semplice differenza di metodo nel calcolare gli interessi sul capitale e in un eventuale risparmio da parte degli utenti finali condizionato dalla capacità del gestore del servizio di spuntare interessi più bassi sugli investimenti da realizzare".

<sup>(73)</sup> Di tanto, già da tempo, si era stati avvertiti. Si veda, ad esempio, in letteratura, L. DE VITO, *La normativa comunitaria in materia di acque*, in *Amministrazione In Cammino*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/10/La-normativa-comunitaria-in-materia-di-acque.pdf>, 29: "Questo metodo però può d'altra parte generare distorsioni e presentare difficoltà di implementazione: vi è infatti il rischio che in assenza di un sistema efficace di controllo, l'impresa aggiudicataria del servizio aumenti i propri profitti senza conseguire alcun miglioramento in termini di efficienza ma addirittura riducendo la qualità del servizio al fine di comprimere i costi operativi".

attraverso il sistema di premio e promozione dell'efficienza del gestore, che riconosca i soli costi standard, non superiori a una media prefissata, con la legge n. 481 del 1995 si è imposto un sistema di fissazione tariffaria secondo il criterio di costi standard; aggiungendo, inoltre, che la giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, ha più volte manifestato sfavore per sistemi di riconoscimento automatico dei costi, con probabile trasferimento sulle utenze, attraverso il meccanismo tariffario, delle inefficienze aziendali (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4290/2006). Sulla scorta di queste ragioni, anche il terzo mezzo di ricorso, viene ad essere respinto dai magistrati amministrativi.

4. Brevi note sulla *querelle* attorno all'*oggetto del referendum* e sul ruolo del giudice-interprete nella dinamica referendaria.

Come già anticipato nello svolgimento del paragrafo 2.1., la questione relativa all'*oggetto del referendum abrogativo*, essendo il *perno centrale del meccanismo d'innesto del referendum popolare nel sistema costituzionale*, diviene un *passaggio imprescindibile per avvedersi sul grado di effettiva integrazione dell'istituto*. La vicenda è particolarmente complessa: in questa sede si procederà solamente a tratteggiare alcune linee principali di un discorso dal ben più ampio respiro teorico.

A tal proposito, occorre da subito avvertire che la dottrina non si è mai pronunciata in coro, all'unisono, su quale fosse l'*oggetto del referendum*; potendosi, invece, tranquillamente, udire voci ad altezze differenti, espressione di svariati modi d'intendere e di risolvere il problema.

In via di prima approssimazione (e con un po' di schematismo), può iniziare col dirsi che la discussione scientifica attorno all'*oggetto del referendum popolare* ha prodotto posizioni riassumibili in questa dicotomia: a) *unitarietà o meno dell'oggetto del referendum*; b) *disposizione o norma come oggetto del referendum*. Quanto al punto a), ci si domanda se, allo stato attuale del diritto positivo, l'*oggetto del referendum* sia unitario oppure se lo stesso possa invero scindersi in due componenti: oggetto del quesito referendario e oggetto dell'*abrogazione referendaria* <sup>(74)</sup>. Quanto al punto b), l'interrogativo che ci si pone è se oggetto diretto della *abrogazione referendaria* sia la *disposizione* oppure la *norma* <sup>(75)</sup>. Ovviamente, sullo sfondo delle suddette questioni, aleggiano, fungendo da

<sup>(74)</sup> M. LUCIANI, *op. cit.*, 645 - 646: "Il fatto che oggetto dell'*abrogazione* siano le norme non dice nulla su quale debba essere il *medium* grazie al quale l'effetto abrogativo si produce. Non dice nulla, cioè, sulla necessità o meno di assumere la disposizione come strumento della determinazione dell'effetto abrogativo. [...] In altri termini: una cosa è l'*oggetto della abrogazione*; altra l'*oggetto del quesito abrogativo* (referendario) [...]. Che sia così non lo asseverano solo la lettera e la logica dell'art. 75 Cost., ma lo dimostra anche il fatto che solo scindendo e distinguendo accuratamente i due oggetti possiamo comprendere il fenomeno [...] dell'*abrogazione* di regolamenti determinata (per incompatibilità) dal *referendum*. Se oggetto del quesito e oggetto dell'*abrogazione* non fossero diversi non sapremmo spiegare come mai simili effetti abrogativi potrebbero investire fonti subordinate sulle quali il *referendum* non può, direttamente, incidere".

<sup>(75)</sup> Le posizioni che si registrano in letteratura sul punto, invero, sono più complesse e articolate, riflettendo i diversi modi d'intendere e di risolvere il fenomeno abrogativo considerato *tout court*. Per rendere l'idea, e senza pretesa di completezza, si noti solamente che alcuni autori rinvengono ora nella disposizione ora nell'atto legislativo l'oggetto diretto e immediato dell'*abrogazione*.

Si veda, ad esempio, M. CAPURSO, *Questioni sull'«iter» del referendum abrogativo*, in *Studi parlam.*, 1971, 8: "l'*abrogazione* investe direttamente le disposizioni legislative, e, solo consequenzialmente le norme". Lo stesso Autore, al capoverso successivo, afferma che: "l'*abrogazione*, in se stessa, è un fenomeno che si svolge tra atti legislativi (che si succedono nel tempo); precisando, alla pagina seguente, il punto di vista da cui muove, ovvero quello degli "atti legislativi come oggetto immediato dell'*abrogazione*".

In precedenza, aveva già individuato nell'atto l'oggetto immediato dell'*abrogazione* S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit. 142: "Propriamente si parla di *abrogazione* con riferimento all'effetto che un atto legislativo produce rispetto ad un atto legislativo preesistente, ponendo fine alla sua efficacia. Ricondotta alla sua fonte - il potere dell'organo legislativo - l'*abrogazione* perde ogni carattere particolare, poiché si presenta come ogni specifica e individuata manifestazione concreta di quel potere, la quale dà luogo ad un (nuovo) atto legislativo".

Ascrive l'oggetto dell'*abrogazione* alla disposizione R. QUADRI, *op. cit.*, 340: "Ma non bisogna assolutamente credere che per il fatto che la determinazione della incompatibilità presuppone l'interpretazione di più disposizioni, siano le «interpretazioni» e non le «disposizioni» che vengono direttamente in linea di conto ai fini dell'*abrogazione*. *Oggetto dell'abrogazione sono le disposizioni* e l'interpretazione non è che un mezzo per decidere circa l'*abrogazione* delle disposizioni".

premesse, le teorizzazioni relative al fenomeno abrogativo *tout court* <sup>(76)</sup>; nonché alla distinzione tra disposizione e norma <sup>(77)</sup>.

Richiamando alcune delle principali posizioni dottrinali sui punti sollevati, non possono non essere citati gli studi di Federico Sorrentino e di Giovanni Greca. Nello scritto, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, pubblicato in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, il Sorrentino, esprimendo una posizione in netta antitesi con la tesi prevalente nella dottrina dell'epoca in relazione al fenomeno abrogativo, ha sostenuto che “la forma tipica di abrogazione si realizza nell'abrogazione tacita”<sup>(78)</sup>; e che “il vero oggetto del *referendum* sono tutte le norme estraibili da una o più disposizioni di legge [...]”<sup>(79)</sup>. Pure il Greca, nello studio, *L'oggetto del referendum abrogativo*, apparso nel 1974, in *Il foro amministrativo*, riconnette l'abrogazione referendaria direttamente al piano delle norme; qui, tuttavia, oltre al fatto di muovere da differenti premesse teoriche rispetto al Sorrentino <sup>(80)</sup>, l'oggetto del *referendum* abrogativo non viene ricondotto a tutte le norme estraibili da una o più disposizioni; bensì all' “indirizzo politico, [inteso

<sup>(76)</sup> Si vedano, *ex multis*, G. SAREDO, *Abrogazione delle leggi*, in *Dig. It.*, I, Torino, 1884; D. DONATI, *Abrogazione della legge*, Antica tipografia Soliani, Modena, 1914 (v. ora anche in D. DONATI, *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1966, 159); C. ESPOSITO, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Cedam, Padova, 1934, II, rist., 1964 M. S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Ann. Univ. Perugia*, 1942; C. LAVAGNA, *L'abrogazione tacita delle leggi e le recenti norme sulla formazione delle liste elettorali*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione, Sezioni civili*, 1946, II sem., 504; G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356; C. MORTATI, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2 edizione, II, 1, Padova, 1971; M. CAPURSO, *Questioni sull'«iter» del referendum abrogativo*, in *Studi parlam.*, 1971, 5; F. SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, in *Studi parlam.*, 1971, 46; ID., *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972; V. COCOZZA, *Potere abrogativo referendario e potere abrogativo del parlamento*, in *Pol. dir.*, 1981, 495.

<sup>(77)</sup> Per l'elaborazione della distinzione e per la terminologia utilizzata si veda V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 195 e ss.

Si veda, inoltre, tra le voci perplesse su una incondizionata adesione alla suddetta distinzione, S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit., 150: “non è certo che la distinzione tra «testo» e «precepto» possa ritenersi esente da riserve, almeno per quanto attiene al carattere troppo rigido, che darebbe luogo ad un inammissibile dualismo nella struttura dell'atto legislativo”.

<sup>(78)</sup> F. SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, in *Studi parlam.*, 1971, 34. ID., *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 3.

Si noti che per S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, cit., 150, appariva: “ambigua l'idea stessa dell'abrogazione tacita”.

Il discorso è particolarmente complesso, quello che si vuole, solamente, evidenziare è il diverso modo d'intendere e ricostruire il concetto d'interpretazione e il rapporto tra questa e l'abrogazione che funge da premessa nelle tesi antitetichè summenzionate. Il Pugliatti assume un “concetto ristretto dell'interpretazione” - S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 148 - individuandone rigorosamente il nucleo nell' “operazione giuridica costituente un (momento necessariamente) presupposto di qualsiasi applicazione della norma, e, in sé considerata, tendente a determinare la portata della norma stessa. Si tratta di un'operazione *ricognitiva*, priva di carattere *innovativo*. I mezzi d'interpretazione non vanno considerati come fonti di diritto, perché «non concorrono a formare l'ordinamento giuridico» [...] ove l'ordinamento giuridico non venga profilato come tutta la realtà del diritto”. Partendo da tali premesse, per l'Autore - S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 148 - “interpretazione e abrogazione si present[erebbero] in posizione di antitesi logica: la prima *esclude*, infatti, ogni mutamento nell'ambito dell'ordinamento giuridico, la seconda *presuppone* essenzialmente un mutamento in tale ambito”.

Diversamente, il Sorrentino accoglie dell'interpretazione una nozione più ampia, ritenendo che essa abbia “per oggetto non una singola legge o disposizione di legge, ma tutto il sistema normativo”: F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 6, alla nota (11). Muovendo da questa premessa, e rinviando per lo svolgimento della stessa al testo citato, la conclusione a cui perviene l'autore è quella, tra l'altro, che: “l'accertamento dell'effetto abrogativo costituisce funzione dell'interpretazione”: F. SORRENTINO, *op. cit.*, 18.

<sup>(79)</sup> F. SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, in *Studi parlam.*, 1971, 46.

<sup>(80)</sup> Ed infatti, proprio il Greca, in un suo scritto di poco successivo - G. GRECA, *Referendum e sovranità popolare*, in *Democrazia e diritto*, III, 1976, 568, 569, 570 - muoverà serrate critiche alla tesi del Sorrentino esposta in *Studi parlam.*, 1971, asserendo che: “la tesi [sarebbe] destituita di fondamento, anzi [che potrebbe essere] facilmente rovesciata”; e che, inoltre, “la tesi [sarebbe] gravemente contraddittoria”.

come] il principio ed il criterio direttivo cui si ispira il testo legislativo”<sup>(81)</sup>.

Questi importanti contributi forniranno il materiale teorico dal quale la Corte costituzionale attingerà per sviluppare, successivamente, a partire dalla quanto mai discussa sent. n. 16 del 1978, la giurisprudenza sull’omogeneità del quesito referendario <sup>(82)</sup>. Nella citata sentenza, la Consulta affermò, infatti, che “il tema del quesito sottoposto agli elettori non è tanto formato [...] dalla serie delle singole disposizioni da abrogare, quanto dal comune principio che se ne ricava”.

La Corte costituzionale avrà modo di precisare, nella successiva sent. n. 68 del 1978, questa impostazione - da alcuni autori definita - di “carattere sostanziale”<sup>(83)</sup>, asserendo che: “La sostanza del quesito [...] non è infatti costituita da un atto legislativo oppure da certi suoi singoli disposti [...] perché in ciò consiste il valore politico delle decisioni demandate al popolo, che gli atti o i disposti legislativi indicati in ciascuna richiesta non sono altro che il mezzo per individuare una data normativa, sulle sorti della quale gli elettori vengono in effetti chiamati a pronunciarsi”.

L’impostazione assunta dalla Corte non è passata esente da rilievi critici: a tal proposito, autorevole dottrina ha affermato che “la vicenda referendaria non può che muoversi, dall’inizio alla fine (compreso, dunque, il momento del controllo di ammissibilità), sul solo piano degli *enunciati*, senza alcun improprio slittamento su quello delle *norme*”<sup>(84)</sup>, in quanto è “al primo livello [...] che si svolgono i fatti abrogativi, se è vero che il legislatore, tanto quanto immette un diritto “nuovo”, non configgente con l’ordine normativo anteriore, quanto quando pone mano alla riforma di questo, deve comunque arrestarsi alla posizione degli enunciati, esclusivamente spettando ai pratici (giudici e amministratori) di stabilire il senso complessivo delle innovazioni introdotte in seno all’ordinamento e di darvi applicazione”<sup>(85)</sup>.

Inoltre, sempre ad avviso della citata dottrina, osterebbe all’individuazione dell’oggetto del *referendum* popolare nella norma, un ulteriore argomento, consistente nella fatto che “[i]n sede di verifica dell’ammissibilità della domanda referendaria rileva [...], in fedeltà con l’originaria intenzione del Costituente e col disegno che ne costituisce positivo svolgimento, la legge come tipo e, dunque, l’atto con le statuizioni che lo compongono, è la *prospettiva formale-astratta delle disposizioni* che sta nella Carta, e dovrebbe stare dunque anche giurisprudenza, a base del controllo circa l’osservanza dei limiti indicati nel secondo comma dell’art. 75 [...]”<sup>(86)</sup>. Diversamente, se si assumesse essere la norma l’oggetto del *referendum* si verificherebbe un “irreparabile snaturamento dello strumento referendario”, e in parallelo “verrebbe alterato, rispetto alla sua originaria funzione, il giudizio di ammissibilità di competenza della Corte costituzionale”<sup>(87)</sup>.

Riconduce l’oggetto del *referendum* al piano degli enunciati pure Salerno, il quale sostiene che “se appare ragionevole sostenere che l’obiettivo finale della consultazione referendaria [sia] quello di colpire il contenuto normativo di una determinata disposizione, sembra giuridicamente più lineare affermare che l’abrogazione espressa o esplicita, così come risulta essere quella prevista dall’art.75

<sup>(81)</sup> G. GRECA, *L’oggetto del referendum abrogativo*, in *Il foro amministrativo*, 1974, 2, 1.

<sup>(82)</sup> G. FILIPPETTA, *Oblivio dell’art. 75 Cost. e tramonto del referendum abrogativo*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 406: “Dal canto suo Greca [...], nell’anticipare la giurisprudenza costituzionale sull’omogeneità e l’univocità del quesito, individua l’oggetto del *referendum* nell’«indirizzo politico, principio e criterio direttivo cui si ispira il testo legislativo nel suo complesso» [...]”. In letteratura, si registra pure la posizione di chi riconosce già a C. Mortati il merito di avere tracciato le linee essenziali del canone dell’omogeneità: A. GIGLIOTTI, *Il giudizio sull’ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 15: “Il requisito dell’omogeneità, i cui tratti salienti erano già stati delineati durante i lavori costituenti da C. Mortati, è finalizzato a consentire al popolo una manifestazione di volontà libera, non coartata, a fronte di una scelta chiara ed evidente tra due distinte opzioni [...]”.

<sup>(83)</sup> R. PINARDI, *L’ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. Natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Giuffrè, Milano, 2000, 281: “La Consulta muove da una concezione dell’istituto abrogativo di carattere sostanziale, quale fenomeno, cioè, che si svolge interamente sul piano delle norme, anziché su quello delle disposizioni legislative”.

<sup>(84)</sup> A. RUGGERI, *Referendum inammissibili per “irragionevolezza” della richiesta?*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti studi degli anni 1987/91, Giappichelli, Torino, 1992, 206.

<sup>(85)</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 206 - 207.

<sup>(86)</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, p.205.

<sup>(87)</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 207.



cost., risulti dalla innovativa presenza della disposizione abrogativa che, manifestata nella pronuncia popolare conclusiva e dichiarata con il decreto presidenziale, incide sulla disposizione (o sulle disposizioni) oggetto della consultazione. In definitiva primo e diretto oggetto della consultazione referendaria, in quanto oggetto dello stesso quesito referendario, è pertanto la disposizione (o le disposizioni) avente carattere normativo, che, posta in essere da un previo atto agente a livello legislativo, si richiede sia abrogata” (88).

Alla luce di questi ulteriori richiami, e volgendo nuovamente lo sguardo alla giurisprudenza costituzionale in sede di giudizio sull’ammissibilità del *referendum*, ci si può avvedere di come, con la sent. n. 13 del 2012 (89), la Corte costituzionale, avendo dichiarato che il “*referendum* comporta [...], in caso di esito positivo, l’abrogazione di disposizioni, non di norme: esso produce la cessazione non dell’efficacia della norma pro futuro, ma della vigenza della disposizione”, sia venuta meno ai suoi precedenti (90).

Certo è anche da considerare che la sentenza in questione riguardava l’ammissibilità di un quesito elettorale; eppure (91) l’affermazione della Corte pare trascenderne i confini, ponendosi in un’ottica “di ripensamento relativo al proprio “*modus operandi*” nell’individuazione dei processi logici da seguire in sede di giudizio di ammissibilità, il quale parrebbe implicare un più solido “ancoraggio” al dato testuale” (92).

Se così è - se vi è stato davvero un recupero di quelle teorie che riconducevano la vicenda referendaria in toto (compreso il momento di ammissibilità) sul piano degli enunciati - , allora quel potere di interpretazione “autentica” che accorta dottrina (93) avvertiva essersi venuto a concentrare in capo al *tandem* Consulta-comitato promotore, come conseguenza dello slittamento dal piano delle disposizioni a quello delle norme, e che permetteva a questi ultimi di stabilire dialetticamente il senso reale dell’oggetto e dei limiti della pronuncia popolare, potrebbe subire, nelle successive consultazioni popolari, un netto ridimensionamento.

La vicenda che ha occasionato questo contributo può, forse, offrire degli spunti interessanti non tanto per una prima verifica di tale tendenza, che necessità senz’altro dello svolgimento di ulteriori consultazioni popolari; quanto, piuttosto, per *avvedersi sul ruolo che il giudice-interprete ha assunto nella dinamica referendaria*.

A tal proposito, ricorrono nella citata giurisprudenza del Tar lombardo alcune affermazioni di estremo interesse, volte a *ricondurre la portata e il significato dell’abrogazione referendaria nell’alveo di quella impostazione oggettiva dell’interpretazione della richiesta* da tempo assunta dalla Corte costituzionale (94) e mai esplicitamente rinnegata; seppur, come nel caso qui in discussione, a volte, per l’imprecisa utilizzazione dei criteri da essa elaborati, di fatto, disattesa (95).

---

(88) G. M. SALERNO, *Il referendum*, Cedam, Padova, 1992, 201.

(89) Per commenti alla sentenza, si vadano, *ex multis*, D. NOCILLA, *Discutere ed argomentare migliora la qualità delle decisioni. Riflessioni su abrogazione e leggi costituzionalmente necessarie*, in *Giur. cost.*, 2012, I, 631 e ss.; R. GUASTINI, *Senza argomenti. La Corte sulla reviviscenza (e dintorni)*, in *Giur. cost.*, 2012, I, 111 e ss.; A. D’ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*, in *Giur. cost.*, 2012, I, 117 e ss.; A. MORRONE, *Abrogazione e “reviviscenza” nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, I, 121 e ss.; A. BARBERA, *Dopo il “no” della Corte al referendum elettorale*, in *Quad. cost.*, 2012, I, 95 e ss.; P. COLASANTE, *La Consulta boccia i quesiti referendari volti alla reviviscenza del precedente sistema elettorale. Osservazioni critiche sull’inammissibilità del primo quesito*, in *Giur. it.*, 2012, n. 7, 1501 e ss.; A. RACCA, *Il secondo quesito referendario fra “disposizione” e “norma”*, in *Giur. it.*, 2013, n. 3, 531 e ss.; G. U. RESCIGNO, *Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, n. 3, 713 e ss.

(90) Si conviene con V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli, Torino, 2013, 53, allorché scrive che la Corte costituzionale “pare porsi in evidente discontinuità con i suoi precedenti”.

(91) Anche qui si conviene con V. MARCENÒ, *op. cit.*, 53: “Un rovesciamento di prospettiva che, sebbene proposto in occasione di un quesito elettorale - con tutte le sue peculiarità [...] -, assume carattere di generalità”.

(92) A. RACCA, *Il secondo quesito referendario fra “disposizione” e “norma”*, in *Giur. it.*, 2013, 536.

(93) A. RUGGERI, *op. cit.*, 208.

(94) Cfr., *supra*, la giurisprudenza della Corte costituzionale citata alla nota 21.

(95) Si veda, sul punto, il già citato, P. CARNEVALE, *Noterelle in tema di motivazione della richiesta di “referendum” abrogativo, interpretazione della sua “ratio” e intendimenti soggettivi dei promotori nel giudizio sulla ammissibilità delle proposte ablatorie popolari*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI,



Emblematico appare il passaggio argomentativo della sent. n. 779 del 2014, del Tar Lombardia, Sezione II, in cui il Collegio dichiara “di prendere le mosse da un’asserzione fondamentale, vale a dire quella per cui l’analisi della normativa risultante dal *referendum* (da reputarsi esclusivamente abrogativo e non propositivo, ai sensi dell’art. 75 della Costituzione, [...] Corte costituzionale n. 34/2000), non può essere confusa con le finalità di ordine politico o sociale - ovviamente assolutamente legittime - perseguite dalle associazioni o dai soggetti che hanno promosso il *referendum* stesso [...]”; precisando, inoltre, che “il compito del giudice è quello di interpretare, alla luce degli ordinari strumenti ermeneutici, la disciplina normativa vigente, quale risultante dall’esito del *referendum* e non quello di pervenire, per via giurisprudenziale, ad un risultato di ordine più generale, al quale - legittimamente sul piano politico, [...] - tendono le associazioni ricorrenti e che potrebbe invece meglio essere perseguito attraverso una riforma della legislazione”.

Particolarmente significativo, inoltre, si dimostra l’ulteriore passaggio argomentativo della citata sentenza ove viene affermato, in relazione al giudizio svolto dalla Consulta in sede di giudizio di ammissibilità, che il “richiamo, contenuto nella sentenza, alle “logiche del profitto” che il *referendum* vuole evitare, è certamente condivisibile, oltre che fortemente suggestivo, però tale inciso non può essere - molto abilmente - estrapolato dal contesto, essendo necessario assumere la sentenza 26/2011 nella sua globalità”.

L’argomento utilizzato dai magistrati del Tar Lombardia - della necessità di intendere la sent. n. 26 del 2011 nella sua globalità - appare come elemento di prova a conferma del fatto che la Corte costituzionale, nello svolgere il giudizio sull’omogeneità e sull’evidenza del fine intrinseco all’atto abrogativo, abbia, nel caso in questione, preso male la mira, tradendo il principio di interpretazione obiettiva della richiesta referendaria.

Se davvero lo svolgimento del giudizio sull’omogeneità e sull’evidenza del fine intrinseco fosse stato ben svolto dalla Consulta, il Tar Lombardia non avrebbe avuto alcuna necessità di utilizzare quell’argomento. Così non è stato: da qui, dunque, l’operazione ermeneutica del tribunale amministrativo, il quale, per così dire, riconduce - non senza difficoltà - nel recinto della normatività il giudizio sull’evidenza del fine intrinseco svolto dalla Corte costituzionale. Il quale, invero, se si fosse assunto come interpretazione autentica del fine intrinseco all’atto abrogativo, e se si fosse svolta coerentemente tale premessa, molto probabilmente, avrebbe potuto portare a ben altri esiti interpretativi.

Pare, quindi, che, già nel caso qui in commento, si sia quindi assistito a un *ridimensionamento di quel potere di interpretazione autentica* che si è venuto a concentrare, per le ragioni già illustrate, in capo al *tandem* Comitato promotore - Corte costituzionale. Anche se, occorre precisare, che, nella fattispecie trattata, tale ridimensionamento non sia tanto *dovuto* al consolidamento dell’orientamento giurisprudenziale assunto nella sent. n. 13 del 2012; quanto invece *alla necessità di ovviare alle inesattezze compiute della Corte costituzionale nel giudizio sull’accertamento dei requisiti dell’omogeneità e dell’evidenza del fine intrinseco all’atto abrogativo*.

Volgendoci alla conclusione di queste brevi annotazioni potrà, forse, manifestarsi un interrogativo. Ci si riferisce all’eventualità che, in questa occasione, si sia formato un *nuovo* e ulteriore *tandem* (*a tre*), costituito dagli operatori del settore (e le rispettive associazioni), dall’autorità amministrativa indipendente e dal giudice amministrativo. La questione pare non essere affatto peregrina, e merita senz’altro approfondimento, invitando a *riflettere sulle dinamiche ordinamentali con cui l’abrogazione referendaria viene a essere assorbita nel (e dal) sistema* <sup>(96)</sup>.

---

Giappichelli, Torino, 407 e ss.

<sup>(96)</sup> Aspetto, inoltre, significativo - soprattutto, in seguito alla pronuncia n. 199/2012 della Corte costituzionale - all’interno di tale dinamica è quello del divieto giuridico di ripristino della normativa abrogata ex. art. 75 Cost.

Senza poter, in questa sede, entrare nel merito delle quanto mai complesse questioni teoriche occasionate dal divieto in questione, quello su cui si vuole, fugacemente, porre l’accento attiene al fatto che, nella sent. n. 779 del 2014, il Tar Lombardia abbia dato luogo a un *sindacato di costituzionalità diffuso* sul rispetto del suddetto divieto *in relazione alla nuova normativa contenuta in atti aventi rango secondario*: di tanto possiamo avvederci rileggendo il passaggio argomentativo della citata pronuncia, ove si afferma: “appare nondimeno necessario verificare che la disposizione

---

dell'articolo 18 dell'allegato "A" alla delibera impugnata non abbia – di fatto – introdotto un criterio di calcolo del costo del capitale investito sostanzialmente coincidente con la remunerazione fissa del 7 % prevista dal Dm del 1 agosto 1996".

**Gian Paolo Dolso**

**Principio di eguaglianza e diritto penale  
Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale\***

1. *Introduzione al tema.* – 2. *Il principio di eguaglianza strettamente inteso.* – 3. *Il principio di ragionevolezza.* – 4. *Il sindacato sulla “pena”.* – 5. *Osservazioni di sintesi.*

1. *Introduzione al tema.*

Il ruolo del principio di eguaglianza nel diritto penale costituisce un dato da tempo riconosciuto in dottrina. Varie peraltro sono le declinazioni di esso a seconda della prospettiva che viene di volta in volta adottata. Una cosa è considerare il principio di eguaglianza con riferimento alla conformazione della fattispecie penale, anche con riferimento al principio di offensività, altro è valutare la sanzione penale con riguardo al rispetto, unitamente all’art. 3 Cost., dell’art. 27 Cost., altra cosa ancora è sottoporre a comparazione le diverse sanzioni previste da altrettante fattispecie di reato sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza o anche di ragionevolezza.

Si tratta di prospettive che sono state dalla dottrina coltivate, anche in modo sistematico. Nella presente sede non ci si propone certo una indagine esaustiva sulla funzione che il principio di eguaglianza assolve nell’ambito del diritto penale. E’ del resto generalmente accolta l’idea che tra i principi generali che governano il diritto penale vi è spazio per il principio di eguaglianza ed anche, più largamente, per il principio di ragionevolezza<sup>1</sup>. L’ottica adottata nella presente sede è più ristretta e circoscritta: ci si limita infatti a prendere in esame il settore del diritto penale come una delle diverse aree in cui la Corte correntemente pratica un sindacato di costituzionalità sulla base dell’art. 3 Cost. Come è noto, il principio di eguaglianza, che ben presto nella giurisprudenza della Corte costituzionale è stato declinato anche come principio di ragionevolezza, è caratterizzato da una attitudine assolutamente pervasiva, di modo che viene sovente rappresentato e descritto come un limite generale alla funzione legislativa<sup>2</sup>. Se corrisponde al vero che l’art. 3 Cost. ha una valenza assolutamente “trasversale”, investendo ogni ambito di legislazione, è altrettanto vero che vi sono alcune aree che risultano particolarmente frequentate da tale tipo di sindacato, o anche aree in cui tale tipo di giudizio assume connotati di maggiore rigore, oppure ancora settori in cui esso assume un tratto meno penetrante in ragione dell’ampia discrezionalità riconosciuta –in certi settori- al legislatore<sup>3</sup>.

Esistono diverse trattazioni che hanno ad oggetto il principio di eguaglianza e di ragionevolezza e che si occupano a fondo degli schemi di giudizio che la Corte correntemente impiega<sup>4</sup>. Di queste varie modalità di giudizio sono state elaborate eleganti e articolate sistemazioni<sup>5</sup>. La ricchezza della giurisprudenza e la varietà delle materie toccate dal sindacato di costituzionalità condotto sulla base

---

\* *Contributo destinato anche agli scritti in onore del prof. Augusto Cerri.*

<sup>1</sup> G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2001, 12. Sul ruolo che il principio di ragionevolezza svolge nell’ambito del diritto penale, cfr. D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 30 ss.

<sup>2</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 176 ss.

<sup>3</sup> Un’ampia discrezionalità è riconosciuta al legislatore in diverse aree: ad esempio, nella configurazione delle fattispecie di reato, oppure in materia di sanzioni amministrative, o ancora nella conformazione degli istituti processuali...; d’altra parte vi sono, simmetricamente, settori in cui il sindacato della Corte alla stregua dell’art. 3 Cost. assume contorni più rigorosi: per esemplificazioni al riguardo si rinvia al contributo di B. CARAVITA, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 1990.

<sup>4</sup> Certamente tra i primi in questo senso, A. CERRI, *Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976,

<sup>5</sup> G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il “custode” della ragionevolezza*, Milano, 2001.

dell'art. 3 Cost. potrebbe suggerire un esame analitico dei vari settori ove tale sindacato tipicamente insiste. Potrebbe trattarsi di un metodo fecondo, nel senso che potrebbe rivelare approcci non del tutto omogenei e, almeno in parte, condizionati appunto dalla materia che fa da sfondo al giudizio. Riservandoci di perseguire nel futuro tale indagine, nella presente sede ci si propone di indagare gli orientamenti più recenti della giurisprudenza costituzionale in materia penale al fine di cogliere le eventuali analogie o diversità di tale segmento giurisprudenziale rispetto al sindacato correntemente svolto dalla Corte sulla base del predetto parametro. L'emersione di singolarità o particolarità costituirebbe un significativo indizio del fatto che l'impostazione potrebbe essere promettente, incentivando la prosecuzione dell'esame di altri "blocchi" di materie<sup>6</sup>-

Se è vero che le pronunce relative al diritto penale che impiegano il principio di eguaglianza non sono moltissime, è anche vero che esse non risultano percentualmente trascurabili rispetto al complessivo numero di pronunce che si fondano, in tutto o in parte, sull'art. 3 Cost.<sup>7</sup> Se è poi vero che le trattazioni relative al principio di eguaglianza di norma non si occupano –almeno sistematicamente- degli svariati ambiti materiali da cui i giudizi si originano, è altrettanto vero che non sono negli ultimi anni mancate indagini che proprio sul rapporto tra principio di eguaglianza e diritto penale si fondano, con una attenzione spiccata per la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>8</sup>. Si tratta di un dato che dimostra come il diritto penale si presti ad essere esaminato con riguardo al sindacato della Corte sulla base dell'art. 3 Cost. L'individuazione di altre aree materiali non costituisce un'operazione semplice: oltre a scontare inevitabili margini di opinabilità, è anche vero che la pervasività del criterio cospira a rendere non sempre agevole isolare aree materiali rispetto alle quali il giudizio sulla scorta dell'art. 3 Cost. riveli particolarità tali da distinguersi da altri ambiti e da giustificare un esame specifico.

Per quanto attiene al presente contributo, si procederà in primo luogo, sulla scorta della più recente giurisprudenza<sup>9</sup>, a verificare quale uso sia stato fatto, in materia penale, del principio di eguaglianza e del principio di ragionevolezza, talora impiegati anche in modo congiunto. Si considereranno di poi le aree del diritto penale che risultano maggiormente frequentate dalla giurisprudenza, focalizzando l'attenzione soprattutto sulle problematiche legate alla pena. Si tenterà infine di fare un bilancio di tale segmento di giurisprudenza letto in controluce con quelli che sono gli indirizzi consolidati della giurisprudenza costituzionale sull'art. 3 Cost.

## 2. Il principio di eguaglianza strettamente inteso

E' noto che il sindacato giurisprudenziale sulla base dell'art. 3 Cost., muovendo da un giudizio di eguaglianza, si è ben presto orientato verso un giudizio di ragionevolezza<sup>10</sup>. Ciò non toglie, e il settore materiale in questa sede esaminato ne fornisce eloquente conferma, che il giudizio di eguaglianza

---

<sup>6</sup> Si tratta di un approccio emerso in oramai risalenti incontri di dottorato presso l'Università di Padova e suggerito, in particolare, dal prof. Livio Paladin.

<sup>7</sup> A questo riguardo si consideri, ad esempio, che nel 2014 le pronunce (in particolare le sentenze) esplicitamente basate sull'art. 3 Cost. e gravitanti in ambito penale sono state una dozzina, costituendo il 12 % circa delle pronunce rese dalla Corte a seguito di giudizio in via incidentale.

<sup>8</sup> Cfr., soprattutto, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012; con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si veda anche G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini e M. Zanotti, I, Torino, 2012, 396 ss.; da ultimo, N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

<sup>9</sup> Ai fini dell'indagine la giurisprudenza della Corte esaminata in modo sistematico è quella relativa al triennio 2012-2014.

<sup>10</sup> Si tratta di un passaggio giurisprudenziale descritto in dottrina: A. CERRI, *Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; anche la dottrina successiva si sofferma sul punto in studi articolati e documentati: cfr., in particolare, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 27 ss. Più di recente anche A. CELOTTO, *Art. 3*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, spec. 77 ss.

inteso in senso stretto sia correntemente praticato dalla Corte, come accade anche che sia solo il principio di ragionevolezza ad essere invocato. Altre volte ancora entrambi i profili vengono ad emersione nel corso di uno stesso giudizio potendo in fin dei conti la normativa oggetto del giudizio contrastare con tutti e due i profili oppure, di converso, risultare non incostituzionale rispetto ad entrambi.

Muovendo dalle pronunce che toccano le corde dell'eguaglianza più strettamente intesa, si può subito osservare che diversi sono i casi che ruotano attorno a comparazioni tra fattispecie. In alcuni di essi viene evocato un trattamento diverso di situazioni eguali, in altri un trattamento eguale di situazioni diverse. La prima eventualità è quella a cui tradizionalmente si fa in prima battuta riferimento quando si ragiona di violazione dell'eguaglianza, declinata appunto come disparità (ingiustificata) di trattamento tra situazioni eguali o comunque assimilabili in relazioni a significativi aspetti delle fattispecie. Pur essendo il profilo cui in prima battuta si pensa quando si ragiona di eguaglianza, è subito da osservare che si tratta del versante meno frequentato dalla giurisprudenza, almeno nel settore che si sta in questa sede esaminando, più ricorrenti risultando le doglianze che fanno leva su equiparazioni di situazioni che si assumono diverse.

Con riguardo al diverso trattamento di situazioni simili, è accaduto che la Corte sia stata chiamata a pronunciarsi sul meccanismo di adeguamento al coefficiente di ragguglio tra pene pecuniarie e pene detentive nella misura in cui esso non era stato esteso alla conversione in libertà controllata delle pene pecuniarie non eseguite per insolvenza del condannato. Si tratta di un problema che prende le mosse da una risalente e consolidata giurisprudenza, relativa alla previsione di conversione della pena pecuniaria in pena detentiva, ritenuta illegittima dalla Corte con una storica sentenza<sup>11</sup>. Nel caso in esame la Corte osserva che la mancata estensione dell'adeguamento al caso della libertà controllata dà inevitabilmente luogo ad una "macroscopica sperequazione" con "grave compromissione del principio di eguaglianza"<sup>12</sup>: pur non esplicitato nella motivazione, è evidente che la disciplina impugnata conduce a trattare in modo vistosamente diverso situazioni che risultano in definitiva del tutto omogenee.

Anche in un'altra pronuncia, sempre dello stesso anno, lo schema del giudizio ternario è rispettato: nel caso si mettono a confronto due fattispecie di sequestro, l'uno a fini di estorsione e l'altro a fini di terrorismo o eversione. Il diverso trattamento tra le due fattispecie, ad avviso della Corte omogenee, non giustifica il riconoscimento, solo per la seconda, di una forma attenuata, consistente nella previsione di una circostanza attenuante in relazione alla "lieve entità dei fatti". Si tratta di una circostanza non contemplata invece per la prima fattispecie di reato. Si profila quindi di una disparità ingiustificata che si rivela anche, ad avviso della Corte, "manifestamente irrazionale"<sup>13</sup>. Elemento chiave, al fine di giungere ad una decisione di incostituzionalità, è la ritenuta omogeneità delle fattispecie, che il Giudice delle leggi accerta a seguito di una articolata analisi comparativa delle due ipotesi di reato. Si tratta di un elemento indispensabile, una vera e propria pre-condizione, del giudizio di eguaglianza: ove infatti le fattispecie non siano ritenute "comparabili", conformemente alle regole consolidate che governano l'applicazione giudiziale del principio di eguaglianza, la questione viene dalla Corte correntemente rigettata<sup>14</sup>.

Esemplificativo di tale orientamento è un recente arresto relativo ad una questione imperniata su una comparazione tra sanzione penale correlata al mancato versamento di ritenute previdenziali e omesso versamento delle imposte dovute dal sostituto di imposta<sup>15</sup>. La Corte, argomentando sulle

---

<sup>11</sup> Si tratta della nota sent. della Corte cost. [n. 131 del 1979](#).

<sup>12</sup> Il riferimento è alla [sent. n. 1 del 2012](#).

<sup>13</sup> Corte cost. [sent. n. 68 del 2012](#). Salvo i dubbi sollevati dai commentatori sulla pronuncia, e di cui si riferirà nel prosieguo, si può osservare che la questione dell'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 311 c.p. al sequestro di persona a scopo di estorsione non avrebbe potuto, o dovuto, secondo autorevole dottrina, nemmeno essere proposta: nel senso indicato, E. GALLO, *Sequestro di persona*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, XXXII, 16.

<sup>14</sup> A mero titolo di esempio, si veda la sent. della Corte cost. [n. 161 del 2009](#) in cui il rigetto riposa appunto sulla constatazione secondo cui le fattispecie oggetto di comparazione risultano "palesamente diverse", come tali non suscettibili di utile comparazione ai fini del sindacato ai sensi dell'art. 3 Cost.

<sup>15</sup> Il riferimento è a Corte cost. [sent. n. 139 del 2014](#).



diversità tra obblighi tributari e obblighi previdenziali, anche sulla scorta di alcuni precedenti, dismette la questione in ragione di una affermata “impraticabilità del raffronto”<sup>16</sup>. Si tratta peraltro di una comparazione che si era prospettata come possibile in dottrina, a testimonianza se non altro della opinabilità di tale valutazione, che si risolve in definitiva in una opzione sul peso da assegnare agli elementi di omogeneità e a quelli di differenziazione che spesso connotano fattispecie messe a confronto e oggetto del giudizio della Corte<sup>17</sup>.

Come si è anticipato, si registra nella materia in esame una maggiore frequenza di censure che lamentano indebite equiparazioni tra situazioni che si assumono, sotto diversi e significativi profili, “omogenee”: si tratta di una tipologia di doglianze che ha dato luogo a diverse decisioni di illegittimità nell’arco di tempo considerato. In un primo caso, richiamato poi anche in altre decisioni, la Corte, non per la prima volta, viene chiamata a pronunciarsi sulla disciplina, introdotta dalla legge n. 251 del 2005, del bilanciamento delle circostanze di cui all’art. 69 c.p., nella parte in cui tale norma non consente che una circostanza in materia di stupefacenti possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata<sup>18</sup>. Richiamate le anomalie prodotte dalla norma, che si concretano in “un’alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale”, la Corte ritiene che l’impossibilità di praticare il bilanciamento tra le circostanze conduce al paradosso in base a cui il recidivo reiterato, cui siano riconosciute le attenuanti generiche, autore di un fatto “non lieve”, deve subire di fatto “lo stesso trattamento sanzionatorio [...] spettante al recidivo reiterato, cui pure siano riconosciute le attenuanti generiche, ma autore di un fatto di “lieve entità”<sup>19</sup>.

In un’altra occasione la censura, relativa alla pena accessoria della perdita della potestà genitoriale prevista dall’art. 569 c.p. riposa sull’automatismo della pena stessa, che non permette al giudice di adattarla alla specificità delle fattispecie, con violazione del principio di ragionevolezza, che di norma si oppone alle pene fisse<sup>20</sup>. Se è vero che non vengono evocati in modo scoperto profili di disparità di trattamento, appare invero implicito, ogni qual volta venga censurata una sanzione per il suo automatismo, che la fissità di essa abbia come inevitabile corollario quello di consentire l’irrogazione dello stesso trattamento sanzionatorio o, come nel caso in esame, della stessa pena accessoria, al cospetto di situazioni tra loro (anche sensibilmente) diverse e che quindi ben si presterebbero ad essere trattate in modo diverso<sup>21</sup>.

L’ultimo anno di giurisprudenza esaminato si rivela particolarmente prodigo di esempi del modulo di giudizio di cui ci stiamo occupando. Prima di passare rapidamente in rassegna le singole pronunce, appare significativo osservare che la maggior parte di queste decisioni è di accoglimento, una di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, e solo due di rigetto. Iniziando da queste ultime, la prima è di rigetto, anche se forse poteva essere di inammissibilità, nella misura in cui i profili di incostituzionalità evocati, pur sussistenti in astratto, sono da ritenere in realtà superati sulla scorta di una precedente sentenza di accoglimento che rimuove l’automatismo (relativo ai casi di custodia cautelare in carcere) introdotto da un decreto legge più volte interessato da pronunce della Corte costituzionale<sup>22</sup>. Come nella sentenza appena sopra menzionata (la [n. 7 del 2013](#)), anche nel caso in

<sup>16</sup> Ancora Corte cost. [sent. n. 139 del 2014](#), che sul punto rinvia alle precedenti [ordd. nn. 206 del 2003](#) e [139 del 2004](#).

<sup>17</sup> Il punto è adombrato, in sede di commento alla [sent. n. 80 del 2014](#) della Corte costituzionale, da G. FLORA, *Il legislatore penale tributario a lezione di ragionevolezza dalla Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, 2014, n. 6, 711, ove non a caso viene menzionata la [sentenza n. 139 del 2014](#). Sulla [sentenza n. 80](#) si vedano anche le osservazioni di R. PINARDI, *Sostituzione con effetti retroattivi limitati nel tempo di una disciplina solo originariamente incostituzionale (ovvero la sent. n. 80 del 2014 come pronuncia “complessa”*, in *Giur. cost.*, 2014, 153 ss.

<sup>18</sup> Corte cost., [sent. n. 251 del 2012](#), richiamata, ad esempio, dalla successiva [sent. n. 105 del 2014](#).

<sup>19</sup> Ancora [sent. n. 251 del 2012](#), in cui pure è adombrata una violazione del principio di offensività e, più esplicitamente, la violazione del principio di proporzionalità della pena di cui all’art. 27, comma 3, Cost.

<sup>20</sup> La decisione a cui nel testo si fa riferimento è la [n. 7 del 2013](#). Sulle pene fisse, cfr. già C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 664.

<sup>21</sup> Lo stesso discorso si potrebbe fare, sempre con riferimento ad altra ipotesi di perdita della potestà genitoriale, con riguardo alla [sent. n. 31 del 2012](#), pur fondandosi la motivazione di questa pronuncia esclusivamente sulla violazione del principio di ragionevolezza.

<sup>22</sup> Si tratta del decreto legge n. 11 del 2009 (recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori). La sentenza cui si fa riferimento nel testo è la [n. 45 del 2014](#).

esame l'automatismo della previsione normativa (relativa appunto alla presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere per alcune tipologie di reato) rischiava di tradursi in trattamento uniforme di fattispecie tra loro diverse: essendo tuttavia intervenuta sul punto una precedente pronuncia della Corte, la questione da ultimo proposta viene dichiarata infondata<sup>23</sup>.

Un ulteriore caso in cui la Corte, pur evocando anche il principio di ragionevolezza, fonda la dichiarazione di incostituzionalità sulla diversità di trattamento tra fattispecie simili è quella relativa ad un intervento legislativo che, incidendo sui tempi di prescrizione dei reati, ha introdotto una prescrizione maggiore per il reato di incendio colposo rispetto a quello di incendio doloso<sup>24</sup>. Ad onta della motivazione dell'intervento normativo, costituito dall'"allarme sociale" creato dalla diffusione degli incendi soprattutto in certe aree del Paese, e ammesso pure che rientri nella discrezionalità del legislatore la previsione di deroghe alla regola generale per cui il termine di prescrizione è legato al "livello quantitativo della sanzione", nel caso in esame tale elemento di giustificazione (l'allarme sociale appunto) non appare sufficiente a superare lo scrutinio di costituzionalità. La norma censurata, infatti, prevedendo un termine di prescrizione più lungo per un reato colposo rispetto all'omologa versione dolosa, dà luogo ad un risultato, per la Corte, "contrario a logica"<sup>25</sup>.

Sono diverse, nel corso del 2014, le dichiarazioni di incostituzionalità che si basano (anche) su una rilevata equiparazione di situazioni tra loro diverse. Tralasciando un caso, in materia di recidiva reiterata e limiti al bilanciamento tra le circostanze, che si muove sulla falsariga della già citata sent. 251 del 2012<sup>26</sup>, si può iniziare da una decisione in cui la Corte censura una norma, in materia tributaria, che incongruamente assoggetta alla medesima pena l'omesso versamento dell'IVA, pur a seguito di corretta dichiarazione, e l'omessa dichiarazione e la dichiarazione infedele, che –secondo la Corte e secondo il senso comune– "costituiscono illeciti incontestabilmente più gravi"<sup>27</sup>. Fermo restando che l'incongruenza è stata poi dallo stesso Legislatore emendata, nella sentenza la Corte trova la via per ristabilire l'eguaglianza violata ritenendo necessario "allineare la soglia di punibilità dell'omesso versamento dell'IVA [...] alla più alta tra le soglie di punibilità delle violazioni in rapporto alle quali si manifesta l'irragionevole disparità di trattamento: quello della dichiarazione infedele (euro 103.291,38)<sup>28</sup>. Il Giudice delle leggi individua, nelle leggi via via succedutesi nel tempo, un evidente "difetto di coordinamento foriero di sperequazione sanzionatorie che, per la loro manifesta irragionevolezza, rendono censurabile l'esercizio della discrezionalità pure spettante al legislatore" nella configurazione delle fattispecie di reato<sup>29</sup>: situazione certo irragionevole, ma l'irragionevolezza è da ascrivere alla disparità di trattamento che la disciplina genera.

Nel medesimo insieme di definizione va ancora inserita una pronuncia relativa ad una norma dell'ordinamento penitenziario che estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari anche alla detenzione domiciliare prevista a favore delle condannate madri di figli di età inferiore a dieci

---

<sup>23</sup> Il precedente cui la pronuncia in esame allude è costituito dalla sent. della Corte cost. [n. 231 del 2011](#).

<sup>24</sup> La pronuncia a cui si è fatto riferimento è la [n. 143 del 2014](#), che al riguardo ragiona di "ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee".

<sup>25</sup> Così ancora, significativamente, Corte cost., [sent. n. 143 del 2014](#), che sfiora anche il tema della legislazione penale ispirata a ragioni di (vera o presunta) emergenza, legislazione che negli ultimi anni si è riaffacciata sulla scena e su cui la Corte è stata sovente chiamata a pronunciarsi.

<sup>26</sup> Si tratta, precisamente, della [sent. n. 105 del 2014](#); in senso del tutto analogo anche la successiva [sent. n. 109 del 2014](#): cfr., su entrambe, il commento di A. MICHAEL, *Le attenuanti del "fatto lieve" in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, in *Diritto penale e processo*, 2014, 1086 ss. .

<sup>27</sup> Si tratta della [sent. n. 80 del 2014](#), non a caso oggetto di attenzione, assieme ad altre pronunce, da parte di N. Recchia, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit. Ma sulla pronuncia cfr. anche il commento di G. FLORA, *Il legislatore penale tributario a lezione di ragionevolezza dalla Corte costituzionale*, cit., 709 ss., secondo il quale, come accennato sopra, la decisione della Corte potrebbe schiudere la via ad ulteriori questioni di costituzionalità in materia. Si tratta ad ogni modo di una via, quella appena indicata, che il Giudice delle leggi ha ritenuto di non percorrere, almeno allo stato, avendo da ultimo rigettato una questione imperniata proprio su una comparazione tra le fattispecie di cui al d. lgs. n. 74 del 2000 (anche a seguito della pronuncia [n. 80 del 2014](#)) e l'omesso versamento di ritenute d'acconto da parte del sostituto d'imposta: il riferimento è a Corte cost., sent. n. 100 del 2015.

<sup>28</sup> Ancora Corte cost., [sent. n. 80 del 2014](#).

<sup>29</sup> Corte cost., [sent. n. 80 del 2014](#).

anni<sup>30</sup>. La censura, che ha ad oggetto l'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975, non si appunta sulla natura restrittiva di essa con riguardo alla concessione di benefici penitenziari per una serie di detenuti che si presumono socialmente pericolosi, soprattutto nel caso in cui essi non risultino collaborare con la giustizia; la questione ha invero una più limitata portata e riguarda il regime restrittivo nella parte in cui esso si estende *anche* alla particolare detenzione di condannate madri di figli minori. Con riguardo a queste ultime, l'interpretazione invalsa in giurisprudenza è nel senso di escluderle dalla detenzione domiciliare nonostante tale regime trattamentale sia nel caso essenzialmente volto alla tutela di soggetti per definizione deboli, cioè i figli minori in tenera età. Oltre ad altri parametri, quindi, la norma censurata si rivela in distonia con l'"esigenza di trattamento differenziato" che l'art. 3 Cost. esige al cospetto di situazioni differenziate<sup>31</sup>: uniformare nella disciplina generale tale fattispecie, palesemente meritoria di una disciplina specifica, ridonda inevitabilmente in violazione del principio di eguaglianza.

Un altro caso ha ad oggetto la sanzione penale relativa all'omissione di una serie di adempimenti richiesti dalla legge ai soggetti destinatari di misure di prevenzione di carattere patrimoniale: in particolare il rimettente rileva che la normativa impugnata, sottoponendo a sanzione penale l'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali da parte del prevenuto, non distingue, nell'ambito delle condotte sanzionabili, la comunicazione di transazioni per cui è obbligatoriamente prevista una forma di pubblicità immobiliare. Così facendo, secondo il remittente, vengono ricondotte nella stessa cornice edittale condotte molto diverse, tanto è vero che in passato la giurisprudenza aveva escluso dall'area del penalmente rilevante proprio le condotte relative all'omessa comunicazione di atti di variazione patrimoniale che risultassero da pubblici registri. La riscontrata equiparazione tra condotte diversificate porta a emersione un "indubbio profilo di criticità del paradigma punitivo": ciò nonostante la Corte ritiene "impraticabile" un proprio intervento<sup>32</sup>.

In particolare il Giudice delle leggi muove dal presupposto secondo cui alla stessa è in linea inibita la rimodulazione delle cornici edittali delle sanzioni penali, in quanto espressione di scelte dal carattere "tipicamente politico", censurabili solo quando la discrezionalità di cui il Legislatore dispone "trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio", il che di norma accade quando si verificano "sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione"<sup>33</sup>. Si tratta di una situazione, quella appena descritta, che è diversa, per struttura, da quella sottesa alla questione nel caso proposta, in cui il giudice si lamenta del fatto che certe fattispecie – asseritamente meno gravi - vengano punite in modo irragionevolmente uguale rispetto appunto a fatti che si assumono, con il conforto di pregresse linee giurisprudenziali, più gravi e meritevoli di più severa sanzione. Si tratta di due prospettive che, ad avviso della Corte, sono (e devono rimanere) diverse, ad onta delle suggestioni che sembrano derivare da alcuni precedenti in materia.

Mentre nel caso di un trattamento (irragionevolmente) diverso di situazioni analoghe la Corte può limitarsi a rimuovere la disegualianza uniformando la fattispecie esclusa a quella analoga, nel caso di ingiustificata uniformità di trattamento la stessa si troverebbe a scegliere "in modo "creativo" la pena da sostituire a quella censurata così da "scaglionare" le ipotesi in comparazione sul piano sanzionatorio"<sup>34</sup>. La Corte sembra riconoscere l'irragionevolezza della sanzione per determinati comportamenti, anche sulla scorta di un precedente in cui l'interpretazione, contraria a quella poi affermata come diritto vivente, era stata invece dalla Corte qualificata come "conforme a Costituzione". Ciò nonostante, ad una pronuncia di incostituzionalità si oppone il fatto che la rimodulazione della pena richiesta finirebbe per configurare una scelta discrezionale di competenza del legislatore, e ciò anche se la cornice edittale si allineasse al minimo della pena in generale previsto

---

<sup>30</sup> Corte cost., [sent. n. 239 del 2014](#), su cui cfr. la nota di F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014.

<sup>31</sup> Ancora [sent. n. 239 del 2014](#).

<sup>32</sup> Il riferimento è alla [sent. n. 81 del 2014](#).

<sup>33</sup> Corte cost., ancora [sent. n. 81 del 2014](#).

<sup>34</sup> Corte cost., [sent. n. 81 del 2014](#).

dal codice penale. Anche così facendo, non si potrebbe ritenere la scelta della Corte “a rime obbligate”, dato che in tal modo “si verrebbe ad affermare un principio inaccettabile: e cioè che tutte le volte in cui si riscontri che due reati di diversa gravità sostanziale sono puniti con pene eguali la pena minima del reato meno grave dovrebbe essere ridotta (nel caso di delitto punibile con pene congiunte) a quindici giorni di reclusione e ad euro cinquanta di multa”<sup>35</sup>.

La sentenza appena menzionata rimanda alla questione del rapporto, all’interno del principio di eguaglianza, tra la regola secondo cui situazioni eguali vanno trattate in modo eguale e quella secondo cui situazioni diverse vanno trattate in modo diverso: in questo secondo caso, quindi, oggetto di censura, come nella fattispecie appena vista, è la disciplina che indebitamente equipara casi che risultano tra loro diversi. La Corte, sin dalle prime pronunce, ha dimostrato di non sottrarsi a tale tipo di sindacato<sup>36</sup>. Si tratta di un approccio che di norma ha avuto l’avallo della dottrina, secondo cui le due situazioni rivelano “la struttura unitaria del processo logico attraverso cui si sviluppa il sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza”<sup>37</sup>. E’ interessante il caso che ci occupa in quanto pare andare in controtendenza rispetto all’approccio più diffuso nella giurisprudenza e generalmente accolto anche in dottrina. Vero è che dalle precisazioni fornite dalla Corte esso parrebbe condizionato dalla materia su cui la pronuncia verte: cioè appunto la materia penale. In tale ottica in dottrina, non a caso muovendo dall’area del diritto penale, si erano nel passato avanzati dubbi e perplessità in relazione alla pretesa assimilabilità tra le due regole in cui tradizionalmente si scompone il principio di eguaglianza, sostenendo in particolare che “quando una norma viene accusata di illegittimità per non avere tenuto conto delle differenze esistenti nella realtà prenormativa fra situazioni e soggetti sottoposti a una disciplina comune [...], i parametri della ragionevolezza e della non arbitrarietà [...] si risolvono in elastici canali, dai confini determinati necessariamente di volta in volta dalla Corte, attraverso i quali viene fatto confluire un esame sulla giustizia della legge”<sup>38</sup>. Se è vero che la tesi in esame muove da un “concetto restrittivo” del principio di eguaglianza, è anche vero che, al di là della divergenza che corre tra le due regole in cui il principio di eguaglianza tradizionalmente si articola, tale differenza appare enfatizzata nell’ambito penale, ove le paratie che

---

<sup>35</sup> Ancora Corte cost., [sent. n. 81 del 2014](#), che precisa altresì come non sia utilmente invocabile il paradigma del noto precedente in materia di oltraggio a pubblico ufficiale, sentenza non a caso richiamata dal remittente: nel caso, infatti, è bensì vero che il minimo edittale fu ridotto, ma tale riduzione avvenne, sulla scorta peraltro di una serie di ulteriori considerazioni, utilizzando come metro di paragone il reato di ingiuria, con ciò scongiurando la natura discrezionale della scelta della Corte.

<sup>36</sup> Si tratta di un sindacato che la Corte per la prima volta ha messo in atto nella [sent. n. 53 del 1958](#), in relazione alla quale in dottrina si era adombrato che la scelta della Corte non fosse nel caso obbligata: così C. ESPOSITO, *L’art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1960, 107 ss.

<sup>37</sup> Il pensiero è di A. CERRI, *Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 109, secondo cui, nel caso in esame, “si riproducono, per così dire rovesciati, tutti i problemi che si erano posti in ordine alla diversa regolazione di fattispecie analoghe”. Si tratta peraltro di un approccio fatto proprio anche da A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1975, 561; sul punto concorda L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 619 ss., che al riguardo ragiona di una “schema essenzialmente comune”; è significativo osservare che, con riguardo proprio a tale schema, l’Autore da ultimo citato si sofferma specificamente su pronunce adottate in ambito penale (spec. 622 ss., ove si fa riferimento alle [sentt. 218 del 1974](#), [26 del 1979](#) e [139 del 1982](#)).

<sup>38</sup> Si tratta della tesi sostenuta, con ampia argomentazione, da F. COPPI, *In margine all’art. 6, comma 4, della legge sugli stupefacenti, appunti in tema di “eguaglianza” e di “giustizia”*, in *Giur. cost.*, 1972, 936, secondo cui “una legge che non rimuova certe differenze fra i destinatari o di queste non tenga conto e non detti discipline differenziate non viola la regola dell’eguaglianza [...] perché la posizione formale dei cittadini di fronte alla forza della legge rimane assolutamente eguale”. Si tratta di un concetto, quello della “giustizia”, che talora viene evocato dalla Corte costituzionale, anche se di norma *in unum* con altri principi costituzionali. “L’eguaglianza di fronte alle pene –ha sostenuto al riguardo la Corte- viene a significare, in definitiva, “proporzione” della pena rispetto alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia”: così la [sent. n. 299 del 1992](#), che sul punto specifico rinvia alla [sent. n. 50 del 1980](#). Ad un sindacato, fondato sull’art. 3 Cost., che utilizzi criteri di equità e/o di giustizia, si è da più parti fatto riferimento in dottrina: per una ricostruzione delle varie prospettazioni, con indicazioni giurisprudenziali, cfr. G. SCACCIA, *op. cit.*, 251 ss.



ostano alla rimodulazione delle cornici edittali sono particolarmente rigide<sup>39</sup>. Se l'approccio adottato dalla Corte è certamente condizionato dal fatto che il principio di legalità, in materia penale, e con particolare riferimento alla determinazione della pena, è di norma improntato a rigore, ci si può interrogare sulla possibilità di soluzioni alternative rispetto a quella adottata.

La Corte nella [sent. n. 81/2014](#), su sollecitazione del giudice rimettente, evoca un noto precedente in cui la cornice edittale di un reato, ritenuta palesemente sproporzionata rispetto al disvalore del fatto e rispetto ad altre fattispecie di reato, era stata modificata dalla stessa Corte in presenza, però, di un paradigma normativo relativo ad un reato che per nulla si distingueva da quello sottoposto a vaglio di costituzionalità se non per la qualifica di pubblico ufficiale rivestito dalla persona offesa<sup>40</sup>. Il ragionamento svolto nella sentenza in esame si fonda sul fatto che costituirebbe un "principio inaccettabile" quello in base a cui in ogni caso di reati che contemplino una medesima cornice edittale con riferimento a fattispecie eterogenee, o troppo eterogenee, tra loro, la pena minima del reato meno grave dovrebbe essere ridotta al minimo edittale previsto, in generale, dal codice penale (art. 23 e art. 24 c.p.). In giurisprudenza si era peraltro a ragione osservato che "in materia penale il principio di eguaglianza "non può essere inteso nel senso che a ciascuna fattispecie debba corrispondere una sanzione diversa da tutte le altre", anche alla luce del fatto che il sistema è "ispirato alla preferenza per pene edittali determinate fra un minimo ed un massimo"<sup>41</sup>.

Dove comunque la graduazione della forbice edittale non elida del tutto i dubbi relativi alla lamentata uniformità di sanzione per fatti diversi, soprattutto con riferimento all'eventualità in cui sia proprio il minimo edittale a presentarsi come sproporzionato e/o non giustificato nella sua entità, si potrebbe ipotizzare una pronuncia non già manipolativa ma di accoglimento parziale, cioè limitato a quelle fattispecie per cui la sproporzione sanzionatoria si manifesta in modo più acuto. Nel caso ora

---

<sup>39</sup> Non a caso il contributo di F. COPPI, *op. cit.*, 940, muove proprio dall'area penale: con riferimento a tale area si rimarca la diversa prospettiva che le due diverse declinazioni del principio di eguaglianza assumono. Nel caso che ci riguarda la regola del divieto di trattamento uniforme per fattispecie diverse "non porta più a verificare se tutti i cittadini che commettono un determinato fatto [...] e sottoposti alla medesima disciplina siano chiamati a rispondere ai sensi della stessa norma e assoggettabili alla stessa sanzione, ma sposta l'accertamento sulla valutazione dei fatti operata dal legislatore per controllare se i fatti colpiti con la stessa sanzione siano "eguali" o meno", risolvendosi il profilo appena indicato in una "questione del merito dell'apprezzamento legislativo intorno alla gravità dei fatti".

<sup>40</sup> Si allude alla [sent. n. 341 del 1990](#), in cui la Corte ha ricondotto il minimo edittale previsto per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale al minimo edittale previsto per il reato di ingiuria: si tratta peraltro, come del resto rimarca anche la Corte nella [sent. n. 81 del 2014](#), di una decisione in cui altre valutazioni hanno contribuito ad attingere al risultato dell'accoglimento, non ultima quella che ha fatto leva sulla mutata coscienza sociale in relazione alla percezione collettiva della figura del pubblico ufficiale, che finiva per rendere anacronistica la rafforzata tutela del prestigio del pubblico ufficiale stesso: su tale profilo cfr. A. CERRI, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo, limiti al giudicato costituzionale. Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in *Le Regioni*, 1981, 733 ss. In altri casi, peraltro, è accaduto che la Corte riportasse la cornice edittale che sanzionava fattispecie diverse nell'alveo di cornici edittali di reati analoghi che di tali differenze invece tenevano conto: emblematico esempio si è avuto nella [sent. n. 26 del 1979](#) quando la Corte, censurando alcune norme del codice penale militare di pace, riportò i fatti da tali norme coperte nell'ambito delle fattispecie previste e punite dal codice penale comune.

<sup>41</sup> Così Corte cost., [sent. n. 1 del 1982](#): la delicatezza della materia penale con riguardo all'applicazione del principio del divieto di assimilazione di situazioni diverse è colta pienamente da L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 624, che fornisce ragione di diverse sentenze di rigetto osservando al riguardo che "la sola alternativa consisterebbe nella drastica demolizione della disciplina impugnata, non potendosi ovviamente ricorrere a pronunce manipolative di accoglimento, tanto meno in materia di definizione dei reati e delle pene": al riguardo viene citata la [sent. n. 188 del 1982](#); in senso analogo, in precedenza, la [sent. n. 9 del 1972](#) oppure anche la [sent. n. 36 del 1973](#), che espressamente si riferisce alla possibilità di graduare la pena tra un minimo e un massimo, al fine appunto di evitare che fattispecie diverse siano oggetto dello stesso trattamento sanzionatorio. Si tratta di un orientamento confermato anche successivamente: emblematica l'[ord. n. 224 del 2011](#) che, sulla scorta di numerosi precedenti, osserva che "al legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore, spettando, in tali casi, al giudice di far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale". Che la realizzazione dell'eguaglianza nella comminazione della pena, anche con riguardo alla modalità di esecuzione di essa, passi attraverso la valutazione del giudice, è del resto riconosciuto dalla stessa Corte, secondo cui le misure che attengono alle modalità di esecuzione della pena, muovendo dal principio di "l'eguaglianza di fronte alla pena", che "significa proporzione della medesima alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono", implicano "l'esercizio di una funzione esclusivamente propria dell'ordine giudiziario": così Corte cost., [sent. n. 349 del 1993](#).



in esame sarebbe stata invero ipotizzabile, a nostro sommo avviso, una decisione di accoglimento in cui la Corte dichiarasse l'incostituzionalità della norma nella parte in cui sanziona anche la mancata comunicazione di variazioni dell'entità e della composizione del proprio patrimonio al cospetto di atti soggetti ad un regime di pubblicità immobiliare<sup>42</sup>.

Si tratta di un approccio che la Corte ha del resto nel passato adottato: si pensi al caso in cui era stata investita di una questione relativa ad una norma che identicamente puniva il cacciatore che fosse sorpreso a cacciare senza assicurazione e quello che semplicemente non avesse portato seco i documenti che attestassero l'assicurazione<sup>43</sup>. Anche alla luce della disciplina dell'assicurazione obbligatoria relativa alla circolazione dei veicoli, e quindi innestando nel ragionamento elementi di comparazione, la Corte, constatato come la norma mancasse di "ogni elemento logico che possa spiegare il fondamento giuridico e razionale" di essa, ne dichiarava l'illegittimità costituzionale "restando nella discrezionalità del legislatore – con il limite di una ragionevole differenziazione rispetto alla fattispecie di chi caccia senza essere assicurato- lo stabilire con quale sanzione debba essere punito chi, pur essendo assicurato, è sorpreso a cacciare privo dei documenti dimostrativi"<sup>44</sup>.

### 3. Il principio di ragionevolezza.

Nelle pronunce relative al periodo considerato non è affatto infrequente rinvenire riferimenti al principio di ragionevolezza, anche perché da tempo è generalmente riconosciuto che si tratta di uno dei grandi principi che governano il sistema penale<sup>45</sup>. In alcuni casi, come accade sovente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tale richiamo avviene contestualmente all'evocazione del profilo di eguaglianza inteso in senso stretto, altre volte invece esso prescinde, o sembra prescindere, dall'instaurazione di una qualche forma di comparazione che inevitabilmente il principio di eguaglianza porta con sé.

Iniziando dalla prima ipotesi, si possono menzionare alcune, e peraltro già ricordate, decisioni in cui l'evocazione di profili di ragionevolezza convive con il giudizio di eguaglianza. Talora i profili di comparazione sono platealmente assorbenti, di modo che il richiamo alla ragionevolezza, nell'economia della motivazione della sentenza, appare invero accessorio se non pleonastico. Ciò si verifica, ad esempio, in una decisione in cui la Corte procede ad una rigorosa comparazione tra due ipotesi di sequestro di persona onde verificare la conformità a Costituzione della mancata previsione, in uno dei due casi, di una circostanza attenuante prevista al contrario per l'altro<sup>46</sup>. In tale pronuncia viene instaurato, ed argomentato a fondo, il parallelismo tra le due fattispecie di reato a riprova della corretta indicazione di una delle due come *tertium comparationis*: è chiaro quindi che il richiamo finale alla violazione del principio di ragionevolezza non infirma l'indiscutibile centralità dell'eguaglianza nell'*iter* argomentativo. Del resto è indubbio che un trattamento diverso di situazioni

---

<sup>42</sup> Di una sentenza manipolativa, quindi si tratterebbe, su cui si vedano peraltro i dubbi già espressi, nel passato, da C. PEDRAZZI, *Sentenze "manipolative" in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 44 ss.

<sup>43</sup> Il riferimento è a Corte cost., [sent. n. 218 del 1974](#).

<sup>44</sup> Ancora Corte cost., [sent. n. 218 del 1974](#), su cui si vedano le osservazioni di A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normativa in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, 2163 ss. Se è vero che nell'arco della motivazione vengono valorizzati gli elementi di comparazione, desunti fin anche dalla disciplina della stessa materia nella versione anteriore all'abrogazione, è anche vero che a più riprese si insiste sulla mancanza "di ogni elemento logico che possa spiegare il fondamento giuridico e razionale" della normativa impugnata.

<sup>45</sup> In quest'ottica, per tutti, G. VASSALLI, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>46</sup> Si allude alla già citata [sent. n. 68 del 2012](#): sulla sentenza cfr. peraltro l'osservazione di S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cassazione penale*, 2012, 2394 ss., in cui peraltro si considera criticamente l'insistenza della Corte sui profili di comparazione evocando piuttosto "la strada maestra di una valutazione della ragionevolezza della norma condotta un piano totalmente "interno" alla fattispecie contestata", sulle orme di F. C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1998, 74.

simili o una uniformità di disciplina di fattispecie differenziata quasi per definizione ridonda in una lesione del principio di ragionevolezza. Stesso approccio si rinviene nella richiamata pronuncia relativa alla durata dei termini di prescrizione dei reati di incendio colposo e doloso, ove la dichiarazione di illegittimità riposa proprio sulla comparazione tra le due ipotesi e sugli esiti, certamente irragionevoli, che la disciplina censurata produce: essa si pone in contrasto con consolidati principi in materia penale, tra cui rientra a pieno titolo quello secondo cui la medesima fattispecie di reato non può non assumere minore gravità quando posta in essere con dolo rispetto alle ipotesi meramente colpose<sup>47</sup>.

Proprio su quest'ultimo principio si basa anche una decisione che, diversamente da quella appena esaminata, sembra fondarsi in modo eminente sulla ragionevolezza della disciplina censurata, degradando le venature comparative ad argomenti della decisione. Si tratta di una singolare situazione in cui il rimettente lamenta che, nel caso di un bene sottoposto a sequestro, il custode che abbia agevolato colposamente la sottrazione del bene verrebbe punito ai sensi di cui all'art. 335 c.p., al contrario del caso in cui tale sottrazione sia dolosa, ipotesi quest'ultima interessata dall'intervento di depenalizzazione<sup>48</sup>. La motivazione della decisione, tutta tesa ad evidenziare l'erroneità della premessa interpretativa da cui il giudice muove, corre sul filo della ragionevolezza, nel senso che il tentativo di interpretazione adeguatrice deve andare nel senso di scongiurare una situazione in cui il concorso colposo nell'illecito altrui vada punito più severamente (per giunta con sanzione penale anziché amministrativa) rispetto alla simmetrica fattispecie dolosa. In questa cornice, la comparazione tra fattispecie dolosa e colposa rimane sullo sfondo prevalendo su questa la considerazione basata sulla irragionevolezza di una situazione normativa in cui la fattispecie colposa di una fattispecie verrebbe repressa con sanzione penale, mentre la versione dolosa sarebbe oggetto di mera sanzione amministrativa<sup>49</sup>. Accade anche che i due versanti dell'eguaglianza e della ragionevolezza rimangano distinti, talvolta riscontrando la Corte la violazione di entrambi. Emblematico esempio di tale eventualità si ha in una sentenza relativa alla figura della recidiva con riguardo al bilanciamento delle circostanze: da una parte si insiste, muovendo dal caso di specie, sull'irragionevolezza delle conseguenze sanzionatorie che derivano dall'assetto normativo congegnato; dall'altra parte si evidenziano profili di (inammissibile) equiparazione di trattamento tra situazioni assai diverse tra loro<sup>50</sup>.

In qualche misura problematici, nell'ottica dell'analisi del rapporto tra eguaglianza e ragionevolezza nell'ambito del sindacato condotto ai sensi dell'art. 3 Cost., sembrano quei casi in cui la motivazione della pronuncia sembra fondarsi su una accezione di ragionevolezza svincolata da profili di comparazione: una ragionevolezza non a caso etichettata come "irrelata" in dottrina<sup>51</sup>. Significativi i casi, parte di un cospicuo filone giurisprudenziale, in cui la censura si appunta sulla natura "automatica" della sanzione penale la quale, precludendo al giudice ogni valutazione discrezionale, ridonderebbe in irragionevolezza della previsione normativa, dovuta appunto alla sua irriducibile rigidità. I casi sono molto simili tra loro e riguardano l'irrogazione della pena accessoria

---

<sup>47</sup> Il riferimento è alla sent. della Corte cost. [n. 143 del 2014](#) in cui peraltro il riferimento alla ragionevolezza, seppur congiunto in modo inestricabile al principio di eguaglianza, compare anche con riguardo all'enunciazione di una regola generale: "la discrezionalità legislativa in materia deve essere sempre esercitata [...] nel rispetto del principio di ragionevolezza e in modo tale da non determinare ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee".

<sup>48</sup> Corte cost., [sent. n. 58 del 2012](#).

<sup>49</sup> Ancora [sent. n. 58 del 2012](#), nella cui motivazione, oltre ai profili di irragionevolezza appena indicati, fanno capolino anche considerazioni legate al principio di specialità di cui all'art. 9 della legge n. 689 del 1981. Si tratta peraltro di un principio su cui sovente la Corte si basa per saggiare la ragionevolezza di una norma penale, nel senso che la comparazione può trovare un limite nella natura appunto speciale di una norma: sul punto F. LIENA, *Specialità tra fattispecie e ragionevolezza delle scelte legislative sanzionatorie*, in [www.neldiritto.it](#), 2011, 1286 ss.

<sup>50</sup> Si tratta della [sent. n. 251 del 2014](#).

<sup>51</sup> Che da un certo punto in poi la giurisprudenza abbia cominciato a praticare un tale tipo di sindacato è confermato da diversi studi che dell'evoluzione della giurisprudenza si sono occupati: tra i primi, A. CERRI, *Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; cfr. poi, anche per indicazioni giurisprudenziali, G. SCACCIA, *op. cit.*, 106 ss.

della perdita della potestà genitoriale nel caso di commissione di determinati reati<sup>52</sup>. La natura rigida della sanzione accessoria comporta, in entrambe le situazioni considerate, che l'interesse del minore sia del tutto pretermesso nella misura in cui al giudice è precluso ogni valutazione che possa bilanciare tale interesse con l'interesse ad applicare la pena accessoria. Di qui l'irragionevolezza della previsione normativa variamente argomentata nelle due pronunce. Nella prima, in particolare, censurando il "mero automatismo che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento nel caso concreto", si rimarca la diversità tra il caso *sub iudice* e altri tipi di delitti: il reato in esame, diversamente da altri che pure possono avere come vittime minori, "non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tali da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale"<sup>53</sup>. E evidente, sotto il profilo da ultimo illuminato, che, sottesa alla constatata irragionevolezza della previsione normativa, emerge anche la problematicità di una norma che sottopone ad un medesimo trattamento fattispecie differenziate ed eterogenee.

In senso analogo una successiva pronuncia, censurata l'automaticità della censura di cui all'art. 569 c.p., si sofferma anche sulla "fissità" della pena, "in perenne tensione rispetto alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio e della sua necessaria finalizzazione rieducativa": si tratta di un profilo, quello appena evidenziato, che ha a che fare con il principio di eguaglianza nella misura in cui la pena fissa, per definizione, finisce per determinare un trattamento (irragionevolmente) uniforme di fattispecie che, al contrario, dovrebbero essere tenute distinte<sup>54</sup>. Vi è ancora un caso, nel periodo considerato, in cui la Corte si trova alle prese con un automatismo, questa volta in relazione alla previsione del necessario svolgimento del lavoro di pubblica utilità in ente localizzato solo nella provincia di residenza del condannato<sup>55</sup>. Commiste a valutazioni sull'automatismo e sulla sua irragionevolezza, fanno capolino ulteriori considerazioni che, muovendo dalla funzione rieducativa della pena, rimarcano la necessità di "criteri individualizzanti", piuttosto che di "rigidi automatismi", alludendo, anche se non scopertamente, al rischio che, diversamente, vengano trattate in modo uniforme situazioni che di fatto postulano trattamenti differenziati<sup>56</sup>.

Nei casi appena visti, al di là del nesso facilmente individuabile tra automatismi vari, soprattutto in ambito sanzionatorio, e violazione della regola per cui non si possono sottoporre ad un medesimo trattamento situazioni tra loro diverse, è vero che la Corte spesso mette sul piatto della bilancia

---

<sup>52</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla [sent. n. 31 del 2012](#), relativa all'irrogazione della pena accessoria indicata nel testo a seguito di commissione del reato di cui all'art. 567 c.p. (che riguarda l'alterazione dello stato civile dei figli); e alla [sent. n. 7 del 2013](#), avente ad oggetto l'art. 569 c.p., che prevede la stessa misura accessoria in caso di commissione del reato di soppressione di stato. Come si vede, ipotesi del tutto assimilabili, tanto è vero che la sentenza più recente rimanda a più riprese alla precedente. Le censure di automatismo hanno negli ultimi anni riguardato, in particolare, la previsione della misura cautelare in carcere per una varia tipologia di reati: si tratta di un filone di pronunce inaugurato dalla [sent. n. 265 del 2010](#), su cui, tra gli altri, P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, *Dir. pen. e proc.*, 2010, 949. Si tratta di un filone di pronunce piuttosto consistente sulle quali si veda il "consuntivo" di V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, 457 ss.

<sup>53</sup> Corte cost., [sent. n. 31 del 2012](#).

<sup>54</sup> Il riferimento è alla [sent. n. 7 del 2013](#): che la "fissità" della misura sanzionatoria abbia a che vedere con il principio di eguaglianza era stato già in tempi risalenti affermato: sul punto C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, cit., 664 ss.

<sup>55</sup> Il riferimento è a Corte cost., [sent. n. 179 del 2013](#).

<sup>56</sup> Le citazioni sono tratte sempre dalla [sent. n. 179 del 2013](#): si osservi, al riguardo, che il rimettente aveva lamentato, oltre ad una violazione del principio di ragionevolezza, anche una lesione del principio di eguaglianza, alludendo al fatto che il richiedente potrebbe subire un trattamento peggiore per il solo fatto che nella Provincia di residenza non siano state adottate convenzioni che consentano al condannato di accedere al beneficio del lavoro di pubblica utilità. Il filone di giurisprudenza che ha ad oggetto la censura di automatismi sanzionatori in ambito penale è risalente e affonda le sue radici nel passato: sul punto G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 418 s.

ulteriori argomenti che proprio al principio di eguaglianza strettamente inteso finiscono per rimandare<sup>57</sup>.

In un solo caso, nel periodo considerato, sembra ricorrere l'eventualità che il principio di ragionevolezza sia impiegato in modo del tutto avulso da termini di paragone, più o meno scopertamente evocati. Si tratta di una fattispecie avente ad oggetto quella norma del codice penale che dispone la sospensione della prescrizione in caso di incapacità dell'imputato, anche laddove ne sia stata accertata l'irreversibilità<sup>58</sup>. Al di là dell'esito della pronuncia, di inammissibilità, siamo al cospetto di un caso evidente di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>59</sup>, in cui la Corte svolge una serie di argomentazioni tutte orientate nel senso dell'incostituzionalità della norma. Rilevata la "reale anomalia" di tale disposizione, in quanto dà luogo ad una "incongrua situazione", si insiste sulla sua "irragionevolezza" nella misura in cui essa "entra in contraddizione con la ragion posta a base, rispettivamente, della prescrizione dei reati e della sospensione del processo"<sup>60</sup>. I profili di comparazione, pur in astratto configurabili, appaiono tuttavia recessivi rispetto ad una più comprensiva ed assorbente valutazione della "coerenza dell'ordinamento complessivo, delle singole leggi e delle singole norme in base sostanzialmente al principio di non contraddizione"<sup>61</sup>. Assai significativa è l'espressione utilizzata dalla Corte a seguito dell'individuazione delle finalità che ispirano gli istituti sostanziali e processuali –della prescrizione del reato e della sospensione del processo- e a seguito della constatazione della vanificazione di tali finalità: le ragioni che stanno alla base di tali garanzie, nel caso specifico, "si rovesciano inevitabilmente nel loro contrario"<sup>62</sup>. Sebbene si tratti della fattispecie che più ha a che fare con una irragionevolezza irrelata, o intrinseca, sembra nondimeno possibile individuare latenti, o per lo meno non evocati, profili di comparazione, laddove la situazione in esame, relativa ad uno stato di incapacità non reversibile, viene in sostanza trattata in modo eguale rispetto alla diversa situazione di uno stato di incapacità di cui non sia predicabile l'irreversibilità: si tratta di una assimilazione di trattamento che in definitiva si risolve inevitabilmente anche in vulnerazione del principio di eguaglianza.

Dalle pronunce appena passate in rassegna emerge un impiego talora promiscuo del giudizio di eguaglianza e del sindacato di ragionevolezza, di modo che non sempre appare del tutto chiaro la funzione che gli elementi di comparazione rivestono negli itinerari argomentativi messi in campo dalla Corte. In altre parole talora non è facile decodificare la funzione assoluta dagli elementi di

---

<sup>57</sup> Va al riguardo ricordato che in dottrina, sulla scorta di un'analisi di un'ampia casistica giurisprudenziale, si era osservato che "anche nelle decisioni che a prima vista trascendono il tipico schema trilaterale dei giudizi di eguaglianza, la Corte stessa ricorre, cioè, a uno o più *tertia comparationis* ricavati dal diritto positivo: *tertia* talora sottintesi, ma il più delle volte evidenziati dalle motivazioni": così L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, cit., 620.

<sup>58</sup> Si tratta della [sent. n. 23 del 2013](#), su cui si vedano le osservazioni di R. PINARDI, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, 377. e di G. LEO, *Il problema dell'incapace "eternamente giudicabile": un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013. Anche nella già citata [sent. n. 279 del 2013](#) si allude in modo scoperto ad una violazione del "canone di ragionevolezza", anche se in realtà vi sono riferimenti, in verità per lo più impliciti, a profili di violazione del principio di eguaglianza.

<sup>59</sup> Su tale tipologia decisoria la dottrina, come noto è vasta: da ultimo si veda A. BONOMI, *Quando la Corte può decidere ma decide di "non decidere": le decisioni di "inammissibilità per eccesso di fondatezza", le decisioni interpretative di inammissibilità per omessa interpretazione "conforme a" e alcune decisioni di restituzione degli atti per ius superveniens*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013.

<sup>60</sup> La prima, osserva la Corte, legata "sia all'affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito [...], sia al "diritto all'oblio" dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela"; la seconda, che "poggia sul diritto di difesa, che esige la possibilità di una cosciente partecipazione dell'imputato al procedimento": così Corte cost., [sent. n. 23 del 2013](#).

<sup>61</sup> In questo senso A. CERRI, *Il principio di eguaglianza*, cit., 99, che in proposito ragiona ancora di "carezza di consequenzialità fra motivo addotto e disciplina dettata"; in altro passo si allude ad uno schema logico che pare ben atteggiarsi al caso di specie, laddove si allude al caso in cui "gli elementi distintivi delle fattispecie considerate non sono congrui rispetto alla *ratio* della disciplina che le concerne" (97).

<sup>62</sup> Ancora [sent. n. 23 del 2013](#).



comparazione che fanno capolino nella trama della motivazione<sup>63</sup>. Essi possono dare corpo, insieme ad altre considerazioni, a strategie argomentative, variamente modulate, tese ad accreditare o smentire l'ipotizzata irragionevolezza della disciplina normativa oggetto di giudizio; altra e diversa cosa è invece l'evocazione di un vero e proprio termine di paragone su cui, sin dal momento della proposizione della questione, la *quaestio* si fonda. Nel primo caso, la questione, pur toccando aspetti legati al principio di eguaglianza, utilizza tali elementi di comparazione in guisa di "argomenti", che possono ad esempio corroborare, assieme ad altri, una prospettazione di irragionevolezza; nel secondo caso, invece, il *tertium comparationis* contribuisce a identificare i "termini" della questione, come tale inerente al *thema decidendum*, con tutte le conseguenze che ne derivano, in ordine ai limiti del potere delle parti rispetto alla delimitazione della *quaestio* e in riferimento ai poteri ufficiosi della Corte stessa, che trovano un argine di norma invalicabile nella perimetrazione del *thema decidendum* ad opera del giudice rimettente<sup>64</sup>. Si tratta di un fenomeno noto ma che, forse, in ambito penale, si rivela in modo ancora più esplicito dal momento che le riserve della Corte rispetto al sindacato di costituzionalità sulle scelte del legislatore penale possono indurre ad innestare nel tessuto motivazionale della sentenza diversi tracciati argomentativi. In questa cornice l'evocazione di elementi di comparazione gioca un ruolo significativo, anche se non sempre risulta inequivoco il ruolo che tali elementi rivestono. Viste le conseguenze che tale incertezza determina, sarebbe certo auspicabile che essi trovassero, nell'alveo della motivazione, una collocazione priva di ambiguità<sup>65</sup>.

#### 4. Il sindacato sulla "pena".

Le questioni di costituzionalità che ruotano attorno alla pena costituiscono, nell'ambito dei giudizi che riguardano il settore penale, una parte significativa delle pronunce<sup>66</sup>. Se è vero che la norma chiave al riguardo è costituita dall'art. 27 Cost., non è meno vero che anche l'art. 3 Cost. viene molto frequentemente invocato, da solo o in combinazione appunto con l'art. 27 Cost. A testimonianza del fatto che i principi appena richiamati siano intrecciati nella giurisprudenza, si può ricordare che tradizionalmente la Corte afferma, in linea di principio, che "l'individualizzazione della pena [...] si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di eguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale"; "lo stesso principio di legalità delle pene", sancito dall'art. 25, secondo comma Cost., dà vita ad un sistema che trae

<sup>63</sup> Sul punto si è da tempo in dottrina osservato – proprio con riferimento alla giurisprudenza costituzionale in ambito penale – come risulti "sostanza impossibile catalogare le sentenze in ragione del tipo di argomento utilizzato, visto e considerato che sovente i diversi parametri di giudizio si intersecano e anche si confondono tra loro nella stessa pronuncia", di modo che si ragiona di una "alta componente valutativa di questo tipo di scrutinio": così F. C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 373.

<sup>64</sup> Sul punto, nella cornice di un discorso più vasto, A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 325 ss., il quale osserva che la diversa qualificazione del termine di comparazione nel senso indicato dipende dalla "prospettazione" formulata nell'ordinanza introduttiva del giudizio. Si tratta di una constatazione condivisibile, e che sembra corrispondere alla prassi, anche se non sembrano al riguardo assenti margini di scelta in capo alla Corte con riferimento alla qualificazione del *tertium* o dei *tertia comparationis* alla stregua appunto di "profili" o "argomenti" della questione di costituzionalità.

<sup>65</sup> Si è in dottrina rilevato, a questo proposito, che non di rado accade, in giurisprudenza, che i termini di paragone (i *tertia comparationis*) possano anche assumere una valenza meramente "retorica" nella cornice del ragionamento svolto dalla Corte costituzionale sulla scorta del principio di eguaglianza: in tale senso, R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 291 ss.

<sup>66</sup> Analoga constatazione si rinviene nel ricco volume di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., che al riguardo ragiona, rispetto appunto al versante della pena, di "uno dei settori più corposi" della giurisprudenza costituzionale in materia. Ma la diffusione di tale sindacato è più risalente, pur dopo un primo periodo in cui la Corte non sembrava più che tanto disposta ad un simile controllo: su punto si vedano le considerazioni di F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista di dir. e proc. pen.*, 1998, 362 s.



contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost.<sup>67</sup>.

Nucleo centrale delle varie questioni quasi invariabilmente consiste nella evidente sproporzione della pena: si tratta tuttavia di una valutazione che raramente è disgiunta da profili comparativi<sup>68</sup>. Stando alla giurisprudenza presa in rassegna, la discrezionalità del legislatore, che nell'ambito delle scelte sanzionatorie è molto ampia, può venire censurata dalla Corte solo nei limiti della "manifesta" irragionevolezza. Si tratta di un'affermazione ricorrente e che raramente viene smentita o revocata in dubbio: particolarmente significativa una pronuncia in cui la Corte, riconosciuto che le scelte relative alla configurazione dei reati e alla commisurazione delle sanzioni sono espressione di "apprezzamenti tipicamente politici", osserva che tale scelte sono sindacabili "soltanto ove trasmodino in manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie"<sup>69</sup>

Si tratta di un approccio ribadito dalla Corte nelle pronunce, che costituiscono un filone ormai piuttosto nutrito, relative alla disciplina delle circostanze del reato, e del loro bilanciamento, introdotta con la legge n. 251 del 2012. La Corte rimarca le ragioni che giustificano il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee: nondimeno ritiene che deroghe ad esso siano possibili, in quanto espressione di scelte discrezionali del legislatore, censurabili nei limiti nella manifesta irragionevolezza. Le scelte legislative "in ogni caso non possono giungere a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale"<sup>70</sup>. In altri casi Corte è stata chiamata a pronunciarsi su altrettante fattispecie di reato in relazione alle quali la nuova disciplina del bilanciamento tra le circostanze finisce per dare luogo a trattamenti irragionevolmente uniformi in relazione a fattispecie tra loro molto diverse<sup>71</sup>.

Accade anche che il perno del ragionamento della Corte, pur sorretto da vari argomenti, ruoti attorno alla palese sproporzione della sanzione, che sovente si ritiene dia luogo a macroscopiche sperequazioni. Quasi immancabilmente la Corte fonda l'accertamento relativo all'evidente difetto di proporzione della sanzione (anche) su considerazioni di carattere relazionale, nella misura in cui vengono evidenziate le incongruità che il trattamento sanzionatorio oggetto di giudizio evidenzia in relazione alla cornice edittale di altre fattispecie di reato suscettibili di utile comparazione<sup>72</sup>. Emblematico esempio della funzione in qualche misura "accessoria", o per lo meno non autonoma, del canone della proporzionalità della misura della sanzione è dato dalla già citata decisione in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione. Nonostante appunto il riferimento insistito alla rigidità e asprezza della cornice edittale del reato, legata alla legislazione dell'emergenza, la motivazione della pronuncia si intrattiene al lungo sui profili di analogia tra il reato *de quo* e il sequestro di persona a scopo di terrorismo: nonostante la presenza di diversi elementi di similitudine, che vengono

---

<sup>67</sup> Così, in via esemplificativa, Corte cost., [sent. n. 50 del 1980](#), ove peraltro è proprio sul principio di eguaglianza che, con riguardo al sindacato sulla misura delle pene, a più riprese si insiste; in senso analogo, ad esempio, Corte cost., [sent. n. 299 del 1992](#).

<sup>68</sup> In giurisprudenza il nesso tra i due principi costituisce un dato risalente, solo confermato dalla più recente giurisprudenza: "l'eguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, <proporzione>" della pena rispetto alle <personali> responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono" (così Corte cost., [sent. n. 50 del 1980](#)).

<sup>69</sup> Corte cost., [n. 68 del 2012](#), sulla scorta di numerosissimi precedenti, alcuni dei quali citati dalla Corte nell'occasione.

<sup>70</sup> Corte cost., [sent. n. 251 del 2012](#), che sul punto richiama testualmente la [sent. n. 68 del 2012](#).

<sup>71</sup> Si tratta di sperequazioni che la Corte puntualmente esemplifica. A titolo di esempio, nella [sent. n. 251 del 2012](#), avente ad oggetto l'impossibilità di ritenere la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 309 del 1990 (testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti) prevalente sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p., si osserva che "nel caso di recidiva reiterata equivalente all'attenuante il massimo edittale previsto dal quinto comma per il fatto di "lieve entità" (sei anni di reclusione) diventa il minimo della pena da irrogare". Lo stesso tipo di ragionamento viene messo in campo nelle sentenze nn. [105](#) e [106 del 2014](#). E' vero anche che, in altri casi riguardanti automatismi e rigidità in materia di concessione di circostanze attenuanti, la Corte ha finito per fare leva eminentemente sulla irragionevolezza della normativa, anche se declinata in senso ampio: così, ad esempio, Corte cost., [sent. 183 del 2011](#).

<sup>72</sup> Insiste a più riprese su profili di comparazione tra due ipotesi di sequestro di persona la [sent. n. 68 del 2012](#); analogamente anche la [sent. n. 80 del 2014](#), con riferimento a reati in materia di imposte: con la differenza che, mentre nella prima ipotesi si censura il trattamento diverso di situazioni per più versi assimilabili, nella seconda il problema è quello della uniformità di trattamento di fattispecie tra loro sensibilmente diverse.

analiticamente passati in rassegna, per il sequestro a scopo di terrorismo è prevista l'attenuante del fatto di lieve entità, mentre essa, al contrario, non è contemplata per il reato a scopo di estorsione, per certi versi addirittura "meno" allarmante nell'ottica adottata dalla Consulta<sup>73</sup>. A fronte di una situazione del genere, fonte di sperequazioni talora vistose, è evidente che risulta svilita, se non vanificata, anche la finalità rieducativa della pena, con violazione dell'art. 27, comma 3 Cost., di norma considerato appunto *in unum* con l'art. 3 Cost.

Anche in riferimento alle censure che hanno come obiettivo principale la pena, o meglio, la fase di esecuzione di essa, vengono talora in evidenza profili di automatismo di volta in volta disvelati dalla normativa oggetto di giudizio: l'intervento della Corte, al cospetto di tali situazioni, si traduce in una (ri)espansione dei poteri del giudice. Si tratta di uno schema che ricorre, ad esempio, nel caso in cui la previsione normativa relativa allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità subordina la possibilità di fruire di tale pena sostitutiva al fatto che l'ente presso cui svolgere l'attività si trovi nella provincia di residenza del condannato<sup>74</sup>. Simile approccio emerge in altra pronuncia relativa al divieto di concessione dei benefici penitenziari, per taluni detenuti che non collaborino con la giustizia, esteso anche al caso di detenute madri con prole di età inferiore a dieci anni. Anche in questa ipotesi la Corte censura l'automatismo della previsione, che preclude al giudice la valutazione dell'opportunità in concreto della concessione del beneficio<sup>75</sup>.

Diversi sono i parametri coinvolti. Nel primo caso, in particolare, l'art. 27, comma 3, Cost., che, prevedendo la funzione rieducativa della pena e la risocializzazione del condannato, esige una individualizzazione del trattamenti penitenziario in base a criteri individualizzanti, per definizione ostili a ogni forma di automatismo. Nel secondo caso vengono invece in rilievo le norme costituzionali che tutelano i minori, salvaguardandone le esigenze (vengono al riguardo menzionati gli artt. 29, 30 e 31 Cost.): l'impossibilità, per il giudice, di considerare debitamente il soddisfacimento di tali esigenze ridonda in illegittimità della normativa, proprio in ragione della "rigidità" di essa. A fronte di tutto ciò, occorre nondimeno constatare che, al pari di altri filoni di pronunce, che proprio un automatismo normativo hanno avuto di mira, il profilo decisivo riposa sull'art. 3 Cost., nel caso declinato nella forma del divieto, per il legislatore, di prevedere un trattamento uniforme per situazioni caratterizzate da non trascurabili elementi di diversità, sotto profili anche costituzionalmente rilevanti.

Nonostante sia corrente l'opinione secondo cui la discrezionalità del legislatore sia particolarmente estesa nell'ambito della determinazione delle sanzioni penali, è da osservare che nel periodo esaminato sono svariate le pronunce che censurano proprio l'entità della pena, o le modalità esecutive di essa. Solamente in un caso la Corte, pur ammessa in modo plateale l'incongruenza della sanzione, e quindi a seguito di un riconoscimento di incostituzionalità, ha dismesso la questione con una pronuncia di inammissibilità, basata sulla mancanza di un paradigma punitivo di riferimento che fungesse da viatico per una ricostruzione della cornice edittale, non potendo la Corte limitarsi a ricondurre il minimo della pena base a quello previsto, in via generale, dal codice penale<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Dubbi sulla trama motivazionale della sentenza sono espressi da S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, cit., 2394. Critico anche C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità: il diritto vivente "preso – troppo? - sul serio"*, in *Giur. cost.*, 2014, 906 ss., secondo cui è lecito nutrire pochi dubbi sul fatto che "il proscenio" della sentenza "sia riservato proprio al giudizio sulla corretta individuazione del *tertium comparationis* da parte del giudice remittente". Si tratta, quello cui si è appena accennato, di un profilo colto anche dai primi commentatori della pronuncia: ad esempio V. MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida al diritto*, 2012, 67 ss.

<sup>74</sup> Corte cost., [sent. n. 179 del 2013](#).

<sup>75</sup> Si tratta della [sent. n. 239 del 2014](#).

<sup>76</sup> In tal senso la già menzionata [sent. n. 81 del 2014](#). Se pure non frequente, e comunque meno ricorrente rispetto al passato, si tratta di una tipologia decisoria che talora ricompare sulla scena: si pensi, per stare agli ultimi anni, alla [sent. n. 22 del 2007](#), su cui si vedano le considerazioni di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss.

Ci si può chiedere se l'orientamento rilevato possa essere sintomatico di una tendenza recessiva a fondare il giudizio, in casi consimili, sulla nozione di “manifesta irragionevolezza”, che tradizionalmente si ritiene appunto imprescindibile al fine di giustificare l'erosione della riserva a favore del legislatore in tema di sanzioni penali, ambito in cui il margine di scelta in capo al Legislatore è particolarmente esteso. L'impressione che si trae dalle pronunce esaminate è che in effetti una irragionevolezza ricorra sempre, talora assumendo forme vistose o macroscopiche. Ciò peraltro non appare tuttavia un dato decisivo, anche riguardando il problema nell'ottica della (almeno relativa) “prevedibilità” delle decisioni: in altre parole il riscontro di un'irragionevolezza particolarmente vistosa costituirebbe bensì una condizione necessaria ma non sempre sufficiente per dare luogo ad una pronuncia di incostituzionalità.

Cercando di approfondire il discorso, si può osservare, in primo luogo, che di certo sussistono casi in cui l'irragionevolezza si presenta come “manifesta” e nondimeno la Corte non procede alla conseguente dichiarazione, come si è appena visto con riguardo alla [sent. n. 81 del 2014](#). Di converso accade anche che l'irragionevolezza della sanzione sia considerata “manifesta” non tanto in sé e per sé, quanto in relazione alla lettura che della fattispecie ha dato la giurisprudenza, la quale ha inquadrato nella sfera di operatività di un certo reato anche fatti che molto probabilmente andavano da essa espunti, come è accaduto nella già più volte menzionata [sentenza n. 68 del 2012](#) (in tema di sequestro di persona).

Nel primo senso appare appunto problematico il caso dell'omessa dichiarazione di talune variazioni patrimoniali da parte del destinatario di misure di prevenzione patrimoniali. In particolare si sospettava di illegittimità una certa interpretazione della norma, non sempre peraltro fatta propria dalla giurisprudenza, secondo cui tale omessa comunicazione poteva riguardare anche casi di variazioni patrimoniali oggetto di pubblicità. La giurisprudenza nel prosieguo si assestava sulla più rigorosa interpretazione, schiudendo la strada a dubbi di costituzionalità relativi al trattamento uniforme di situazioni eguali, dubbi dalla stessa Corte costituzionale nel passato alimentati<sup>77</sup>. Nonostante qualche perplessità in proposito, non potendosi invero escludere che ragioni di politica criminale possano giungere a giustificare un tale rigore, la Corte sembra dare per scontata la manifesta irragionevolezza della previsione normativa, così come interpretata correntemente, alludendo in proposito a evidenti “criticità del paradigma punitivo”. Ciò nondimeno la via dell'intervento correttivo viene ritenuta impraticabile, rimanendo del tutto trascurata e negletta la via dell'incostituzionalità parziale.

Nel caso riguardante il reato di sequestro di persona, è vero che la Corte molto insiste sulla comparazione tra i reati in esame, ma in effetti, anche stando alla genesi della norma sul sequestro a scopo di estorsione, non è detto che sia così scontata la constatazione della Corte secondo cui esso sarebbe “meno grave”, nella prospettiva della natura e rango dei beni oggetto di protezione, rispetto al sequestro a scopo di terrorismo: anche in questo caso sembrerebbe trattarsi di valutazioni di politica criminale. Al riguardo, si è osservato in dottrina, la fattispecie concreta da cui il giudizio di costituzionalità muoveva conferma pienamente tale impostazione. In realtà il problema nasce dall'aver ricondotto nell'ambito dell'art. 630 c.p. anche “fatti” che, a rigore, si sarebbero potuti ritenere ad esso estranei: segnatamente quelli in cui il sequestro non nasca allo scopo di ottenere una somma di denaro, ma esso sia piuttosto conseguente alla mancata restituzione di una somma di denaro, per lo più frutto di attività illecite<sup>78</sup>. Se la giurisprudenza avesse espunto tali fatti dal perimetro del delitto, esso non sarebbe stato probabilmente investito da dubbi di costituzionalità. Anche in tal caso, dunque, la mancata previsione della circostanza attenuante, se pure presentata come un elemento di “manifesta” irragionevolezza del trattamento sanzionatorio complessivo, è in realtà da ascrivere ad orientamenti giurisprudenziali sottostanti e relativi alla delimitazione della fattispecie piuttosto che ad una “intrinseca” sproporzione della sanzione.

---

<sup>77</sup> Corte cost., [ord. n. 442 del 2001](#).

<sup>78</sup> Si tratta di una lettura della sentenza proposta, sulla base di una ricostruzione della giurisprudenza in materia, da C. SOTIS, *op. cit.*, 906 ss.

Si tratta di casi che suonano come conferma del fatto che formule quali quella della “manifesta” irragionevolezza finiscono inevitabilmente per celare margini di discrezionalità non trascurabili in capo alla Corte, che in definitiva può pervenire a censurare il *quantum* della sanzione penale, a “parità di irragionevolezza”, sulla base di considerazioni ulteriori, ora legate alla lettura giurisprudenziale delle fattispecie di reato oggetto di giudizio, altre volte legate alla praticabilità di determinati interventi, peraltro non sempre verificata in modo inoppugnabile<sup>79</sup>. Rispetto a tutto ciò, anche l’innesto di argomenti di stampo relazionale, o comparativo, seppur in astratto idonei a circoscrivere la discrezionalità della Corte, non escludono il rischio che valutazioni ulteriori, anche di “politica criminale” in senso lato, possano convivere, talora fin anche su di esse facendo aggio, su ragioni squisitamente giuridiche. In questa ottica appare condivisibile l’opinione secondo cui, accanto o in luogo del termine di paragone, potrebbero essere impiegati, nel sindacato sulla pena, altri principi di natura costituzionale quali quello di legalità, “sotto il circoscritto profilo di una eventuale indeterminatezza”, e quello che si basa sulla funzione rieducativa della pena<sup>80</sup>.

### 5. Osservazioni di sintesi.

Come si osservava in sede introduttiva alla presente indagine, nell’ambito del sindacato correntemente praticato sulla scorta dell’art. 3 Cost., oramai generalizzato e diffuso in ogni ambito materiale, non pare inopportuno prendere in esame i diversi settori ove esso di preferenza si sviluppa, onde verificare eventuali particolarità del giudizio stesso alla luce della specifica area considerata, e delle caratteristiche peculiari che la connotano. Nel caso della giurisprudenza sviluppatasi nell’area del diritto penale si è constatato che vi sono diversi profili di particolarità che vengono ad emersione, via via del resto segnalati. Rispetto, più in generale, al sindacato condotto dalla Corte sulla scorta dei parametri desunti dall’art. 3 Cost., si può rilevare che gli orientamenti espressi nel settore penale sembrano (apparentemente) abbastanza in linea con le tendenze più recenti. La giurisprudenza, in generale, denota negli ultimi anni una preferenza per un approccio che si basa su considerazioni di carattere relazionale, in qualche misura “interne” al sistema legislativo complessivamente riguardato, anche sulle orme di consolidate e ormai risalenti opinioni dottrinali. Rispetto ad una valutazione della ragionevolezza “intrinseca”, forse un poco recessiva rispetto a quanto avveniva in un passato anche non lontano, si registra un tipo di sindacato che, pur non sempre in modo esplicito, tende piuttosto a valorizzare profili di comparazione percorrendo, e ripercorrendo, le logiche del sistema attraverso la comparazione tra varie parti di esso (o, nel caso del diritto penale, tra le varie fattispecie, di cui appunto si tentano di cogliere elementi di affinità e di distinzione)<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Sul fatto che la censura di “manifesta” irragionevolezza con riguardo ai livelli sanzionatori previsti dalla legge sia quanto mai problematica, si veda, tra gli altri, A. PAGLIARO, *Sproporzione “irragionevole” dei livelli sanzionatori o sproporzione “irrazionale”*, in *Giur. cost.*, 1997, 774 ss., il quale osserva, in senso critico, che “un giudizio di ragionevolezza o di irragionevolezza di una certa tutela penale, pur essendo possibile in rapporto a una intera incriminazione, scivola verso l’impreciso e l’arbitrario se applicato alla sola misura della sanzione”.

<sup>80</sup> Nel senso indicato, F. C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 375. Su un superamento del profilo comparativo in relazione al sindacato sulla pena si sofferma anche G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 421 ss., che individua nella [sent. n. 26 del 1979](#) uno spartiacque in riferimento a tale evoluzione, sulla base della quale risulta possibile censurare, come appunto è avvenuto nella pronuncia del 1979, “una *razionale*, ma *ingiusta*, *voluntas legis*”.

<sup>81</sup> Sembra al riguardo confermata l’impostazione di A. CERRI, *Il principio di eguaglianza*, cit., 49 ss., secondo cui, a fronte di certi casi che sembrerebbero deporre per un “controllo di logicità irrelato, sciolto cioè da qualsiasi considerazione comparativa”, a ben guardare “emerge sempre indiscutibile un termine di raffronto, bensì taciuto ma non per questo meno operante nell’effettivo giudicare”; sullo stesso punto, più sinteticamente, ID., *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L’Aquila, 1984, 164 ss. Della stessa opinione L. PALADIN, *op. cit.*, 622, il quale, anche con specifico riferimento all’ambito penale, di cui in effetti veniva colta la peculiarità, osserva che, al di là delle apparenze, la dimostrazione dell’incongruenza delle norme oggetto di giudizio muove, quasi invariabilmente, “dall’interno dell’ordinamento”, tanto è vero che vengono al riguardo ricordati diversi casi in cui la Corte rimprovera ai giudici rimettenti il fatto di non aver debitamente evidenziato i necessari termini di paragone (tra le altre, Corte cost., [sent. n. 166 del 1982](#)). Che tale



Si tratta di un orientamento che, almeno in astratto, sembra da guardare con favore, anche alla luce del rischio, sempre insito nell'utilizzo di un parametro sfuggente come quello della ragionevolezza, che esso stesso si traduca in una mera "formula verbale", la cui latitudine di apprezzamento finirebbe per dare luogo ad imprevedibilità o peggio arbitrarietà dei giudizi, come in dottrina si è da tempo paventato<sup>82</sup>. L'ancoraggio a più solidi (o almeno correntemente ritenuti tali) paradigmi di giudizio e, segnatamente, a paradigmi che si fondino su profili di comparazione tra diverse fattispecie, non dirime peraltro del tutto le incertezze che gravitano attorno ai giudizi che fanno leva sull'art. 3 Cost. Sembrano due, in particolare, gli aspetti su cui vale la pena di attirare l'attenzione. In primo luogo va osservato che, nella fase applicativa della tradizionale regola, in cui si scompone il principio di eguaglianza, situazioni eguali richiedono un trattamento uniforme, casi diversi vanno trattati in modo diversificato, il canone da ultimo enunciato è foriero di incertezze legate alle particolarità dell'ambito materiale in esame. Come noto, la Corte è particolarmente rispettosa della riserva di legge in materia di conformazione dei reati e commisurazione delle pene, riserva tradizionalmente declinata in modo assai rigoroso. A fronte di situazioni in cui si è censurata l'assimilazione di situazioni diverse, ipotesi ricorrente soprattutto con riferimento al sindacato sulla misura della pena, la Corte ha avuto modo di porre chiaramente l'accento sulle peculiarità che ineriscono alla regola secondo cui contrasta con il principio di eguaglianza la previsione di un trattamento uniforme in relazione a fattispecie tra loro (anche sensibilmente) diverse: problematico infatti risulta, per il Giudice delle leggi, la ricostruzione di un tessuto normativo che indebitamente equipara situazione connotate da vistose disomogeneità, non potendo la Corte riportare sempre e comunque al minimo della pena limiti edittali talora evidentemente sproporzionati<sup>83</sup>. Si tratta di un aspetto molto delicato per la Corte costituzionale, che non a caso dimostra una particolare cautela. Tuttavia, anche sulla scorta della casistica giurisprudenziale, recente e meno recente, si potrebbe peraltro ipotizzare che, anche in assenza di paradigmi sanzionatori certi, al cospetto di una situazione di incostituzionalità, la via maestra dovrebbe essere comunque quella della dichiarazione di incostituzionalità, "parziale", anche sulla scorta del principio –generalmente riconosciuto- in base a cui non esistono, nel nostro ordinamento, obblighi "costituzionali" di penalizzazione<sup>84</sup>.

---

orientamento si manifesti pure nell'area penale, è constato, ad esempio, da P. CHIARULLI, *La sanzione penale ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'Orlando e L. Montanari, Torino, 2009, spec. 66 ss.

<sup>82</sup> Il riferimento è a L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. del diritto*, Agg., I, 1997, 906. Si tratta di un rischio, quello insito nell'impiego di parametri elastici quali appunto la ragionevolezza, che in dottrina si è da più parti paventato: sul punto, tra gli altri, G. VOLPE, *Razionalità, ragionevolezza e giustizia nel giudizio sull'eguaglianza delle leggi*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 298; A. CELOTTO, *Art. 3*, cit., 83, il quale, osservato che il giudizio di ragionevolezza è divenuto "del tutto ingovernabile", constata che nel corso del tempo esso "si è trasformato in una sorta di *valutazione sull'ingiustizia della legge*"; sul punto si vedano anche le considerazioni di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, 114 ss.

<sup>83</sup> Il riferimento è alla già citata [sent. n. 68 del 2012](#).

<sup>84</sup> Si tratta di un problema che sovente si affaccia in giurisprudenza: nel periodo esaminato appare emblematica la [sent. n. 81 del 2014](#) in cui la Corte, dimentica della possibilità di una pronuncia di incostituzionalità parziale, che espungesse l'ipotesi di reato rispetto alla quale la pena si manifestava sproporzionata rispetto al disvalore del fatto: nell'occasione la Corte non prendeva nemmeno in considerazione l'ipotesi adombrata, limitandosi a ritenere "un principio inaccettabile" quello secondo cui "tutte le volte in cui si riscontri che due reati di diversa gravità sostanziale sono puniti con pene eguali la pena minima del reato meno grave dovrebbe essere ridotta [...] a quindici giorni di reclusione e ad euro cinquanta di multa".

Nella prospettiva qui coltivata, si può ricordare come in dottrina si sia al riguardo osservato che "un vuoto di tutela penale [...] –assumendo inesistenti, nel nostro ordinamento, obblighi di penalizzazione- non costituirà mai una violazione costituzionale": in questi termini M. ROMANO, *Norme incriminatrici arbitrariamente discriminatorie "in se stesse ragionevoli" e costituzionalmente legittime*, in *Rivista di diritto processuale penale*, 1986, 1331, a commento della sent. della Corte cost. [n. 297 del 1986](#). Sul punto cfr. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, 484 ss.; più di recente, anche nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e delle ricadute di esso in materia penale, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, spec. 292 ss.



Si può ancora osservare –venendo alla seconda considerazione– che la presenza di itinerari argomentativi che si muovono, come si è detto, all’interno del sistema normativo e che si sostanziano nella messa a confronto tra ipotesi diverse, evidenzia quelli che sono i nervi scoperti di tale approccio. In particolare la giurisprudenza mette talora a nudo i margini di apprezzamento relativi alla valutazione –necessariamente preliminare ad ogni tipo di giudizio comparativo– dell’omogeneità o, come anche si dice, alla comparabilità delle situazioni rispetto a cui si prospetta un paragone: si tratta di una scelta che sconta ampi margini di opinabilità come la prassi giurisprudenziale ha dimostrato, e non solo in ambito penale<sup>85</sup>.

L’utilizzo di spunti di comparazione, e la conseguente evocazione di termini di raffronto, si presta di certo a margini di discrezionalità più ampi, che possono talora essere in qualche misura “compensati” dal carattere meramente argomentativo di essi. L’individuazione del *tertium* o *tertia comparationis* alla stregua di veri e propri *termini* della questione, come tali idonei ad incidere quindi sulla conformazione della *quaestio* (e sul *thema decidendum* di esso), e quindi non modificabili ad opera delle parti del giudizio, rende avvertiti sulle conseguenze, non certo insignificanti, che da tale indicazione derivano e sul margine di apprezzamento che in definitiva residua in capo alla Corte in ordine alla qualificazione degli elementi di raffronto indicati dai rimettenti alla stregua di “argomenti” o di “termini” della *quaestio*<sup>86</sup>.

Emblematico esempio della sussistenza di una “zona grigia” al riguardo è dato dalla più volte menzionata pronuncia in tema di sequestro di persona. La Corte, all’esito di un articolato percorso, ha optato per la comparabilità tra fattispecie di sequestro a scopo di estorsione e sequestro a scopo di terrorismo. A parte la constatazione relativa alla gravità dei due reati, in riferimento ai quali si allude addirittura alla “gerarchia costituzionale dei valori”, resta il fatto che, mentre in una precedente occasione la Corte aveva ravvisato la non omogeneità, ai fini della comparazione, tra reato di sequestro a fini di estorsione e sequestro di ostaggi, tale omogeneità è ritenuta sussistente, nel caso più recente, con riguardo appunto alla figura del reato a fini di terrorismo<sup>87</sup>. Le motivazioni sottese alla pronuncia si radicano sugli orientamenti giurisprudenziali correnti, propensi ad una lettura (forse eccessivamente) estensiva della fattispecie di cui all’art. 630 c.p., e sulla sussistenza del precedente relativo all’ipotesi di sequestro di ostaggi. Tutto ciò cospira ad avallare l’ipotesi che l’apprezzamento dell’omogeneità delle situazioni poste a raffronto sconti margini di discrezionalità non trascurabili nella misura in cui a fronte di fattispecie diverse, è difficile individuare criteri che limitino il potere della Corte di selezionare, al cospetto dei vari elementi che la fattispecie compongono, quelli che accomunano e quelli che differenziano le ipotesi messe a confronto<sup>88</sup>. L’unico argine, relativo, a tale ampiezza di apprezzamento, riposa probabilmente in una ricostruzione assai sorvegliata della *ratio*

---

<sup>85</sup> Sulla necessità, sia logica che giuridica, della sussistenza di profili di comparazione ai fini del giudizio di eguaglianza, ancora A. CERRI, *Il principio di eguaglianza*, cit., 52 ss. Insiste, sulla scorta di orientamenti giurisprudenziali affermati, sul profilo dell’omogeneità, L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza*, cit., 646 ss.; sul punto anche G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 50 ss., cui si rinvia anche per esemplificazioni giurisprudenziali.

<sup>86</sup> Si tenga sempre presente la lucida impostazione di A. CERRI, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>87</sup> Il riferimento è alla già citata [sent. n. 68 del 2012](#). Come si accennava, in una precedente occasione la Corte non aveva ritenuto idoneo *tertium comparationis* rispetto al reato di sequestro di persona il reato di sequestro di ostaggi: si allude all’[ord. n. 240 del 2011](#); ma la questione era stata dismessa con una pronuncia di inammissibilità anche in precedenza con l’[ord. n. 163 del 2007](#).

<sup>88</sup> Con riguardo alla pronuncia della Corte in discorso, si è in effetti dubitato dell’idoneità delle due fattispecie di reato ad essere messe sullo stesso piano all’esito di un giudizio di comparazione: sulla scorta di una serrata dimostrazione, in dottrina si è concluso che “contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, l’art. 289-bis, in sé e nel suo rapporto con l’art. 311 c.p., non poteva dunque costituire un valido *tertium comparationis* sul quale fondare l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.”: in questo senso S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, cit., 2401. Altra dottrina ha avuto modo di osservare che “le peculiarità proprie della fattispecie legale del sequestro di persona a scopo di estorsione autorizzano [...] a pensare che il modello triadico su cui si sviluppa il giudizio di ragionevolezza-uguaglianza in fondo non sia strettamente a rime obbligate”: così C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità: il diritto vivente “preso-troppo?- sul serio”*, cit., 909 s., il quale dimostra che le due fattispecie poste a raffronto difettano di quella omogeneità che la Corte dà per assodata e che in fin dei conti giustifica l’esito stesso del giudizio.

della legge, non a caso identificata dalla dottrina più attenta come il vero e proprio punto di partenza di ogni ragionamento che dal principio di eguaglianza prenda le mosse<sup>89</sup>.

Nella dottrina penalistica, una nemmeno troppo sotterranea critica alla filosofia del *tertium comparationis* come anima del sindacato alla stregua dell'art. 3 Cost. appare abbastanza diffusa ed anche risalente. Si è al riguardo anche ritenuto, con prospettiva radicale, che la comparazione tra fattispecie, implicando “valutazioni di tipo ideologico-politico”, andrebbe bandita, dovendosi la Corte limitare ad un sindacato sulla irrazionalità della norma penale, cioè sulla sua “coerenza logica”<sup>90</sup>. Si tratta di un sindacato che in effetti talora la Corte svolge, ma ciò non esclude che anche altri tipi di giudizio siano correntemente utilizzati<sup>91</sup>.

La dottrina ha, da una parte, rilevato che in giurisprudenza il riferimento al *tertium* non risulta spesso decisivo nell'economia della decisione; dall'altra parte, ed anche a prescindere dall'andamento della prassi, ha espresso dubbi e perplessità sul tipico giudizio di stampo relazionale se trapiantato nella cornice del sindacato sulle norme penali. Si è giunti ad affermare, muovendo da celebri casi giurisprudenziali, che “il ricorso allo schema triadico” è divenuto meramente residuale<sup>92</sup>. Si tratta di un approccio che era stato coltivato anche sul finire degli anni '90 da parte di una dottrina che, oltre che seguire gli itinerari della giurisprudenza costituzionale, ha argomentato a fondo sulla scarsa attitudine del consueto modulo relazionale attraverso cui l'art. 3 Cost. viene azionato a fornire risposte convincenti in ambito penale<sup>93</sup>. Tale impressione si basa sul fatto che, almeno nel settore preso in esame (ma la considerazione pare senza dubbio estensibile ad altri ambiti), un elemento valutativo risulta quasi immancabilmente innestato nel giudizio all'atto di prescegliere quali elementi, tra i tanti che disegnano fattispecie anche complesse, considerare e valorizzare al fine di giungere ad un giudizio di omogeneità o di non omogeneità tra le norme poste a raffronto o elevate a termine di paragone<sup>94</sup>.

Se quindi è “fatale” che sia stato “compiuto il passo verso una comparazione non più tra elementi strutturali e morfologici di fattispecie, ma anche [...] fra contenuti di disvalore, è aperta la strada per una valutazione della ragionevolezza della norma condotta su un piano totalmente “interno” alla fattispecie contestata”<sup>95</sup>. La stessa individuazione della norma da utilizzare a fini comparativi è espressione di scelte discrezionali: in prima battuta da parte dei giudici rimettenti, ma poi in definitiva della Corte stessa. Se infatti il *tertium* va a identificare un vero e proprio profilo della *quaestio*, un intervento, integrativo o sostitutivo officioso non è probabile né frequente. Ma ciò finisce solo per

---

<sup>89</sup> Nel senso indicato, A. CERRI, *Il principio di eguaglianza*, cit., 44 ss. e 98 ss. Ma la constatazione è diffusa in dottrina: R. BIN, *Diritti e argomenti. bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 46 (nota 120); ampiamente sul punto anche G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 111 ss., cfr. anche, nell'ambito di un discorso più vasto, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 92 ss.

<sup>90</sup> Le citazioni sono tratte da A. PAGLIARO, *Sproporzione “irragionevole” dei livelli sanzionatori o sproporzione “irrazionale”*, cit., 775.

<sup>91</sup> In un recente caso, ad esempio, la Corte costituzionale sembra aver utilizzato uno schema di giudizio che, al di là delle espressioni utilizzate, sembra esaurirsi in una valutazione sulla coerenza logica della norma sottoposta a vaglio di costituzionalità: il riferimento è alla [sent. n. 143 del 2014](#), relativa ai termini di prescrizione del reato (colposo) di incendio, rispetto a quelli previsti per la corrispondente fattispecie dolosa.

<sup>92</sup> Così G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., 423 ss., muovendo dalla sentenza della Corte costituzionale [n. 341 del 1994](#) (sull'oltraggio a pubblico ufficiale), ma anche menzionando le successive sentt. [519 del 1995](#) (su mendicizia non invasiva) e [370 del 1996](#) (sull'art. 708 c.p.).

<sup>93</sup> Tale impostazione si deve a F. C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 350 ss., secondo cui “a fronte della persistente affermazione sulla indispensabilità del *tertium comparationis*, sono sempre meno isolate le sentenze che nella sostanza ne fanno a meno”; da tale constatazione, che trova fondamento sull'osservazione della prassi giurisprudenziale, la stessa dottrina osserva che “la maggiore indeterminatezza, la più alta componente di discrezionalità, che caratterizzerebbero un controllo di ragionevolezza privo del riferimento al *tertium comparationis*, sono più apparenti che reali” (375).

<sup>94</sup> Che un margine di opinabilità sussista in relazione alla valutazione della omogeneità delle fattispecie sembra dato per scontato anche da G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2633, in margine alla discussa pronuncia della Corte costituzionale [n. 333 del 1991](#).

<sup>95</sup> Così ancora, efficacemente, F. C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 377.

attenuare l'ampiezza delle opzioni ampiamente discrezionali della Corte: non solo nell'ottica del possibile utilizzo di ulteriori e diversi elementi di comparazione alla stregua di "argomenti", da spendere nella cornice di un *thema decidendum* che è sottratto all'intervento della Corte, ma soprattutto nella prospettiva dell'analisi comparativa tra le fattispecie: "solo alla stregua di un determinato parametro valutativo –si è giustamente osservato- gli elementi differenziali propri di quella fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento rispetto al *tertium comparationis*"<sup>96</sup>.

La prassi giurisprudenziale degli ultimi anni conferma se non altro che il problema evidenziato costituisce il banco di prova della giurisprudenza costituzionale in materia. Se è vero che la tendenza riscontrata è quella di continuare ad utilizzare gli stilemi più tradizionali del giudizio di eguaglianza, con un riferimento, pur variamente modulato, ad un termine di paragone normativo su cui parametrare la conformità della norma sindacata all'art. 3 Cost., sotto la scorza di questo rassicurante schema la realtà giurisprudenziale appare più articolata e complessa. Per limitarci ad alcune esemplificazioni, si può ritornare al caso del sequestro di persona a scopo di estorsione sottoposto ad una serrata comparazione con la fattispecie del sequestro a fini di terrorismo. Ad onta dello sforzo profuso, la dottrina si è dimostrata ampiamente critica in ordine alla persuasività degli argomenti messi in campo: a prescindere dalla condivisibilità delle critiche, non invero implausibili, non si può revocare in dubbio il fatto che la stessa circostanza che l'approccio comparativo si presti a considerazioni diametralmente opposte dice molto sulla sussistenza di una componente ampiamente valutativa sottesa al ragionamento della Corte<sup>97</sup>.

Sempre con riguardo ai dubbi cui l'impiego del *tertium comparationis* può dare luogo, si può anche ricordare una pronuncia, peraltro anch'essa già oggetto di menzione, riguardante alcune fattispecie di reato in materia tributaria. L'irragionevole disparità di trattamento della fattispecie considerata si prospetta sia rispetto ai più gravi delitti di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione sia con riguardo all'analoga fattispecie dell'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000) come risultante a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale di cui alla [sentenza n. 80 del 2014](#) della Corte costituzionale<sup>98</sup>. Sono stati da più rimettenti sollevati dubbi sul reato relativo all'omesso versamento delle ritenute previdenziali, evocando come *tertium comparationis* la disciplina in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto<sup>99</sup>. Il *leit-motiv* delle ordinanze di rimessione ruota attorno alla considerazione secondo cui la previsione di una soglia di 50.000 per il delitto di omesso versamento di ritenute (all'art. 10-bis) sembrerebbe dare adito ai vizi di irragionevolezza che avevano portato alla dichiarazione di illegittimità della stessa soglia in relazione all'omesso versamento IVA (art. 10-ter).

---

<sup>96</sup> F. C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 378, che sintetizza il proprio punto di vista osservando che "in fondo i giudizi valutativi che si effettuano *dopo* 'individuazione del *tertium* sono sostanzialmente identici a quelli che si effettuano *prima* per l'individuazione stessa della fattispecie di riferimento".

<sup>97</sup> Sul punto, con rigore, S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, cit., spec. 2400, che al termine di una disamina differenziale delle due fattispecie messe dalla Corte a raffronto, constata come "dinnanzi alla strada maestra di una valutazione della ragionevolezza della norma condotta su un piano totalmente interno alla fattispecie contestata, è stato preferito il criterio del *tertium comparationis*, confermando la sua idoneità ad introdurre un fattore di incertezza più che di rigore nel giudizio", riprendendo un passo del contributo di F. C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 74.

<sup>98</sup> Il riferimento è a Corte cost., [sent. n. 100 del 2015](#). Negli atti introduttivi dei giudizi la norma veniva censurata per violazione dell'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento cui essa darebbe luogo sia riguardo ai reati (più gravi) di omessa dichiarazione e di dichiarazione infedele, maggiormente lesivi degli interessi del fisco. Non viene accolta nemmeno la prospettazione delle fattispecie di cui agli artt. 10-bis e 10-ter come fattispecie 'gemelle', di modo che la previsione di soglie di punibilità diversificate ridonderebbe in irragionevolezza. Le due fattispecie presentano, per la Corte, elementi di differenziazione sufficienti a escludere la necessità di un trattamento omogeneo: "l'allineamento *quoad poenam* quanto a soglie di punibilità delle due ipotesi di omesso versamento, operato dal legislatore nel 2006, rappresenta, dunque, una soluzione costituzionalmente compatibile, ma non certo costituzionalmente imposta", cui "l'analisi della parabola storica delle due fattispecie" costituisce –ad avviso della Corte- "la riprova più eloquente": così ancora [sent. n. 100 del 2015](#).

<sup>99</sup> Corte cost., [sent. n. 139 del 2014](#).

I profili di comparazione vengono dismessi sulla base di diversi ordini di argomentazioni, fondati sulla “diversa finalità” perseguita dal legislatore nei casi messi a confronto, oltre che sulla differenza della “tipizzazione” delle fattispecie penali<sup>100</sup>. Al di là delle argomentazioni svolte dalla Corte, e anche a prescindere dalla loro persuasività, in questa sede ci si può limitare ad osservare che in dottrina, a commento della menzionata pronuncia che incideva sui reati in materia di IVA, riallineando le soglie di punibilità, si era ipotizzata una possibile attitudine estensiva della pronuncia nella direzione tracciata dalla stessa Corte<sup>101</sup>. Nonostante uno spunto –denso di significato– proveniente dalla Cassazione, con riguardo alla tendenziale assimilabilità tra varie forme di “ritenute”, la Corte costituzionale, recentemente investita, come riferito, della questione relativa alle soglie di punibilità dell’omesso versamento di ritenute d’acconto da parte del sostituto d’imposta, rigetta i vari tentativi di comparazione messi in campo dal rimettente (soprattutto rispetto alle previsioni di cui al d. lgs. n. 74 del 2000) evidenziando gli elementi differenziali tra le varie ipotesi messe a raffronto, nonostante le doglianze si basassero anche sulle indicazioni dispensate dalla precedente [sentenza 80 del 2014](#)<sup>102</sup>. Anche il caso appena tratteggiato, dunque, sembra confermare che, al di là di una valutazione sugli esiti dei vari giudizi, che meriterebbe altro approfondimento, le considerazioni in punto “comparabilità” sembrano connotate da margini di indeterminatezza non solo difficili da revocare in dubbio, ma anche non facilmente riducibili ad opera dell’interprete.

Si tratta di una situazione, quella appena descritta, che non è in effetti confinata all’ambito del diritto penale. A scopo del tutto esemplificativo si può ricordare un caso –che pare significativo ai nostri fini– in cui viene censurata la disciplina delle misure di prevenzione nella parte in cui non è previsto che, caso di sospensione di essa a causa dello stato di detenzione del destinatario, il giudice debba verificare la persistenza della pericolosità sociale del soggetto, al contrario di quanto previsto dalla disciplina delle misure di sicurezza, assunta appunto a termine di paragone<sup>103</sup>. L’orientamento –piuttosto radicato– della giurisprudenziale costituzionale tende a rimarcare la diversità, sotto diversi profili, delle misure di prevenzione rispetto alle misure di sicurezza, inibendo di norma i tentativi di trapianto della disciplina (o di lacerti di disciplina) delle une nell’ambito delle altre. Se è vero che non è infrequente che tale comparazione sia posta a base di questioni di costituzionalità, non è frequente che la Corte sia disposta a seguire i rimettenti lungo questa direttrice, che finirebbe per oscurare gli elementi di oggettiva differenziazione tra le due tipologie di misure in parola. Si tratta quindi di un caso in cui assai ampia si rivela la latitudine di apprezzamento della Corte, non essendo certo chiaro il motivo per cui in questo caso, ma non in altri, si sia coltivato un approccio fondato sulla comparazione tra misure, altre volte al contrario rigettato come non produttore alla luce della disomogeneità, anche genetica, di esse. Ciò appare tanto vero che in dottrina si è ipotizzato, al di là dello schermo del *tertium comparationis*, che altra e diversa sia la *ratio* più autentica e profonda della pronuncia: “abbandonato lo schema trilatero, offerto dal giudice *a quo*, la ragionevolezza dell’art. 679 c.p.p. emerge sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi in gioco: la libertà personale vs. difesa sociale”<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> La [sent. n. 139 del 2014](#) ragiona al riguardo di “impraticabilità del raffronto”, oltre che di “eterogeneità delle norme in comparazione”.

<sup>101</sup> Si allude a Corte cost., [sent. n. 80 del 2014](#), rispetto alla quale si rivela che “una questione in tutto simile potrebbe proporsi con riguardo all’omesso versamento di ritenute (art. 10-ter) la cui soglia di rilevanza penale era (ed è) identica a quella dell’omesso versamento dell’I.V.A.”: così G. FLORA, *Il legislatore penale tributario a lezione di ragionevolezza dalla Corte costituzionale*, cit., 711 s.; sul punto cfr. pure A. CIRAUOLO, *La Corte costituzionale sull’omesso versamento dell’I.V.A.: innalzamento della soglia di punibilità per i delitti commessi fino al 17.09.2011*, in *Cass. pen.* 2014

<sup>102</sup> Si tratta della sent. della Corte cost. [n. 100 del 2015](#). Come si è poi accennato nel testo, a testimonianza del margine di opinabilità che le valutazioni relative alla comparabilità delle fattispecie scontano, va ricordata anche una pronuncia della Corte di cassazione (SS.UU., 25 maggio 2011, n. 37954) che adombrava una certa assimilabilità tra ritenute di carattere previdenziale ed “analoghe forme di ritenute alla fonte”.

<sup>103</sup> Il riferimento è a Corte cost., [sent. n. 291 del 2013](#).

<sup>104</sup> Così M. FORMICA, *L’estensione alle misure di prevenzione personali di una “ragionevole” norma prevista per le misure di sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2013, 4676, secondo cui “il richiamo al *tertium comparationis* rende più accettabile, quanto al rispetto della discrezionalità legislativa, l’intervento manipolativo della Consulta, fissando i confini del



Che il problema dei margini di indeterminatezza che fanno da contorno all'individuazione e all'utilizzazione dei termini di paragone nell'ambito del giudizio di eguaglianza non sia confinato al sindacato sulle norme penali, appare una constatazione evidente, anche se non forse sempre indagata a fondo dalla dottrina. Al riguardo si è peraltro osservato, sulla scorta della giurisprudenza, che se talora l'accertamento dell'omogeneità appare "apprezzabile *ictu oculi*", altre volte "l'indagine di fatto e il relativo giudizio possono essere molto elaborati e complessi"<sup>105</sup>. Forse meno evidenti sono i motivi per cui, mentre non è infrequente in dottrina la constatazione in base a cui il riferimento a termini di paragone tratti dal sistema normativo dispiega effetti positivi sul giudizio condotto sulla scorta dell'art. 3 Cost., paventandosi una latente imprevedibilità che si celerebbe dietro le formule della ragionevolezza, nell'ambito del sindacato sulle fattispecie penali sono state da tempo denunciate le criticità che assediano il segmento di giudizio relativo alla comparabilità/omogeneità delle fattispecie poste a raffronto<sup>106</sup>.

Si può al riguardo ipotizzare che i principi che governano la materia penale finiscono per avere ricadute anche sul sindacato di costituzionalità che tali norme abbia ad oggetto. Non si può non ricordare alcuni punti critici che sono emersi nella giurisprudenza della Corte: il problema della praticabilità del sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore, anche nella prospettiva della rilevanza della questione di costituzionalità; il divieto –assoluto– di pronunce additive con riguardo alle norme penali incriminatrici; il problematico recepimento delle sentenze manipolative da parte della giurisprudenza comune; il tortuoso cammino della giurisprudenza con riguardo al sindacato sulla pena... In questo contesto, l'instaurazione, per lo più tesa a sindacare le cornici edittali, di una comparazione tra diverse fattispecie di reato, sconta difficoltà maggiori rispetto ad altri ambiti: basti al riguardo por mente all'accezione particolarmente rigorosa, ed ormai invalsa, del principio di legalità e di quello di tassatività in materia penale, unitamente all'ampia discrezionalità tradizionalmente riservata in tale particolare ambito al legislatore<sup>107</sup>. Si tratta di elementi che cospirano a rendere particolarmente insidiosa la comparazione tra diverse fattispecie, atteso proprio la caratura che assume nell'ambito penale il principio di legalità. Quindi non stupisce che tali operazioni, laddove non assistite da ulteriori elementi giustificativi, prestino il fianco a critiche nella misura in cui i margini di scelta tra profili di similitudine e di differenziazione non devono essere occupati dalla Corte costituzionale, essendo di stretta pertinenza legislativa<sup>108</sup>.

E' interessante notare che la dottrina non si è attestata solo su una critica rispetto al carattere valutativo che ruota attorno all'esame dei profili di scelta e di impiego del *tertium*, ma ha anche

---

medesimo intervento", giustificato proprio nell'ottica di apprestare una garanzia più intensa alla libertà personale del prevenuto.

<sup>105</sup> Così S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002, 57. Altra dottrina ha sollevato dubbi sulla reale consistenza dello "schema triadico", ridotto ad una "razionalizzazione a posteriori": così G. ZAGREBELSKY, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, cit., 65 s., il quale soggiunge che "il *tertium* entra effettivamente in gioco come fattore di decisione quando si abbia a che fare non con una semplice differenziazione, ma con una vera e propria discriminazione, il che accade quando la legge è incostituzionale *perché (per il fatto solo che) differenzia*". Di "elementi di ampia discrezionalità" al riguardo ragiona anche G. SCACCIA, *op. cit.*, 56.

Si tratta peraltro di un tratto del giudizio di eguaglianza comune a diverse esperienze giurisprudenziali, anche sovranazionali: sullo specifico profilo della "comparabilità" delle situazioni poste a raffronto, come una (generalmente immancabile) tappa del giudizio condotto, alla stregua dell'art. 14 della Cedu, dalla Corte di Strasburgo, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, G. P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, 68 ss.

<sup>106</sup> Che il richiamo al *tertium comparationis* possa rivestire, nell'economia della motivazione, un ruolo essenzialmente "retorico", nel senso di rendere più accettabile il sindacato, anche penetrante, operato dalla Corte, è sostenuto da R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 46 ss.

<sup>107</sup> Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, M. D'AMICO, *Art. 25*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 540 ss.; P. PITTARO, *Art. 25*, a cura di S. Bartole e R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 254.

<sup>108</sup> Sui profili di incertezza che connotano tale snodo del giudizio si sofferma F. C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, soprattutto 376, 377.



suggerito le linee guida –in parte già peraltro presenti nella giurisprudenza costituzionale- che dovrebbero fornire un sussidio al sindacato relativo alla “valutazione della ragionevolezza della norma condotta su un piano totalmente interno alla fattispecie”, nell’ambito del quale peraltro ben può trovare collocazione anche l’esame del *tertium comparationis*, non in veste tuttavia assorbente, ma concorrente con altri metri di valutazione. Tali canoni di giudizio sono “quelli del corretto bilanciamento tra beni espresso dalla fattispecie, della proporzione tra costi e benefici della tutela, dell’adeguatezza del mezzo allo scopo, della meritevolezza dell’interesse in sé”<sup>109</sup>. Rispetto quindi ad giudizi che si fondino su comparazioni, variamente modulate e argomentate, ma che finiscono per celare non esigui margini di valutatività, si predilige un approccio in cui, sulla base di criteri legati “*considerazioni empirico-razionali*”, a “*controlli storico-sociali*” a “*conferme comparatistiche*”, si mira ad un esame “su un piano totalmente “interno” alla fattispecie contestata”<sup>110</sup>. Se tali criteri non sono certo estranei alla prassi giurisprudenziale, la giurisprudenza dell’ultimo periodo denota tuttavia che la Corte non sembra allo stato disposta, nonostante le criticità evidenziate, ad abdicare del tutto allo schema ternario e relazionale, solidamente radicato nella tradizione, in favore di metri di giudizio almeno all’apparenza dotati di non trascurabili margini di valutatività.

Pur dovendo arrestare a questo punto l’indagine, ci può essere spazio per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo dalla disamina compiuta esce confermata l’utilità di un approccio all’utilizzo giurisprudenziale del principio di eguaglianza che venga condotto per aree tematiche. Le particolarità di ciascun ambito potrebbe evidenziare se esiste ancora una ossatura comune a tali giudizi, o a cosa essa si sia ridotta, al netto dei profili di specificità caratterizzanti le singole materie, la cui individuazione stessa non è peraltro scevra da margini di opinabilità. In secondo luogo va

---

<sup>109</sup> Ancora F. C. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 379, secondo il quale il fatto di attingere, nell’ambito di un sindacato di ragionevolezza, ai principi indicati nel testo, non sfocerebbe, al contrario di quanto avviene quando si utilizza il tradizionale schema ternario, in un giudizio che, “dietro l’apoditticità di motivazioni apparenti”, in realtà finisce per implicare “valutazioni dotate di un tasso di “discrezionalità” probabilmente più elevato” rispetto a quello che si va delineando sulla scorta degli elementi appena esemplificati. Si tratta, nell’ottica considerata, di portare ad emersione giudizi di valore che spesso sono latenti nello svolgimento dell’attività giudiziaria: sul punto già M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 145 ss., il quale espressamente allude ad una “possibile razionalizzazione degli stessi”. Una volta preso atto che il giudizio di eguaglianza tradizionalmente praticato con l’ausilio del *tertium comparationis* spesso involge scelte di valore –di norma non esplicitate- che finiscono per condizionare, anche pesantemente, l’esito del giudizio, parte della dottrina penalistica ha proprio indicato una serie di protocolli di giudizio che sembrano senza dubbio da leggere come un apprezzabile tentativo di razionalizzazione di criteri di sindacato rispetto a cui un’attività valutativa non risulta affatto estranea, essendo connaturata all’utilizzo di parametri di così ampia gittata. L’utilizzo dello “schermo” del *tertium* nel giudizio di eguaglianza rimanda in effetti a ipotesi, ben descritte in dottrina, in cui il ricorso ad uno strumento tipico della logica giuridica (nel nostro caso l’insistito riferimento al *tertium comparationis* nel giudizio fondato sul principio di eguaglianza) impedisce l’emersione di scelte di valore pure sottese alla motivazione formale: sul punto M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1987, 197 ss.

Rispetto al discorso che si sta conducendo, appare significativo un caso, deciso già da alcuni anni dalla Corte costituzionale: si allude alla [sent. n. 185 del 2011](#), che ha dichiarato incostituzionale l’art. 62-bis c.p. nella parte in cui, nel caso di commissione dei reati di cui all’art. 407, comma 2, c.p.p., preclude di tenere conto, ai sensi dell’art. 133 c.p., della condotta susseguente al reato, ai fini della concessione dell’attenuante di cui all’art. 62-bis c.p. Nell’ambito di tale giudizio, guidato dalla ragionevolezza, trova spazio anche una valutazione relativa ad un “dato di esperienza generalizzabile”, non estraneo evidentemente a dati di matrice criminologica, di modo che in dottrina si è al riguardo qualificato tale tipo di approccio alla stregua di una “valutazione grandangolare e [...] stereofonica dischiusa dal paradigma della ragionevolezza in materia penale”, nel senso che tale valutazione ““si irradia in diverse direzioni, si giova dell’interazioni tra differenti e concorrenti aspetti, converge in una stima complessiva che misura la scelta legislativa con lo specifico settore” di riferimento: così V. MANES, *Recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo/Rivista quadrimestrale*, 1/2012, 110, secondo cui –e la considerazione appare in piena sintonia con il punto di vista qui adottato- il sindacato di ragionevolezza, proprio per la sua natura duttile e composita, risulta “*di volta in volta sagomato sulle peculiari istanze in rilievo nella materia oggetto di valutazione*” (*corsivo nostro*).

<sup>110</sup> Ancora F. C. PALAZZO, *op. cit.*, 377. Si noti, peraltro, che di formalizzazione dei criteri di giudizio relativi al sindacato di ragionevolezza si era da più parti ragionato in dottrina: in senso esplicito, ad esempio, S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Roma, 1994, 203 ss.

rimarcato come l'esame del segmento dei giudizi di eguaglianza/ragionevolezza relativi a norme penali ha portato prepotentemente alla ribalta il problema, talora sopito, dei criteri che devono presiedere all'individuazione del *tertium* o dei *tertia comparationis* di cui sia predicabile l'omogeneità (vera e propria preconditione del giudizio), oltre al tema dei limiti entro i quali deve dipanarsi il giudizio sulla comparabilità delle fattispecie poste a raffronto: si tratta di un giudizio che non appare strutturato né oggetto di particolare approfondimento da parte della Corte, che di norma sembra sul punto procedere con logiche legate al caso specifico oggetto di giudizio. Sul fatto poi che tale schema di giudizio possa essere in parte sostituito da un sindacato di ragionevolezza "interno" alle fattispecie, penali e non, ancorato a criteri di giudizio che andrebbero via via razionalizzati, al fine di ridurne le virtualità espansive, si tratta di un tema che merita di certo un approfondimento, anche tenendo conto della peculiarità dei settori materiali ove il sindacato di eguaglianza ragionevolezza risulta più diffuso<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Sui rischi connessi all'impiego, nel giudizio di costituzionalità, di parametri di (troppo) vasta portata si sofferma, da ultimo, A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, spec. 124 s., che al riguardo mette in guardia in particolare sul rischio connesso ad una concezione della Costituzione "intesa esclusivamente come *norma giudica*, la cui razionalità deve essere custodita dalla giurisdizione", evocando di converso la "centralità della legislazione nelle decisioni di bilanciamento tra valori costituzionali".

Antonio Ruggeri

**Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali**

SOMMARIO: 1. Il rapporto di *mutua, necessaria e parziale* condizionalità intercorrente tra il linguaggio del legislatore e quello dei giudici, la “discrezionalità” riconosciuta agli operatori, la problematica tipizzazione dei loro ruoli. – 2. La somma questione relativa al modo o ai modi con cui si riconoscono i principi fondamentali dell’ordinamento e la formidabile apertura strutturale che ne connota le più salienti espressioni nell’esperienza. – 3. La *forza normativa in senso sostanziale* delle norme costituzionali, in specie dei principi fondamentali, e la *pregnanza assiologica* da essi posseduta, poggiante su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità. – 4. *Riconoscimento e tutela* dei diritti fondamentali, e differenze dei rispettivi linguaggi, secondo modello e secondo esperienza. – 5. Alcune conclusioni discendenti dalle notazioni svolte. – 5.1. Il carattere sfumato, nell’esperienza, della distinzione tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, nonché tra legislazione in genere e giurisdizione. – 5.2. Le aspettative di una più efficace tutela dei diritti per il tramite del “dialogo” tra Corti nazionali e Corti europee, e le “*catene*” di decisioni funzionalmente connesse e convergenti verso il medesimo scopo cui le Corti stesse fanno luogo. – 5.3. L’integrazione tra le norme riguardanti i diritti, *secondo valore*, l’apertura al diritto internazionale e sovranazionale quale *principio-mezzo e principio-fine* allo stesso tempo e il suo fare “sistema” con la *coppia assiologica fondamentale*, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, il rilievo crescente della comparazione, anche in funzione della ottimale salvaguardia della certezza del diritto costituzionale e della certezza dei diritti costituzionali. – 5.4. Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale nel tempo presente, e la tendenza al ravvicinamento tra *civil e common law*. – 5.5. Il bisogno di dotare la produzione normativa di stampo giurisprudenziale delle garanzie tradizionalmente proprie della legislazione negli ordinamenti di *civil law*, avuto specifico riguardo alle decisioni della Corte costituzionale che, in quanto non soggette ad alcuna impugnazione, rischiano di fare della Corte stessa un “*potere costituente permanente*”, e il soccorso che può a tal fine venire da un’oculata razionalizzazione costituzionale specificamente volta all’aggiornamento del catalogo dei diritti. – 5.6. Una notazione conclusiva, a riguardo del *carattere “intercostituzionale” della Costituzione* (e delle altre Carte dei diritti) e del bisogno di un rinnovamento metodico, ancora prima che teorico, tanto degli studi quanto delle pratiche riguardanti i diritti, che dia testimonianza dell’abbandono di un nazionalismo o patriottismo esasperato, inidoneo a dare un apprezzabile appagamento ai diritti stessi, nei limiti in cui risulti possibile nel presente contesto internazionale e sovranazionale.

1. *Il rapporto di mutua, necessaria e parziale condizionalità intercorrente tra il linguaggio del legislatore e quello dei giudici, la “discrezionalità” riconosciuta agli operatori, la problematica tipizzazione dei loro ruoli*

Assumo a base dell’analisi ora avviata un dato di comune acquisizione, vale a dire che non si dà un solo linguaggio né del legislatore né dei giudici, ciascuno di essi in realtà articolandosi e svolgendosi in forme plurime, refrattarie ad essere ingabbiate entro schemi rigidi e chiusi, suscettibili di meccaniche e ripetitive applicazioni<sup>1</sup>. Quali che siano i modi della loro presentazione, un punto mi parrebbe nondimeno provato; e da questo qui muovo, e cioè che tra i linguaggi stessi si dà un rapporto di *mutua condizionalità*, allo stesso tempo *necessaria e parziale*.

*Necessaria*, dal momento che a seconda della maggiore o minore puntualità di disposto e chiarezza ovvero ambiguità del linguaggio del legislatore se ne ha una parimenti maggiore o minore *intensità prescrittiva* o, diciamo pure, *forza in senso sostanziale* dallo stesso espressa. Della qual cosa si ha riscontro ad un duplice piano di esperienza: a quello dei rapporti tra linguaggio costituzionale e linguaggio delle leggi comuni, così come di questi in rapporto a quello di atti-fonte di grado inferiore, in primo luogo, e, secondariamente, al piano dei rapporti tra il linguaggio delle leggi (e degli atti normativi in genere) e il linguaggio degli operatori (per ciò che qui più da presso importa, dei giudici).

<sup>1</sup> Se n’è avuta, ancora di recente, conferma dai contributi alle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Italia-Spagna) dedicate a *La lingua dei giuristi*, Pisa-Firenze 23-24 settembre 2015.

*Parziale*, in ragione del fatto che l'intensità stessa non riesce mai a spingersi fino ad appiattare la condizione degli operatori che comunque dispongono pur sempre di margini di manovra ora più ed ora meno ampî entro i quali ricercare le soluzioni interpretative maggiormente adeguate ai casi.

*Mutua*, poi, a motivo del fatto che se, per un verso, il linguaggio delle leggi condiziona in varia misura il linguaggio dei giudici, per un altro verso, però, vale pure l'inverso, non di rado la spinta e l'orientamento per la produzione legislativa venendo proprio da sollecitazioni ed indicazioni della pratica giuridica (spec. giudiziaria), dalla "invenzione" di soluzioni quindi "razionalizzate" ovvero fatte oggetto di vario adeguamento da parte del legislatore. Si aggiunga, poi, la circostanza per cui senza l'attività posta in essere dagli operatori (e, segnatamente, dai giudici) il diritto vigente non potrebbe comunque commutarsi in "vivente" e sarebbe condannato – come, peraltro, non di rado accade – a restare sulla carta, incapace di farsi valere e di affermarsi, malgrado gli aggiustamenti ai quali spesso rimane soggetto per effetto di pratiche interpretative ora più ed ora meno innovative, "normative".

È ovvio che i problemi del linguaggio sono, a conti fatti, problemi d'interpretazione; e, dunque, il discorso dovrebbe subito appuntarsi sulle tecniche a mezzo delle quali si assegnano significati agli enunciati<sup>2</sup>.

Avverto subito che, tuttavia, di ciò in questo scritto non dirò (se non per cenni e solo per taluni, limitati aspetti), non coltivandosi qui il progetto di riprendere annose e complesse questioni di ordine teorico che richiederebbero uno spazio ed un impegno a finalità ricostruttiva di cui ora non dispongo. M'interessa piuttosto mettere in evidenza alcuni nessi che si intrattengono tra i linguaggi suddetti, ponendo alcune domande e tentando di dare le relative risposte che, in un successivo momento, potranno essere riprese in uno studio specificamente dedicato ai problemi dell'interpretazione. Questi ultimi, nondimeno, com'è chiaro, condizionano anche gli svolgimenti dell'indagine in corso e non possono, pertanto, essere del tutto ignorati.

Faccio solo un esempio a riprova di quest'assunto.

E, dunque, si torni a considerare, solo per un momento e di passaggio, il rilievo (ma anche i limiti) dell'*original intent* che, con specifico riguardo all'interpretazione costituzionale, ci è stato detto dalla giurisprudenza costituzionale (specie, come si sa, nella notissima [sent. n. 138 del 2010](#)) avere l'idoneità ad esprimere un vincolo stringente unicamente per ciò che attiene al c.d. "nucleo duro" del volere di coloro che scrissero la Carta. Nel momento stesso in cui ammette che, attorno al "nucleo" in parola, si dia una parte circostante non "dura" bensì morbida e, perciò, riplasmabile dagli operatori, la Corte ritaglia e preserva a beneficio degli interpreti della Costituzione (e, dunque, in primo luogo di se stessa...), uno spazio entro cui può affermarsi il *principio della discrezionalità del giudice* (e dell'interprete in genere). Ciò che equivale a dire che, così come si dà uno spazio entro cui il legislatore può ricercare soluzioni comunque compatibili con la Costituzione in svolgimento delle previsioni normative in questa contenute, si dà cioè un *principio di discrezionalità del legislatore*, analogamente v'è un *principio di discrezionalità del giudice* nell'interpretazione sia costituzionale che legislativa<sup>3</sup>. Dobbiamo, insomma, convenire che la soggezione del giudice esclusivamente alla legge, affermazione perentoria ed astrattamente suscettibile di essere intesa in modo rigido<sup>4</sup>, è, a conti fatti, relativizzata. È chiaro, infatti, che se, in premessa, la stessa interpretazione costituzionale è legata all'originaria intenzione di chi ha redatto la Carta unicamente per ciò che attiene al suo "nucleo duro", a

<sup>2</sup> Su di che, di recente, M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015, e R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in [www.osservatoriosullefonti.it](#), 2/2015.

<sup>3</sup> Ne hanno di recente trattato, ma con impostazione e svolgimenti non poco distanti da quelli di qui, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano 2013; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. 279 ss., e M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit.

<sup>4</sup> Fa il punto sulla vessata questione D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli 2008.

maggiore o quanto meno ugual titolo anche l'interpretazione delle leggi comuni va incontro a vincoli comunque non stringenti, estesi cioè ad ogni parte del volere del legislatore<sup>5</sup>.

Se poi ci si interroga sulla consistenza effettiva dello spazio di manovra di cui i giudici dispongono, ovvero sulla consistenza del “nucleo” in parola, ci si avvede subito di essere davanti ad una vera e propria montagna da scalare a mani nude, né la Corte né nessun altro avendo mai chiarito come possano determinarsi i confini dello stesso e a mezzo di quali risorse intellettuali (diciamo pure, di quali canoni teorici e tecniche interpretative) e con quale grado di affidabilità possa a ciò farsi luogo.

Un punto è, nondimeno, da tener fermo; ed è che l'estensione dello spazio entro cui può farsi valere il principio della discrezionalità del legislatore in larga misura dipende proprio dal linguaggio della Costituzione, così come quella entro cui può affermarsi il principio della discrezionalità del giudice dipende dal linguaggio delle leggi, oltre che della stessa Costituzione<sup>6</sup>. Solo che si tratta – come ben si vede – di una soluzione che accheta ed appaga in parte, diciamo pure: in *minima* parte. Una volta, infatti, assodato com'è fatto il linguaggio costituzionale si può tentare di stabilire quali condizionamenti da esso discendano a carico del linguaggio delle leggi e, poi, dall'uno e dall'altro nei riguardi dei giudici. Resta però insoluta la questione di fondo, che è appunto quella relativa al modo o ai modi con cui può essere colta l'essenza del linguaggio costituzionale (il suo “nucleo duro”), separandola da tutto ciò che vi sta attorno<sup>7</sup>.

È interessante notare che il principio della discrezionalità del legislatore e quello della discrezionalità del giudice, pur se teoricamente distinti e distinguibili, non sempre lo sono nei fatti, assai frequenti essendo i casi di reciproca sovrapposizione<sup>8</sup>.

La tipizzazione dei ruoli degli operatori (e, segnatamente, appunto del legislatore e dei giudici) non dovrebbe discutersi, dovrebbe cioè essere un dato inconfutabile del sistema istituzionale, siccome espressivo della sua stessa ragion d'essere. Uso il condizionale dal momento che – come si sa – in tempi sia lontani che vicini essa è stata revocata in dubbio<sup>9</sup>, per quanto la dottrina sia pressoché unanimemente schierata a difesa della diversità, secondo modello, dei ruoli stessi. La separazione dei poteri, pur nella pluralità delle forme espressive di cui si è storicamente rivestita, nonché di quelle,

<sup>5</sup> La soggezione del giudice alla legge (o, più largamente, al diritto) può, poi, riaffermarsi per aspetti diversi da quello che fa riferimento al volere del legislatore; in ogni caso, non è piena così come lo sarebbe qualora il volere stesso obblighesse alla propria osservanza *in tutto e per tutto*.

<sup>6</sup> Alle volte (e per norma) il giudice è chiamato a fare i conti sia col linguaggio delle leggi che con quello della Costituzione, altre volte invece si confronta direttamente ed esclusivamente con quest'ultimo, a motivo dell'assenza del primo, ed è pertanto sollecitato a far luogo all'applicazione diretta della legge fondamentale della Repubblica. Molto discussa è l'ipotesi inversa: che si diano, cioè, discipline di legge mancanti di discipline costituzionali con le quali raffrontarsi. Si tratta della vessata questione relativa alla esistenza di lacune costituzionali ovvero di spazi vuoti di diritto costituzionale, sui quali possano impiantarsi e crescere regole legislative (o di altre fonti) o, ancora, delle regolarità della politica o di altra natura. Non si trascuri, tuttavia, per un verso, la formidabile capacità pervasiva dei principi fondamentali, coi quali le regole subcostituzionali sono, ad ogni modo, tenute a fare i conti e, per un altro verso, la parimenti formidabile, pressoché incontenibile, capacità qualificatoria posseduta dal canone della ragionevolezza, idoneo comunque a portare ad un giudizio di validità su tali regole, specie ad opera del tribunale costituzionale.

La consistenza del carico normativo gravante sull'operatore, nondimeno, varia da caso a caso. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui non di rado tra i materiali normativi in campo ve ne sono anche alcuni di origine esterna (e, segnatamente, di natura internazionale e sovranazionale).

<sup>7</sup> È la stessa questione – se ci si pensa – che si ripropone, ad es., laddove si tratti di verificare se sono rispettati i limiti alla revisione costituzionale, ove ci si disponga nell'ordine di idee, fatto proprio dalla giurisprudenza e dalla dottrina pressoché unanime, favorevole al riconoscimento degli stessi.

<sup>8</sup> Cfr. al punto di vista di qui in avanti rappresentato quello ancora di recente manifestato da R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 4/2015, 11 ss.

<sup>9</sup> Di recente, v. O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, a cui opinione funzione di garanzia e funzione di direzione politica, anche secondo modello costituzionale, sarebbero indistinguibili. Una opinione – come si vede – che offre un avallo teorico a prassi fortemente discusse e discutibili, *quodammodo* dunque “razionalizzandole”, in linea peraltro con taluni svolgimenti teorici presenti in una nota ricostruzione a riguardo del rilievo delle convenzioni costituzionali [il riferimento è – com'è chiaro – alla tesi di C. ESPOSITO, del quale v. part. il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962, e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss. ripresa con originali svolgimenti da G.U. RESCIGNO, in molti scritti, tra cui *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972].



non rigide, con cui, da noi come altrove, oggi si presenta<sup>10</sup>, non ammette che possa essere diversamente. Sappiamo, però, che nella pratica le cose non stanno affatto così e che i casi in cui si assiste ad un pur anomalo, alle volte invero abnorme, esercizio “sussidiario” di funzioni non sono affatto infrequenti, un esercizio fattosi anzi viepiù vistoso e ricorrente, specie negli anni a noi più vicini risultando agevolato da una congiuntura, interna ed internazionale, che ha vigorosamente spinto (e spinge) in tal senso. Basti solo pensare al rilievo, a tal riguardo, assunto dalla crisi economica, che ha incoraggiato (e, in un certo senso, obbligato) gli organi di garanzia (specie quelli apicali, quali il Capo dello Stato e la Corte costituzionale) a svolgere un ruolo innaturale di codecisione politica, alle volte persino di “supplenza” di un’attività degli organi d’indirizzo palesemente carente.

In questa luce, si spiega, ad es., tanto la riscrittura dei testi di legge quanto l’applicazione diretta della Costituzione ad opera dei giudici, laddove sollecitata ad abnormi utilizzi: due esperienze, peraltro, non di rado confluenti l’una nell’altra, sì da rendersi a conti fatti indistinguibili. E ciò, dal momento che la riscrittura in parola alle volte è testuale (così, come si sa, nelle decisioni manipolative della Corte costituzionale), altre volte invece è mascherata, avendosi ugualmente ma prendendo corpo a mezzo di manipolazioni operate per via d’interpretazione, tanto più incisive laddove non dovessero limitarsi al solo piano dell’oggetto bensì estendersi a quello del parametro di giudizio, portando in buona sostanza all’effetto del subdolo rifacimento del dettato costituzionale<sup>11</sup>.

## *2. La somma questione relativa al modo o ai modi con cui si riconoscono i principi fondamentali dell’ordinamento e la formidabile apertura strutturale che ne connota le più salienti espressioni nell’esperienza*

Si diceva in esordio di questa trattazione che si dà una varietà di linguaggi del legislatore. Se ne ha testimonianza già al piano degli enunciati costituzionali; e basti solo far richiamo alla diversa struttura nomologica con cui si presentano quelli espressivi di principi (e, segnatamente, di principi fondamentali) dagli altri coi quali sono poste le regole, alle volte persino assai minute, che pure si danno in seno alla Carta<sup>12</sup>, così come diverso può essere (e, in effetti, molte volte è) il linguaggio della Carta stessa vista nel suo insieme da quello delle leggi costituzionali e delle leggi di revisione costituzionale.

Alcune avvertenze si rendono indispensabili, prima di procedere oltre, con riguardo alle cose appena dette.

La prima.

L’affermazione secondo cui i principi si riconoscono dalla loro struttura a maglie larghe o larghissime è tendenzialmente avvalorata dall’esperienza ma non lo è, appunto, sempre. Oltre tutto, una volta che la questione si sposti al piano degli effetti ricollegabili a siffatta struttura o da essa linearmente discendenti, ci si avvede che il trattamento riservato ai principi stessi e la speciale protezione

---

<sup>10</sup> Su di che, per tutti, v. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, I (1979) e II (1984).

<sup>11</sup> Si considerino, ad es., i casi in cui il giudice comune lavora ad arte sia i testi legislativi che gli enunciati costituzionali o quelli di Carte diverse dalla Costituzione ma che con essa condividono la natura di documenti materialmente costituzionali, a conti fatti pervenendo all’esito dell’applicazione diretta di questa o di quella Carta o, magari, di più d’una assieme, laddove si reputi che tra di esse si abbia una sostanziale convergenza e persino una reciproca, inscindibile integrazione di norme. La discussa applicazione diretta della CEDU, alla quale la Consulta si è – come si sa – decisamente opposta, può aversi talora *in modo improprio* o *mascherato*, grazie appunto alle formidabili risorse offerte dall’interpretazione, per quanto la stessa finisca col risolversi in una “non interpretazione”, ogni qual volta si assista ad un vero e proprio stravolgimento dei testi e della sostanza normativa in essi racchiusa (altra questione, che tuttavia non può essere qui ripresa, è se si diano, come a mia opinione si danno, dei casi al ricorrere dei quali possa farsi *in modo proprio* ed alla luce del sole applicazione diretta della Convenzione o di altre Carte ancora).

<sup>12</sup> Sulla discussa distinzione (che, per taluno, è vera e propria contrapposizione) tra principi e regole, v., sopra tutti, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, tr. it., Il Mulino, Bologna 2010. Sono, di recente, tornati a riflettere sulla vessata questione O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., spec. 297 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 1/2015, 35 ss., e N. ZANON, *Pluralismo delle culture e dei valori, unità del diritto: una riflessione*, Lettura annuale della Fondazione Magna Carta, 5 marzo 2015, in [www.magna-carta.it](http://www.magna-carta.it).

di cui essi sono comunemente considerati dotati, che li sottrae ad innovazioni che non si abbiano in modo forzoso<sup>13</sup>, può altresì valere pari pari anche per norme che di per sé non sono principi bensì regole che ne danno il *primo, diretto e necessario* svolgimento, al punto che la rimozione di queste ridonderebbe subito in una inammissibile violazione di quelli<sup>14</sup>. La differenza di natura o di struttura, dunque, pur laddove rimanga, viene però praticamente a dissolversi al piano delle sue proiezioni esterne, degli effetti appunto.

La seconda riguarda la riconoscibilità dei principi fondamentali e il rilievo che agli stessi, una volta conosciuti, è da assegnare nelle pratiche interpretative<sup>15</sup>.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, i principi infatti non sono un *prius* dell'interpretazione costituzionale bensì un *posterius*, sono cioè essi stessi l'esito di un fatto o processo interpretativo, che richiede di avere un orientamento ed un verso per potersi affermare e giungere a compimento, un orientamento che, a mia opinione, viene *ab extra*, è cioè *fuori e prima* della Carta, quale microcosmo o sistema in sé conchiuso e significante: è, insomma, nei *valori* in nome dei quali è stata condotta la battaglia vittoriosa contro il vecchio regime e per la fondazione del nuovo<sup>16</sup>, espressivo di un'*etica pubblica* dirompente nei riguardi del passato ordinamento ed irriconoscibile alla luce dei principi posti a fondamento di quest'ultimo<sup>17</sup>.

Ora, i valori si conoscono col fatto stesso di essere intimamente sentiti, vissuti, tradotti in comportamenti ad essi conseguenti<sup>18</sup>. È la percezione dei valori, la loro conoscenza intuitiva, che guida nella ricerca e selezione prima e, quindi, nella messa a punto semantica degli enunciati espressivi dei principi fondamentali, i quali pertanto si pongono quale la traduzione prima, la più genuina ed immediatamente espressiva, dei valori.

Il diritto è, dunque, solo l'immagine riflessa di un corpo ideale, composto dall'insieme dei valori nel loro fare sistema e dare un senso complessivo alla Costituzione e, per il tramite di questa, all'intero ordinamento.

La terza notazione riguarda la differenza di struttura che – come si è veduto – ordinariamente si ha tra gli enunciati che danno i principi e gli enunciati restanti. Una differenza che non si deve alla circostanza per cui gli uni sono la più genuina espressione del potere costituente, dal momento che la stessa Carta – come si è rammentato – contiene altri enunciati, che non danno principi bensì regole la cui modifica rientra nella disponibilità del potere costituito di revisione costituzionale, le quali regole nondimeno sono esse pure espressive in modo genuino della volontà del Costituente.

Il vero è che l'apertura strutturale degli enunciati prescinde dalla *qualità* delle norme dagli stessi prodotte, così come questa da quella e, almeno in parte (come si vedrà a momenti) dalla *origine* degli enunciati espressivi delle norme stesse, vale a dire dalla loro *natura* di prodotti di potere costituente ovvero di potere costituito, secondo quanto peraltro confermano le stesse regole relative alla revisione

<sup>13</sup> Il riferimento – com'è chiaro – è ora circoscritto ai soli principi fondamentali dell'ordinamento ed alla nota teoria dei limiti alla revisione costituzionale, la quale nondimeno richiederebbe, a mia opinione, di essere fatta oggetto di non poche precisazioni teoriche, di cui è chiaramente altra la sede (un cenno, nondimeno, *infra*).

<sup>14</sup> Nulla, invece, osta a che regole siffatte possano essere sostituite con altre regole, anche significativamente diverse dalle prime e tuttavia parimenti idonee a dare ai principi lo svolgimento di cui hanno comunque bisogno e, laddove possibile, ad offrire loro un servizio ancora più adeguato di quello assicurato dalle norme originarie. L'appagamento di siffatta condizione richiede, nondimeno, un accertamento da fare caso per caso.

<sup>15</sup> Ne ha, ancora di recente, trattato, ma con svolgimenti argomentativi e lungo un itinerario teorico-ricostruttivo distanti da quelli di qui, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015.

<sup>16</sup> Un riferimento ai valori ed al collegamento che viene di conseguenza ad instaurarsi tra i principi fondamentali e "le culture presenti nella base materiale dell'ordinamento costituzionale" è, ora, in A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2015), 269 e, già, dello stesso, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2010, 311 ss.

<sup>17</sup> La qual cosa, poi, per la sua parte avvalorata l'idea che all'interpretazione costituzionale (e, generalizzando, all'interpretazione *tout court*, specie di quella delle leggi, costituzionalmente orientata) non può restare estraneo il riferimento all'*etica* suddetta (diversamente, ora, F. RIMOLI, *L'interpretazione "morale" della Costituzione: brevi considerazioni critiche*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2015, 18 settembre 2015).

<sup>18</sup> Mi piace qui rammentare la splendida, commovente lezione di Piero Calamandrei agli universitari milanesi del '55, con l'invito in essa fatto a cogliere l'essenza della Costituzione in quell'atto di ribellione collettiva che è stata la resistenza.

costituzionale, in vista del miglior servizio da apprestare, specie a seguito di un mutato contesto, ai valori fondamentali dell'ordinamento.

L'apertura suddetta, infatti, può riscontrarsi anche ai piani sottostanti rispetto a quello costituzionale, non poche essendo le leggi comuni ed altri atti ancora che ne sono variamente connotati; la qualità invece, una volta che la s'intenda – come, a mia opinione, giova intenderla – in prospettiva assiologicamente ispirata<sup>19</sup>, si fa riportare all'attitudine delle norme a servire i valori, dipende cioè dalla “distanza”, ora più ed ora meno corta, che le separa dai principi stessi (e, per il tramite di questi, dai valori), da cui solo a conti fatti discendono “coperture” assiologico-positive ora più ed ora meno consistenti ed efficaci, specie in sede di operazioni di bilanciamento secondo i casi.

Se poi ci si interroga in merito alle indicazioni che possono aversi dall'esperienza a riguardo dei caratteri strutturali degli enunciati costituzionali, ci si avvede subito che alla domanda non è possibile dare una sola ed univoca risposta.

Innanzitutto, occorre distinguere a seconda che la questione sia ambientata al piano teorico-generale ovvero a quello dogmatico. All'uno, è giocoforza rispondere che non si è data né si dà una connotazione monotipica di Costituzione, come tale sistematicamente ricorrente. Un'analisi pur superficiale e parziale in prospettiva comparata avvalorava ampiamente l'idea secondo cui si danno Costituzioni – come un tempo le si chiamava – corte e lunghe o lunghissime, le quali tutte, quale più quale meno, possono rimanere “silenti”<sup>20</sup> in relazione a porzioni anche consistenti della materia costituzionale<sup>21</sup>, con effetti sovente imprevedibili, ad oggi comunque non sufficientemente esplorati: a riprova, appunto, del fatto che l'essenza di una Costituzione non riposa nel modo con cui sono scritte le proposizioni di cui essa si compone ma in ciò che le stesse rappresentano, nei valori cioè cui danno voce. Il carattere particolarmente dettagliato di alcune di tali proposizioni può, poi, avere plurime ragioni: ora riportarsi alla cautela con cui si è voluto circondare l'azione di taluni organi o enti potenzialmente idonea a mettere a rischio certi valori (si rammenti, al riguardo, com'era fatto il vecchio art. 127 della nostra Carta<sup>22</sup>), ora a ragioni di ordine tecnico-procedimentale (così, ad es., per ciò che attiene alla

---

<sup>19</sup> Non escludo, ovviamente, che possano darsi accezioni diverse del termine, quali quelle usualmente date con riguardo all'utilizzo delle tecniche di *drafting*; l'accezione maggiormente promettente interessanti esiti teorico-ricostruttivi tuttavia a me pare essere quella qui nuovamente patrocinata.

<sup>20</sup> *Nel silenzio della Costituzione* è il titolo di un attento studio di recente portato a termine da Q. CAMERLENGO e che può vedersi in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss.

<sup>21</sup> La qual cosa poi dimostra che, per un verso, avuto riguardo ad un ordinamento positivo dato, la materia costituzionale risulta da ciò che è fatto oggetto di normazione costituzionale, per effetto di libere scelte compiute dal Costituente, e però, per un altro, è pur vero che, per il fatto stesso che la vicenda costituente ha portato alla fondazione di un ordine costituzionale di un certo tipo (ad es., d'ispirazione liberaldemocratica), possono riscontrarsi (e effettivamente si riscontrano) in seno alla materia stessa sue porzioni lasciate scoperte o, comunque, insufficientemente coperte dalla normazione stessa. In questo senso, può anche dirsi che la materia in parola *preesiste* alla sua positivizzazione (così, ora, lo scritto da ult. cit. e, se si vuole, il mio *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, Intervento alle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale su *La lingua dei giuristi*, cit., in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3/2015), risultandone i lineamenti dal fatto storico-politico che ha portato all'abbattimento del vecchio ordine costituzionale ed alla edificazione sulle sue ceneri del nuovo. È pur vero, tuttavia, che la struttura della materia stessa possiede una intrinseca, elevata elasticità, che le consente di adattarsi all'emersione di nuovi, intensamente avvertiti, bisogni, sì da restringersi ovvero dilatarsi a mo' d'elastico. La maggiore tendenza è, ad ogni buon conto, proprio in quest'ultimo senso, secondo quanto confermato da indagini svolte in chiave comparatistica, dalle quali risulta che Carte costituzionali di fresca redazione ovvero revisioni di Carte anche risalenti portano perlopiù alla positivizzazione di istanze dapprima sconosciute e successivamente ritenute meritevoli di disciplina di rango costituzionale, tanto in relazione alla parte sostantiva (si pensi solo alla “invenzione” dei nuovi diritti, specie di quelli maggiormente legati allo sviluppo scientifico e tecnologico) quanto in merito alla parte organizzativa (con specifico riferimento alla quale, maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999).

<sup>22</sup> ... che faceva chiaramente trasparire la preoccupazione avvertita dal Costituente circa il modo con cui avrebbero potuto operare le Regioni, pur essendosi lo stesso Costituente mostrato deciso ad offrire all'autonomia regionale l'opportunità di affermarsi a mezzo di atti, le leggi, per natura emblematicamente espressivi d'indirizzo politico e, perciò, potenzialmente idonei a mettere a rischio l'unità-indivisibilità della Repubblica; una preoccupazione che, a ruoli invertiti, non si aveva (o, meglio, non si avvertiva in egual misura) con riguardo alla eventualità che leggi statali, portatrici di istanze unitarie, potessero attentare all'autonomia stessa. Non a caso, d'altronde, mentre la Carta prevedeva, con disposti assai

nuova versione dell'art. 70, secondo la riforma costituzionale in cantiere). La qual cosa dimostra che i valori rimangono ma che i modi coi quali essi ricevono (e devono ricevere) un adeguato inveroamento nell'esperienza possono anche significativamente cambiare.

Al piano positivo, poi, credo che non vi sia oggi alcuna Costituzione che non esibisca al proprio interno una gamma estremamente varia di “tipi” di struttura nomologica, al punto da rendere un'impresa assai ardua, forse invero votata a sicuro insuccesso, quella volta alla loro pur approssimativa catalogazione.

La ricorrente affermazione secondo cui il linguaggio della Costituzione, essendo fatto per durare a lungo nel tempo<sup>23</sup>, è dotato di una struttura linguistica a maglie più larghe di quelle di cui sono usualmente dotate le leggi comuni può, dunque, dirsi confermata nella sua indicazione di tendenza ma non è, appunto, sempre vera, nulla vietando che si diano disposti di legge comune provvisti di ancora maggiore ampiezza strutturale di enunciati costituzionali<sup>24</sup>. La stessa Costituzione prefigura alcune specie di legge che dovrebbero essere caratterizzate da tendenziale ampiezza strutturale, come ad es. quelle che pongono “principi fondamentali” ai quali le leggi adottate dalle Regioni sulle materie di cui all'art. 117, III c., sono – come si sa – tenute a conformarsi. “Principi” che – è ormai provato – non sono ovviamente confrontabili con gli stessi “principi fondamentali” della Carta costituzionale, coi quali hanno in comune unicamente l'identità del nome, che tuttavia si appunta su “cose” profondamente diverse. È poi a tutti noto che si è data una vistosa manipolazione della formula costituzionale, fatta scivolare dal piano strutturale a quello funzionale, acquisendo il significato di *ogni* norma comunque servente interessi infrazionabili nel territorio e, perciò, bisognosa di essere comunque osservata dalle fonti di autonomia. La qual cosa, poi, rende per la sua parte eloquente testimonianza del basso, in qualche caso bassissimo, grado di *intensità prescrittiva* espresso dal linguaggio costituzionale in genere, incapace di reggere all'urto di interessi incorporati entro le maglie della struttura degli enunciati costituzionali ma che vigorosamente premono per debordare dalle stesse.

3. *La forza normativa in senso sostanziale delle norme costituzionali, in ispecie dei principi fondamentali, e la pregnanza assiologica da essi posseduta, poggiante su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità*

Le notazioni da ultimo svolte danno conferma della necessità di distinguere tra una *forza normativa in senso formale* ed una – come si diceva – *sostanziale*.

Per l'una, è avvalorata l'immagine tradizionale che vede al vertice dell'ordine interno delle fonti la Costituzione quale *fons fontium*, il punto di unificazione-integrazione dell'ordinamento, dal quale

---

minuti, il controllo statale sulle leggi regionali, taceva invece in merito al controllo regionale sulle leggi dello Stato, fatto oggetto di regolazione fuori della Carta stessa. E, sempre non a caso, il primo dei controlli suddetti aveva carattere preventivo, diversamente dal secondo, che era successivo.

Questo sperequato regime, una volta consolidatasi la Repubblica e presa consapevolezza che dalle Regioni non venivano rischi concreti per l'unità, è stato quindi rimosso – come si sa – con la riscrittura del Titolo V del 2001. È interessante notare che, laddove si sono, ancora di recente, avute manifestazioni d'insofferenza o intemperanza in alcune Regioni, esse sono state prontamente e fermamente debellate (v., da ultimo, [sent. n. 118 del 2015](#)). La circostanza, poi, che esse possano eccezionalmente presentarsi nulla toglie, a mia opinione, alla bontà della scelta fatta nel 2001 (e confermata dalla legge di riforma in cantiere) col parificare il regime dei controlli. Per l'aspetto ora considerato, si può apprezzare quella maggiore “qualità” delle norme della revisione del 2001 rispetto alle stesse norme originarie della Carta, cui si faceva un momento fa cenno, in ragione della più adeguata protezione apprestata al valore di autonomia.

<sup>23</sup> Notazione corrente e risalente. Sulla dimensione temporale in cui s'inscrivono i documenti costituzionali v., tra gli altri, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1978), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009, spec. al cap. II, e, più di recente, S. BARTOLE, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in *Studi in onore di F. Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 221 ss.; L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2012; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013.

<sup>24</sup> In argomento, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.



l'intero ordinamento stabilmente si tiene, ogni atto espressivo di potere costituito essendo comunque soggetto all'osservanza del solo atto espressivo di potere costituente. Persino, laddove l'uno si rivela in grado d'innovare all'altro, ciò pur sempre si deve – secondo la più accreditata ricostruzione di questa esperienza – ad un'abilitazione in tal senso al primo concessa dalla Carta e nei limiti al riguardo stabiliti.

Per l'altra, l'ordine gerarchico naturale e positivo, che vede ogni fonte soggetta alla Costituzione, può trovarsi sotto *stress* fino ad essere ribaltato su se stesso in presenza di enunciati la cui struttura nomologica è passibile di forti manipolazioni semantiche, esprimendo pertanto vincoli lassi e non stringenti<sup>25</sup>.

L'una forza si rende manifesta ed apprezza al piano della *teoria delle fonti*, l'altra a quello della *teoria dell'interpretazione*; e gli esiti ai quali esse fanno pervenire possono essere, come effettivamente sono, sensibilmente divaricati, dimostrandosi irriducibili ad unità ricostruttiva.

Quale prima conclusione si può, dunque, trarre dalle cose fin qui dette? Se la natura degli enunciati, l'essere cioè espressione di potere costituente ovvero di potere costituito, e il modo con cui si presenta la loro *struttura* non sono decisivi al fine del riconoscimento della loro *funzione* e degli *effetti* concretamente prodotti, se ne ha che la caratterizzazione del linguaggio non costituzionale rispetto a quello costituzionale (e, ulteriormente specificando, del linguaggio espressivo dei principi fondamentali dell'ordinamento) va ricercata non già al piano della diversa *intensità prescrittiva*, della *forza normativa in senso sostanziale*, bensì a quello – se così può dirsi – della *densità* o *pregnanza assiologica*<sup>26</sup>, che connota alcuni enunciati (in ispecie, appunto, quelli espressivi dei principi di base dell'ordinamento) in ragione del peculiare modo con cui si riportano ai valori che stanno a fondamento dell'ordinamento stesso.

In realtà, la *pregnanza assiologica*, di cui si discorre nel testo, non tanto dipende – come si diceva – dall'essere le norme che la possiedono espressione di potere costituente, nulla escludendo che anche norme di potere costituito possano esserne dotate in ancora maggiore misura.

---

<sup>25</sup> La immediata intelligibilità del linguaggio del Costituente è qualità che risponde ad un'esigenza messa in particolare evidenza già da Meuccio Ruini al momento dell'avvio dei lavori dell'Assemblea, laddove – come rammenta E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 212 – ebbe a manifestare l'auspicio che la nuova Carta costituzionale risultasse “piana, semplice, comprensibile anche alla gente del popolo” e “per quanto possibile, italiana”; una qualità ancora di recente messa opportunamente in rilievo da una sensibile dottrina (P. CARETTI, *Lingua e Costituzione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014, 16 maggio 2014, spec. al § 1.2, e, ora, F. BAMBI, relaz. alle Giornate su *La lingua dei giuristi*, cit., in *paper*) che, tuttavia, per una singolare e sfortunata eterogeneità del fine, lungi dal porre un argine efficace a letture strumentalmente forzose, manipolative, del dettato della Carta, piuttosto molte volte le ha, pur se involontariamente, agevolate ed alimentate. D'altronde, è questo un effetto – direi – naturalmente discendente da parole scelte per essere capite da tutti, e non già da pochi iniziati in grado di esprimersi con un linguaggio tecnico e altamente specializzato, per quanto invero nella Carta non facciano difetto termini ricorrenti nei discorsi dei giuristi (sui rapporti tra il linguaggio costituzionale e quello comune, v., nuovamente, lo scritto di G. SILVESTRI, sopra cit.). Di contro, la lingua delle leggi comuni, specie di alcune, richiede – secondo la testimonianza di un costituzionalista che ha vissuto l'esperienza del parlamentare – “più di un ‘lavaggio’ in Arno per diventare accettabile per le persone normali” (R. ZACCARIA, *Per una politica linguistica costituzionale*, relaz. al Convegno su *Il potere della lingua. Politiche linguistiche e valori costituzionali*, Roma 19 febbraio 2014, in *Osservatorio costituzionale* dell'AIC, marzo 2014; *ivi*, altri interventi di vario segno). Temo, poi, che il giudizio possa essere ancora più crudo e severo con riguardo a talune revisioni della Carta, in special modo alla riscrittura del Titolo V operata nel 2001 (che si distingue per alcune, rare “perle linguistiche”, le non poche contraddizioni, le affermazioni sibilline) e, più di recente, al nuovo art. 81, laddove sono termini che hanno già dato (ed è facile previsione che ancora daranno) non poco filo da torcere a studiosi ed operatori. Mi si consenta, infine, di non esprimere, *pietatis causa*, alcun commento sul linguaggio della riforma Renzi, specie di alcuni suoi enunciati (come a riguardo dei compiti che dovrebbero essere affidati al nuovo Senato).

<sup>26</sup> In questi termini se ne tratta, ora, nel mio *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi*, cit.; nel mio primo lavoro di respiro monografico ho invece preferito discorrere, con diversa espressione ma sostanziale identità di concetti, di “qualità di pregevolezza normativa”, propria di alcune norme ed in capo ad esse discendente dal modo con cui si dimostrano in grado di servire i valori fondamentali dell'ordinamento (v., dunque, volendo, il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.). Alle sommarie ed acerbe indicazioni date in questo scritto mi sono, quindi, sforzato di dare seguito e ulteriore sostegno argomentativo in altri contributi.



La tesi è, a mia opinione, generalizzabile, non potendosi neppure escludere l'evenienza che leggi comuni possano farsi portatrici di norme ancora più "pregevoli" – se così posso ora dire, riprendendo un termine già presente nel mio scritto monografico sopra richiamato – di quelle presenti in leggi costituzionali (e così, in genere, con riguardo agli atti di cui si compone l'ordinamento). Non a caso, d'altronde, le une leggi possono concorrere alla incessante rigenerazione semantica delle altre, facendo valere sul campo un *primato culturale* che ha peraltro la radice da cui stabilmente si tiene ed alimenta pur sempre nella Carta e nei suoi valori, segnatamente in quelli di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità). Solo i principi fondamentali (e, ulteriormente specificando, il loro "nucleo duro"<sup>27</sup>), quali espressioni grafiche le più genuinamente espressive dei valori in nome ed in funzione dei quali è stato edificato l'ordinamento, sono dotati di una valenza assiologica che non si ritrova presso alcuna altra norma, per la elementare ragione che si pongono a parametro di tutte le norme restanti, giustificando il loro aggiornamento positivo e la eventuale caducazione<sup>28</sup>, laddove risulti provata la loro inadeguatezza a dare l'ottimale servizio ai valori stessi.

La qual cosa, poi, ulteriormente conferma che il fondamento degli stessi principi fondamentali ha carattere – come si diceva – metapositivo, storico-politico, radicandosi nel terreno in cui si è affermato ed è emerso il potere costituente, che da esso ha tratto alimento e giustificazione.

Così stando le cose, va poi ulteriormente precisato che la forza in senso sostanziale, di cui si è fin qui discorso, può essere intesa in due modi bisognosi di essere tenuti reciprocamente distinti.

*Riferita agli enunciati*, essa può presentarsi – come si è venuti dicendo – in minor misura in capo a quelli costituzionali rispetto a quelli non costituzionali ovvero in capo a certi disposti piuttosto che ad altri della stessa Carta o, in genere, di uno stesso documento normativo, i quali tutti possono esprimere, in ragione della struttura nomologica di cui sono dotati, una diversa, "graduata" *intensità prescrittiva*.

In prospettiva assiologicamente orientata, tuttavia, *ove cioè si abbia riguardo alle norme*, non alle *disposizioni*, ed in specie ad *alcune* norme dotate di particolare pregnanza assiologica siccome idonee ad offrire l'ottimale servizio ai valori, malgrado il vincolo lasso – come si diceva – espresso dalle disposizioni stesse, la capacità di vincolo prodotta dalle loro norme può apprezzarsi in una misura tale da non riscontrarsi in capo ad altre norme desunte da enunciati caratterizzati da notevole intensità prescrittiva.

*La misura del vincolo, in altri termini, può dipendere dalla misura in cui i valori sono effettivamente sentiti*; e possono perciò farsi, ed effettivamente si fanno, *diritto vivente*, imprimendo una spinta vigorosa per la loro attuazione ed orientando gli svolgimenti storico-positivi dell'intero ordinamento e delle sue singole parti.

*La pregnanza assiologica delle norme poggia, dunque, su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità*, largamente diffuse e sistematicamente osservate, la cui complessiva consistenza può essere colta unicamente in prospettiva assiologicamente connotata. Il fondamento dell'ordine positivo, in breve, sta e si risolve nel fatto stesso della sua osservanza, o meglio della media osservanza delle norme che lo compongono, a partire appunto da quelle espressive di principi: fondamento ed essere, o meglio divenire, dell'ordinamento sono una sola cosa, apprezzabile nella sua

---

<sup>27</sup> I principi, infatti, non si sottraggono, a mia opinione, alla loro revisione *in melius*, volta cioè a fare ulteriormente espandere la loro *vis* espressiva, sempre che la revisione stessa si abbia nel segno della fedeltà evolutiva rispetto al "nucleo duro" dei principi medesimi (che i mutamenti costituzionali debbano considerarsi illeciti laddove si presentino a finalità di "restaurazione" è stato efficacemente argomentato da G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206; il mio pensiero sul punto può, volendo, vedersi nel mio *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.)

<sup>28</sup> Quest'ultima è tuttavia possibile – come si sa –, in specie per mano dei giudici, unicamente con riferimento a norme di potere costituito. Si faccia caso alla stranezza: una norma di potere costituito può essere – come si è veduto – ancora più pregevole di norme di potere costituente; ciononostante, essa non si sottrae alla eventualità del suo annullamento, diversamente dalle norme risultanti dagli enunciati confezionati dallo stesso Costituente che, pur se meno pregevoli delle prime, si sottraggono, in via di principio, al loro annullamento. Tutto, insomma, sempre dipende dai casi e dalle combinazioni di ordine assiologico dagli stessi sollecitate a formarsi.

complessiva consistenza unicamente attraverso la costante osservazione dell'esperienza, illuminata dai valori.

In realtà, le norme stanno – per dir così – a mezzo del contesto fattuale in cui si inscrivono ed inverano e dei valori che danno il riconoscimento della loro validità e, prima ancora, tracciano il solco o il verso dell'attività interpretativa che porta alla loro emersione. I *valori in alto* e il *“fatto” in basso* sono i punti di riferimento ai quali fanno capo le norme, in cui cioè queste rinvencono la giustificazione, il *fine* ed il *confine* a un tempo, del loro vigore, della loro stessa esistenza<sup>29</sup>. La dimensione assiologica e la dimensione fattuale, nella loro congiunta ed inscindibile composizione, portano, dunque, alla produzione delle norme, al loro fare “sistema”, al loro radicamento nel terreno dell'esperienza, alla loro giustificazione.

#### 4. Riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, e differenze dei rispettivi linguaggi, secondo modello e secondo esperienza

Di ciò si ha particolarmente significativa ed attendibile conferma sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali.

Tralasciando, dunque, ora ogni questione specificamente riguardante il linguaggio della Costituzione e delle leggi in relazione alla materia della organizzazione, di cui non tocca qui dire, e venendo all'esame del modo con cui esso si atteggia sul terreno in cui maturano le esperienze relative ai diritti, occorre subito mettere in chiaro che le principali differenze di linguaggio sono da riportare alla parimenti diversa *funzione* e *struttura* degli atti che entrano in campo a salvaguardia dei diritti stessi. Differenze che poi, allo stesso tempo, sono altresì di *piano* o *livello* e, per ciò pure, di *natura* degli atti stessi.

Muovo al riguardo da un esito teorico-ricostruttivo altrove argomentato e sul quale, dunque, non reputo ora opportuno indugiare; ed è che, secondo modello, si dà una tipicità inconfondibile di ruoli, di funzione appunto, tra la Costituzione, cui solo è demandato il *riconoscimento*, nella sua stretta e propria accezione, dei diritti fondamentali, ed altri atti, quali le leggi o gli statuti regionali (o altri atti ancora) ai quali compete, in svolgimento delle indicazioni costituzionali, apprestare la *tutela* normativa dei diritti stessi, cui fa quindi seguito l'ulteriore tutela apprestata dagli operatori restanti (in specie, la tutela giurisdizionale, ulteriormente differenziata o tipizzata al proprio interno, distinguendosi quella offerta dai giudici costituzionali<sup>30</sup> dall'altra che viene dai giudici comuni).

Tutto ciò, appunto, *secondo modello*. D'altronde, il prototipo di Costituzione si è affermato proprio così negli ordinamenti di stampo liberale, a questo suo precipuo e caratterizzante fine, mirabilmente sintetizzato nell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789 che ha instaurato un rapporto di corrispondenza biunivoca tra Costituzione e diritti, l'una avendo senso per il servizio che, essa sola, è in grado di

<sup>29</sup> Si perviene, cioè, alla produzione di certe norme, piuttosto che di altre, in sede d'interpretazione, in ragione della pressione esercitata, dall'alto, dai valori e, dal basso, dal “fatto”, che viene così a farsi esso stesso parametro, segnatamente nei giudizi secondo ragionevolezza (ho, ancora non molto tempo addietro, studiato i fatti “interposti” nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 2014, 6 novembre).

<sup>30</sup> Riprendendo, poi, una tesi altrove caldeggiata, intendo qui il termine “costituzionale” *in senso materiale*, ai giudici costituzionali di diritto interno affiancando e ad essi *quodammodo* assimilando i giudici internazionali e sovranazionali (per ciò che qui più da presso importa, le Corti europee). Di ciò, d'altronde, una crescente dottrina si mostra ormai avvertita [tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese: ad es., in *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 31 dicembre 2013; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss. Infine, A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, relaz. alla Giornata di studio su *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Messina, 16 ottobre 2015, in *paper*].

offrire ai diritti, col fatto stesso di darne il *riconoscimento*; gli altri acquistando significato proprio grazie a siffatto servizio e, *con ciò stesso*, dando significato alla Costituzione.

Col tempo, questa che nel corso dell'intera vicenda liberale è stata una qualità esclusiva e identificante della Costituzione si è trovata ad essere da quest'ultima condivisa con altri documenti normativi, le Carte internazionali dei diritti, ai quali nondimeno è concesso di poter spiegare gli effetti loro propri unicamente grazie ad un previo riconoscimento della loro idoneità allo scopo operato in ambito interno e secondo le modalità al riguardo stabilite dalla stessa Costituzione<sup>31</sup>. Di modo che è pur sempre da tener fermo il principio per cui le Carte suddette, nella dimensione nazionale, valgono se ed in quanto è così voluto da chi le recepisce e, comunque, entro i limiti segnati dalla cornice costituzionale (in ispecie, dai principi fondamentali, nel loro fare "sistema").

Il modello, insomma, conferma che, senza la Costituzione o al di fuori di essa, non può aversi *riconoscimento* dei diritti; e, per questo verso, conferma altresì che il *primo, essenziale e necessario* strumento a salvaguardia dei diritti stessi è, e rimane, la Costituzione stessa. La legge viene dopo e solo dopo; e dopo ancora entrano in scena i giudici.

Alla differenza di funzione, poi, si accompagna una differenza di struttura e, perciò, di estensione del linguaggio normativo, dal momento che al fine del riconoscimento bastano poche parole, mentre la tutela, per risultare adeguata ed efficace, richiede un discorso normativo più lungo e dettagliato; e, però, pur sempre fino ad un certo punto.

La varietà dei casi della vita, la complessità degli interessi in campo, la pretesa crescente e pressante volta alla salvaguardia di nuovi diritti ovvero dell'allestimento di forme nuove di tutela degli stessi diritti vecchi, un mutato contesto internazionale e sovranazionale, oltre che interno: questo ed altro ancora ha fatto sì che, laddove il legislatore è intervenuto con discipline eccessivamente minute, rigide, costrittive, si è non poche volte imposto il loro temperamento da parte dei giudici, specie per mano di quelli costituzionali, obbligati, in vista di un congruo bilanciamento tra gli interessi stessi, ad incisivi interventi nella struttura del dettato legislativo, sì da renderlo maggiormente duttile ed adeguato ai casi. Manipolazioni anche di particolare rilievo, pur se non sempre immediatamente visibili, si sono avute (e quotidianamente si hanno) altresì per iniziativa dei giudici comuni, costretti tuttavia dai limiti delle loro funzioni a mascherare ad arte le innovazioni normative – ché di questo, a conti fatti, si è trattato e si tratta<sup>32</sup> – poste in essere, ammantandole delle candide vesti dell'interpretazione conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea). E non è inopportuno al riguardo rammentare che siffatta tendenza è stata, pur se involontariamente, incoraggiata dalla giurisprudenza costituzionale col fatto stesso di sollecitare i giudici comuni a far luogo ad un utilizzo viepiù incisivo e ricorrente della tecnica d'interpretazione in parola.

Si tratta, a questo punto, di verificare quali forme ha assunto il modello succintamente descritto nell'esperienza.

Quella tipizzazione dei ruoli degli atti, di cui poc'anzi si diceva, riceve nell'esperienza plurime torsioni, a più livelli: vuoi per il fatto che talora lo stesso *riconoscimento* di nuovi diritti si è avuto *omisso medio* ad opera di leggi comuni, vuoi ancora per il fatto che esso non poche volte ha preso corpo direttamente ed esclusivamente *ope juris prudentiae* e vuoi infine perché la stessa *tutela*, in talune sue espressioni positive, si è manifestata con la medesima duttilità strutturale che si è veduto

---

<sup>31</sup> Accenno di sfuggita ad una tesi, altrove argomentata, favorevole a che l'esecuzione interna delle Carte dei diritti, proprio a motivo della loro natura di documenti materialmente costituzionali, si abbia con atti parimenti costituzionali *quoad formam*; ciò che, tra l'altro, giustifica nel modo migliore quella partecipazione delle Carte stesse ad operazioni di bilanciamento assiologico con la Costituzione che, a mia opinione, in via di principio possono aversi su basi paritarie ed all'insegna del canone della massimizzazione della tutela dei diritti, al di fuori dunque di alcun ordine gerarchico precostituito tra di esse assiomaticamente ritenuto esistente (sul punto, ulteriori precisazioni *infra*).

<sup>32</sup> E ciò, ove si guardi appunto alla sostanza delle operazioni poste in essere, indipendentemente cioè dalla circostanza che gli effetti dalle stesse prodotti restano circoscritti al caso ed ai protagonisti delle singole vicende giudiziarie. Non si trascuri, tuttavia, l'effetto di trascinamento e d'imitazione che alle volte si determina, la soluzione adottata in un singolo luogo giudiziario venendo quindi trapiantata in altri luoghi, fino a formarsi un autentico "diritto vivente", provvisto come tale di generale valenza.

esser propria del *riconoscimento*, mescolandosi assieme sì da rendersi praticamente indistinguibili funzioni che avrebbero dovuto restare, ad ogni modo, distinte.

Questa esperienza ha specificamente interessato i diritti nuovi, in modo viepiù vistoso i nuovissimi, la cui affermazione appare essere il prodotto dello sviluppo scientifico e tecnologico o, comunque, è a questo strettamente legata<sup>33</sup>. Il che equivale a dire che sono i diritti, per come sono fatti in natura e struttura e quali si rendono palesi attraverso i casi, ad attrarre a sé un certo modello di rapporti tra legislazione costituzionale e legislazione comune, in primo luogo, e, quindi, tra legislazione in ogni sua forma e giurisdizione, sollecitando una certa loro combinazione in vista del raggiungimento del fine, nei limiti in cui risulti possibile alle condizioni oggettive di contesto.

### 5. Alcune conclusioni discendenti dalle notazioni svolte

Le notazioni appena svolte portano ad alcune conclusioni, per una parte implicite nelle notazioni stesse e, cionondimeno, meritevoli di essere ora meglio precisate, e per un'altra parte bisognose di essere per la prima volta esposte.

#### 5.1. Il carattere sfumato, nell'esperienza, della distinzione tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, nonché tra legislazione in genere e giurisdizione

La prima.

Sfuma – come si è dietro accennato – la distinzione, un tempo considerata netta, tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, vuoi per il fatto che questa alle volte fa innaturalmente le veci di quella e vuoi ancora perché anche la seconda non conviene che si spinga in una eccessiva (e, perciò, irragionevole) minuzia di disposti, con grave pregiudizio per i diritti; laddove, poi, ciò dovesse aversi, sarebbe giocoforza – come si diceva – per la giurisprudenza intervenire a rendere duttile ciò che nasce rigido. Con il che sfuma altresì la distinzione tra legislazione in genere e giurisdizione<sup>34</sup>, la seconda non limitandosi ad una mera *applicazione* dei contenuti della prima ma, assai spesso, disponendosi altresì a darvi *attuazione*<sup>35</sup>, senza peraltro trascurare i casi, essi pure – come si sa – assai frequenti, di anomala “sussidiarietà” posta in essere dai giudici allo scopo di colmare strutturali carenze della legislazione (persino costituzionale).

Si tratta allora di chiedersi se si diano le condizioni per un pur problematico e parziale recupero di quella tipizzazione dei ruoli in cui si esprime il principio della separazione dei poteri e, per il tramite di questo, si coglie ed apprezza la Costituzione nella sua stessa essenza<sup>36</sup>. Una questione micidiale, da far tremare davvero le vene e i polsi, la cui soluzione rimanda ad altre, non meno ardue, questioni,

---

<sup>33</sup> Su ciò, ampia trattazione, ora, in E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, relaz. al Convegno AIC su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Roma 6-7 novembre 2015, in *paper*.

<sup>34</sup> ... che, nondimeno, ovviamente rimane sotto profili diversi da quelli ora riguardati, quali quelli relativi agli organi, i procedimenti, gli atti e i rispettivi effetti.

<sup>35</sup> ... a mezzo di regole che sono quindi applicate ai casi, al punto che, ancora di recente, si è discusso di una “co-produzione” normativa tra giudici e legislatore (A. GUSMAL, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015). Diversa sul punto la posizione di una sensibile dottrina, che vorrebbe invece circoscritta l'attività giurisdizionale alle mera *applicazione* delle previsioni legislative [così, part., ora, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, i rilievi di R. BIN, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss.]. La qual cosa, come che la si giudichi per l'aspetto teorico, risulta assai di frequente contraddetta da un'esperienza ormai marcatamente da essa discosta. Insomma, è il contesto quale oggi è, e sempre di più va consolidandosi, a rendere comunque impraticabile lo schema teorico propugnato da questa dottrina.

<sup>36</sup> ... dal momento che, senza il riparto della sovranità tra centri istituzionali diversi, non c'è né Costituzione (in senso liberale) né garanzia effettiva della salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo la lapidaria, efficacissima formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, già richiamata.



alla fin fine coinvolgendo l'intero ordinamento. Perché il vero è che un pur sommario raffronto tra modello ed esperienza mostra quanto sia ormai vistoso lo scarto tra di essi esistente, a determinare il quale peraltro in considerevole misura concorrono fattori di origine esterna (e, segnatamente, internazionale e sovranazionale), che passano cioè sopra le nostre teste e la cui rimozione o modifica va dunque ben oltre le sole nostre forze.

Il terreno sul quale prendono corpo le esperienze riguardanti i diritti e i modi del loro riconoscimento e della loro tutela offre plurime e convergenti testimonianze in tal senso.

*5.2. Le aspettative di una più efficace tutela dei diritti per il tramite del “dialogo” tra Corti nazionali e Corti europee, e le “catene” di decisioni funzionalmente connesse e convergenti verso il medesimo scopo cui le Corti stesse fanno luogo*

Viene a tal proposito in rilievo la seconda conclusione. La salvaguardia dei diritti, nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, resta in significativa misura demandata, in aggiunta alla Costituzione, a Carte diverse da questa e, dunque, in buona sostanza, alle Corti che ne sono istituzionalmente garanti.

Sono fermamente convinto che, nel presente contesto, i diritti o ricevono protezione anche in ambito esterno oppure semplicemente non sono, finiscono cioè con lo smarrire la loro stessa essenza e natura di diritti autenticamente “fondamentali”.

L'esperienza, pur nei molti chiaroscuri che la connotano, le non lievi contraddizioni e le tensioni in essa emergenti, avvalora, a mia opinione, questa conclusione. È vero che si danno casi non infrequenti di discordanti orientamenti manifestati dai giudici nazionali (specie, ma non solo, costituzionali) e dai giudici sovranazionali o, diciamo pure, di aperti ed irriducibili conflitti; la qual cosa ha indotto non poca dottrina a prendere le distanze dall'idea di una tutela – come suol dirsi – “multilivello” (che, però, ancora meglio dovrebbe dirsi “interlivello”<sup>37</sup>) dei diritti, rivendicando orgogliosamente il primato della tutela nazionale, nell'assunto – a mio modo di vedere, meritevole di non poche ed incisive correzioni teoriche – del carattere complessivamente più avanzato ed efficace dei riconoscimenti contenuti nella nostra Carta.

In disparte però il carattere approssimativo di quest'esito, resta il fatto che, accanto ai casi di divergenze d'indirizzo giurisprudenziale, si danno, numerosi e viepiù frequenti, quelli di convergenza e persino di sostanziale identità, frutto di un “dialogo” intergiurisprudenziale costruttivo e fecondo, al quale si deve quel “benefico dinamismo giurisprudenziale” di cui ha, ancora di recente, discorso una sensibile dottrina<sup>38</sup>.

È chiaro che l'analisi, a questo punto, dovrebbe spingersi in verifiche specifiche, di ordine tematico, riguardanti i singoli campi materiali di esperienza; la qual cosa – com'è parimenti chiaro – qui non può farsi e devesi pertanto rimandare ad altri luoghi di riflessione scientifica. Ciò che, nondimeno, mi sembra essere ormai provato, documentato da innumerevoli casi relativi a campi anche assai distanti l'uno dall'altro, è che, senza le previsioni delle Carte di origine esterna e, soprattutto, il quotidiano servizio apprestato dai giudici non nazionali, molti diritti non avrebbero ottenuto pieno riconoscimento e tutela. Quante conquiste di civiltà giuridica si devono a siffatto servizio, esteso praticamente a tutti i campi e particolarmente vistoso ed apprezzabile, in ispecie, in relazione ai nuovi diritti? Non v'è questione eticamente sensibile in cui la mano dei giudici extranazionali non abbia avuto modo di lasciare un segno marcato, che ha incoraggiato e sovente orientato ed influenzato,

---

<sup>37</sup> Per questa non secondaria correzione teorica, gravida di pratiche implicazioni a largo raggio, v., tra gli altri, L. D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in questa *Rivista*, 2014, 6 ottobre.

<sup>38</sup> M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 29 ss. (e 30, per il riferimento testuale).



anche in significativa misura, l'intraprendenza dei giudici nazionali<sup>39</sup>. Persino nel campo dei diritti sociali, con riguardo ai quali una nutrita dottrina rivendica a beneficio della nostra Carta (e, a seguire, della legislazione e della giurisprudenza sulla sua base formatesi) quella *primauté*, di cui si diceva, una più attenta osservazione porta a riconoscere il ruolo non secondario svolto dai giudici europei in vista della loro pur problematica e parziale salvaguardia, in ragione della crisi economica soffocante che segna a fondo il tempo presente (e – temo – segnerà anche il futuro)<sup>40</sup>.

Molti sono i modi con cui gli indirizzi giurisprudenziali si pongono e si combinano a vicenda. Non c'è, insomma, uno schema che meccanicamente si ripete e trasmette con identità di caratteri complessivi. Si dà tuttavia, in misura crescente, un tratto che sembra connotare le più salienti espressioni del “dialogo” intergiurisprudenziale; ed è dato dal formarsi di “catene” di atti funzionalmente connessi e convergenti allo scopo di apprestare una tutela che, senza di esse, verosimilmente non sarebbe stata (e non sarebbe) in modo soddisfacente raggiunta<sup>41</sup>. Non di rado, infatti, il motore della produzione giuridica di stampo giurisprudenziale si accende al piano internazionale o sovranazionale, mettendo in moto una macchina che quindi penetra in ambito interno e qui sollecita il prolungamento della produzione stessa ed il suo adattamento ai peculiari contesti nazionali, nonché alla varietà dei casi in essi emergenti.

In congiunture siffatte, è bensì vero che ciascun atto dà luogo ad un proprio effetto giuridico, l'uno dunque distinto da quello degli altri<sup>42</sup>. Una conclusione, questa, che è da tener ferma in prospettiva formale-astratta; in prospettiva sostanziale, però, non è improprio discorrere di un effetto unitario

---

<sup>39</sup> Esemplicazioni, nella ormai nutrita lett., per tutti, in R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*<sup>2</sup>, Aracne, Roma 2014, e, dello stesso, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; AA.VV., *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, a cura di R. Bin - N. Lucchi - S. Lorenzon, Springer, Milano-Dordrecht-Heidelberg-London-New York 2012, nonché, con specifico riguardo alle esperienze di fine-vita, in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, e, più di recente, I. RIVERA, *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2 settembre 2015. Quanto, poi, alle esperienze d'inizio-vita, ancora S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, del quale v. pure, utilmente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2014, 24 gennaio 2014; inoltre, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Università degli studi di Trento, Trento 2015; AA.VV., *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di M. Azzalini, Aracne, Roma 2015; M. D'AMICO, *Opportunità e limiti del diritto giurisprudenziale in relazione alle problematiche dell'inizio della vita (i casi della procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 20 luglio 2015, e, della stessa, pure *ivi*, ora, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*; M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 325 ss. Infine, M. BASILE, *La fecondazione artificiale eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*, e, pure *ivi*, A. MUSUMECI, *I giudici e la scienza. Note minime a margine della “riscrittura” giurisprudenziale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; E. ROSSI, *L'“attuazione” della sentenza sulla fecondazione eterologa*, e L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*.

<sup>40</sup> Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio [Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” \(notazioni di metodo\)](#), in questa *Rivista*, 2/2015, 538 ss. Indicazioni di vario segno possono ora aversi anche da AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 (e, part., *ivi*, con riguardo ai diritti sociali, S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, 245 ss.).

<sup>41</sup> Ne ho descritto l'operatività in altri luoghi (tra i quali, [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#), nel vol. coll. da ultimo cit., nonché in questa *Rivista*, 2014, 24 novembre 2014, spec. al § 4).

<sup>42</sup> ... secondo la magistrale indicazione della più avvertita dottrina [A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), 432 ss.].

riportabile all'intera "catena" e discendente dallo sforzo congiunto posto in essere da tutti gli operatori<sup>43</sup>.

5.3. *L'integrazione tra le norme riguardanti i diritti, secondo valore, l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale quale principio-mezzo e principio-fine allo stesso tempo e il suo fare "sistema" con la coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, il rilievo crescente della comparazione, anche in funzione della ottimale salvaguardia della certezza del diritto costituzionale e della certezza dei diritti costituzionali*

Si ha così l'opportunità di cogliere come, pur restando distinte le *fonti* (e gli ordinamenti di appartenenza), l'integrazione si renda palese per il tramite delle *norme*; ciò che ora maggiormente preme sottolineare è che essa si pone quale un fatto *dovuto*, rispondente cioè a *valore*. Una conclusione, questa, la terza, che in modo lineare, obbligatorio, discende dalla circostanza per cui l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale risulta prescritta da un principio fondamentale dell'ordinamento, di cui agli artt. 10 e 11, nel suo fare "sistema" – come si è tentato di mostrare altrove – coi principi di cui agli artt. 2 e 3.

Il punto è molto importante e merita di essere, ancora una volta, messo in evidenza. Perché i disposti costituzionali usualmente richiamati a sostegno dell'apertura suddetta si pongono quali espressivi di un principio che è, a un tempo, un *principio-fine* ed un *principio-mezzo*. È un fine in se stesso il valore della pace e della giustizia internazionale la cui affermazione passa attraverso limitazioni anche assai consistenti (nel tempo presente, anzi, sempre più consistenti<sup>44</sup>) della sovranità. Ma è anche, e soprattutto, un mezzo in vista dell'ottimale appagamento della *coppia assiologica fondamentale* – come la si è altrove chiamata<sup>45</sup> – dell'ordinamento, costituita da libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni<sup>46</sup>. La coppia in parola si pone, dunque, a fondamento e però anche a limite dell'ingresso in ambito interno di norme ed indirizzi giurisprudenziali aventi origine esterna. Solo che la discesa in campo dei c.d. "controlimiti" non è apprezzabile al piano teorico- astratto, attraverso cioè il mero raffronto degli enunciati o anche delle loro norme considerate *in vitro*, avulse dai casi, ma risulta da verifiche *in vivo*, fatte cioè di volta in volta, a seconda dei casi stessi, che richiedono delicate ed incerte operazioni di bilanciamento assiologico<sup>47</sup>, dovendosi appunto stabilire quale norma o insieme di norme si dimostri in grado d'innalzare il livello della garanzia dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, considerati nel loro fare "sistema"<sup>48</sup>. V'è, insomma, un canone fondamentale, dietro accennato, quello della *massimizzazione della tutela*<sup>49</sup>,

<sup>43</sup> La qual cosa, poi, avvalorata l'idea che né gli operatori (e, segnatamente, i giudici) sovranazionali né quelli nazionali possono comunque fare a meno gli uni del supporto degli altri, tutti essendo chiamati, con tipicità di ruoli e di effetti, a concorrere a fare le "catene" suddette.

<sup>44</sup> ... al punto da indurre molti autori a negare che l'idea stessa di sovranità abbia ormai un senso, di sicuro che abbia preservato quello di un passato anche non molto risalente.

<sup>45</sup> Per questa qualifica, v., ancora una volta, il mio scritto da ult. cit. § 6.

<sup>46</sup> Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

<sup>47</sup> Così, d'altronde, è stato nel pur discusso caso risolto con la nota [sent. n. 238 del 2014](#), laddove l'arma dei "controlimiti" è stata alla Consulta azionata con decisione a presidio del valore della dignità di soggetti che hanno molto sofferto durante il secondo conflitto bellico, pur se a mezzo di un apparato di argomenti non scevro, a mia opinione, di gravi contraddizioni e forzature nei riguardi dei canoni che governano il processo costituzionale; e così pure promette di essere in relazione al caso *Taricco*, ove dovesse essere accolta la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, II sez. pen., con ord. del 18 settembre 2015.

<sup>48</sup> All'idea di "sistema" la giurisprudenza, specie negli anni a noi più vicini, si è insistentemente richiamata: come si è tentato di mostrare altrove, non di rado anche per motivi di strategia processuale, volendosi cioè smarcare da un *pressing* insopportabile delle Corti europee, che premevano (e premono) per l'appagamento di pretese soggettive che, per questa o quella ragione, in ambito interno non era offerto o non era sufficientemente offerto (*ex plurimis*, v. Corte cost. [nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170](#) e [202 del 2013](#); [10](#) e [49 del 2015](#)).

<sup>49</sup> ... a riguardo del quale, tra i molti altri e di recente, dopo G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, 13 ss., v., part., S. GAMBINO, *Livello di protezione*

che governa ed orienta la selezione delle norme stesse, non escludendosi il caso – qui è il punto – che anche norme di origine esterna in conflitto con questo o quel principio fondamentale trovino ugualmente il modo di affermarsi e farsi valere in ambito interno, laddove si dimostrino maggiormente idonee delle norme nazionali e persino – perché no? – delle stesse norme costituzionali a portare a siffatto innalzamento.

I “controlimiti”, dunque, possono spiegare effetto, come non averlo, *malgrado l’occasionale ferita inferta a questo o quel principio*, laddove il risultato finale risulti comunque maggiormente appagante ed idoneo all’affermazione della Costituzione come “sistema”; possiamo ora dire: come “*sistema di sistemi*”, che al piano delle relazioni interordinamentali ottiene cioè la sua opportuna messa a punto e realizzazione<sup>50</sup>.

Questo, più che un dato, appare essere un obiettivo bisognoso di essere di continuo riconfermato e preservato, un obiettivo conseguibile unicamente attraverso un “dialogo” – potremmo dire, con espressione mutuata da altro campo di esperienza – *ben temperato*, posto in essere con somma accortezza e con la dovuta attenzione per tutti gli elementi in campo: un “dialogo” pure vario per forme, esiti, effetti, e che si connota pur sempre per il bisogno, che lo sostiene ed alimenta, da tutte le Corti avvertito di “comunicare” tra di loro a vicenda, di non potere – piaccia o no – fare a meno di ricorrere a sempre più frequenti richiami da parte di ciascuna di esse agli indirizzi delle altre, di doverne tenere conto, pur laddove dagli stessi si prendano le distanze (perlopiù in modo mascherato, talora alla luce del sole).

Di qui, il significato, di cruciale rilievo, della comparazione, senza la quale la comunicazione stessa non potrebbe prendere forma né raggiungere gli effetti sperati<sup>51</sup>. Una comparazione poi, per

---

*dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13/2014, 25 giugno 2014; G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure ivi, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), spec. al § 3 (quest’ultimo può vedersi anche in questa [Rivista](#), 2/2015, 488 ss.); v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; A. SPADARO, [Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in questa [Rivista](#), 2/2015, 504 ss., e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, cit., spec. al § 10; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

<sup>50</sup> Quest’esito teorico è argomentato in alcuni miei studi, tra i quali, di recente, *L’interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell’esperienza, gli auspicabili rimedi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2015, 20 maggio 2015, e *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema”*, cit., spec. al § 4.

<sup>51</sup> Di ciò la dottrina è ormai da tempo avvertita, pur seguitando ad interrogarsi a riguardo del modo o dei modi (e, dunque, essenzialmente del metodo) con cui essa può (e deve) prendere corpo. Tra i molti altri, v. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; S. ROMANO, *Nuove pratiche nell’interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 205 ss.; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 21 giugno 2013; AA.VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. Groppi - M.C. Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford 2013; L. PEGORARO, in molti scritti, tra i quali e di recente, *Comparación y globalización (Las categorías del derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del derecho comparado)*, in AA.VV., *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, a cura di L.R.

effetto della quale – e il punto non mi sembra essere ancora stato colto appieno, anche dalla più sensibile dottrina – la certezza del diritto può essere assicurata al meglio delle sue potenzialità espressive e pretese di appagamento, sol che si convenga a riguardo del fatto che la certezza ha senso se (ed in quanto) faccia tutt'uno con la (ed interamente si risolva nella) *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella *effettività* e *compiutezza* della loro tutela, alle condizioni oggettive di contesto, alla quale il “dialogo” suddetto è (e – come si è veduto – *deve* essere) servente<sup>52</sup>.

#### 5.4. *Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale nel tempo presente, e la tendenza al ravvicinamento tra civil e common law*

La quarta conclusione fa tutt'uno con quella appena esposta.

Se è vero che la certezza dei diritti costituzionali, nel senso appena chiarito della effettività della loro tutela, può avere, perlomeno in non pochi casi, un guadagno per effetto del “dialogo” tra le Corti, se ne ha che essa può essere ancora meglio appagata in un contesto segnato dallo sviluppo del diritto giurisprudenziale, sempre che – si badi – esso sia opportunamente incanalato ed orientato da un misurato diritto legislativo. È metodicamente, ancora prima che teoricamente, fuori centro l'idea, in cui molti si riconoscono, che il diritto legislativo e quello giurisprudenziale si facciano (e debbano, per una ineluttabile sventura, farsi) una guerra senza fine e senza risparmio di colpi, quasi che l'affermazione dell'uno non possa aversi se non col sacrificio dell'altro, e viceversa. Di contro, l'orizzonte verso il quale occorre decisamente convergere è quello di un diritto legislativo e di un diritto giurisprudenziale parimenti forti; la qual cosa, nondimeno, non equivale ad auspicare la espansione a tutto campo, in modo indistinto e non vigilato, di entrambi. Il campo materiale è comune ma diverso, tipizzato, è secondo modello il modo con cui ciascuno dei termini della relazione in parola è chiamato a distendersi in esso ed a coltivarlo come si conviene, non già per la propria incondizionata affermazione bensì al servizio dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti.

L'uno infatti, come si è veduto, non può fare a meno dell'altro, entrambi avendo un ruolo tipico da giocare nei processi di produzione giuridica, ruoli appunto complementari, idonei ad integrarsi ed a sorreggersi a vicenda.

---

González Pérez - L. Raúl, Unam, México 2013, 265 ss.; utili indicazioni, inoltre, da AA.VV., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, a cura di E. Ferrer Mac-Gregor e Alfonso Herrera García, Tirant lo Blanch, México D.F. 2013; M. CARDUCCI - P. RIBERI, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino 2014; S. GAMBINO, *La comparazione nel diritto costituzionale: approccio ‘normativistico’ e approccio ‘realista’ alla “zona grigia” del diritto costituzionale*, in *Studi in onore di G. de Vergottini*, I, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2015, 27 ss, e, pure *ivi*, tra gli altri, L. MEZZETTI, *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico nelle esperienze recenti degli ordinamenti islamici. Una nuova sfida per la scienza ed il metodo della comparazione*, 65 ss.; M.-C. PONTHEOREAU, *L'europeánisation des esprits: le rôle du droit (constitutionnel) comparé*, 203 ss.; A. TRONCOSO REIGADA, *Metodo giuridico, interpretazione costituzionale e principio democratico*, 257 ss., e A. WEBER, *Die Rolle der Rechtsvergleichung bei der Auslegung der Europäischen Grundrechtecharta*, 347 ss.; D. AMIRANTE, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2015, 1 ss.; A. VON BOGDANDY - C. GRABENWARTER - P.M. HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L'esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, relaz. al Convegno AIC su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Roma 6-7 novembre 2015, spec. al § 4; G. MARTINICO, *Time and comparative law before courts: the subversive tunction of the diachronic comparison*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2015, 6 novembre 2015. Se ne patrocina un largo utilizzo persino in campi di esperienza nei quali la sovranità dello Stato si chiudeva a riccio in se stessa, dimostrandosi impermeabile ad ogni suggestione proveniente *ab extra*, quale ad es. quello in cui matura e si svolge la dialettica tra maggioranza ed opposizioni parlamentari (v., ora, al riguardo, R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel “processo” di risoluzione dei casi regolamentari*, FrancoAngeli, Milano 2015, 383 ss.).

<sup>52</sup> Maggiori ragguagli in argomento possono, volendo, ora aversi dal mio *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 27 luglio 2015. A riguardo della certezza del diritto, specie nella dimensione giurisprudenziale, v., part., lo studio di L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988.



Al diritto legislativo spetta la prima parte, la posizione di norme che danno il *riconoscimento* prima e la *tutela* poi dei diritti a mezzo di discipline essenziali e duttili, disponibili alla loro specificazione-attuazione ad opera di pronunzie dei giudici adeguate alla varietà dei casi. La normazione di principio, insomma, è (o, meglio, *dovrebbe* essere) opera esclusiva e caratterizzante del legislatore costituzionale, in prima battuta, e, in seconda, di quello ordinario. Ai giudici poi il compito di stabilire le regole in svolgimento dei principi stessi. In buona sostanza, dunque, anche *secondo modello* (e più ancora però, come si è veduto, *secondo esperienza*) la normazione di dettaglio risulta prodotta in sede giudiziale<sup>53</sup>. Una normazione particolarmente significativa non solo per quantità ma anche per qualità, al di là ovviamente di singole decisioni o interi indirizzi di discutibile fattura, ove si ammetta – come devesi ammettere – che sempre più di frequente essa si dispone a copertura di lacune di costruzione del dettato legislativo (e persino costituzionale<sup>54</sup>) fattesi col tempo sempre più vistose.

Così stando le cose e fatta attenzione alle più marcate tendenze dell'esperienza, che rendono testimonianza di uno squilibrio tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale che va sempre di più aggravandosi e consolidandosi<sup>55</sup>, si ha conferma del sensibile ravvicinamento in atto tra *civil* e *common law*, dal momento che anche in Paesi, quale il nostro, tradizionalmente annoverati tra quelli appartenenti alla prima specie il diritto giurisprudenziale tende ad affermarsi in forme non molto distanti da quelle che sono proprie degli ordinamenti della seconda specie<sup>56</sup>.

Certo, rimangono talune differenze strutturali, di fondo, tra le specie medesime, avuto specifico riguardo al piano degli effetti prodotti dalle decisioni dei giudici. Differenze che, nondimeno, vanno esse pure sfumando, sol che si considerino i vincoli discendenti dalle pronunzie delle Corti europee ed il rilievo complessivo ad esse riconosciuto quali atti iniziali di quelle “catene” giurisprudenziali, di cui si è dietro discorso, dotati di una formidabile forza di trascinamento nei confronti di interi indirizzi giurisprudenziali.

*5.5. Il bisogno di dotare la produzione normativa di stampo giurisprudenziale delle garanzie tradizionalmente proprie della legislazione negli ordinamenti di civil law, avuto specifico riguardo alle decisioni della Corte costituzionale che, in quanto non soggette ad alcuna impugnazione, rischiano di fare della Corte stessa un “potere costituente permanente”, e il soccorso che può a tal fine venire da un'oculata razionalizzazione costituzionale specificamente volta all'aggiornamento del catalogo dei diritti*

Si pone a questo punto una grave questione, per il tramite della quale viene ad emergere la quinta conclusione, una questione cui non si è riusciti ad oggi a dare sicura e pienamente appagante risposta. Ed è quella che fa riferimento al bisogno di dotare la produzione normativa per via giurisprudenziale delle garanzie costituzionali che per tradizione stanno a base e giustificazione della produzione legislativa negli ordinamenti di *civil law*. Tanto più avvertito questo bisogno sol che si pensi che – come

<sup>53</sup> Ma non si sottovaluti il rilievo posseduto da una giurisprudenza, specie costituzionale, viepiù ricorrente ed espressiva di principi; una giurisprudenza che viene a formazione tanto in ambito interno (così, le additive di principio della nostra Corte) quanto in ambito europeo (le sentenze-pilota della Corte EDU), per il suo tramite mettendosi in moto quei processi produttivi che danno vita a “catene” di atti funzionalmente connessi, alle quali si è poc'anzi fatto cenno.

<sup>54</sup> Colgo l'opportunità oggi offertami per denunciare, ancora una volta, il ritardo della stessa normazione costituzionale nel dare riconoscimento a nuovi o nuovissimi diritti *di fatto* riconosciuti (o, diciamo meglio, reclamati) in seno al corpo sociale e tuttavia privi di esplicito riscontro in Costituzione. Di qui, il bisogno di una “razionalizzazione” costituzionale che li tenga nel dovuto conto, senza abbandonarli a se stessi (e, perciò, molte volte, in buona sostanza, al “riconoscimento” in prima battuta ed in via esclusiva da parte dei giudici).

Il punto sarà ripreso, con ulteriori svolgimenti, a momenti.

<sup>55</sup> Indicazioni possono aversi dai contributi che sono in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura di M. Cavino e C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>56</sup> Di ciò la più sensibile dottrina è da tempo avvertita, per quanto il ravvicinamento in parola sia inteso in modi anche significativamente diversi, per impostazione metodica e svolgimenti teorico-ricostruttivi. La circostanza, poi, per cui molti convengono sull'esito in parola non lo indebolisce ma, all'inverso, consolida e avvalorata, assistendosi sul punto ad una larga convergenza di orientamenti dottrinali.



si è dietro accennato – non poche volte, a conti fatti, la giurisprudenza non interviene solo sul versante discendente, della mera *tutela* (pure nella sua più ampia ed incisiva accezione), ma, più e prima ancora, su quello stesso del *riconoscimento*. Una questione, poi, che si presenta con toni di accentuata gravità in relazione all’operato dei giudici costituzionali, specie laddove – come da noi – le relative decisioni risultino dotate della formidabile “copertura” della inimpugnabilità, secondo quanto al riguardo stabilito nell’art. 137, ult. c., cost.

Un controllore che tutti può, in astratto, controllare e che non è controllato da nessuno rischia di commutarsi in un “*potere costituente permanente*”<sup>57</sup>; aggiungo: un potere *mostruoso*, specie in considerazione di alcune decisioni dallo stesso adottate e che si presentano come fortemente manipolative del dettato costituzionale, persino nei suoi principi fondamentali. E si tratta allora di chiedersi cosa possa farsi per parare, almeno in parte e fin dove si riesca, questo rischio micidiale, di cui anche la cultura non giuridica dei tempi antichi era avvertita<sup>58</sup>.

Molti i fronti sui quali si può (e deve) contemporaneamente operare al fine di fugare (perlomeno, fin dove si riesce...) il rischio suddetto.

Due, a mia opinione, quelli che maggiormente promettono esiti soddisfacenti.

Per un verso, occorre fare pressione, più ancora di quella fatta sin qui, perché il giudice costituzionale resti fedele ai canoni che presiedono all’esercizio delle funzioni che gli sono affidate, avvalendosi dunque di tecniche decisorie, specie di quelle di carattere processuale, in modo lineare ed uniforme nel tempo, non già rendendole partecipi di occasionali e discutibili operazioni di bilanciamento con gli interessi di causa, i quali risultano disciplinati da norme sostantive non comparabili con le prime<sup>59</sup>. Con il che, per il solo fatto di giudicare disponibili le metanorme che invece ne governano (o *dovrebbero* governare) l’operato, la Corte cessa di porsi quale un operatore, pur se *sui generis*, di giustizia, la funzione giurisdizionale in tali casi fatalmente convertendosi nella (e confondendosi con la) attività che è propria dei massimi organi della direzione politica ed anzi, come si è veduto, con la stessa attività espressiva della volontà di edificazione di un nuovo ordine costituzionale, che è tipicamente ed esclusivamente propria del potere costituente.

Per un altro verso, soccorre poi quel “dialogo” intergiurisprudenziale, di cui si è sopra discorso, quale fattore di stabilizzazione e di rinnovamento, a un tempo, degli indirizzi giurisprudenziali e, per ciò pure, di certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali.

La certezza, specie nella sua seconda espressione, fa tutt’uno con la libertà e l’eguaglianza; è, cioè, essa pure riportabile alla coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta.

La certezza vuole, infatti, che casi uguali ricevano uguale trattamento o, per dir meglio, che, restando immutata la “situazione normativa” originaria e tornando a farsi rivedere tale e quale nel corso del tempo e davanti allo stesso giudice, questi chiuda il proprio giudizio nel medesimo modo<sup>60</sup>.

Un giudice che risolva il medesimo caso con decisioni di segno opposto non sarebbe più – come mi è capitato più volte di rilevare<sup>61</sup> –, appunto, un giudice bensì un operatore politico, allo stato puro. Le decisioni espressive di direzione politica possono anche radicalmente cambiare col tempo, proprio perché... *politiche*, pur essendo ad ogni buon conto tenute a conformarsi a ragionevolezza. Di contro,

<sup>57</sup> Quest’idea torna con molta insistenza e preoccupazione nelle mie riflessioni degli ultimi anni: v., dunque, volendo, il mio *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014, 30 maggio 2014, spec. all’ult. §.

<sup>58</sup> Si rammenti il monito contenuto nella VI Satira di Giovenale, con l’inquietante interrogativo in esso racchiuso a riguardo di *quis custodiet ipsos custodes*.

<sup>59</sup> Purtroppo, di questa tendenza si hanno, specie di recente, numerose ed inquietanti testimonianze, le più significative, se non altro per il dibattito che hanno alimentato e seguitano senza sosta ad alimentare, delle quali sono date da Corte cost. [nn. 238 del 2014](#), [10, 49 e 178 del 2015](#). Ed è singolare e francamente stupefacente che la Corte non pretenda da se stessa il rispetto dei canoni che governano il processo costituzionale che, invece, in modo fermo richiede al legislatore, come ad es. a riguardo dell’intangibilità del giudicato (ancora da ultimo, v. Corte cost. [n. 169 del 2015](#)).

<sup>60</sup> Della “situazione normativa” quale oggetto dei giudizi di costituzionalità delle leggi si tratta, da ultimo, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.

<sup>61</sup> Ad es., con specifico riguardo al giudice delle leggi, in *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 28 dicembre 2010, nonché in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.

un giudice, in quanto chiamato all'esercizio della giurisdizione, non può esprimersi in relazione al medesimo caso in modi diametralmente opposti: se lo facesse, non darebbe più quelle certezze di diritto costituzionale, in senso sia oggettivo che soggettivo, che è istituzionalmente tenuto a dare<sup>62</sup>.

I giudici possono (e devono) essere guidati e, laddove necessario, obbligati a restare nell'alveo per essi tracciato; e il modo migliore, il più sicuro, per farlo è proprio quello – come si diceva – di interventi plurimi e convergenti in tal senso da parte del legislatore, per un verso, e da parte degli altri giudici (a partire dalle Corti materialmente costituzionali), per un altro.

La tesi corrente, che vuole in partenza, aprioristicamente, esclusa da ogni possibile innovazione normativa la parte sostantiva della Carta costituzionale (segnatamente, proprio nelle sue previsioni relative ai diritti), impedendo così che essa possa essere, come si deve, aggiornata e resa ancora più attrezzata a far fronte alle formidabili sfide del tempo presente, con le minacce che ad esse si accompagnano per i diritti stessi, muove da un duplice, erroneo assunto, espressivo di un autentico crampo mentale che affligge, a un tempo, la teoria generale della Costituzione e la ricostruzione, al piano dogmatico, dei contenuti di una Costituzione data (per ciò che qui importa, della nostra).

Da un canto, sta l'idea che ogni possibile innovazione della parte suddetta si risolva in un inammissibile attentato ai principi fondamentali dell'ordinamento, vale a dire nel superamento dei limiti invalicabili alla revisione costituzionale. La qual cosa, ovviamente, non può essere esclusa ma neppure data per scontata, ammessa cioè come sistematicamente ricorrente. Di contro, come si è dietro accennato, una pur misurata modifica della parte sostantiva e, segnatamente, un aggiornamento del catalogo dei diritti s'impone proprio al fine di rendere ancora più salde ed efficaci le garanzie connesse al principio fondamentale del riconoscimento dei diritti inviolabili, nel suo fare "sistema" coi principi restanti (e, in specie, con quello di eguaglianza).

Da un altro canto e con specifico riguardo alla nostra Carta, sta poi l'idea della sua perfezione, del suo essere – come mi è venuto di dire altrove – una *Costituzione-“totale”*, che dice tutto su tutto e lo dice sempre nel migliore dei modi possibili, laddove è proprio la Costituzione, col principio dell'apertura al diritto di origine esterna nel suo rapportarsi ai principi di libertà ed eguaglianza, a riconoscere esattamente il contrario, a confessare insomma di avere un disperato bisogno di alimentarsi e rinnovarsi incessantemente attingendo a documenti normativi confezionati al di fuori delle mura della Repubblica, in specie appunto alle Carte dei diritti<sup>63</sup>.

In una congiuntura, quale quella del tempo presente, in cui problemi e soluzioni relativi al governo della società richiedono, in cospicua misura, di essere vagliati in sedi istituzionali internazionali e sovranazionali, senza nondimeno nulla togliere al ruolo che al riguardo può essere giocato dagli operatori di diritto interno, immaginare che la Costituzione, quale punto primo di riferimento, possa chiudersi a riccio in se stessa, considerandosi autosufficiente ed appieno attrezzata allo scopo, sarebbe, a tacer d'altro, ingenuo e – a dirla tutta – forzoso ed insensato. Anche per questo verso, dunque, siffatta concezione della Costituzione si risolve, a conti fatti, in un sovraccarico di poteri e responsabilità in capo ai giudici (costituzionali e non) sollecitati, e anzi obbligati, ad estrarre dal "contenitore" costituzionale quanto loro serve al fine di dare appagamento ai diritti.

---

<sup>62</sup> Come si vede, anche per l'aspetto ora considerato ed alla luce del rilievo a mia opinione da assegnare al vincolo del precedente, si ha conferma di quella convergenza tra *civil* e *common law*, cui si faceva poc'anzi cenno. Va poi da sé che il vincolo in parola può atteggiarsi, così come invero si atteggia, in forme e con effetti diversi negli ordinamenti dell'una ovvero dell'altra specie. Non credo, nondimeno, che possa reggersi in piedi una teoria giuridica che abiliti il giudice a risolvere il medesimo caso in modi radicalmente diversi, persino opposti, innaturalmente così convertendo le proprie decisioni in manifestazioni di pura ed immotivata autorità. Altra cosa è che il giudice, che *voglia* rinnegare se stesso, lo faccia in modo più o meno abilmente mascherato, specie avvalendosi della tecnica del *distinguishing*. La partita, come sempre, si svolge e chiude al piano della motivazione, della interna coerenza delle singole pronunzie e di tutte le pronunzie relative alla medesima questione nel tempo, vale a dire al piano – come ho ritenuto altrove di poter osservare – della "doppia coerenza", sincronica e diacronica, dei verdetti dei giudici, da cui a conti fatti dipende la riprova della "giurisdizionalità" della funzione esercitata.

<sup>63</sup> ... senza tacere che, a confutazione dell'idea di una "Costituzione-totale" sta – come si diceva – la stessa previsione delle sempre possibili innovazioni della Carta, con le procedure di cui all'art. 138, con le quali si rende possibile migliorare ciò che sin dall'inizio ovvero col tempo si dimostra essere meritevole di revisione.

5.6. *Una notazione conclusiva, a riguardo del carattere “intercostituzionale” della Costituzione (e delle altre Carte dei diritti) e del bisogno di un rinnovamento metodico, ancora prima che teorico, tanto degli studi quanto delle pratiche riguardanti i diritti, che dia testimonianza dell’abbandono di un nazionalismo o patriottismo esasperato, inidoneo a dare un apprezzabile appagamento ai diritti stessi, nei limiti in cui risulti possibile nel presente contesto internazionale e sovranazionale*

La Costituzione versa oggi in uno stato di palese sofferenza e rischia di dover sempre di più ripiegare ed avvolgersi in se stessa, d’inaridirsi, spegnersi. V’è solo un modo – a me pare – per evitare che questo avvenga ed, anzi, per rilanciare e rigenerare la Costituzione, sia come ideal-tipo (in prospettiva teorico-astratta) che come atto effettivamente fondativo dell’ordinamento (in prospettiva dogmatica e con riferimento ad un ordinamento dato). Ed è di cogliere e portare ai suoi conseguenti, lineari sviluppi l’idea – come la si è altrove chiamata<sup>64</sup> – di una Costituzione “intercostituzionale”, che accoglie e rende parte integrante della propria struttura tutti i materiali provenienti *ab extra* idonei a portare a quella massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti che – come si è dietro veduto – costituisce l’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, la base cioè su cui si costruisce ed incessantemente rigenera quel “sistema di sistemi” che dà la più genuina e fedele rappresentazione del presente contesto caratterizzato da una integrazione interordinamentale viepiù avanzata.

Al legislatore prima, ai giudici poi, è demandato il compito, sommamente gravoso e delicato, di “filtrare” le indicazioni e suggestioni provenienti *ab extra*, rielaborarle, adattare al peculiare contesto nazionale ed alle sue complessive esigenze. Un processo, questo, segnato da una pluralità di “bilanciamenti” di ordine assiologico posti in essere e rinnovati a tutti i livelli: a quello internazionale e sovranazionale come pure a quello interno, laddove praticamente tutti gli operatori, centrali e periferici, appartenenti a questo o quell’apparato istituzionale (e, segnatamente, come si è veduto, legislatore e giudici, costituzionali e non) risultano coinvolti e partecipi dell’opera estremamente faticosa ma anche non poco gratificante volta ad offrire un servizio ai diritti.

Dal canto loro, le Carte di origine esterna, quali documenti materialmente costituzionali, sono esse pure sollecitate ad una continua e profonda ristrutturazione interna, a farsi cioè “*Costituzioni intercostituzionali*”, attingendo quanto di più e di meglio viene dagli ambienti nazionali e si presenta idoneo a quell’innalzamento del livello della tutela che si è veduto essere l’obiettivo comune di tutte le Carte e delle rispettive Corti. A livello internazionale e sovranazionale, anzi, la composizione “plurinazionale” delle Corti stesse agevola questa ricerca al servizio della quale il metodo della comparazione si pone quale strumento privilegiato in vista del raggiungimento dello scopo.

Tutto ciò, nondimeno, richiede il deciso abbandono di antiche, consistenti e radicate incrostazioni mentali, riportabili ad un nazionalismo o patriottismo esasperato, altrove definito “ingenuo ed infelice”, che nondimeno è assai duro a morire, riaffiorando assai di frequente, tanto in ambienti nazionali quanto in quelli sovranazionali, del quale, ancora non molto tempo addietro, si sono avute particolarmente espressive e negative testimonianze<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Ho cominciato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss., cui ho dato seguito in altri contributi, tra i quali *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013, 8 novembre 2013. In argomento, v., tra gli altri, A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2014, 11 luglio 2014, spec. al § 4, e, dello stesso, ora, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., spec. al cap. II; L. D’ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, cit., e, in prospettiva comparata, M. CARDUCCI - V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais. Uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Forense, Rio de Janeiro 2014, spec. il cap. I.

<sup>65</sup> Basti solo pensare all’idea del primato del diritto dell’Unione con vigore ribadita dal parere reso dalla Corte di giustizia in merito alla bozza di adesione dell’Unione stessa alla CEDU, alle non poche decisioni della Corte EDU da cui trapela una inusitata “aggressività” – com’è stata definita da un’accorta dottrina (O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009,

Qui è il nodo al presente non sciolto che in non pochi casi non consente un congruo ed apprezzabile appagamento dei diritti in gioco. Perché quando l'orgoglio nazionalista acceca e porta all'adozione di decisioni emotive o, comunque, non sufficientemente ponderate, la tentazione è forte a quella chiusura in modo autoreferenziale in se stessi che non consente di percepire che fuori delle mura domestiche la garanzia data ai diritti può risultare alle volte maggiormente congrua, in ragione delle peculiarità complessive del caso.

Il riequilibrio al piano dei rapporti istituzionali (e, segnatamente, come si è veduto, dei rapporti tra legislatore e giudici), dunque, non basta, laddove non accompagnato e sorretto da un ripensamento metodico profondo, da un cambio di mentalità insomma.

Non basta, cioè, la ristrutturazione del linguaggio di questo o quell'operatore, la conformazione di quello dell'uno alle esigenze di quello dell'altro e di tutti assieme alle esigenze dei diritti. Occorre anche (e soprattutto) che si dicano cose nuove al servizio di valori antichi e, tuttavia, col tempo riaggiornati, in ispecie di quei valori transepolari di libertà ed eguaglianza che sono la cifra più genuinamente ed immediatamente identificante del costituzionalismo, di quello di ieri come pure di quello di oggi e – si spera – anche di domani. Valori che, nondimeno, si alimentano, in una significativa misura, da solidarietà e giustizia sociale, senza le quali resterebbero privi di pratico senso, così come però anche queste senza quelli sarebbero condannate ad sterilirsi ed a spegnersi, incapaci dunque di farsi fino in fondo (e come si deve) valere.

A questo scopo può, e deve, tendere un rinnovato e ben fatto linguaggio di giudici e legislatore.

---

1 ss., e spec. *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss., e, *amplius*, in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010, nonché in AA.VV., *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.) – verso le Corti nazionali, alle parimenti numerose pronunzie del nostro giudice costituzionale espressive di una strategia “difensiva” nei riguardi di siffatti attacchi, le cui manifestazioni peraltro figurano alle volte accompagnate da “affondi” di inusitata *vis incisiva* (tra le quali pronunzie, rammento qui, per tutte, la già cit. [sent. n. 49 del 2015](#), con cui il vincolo interpretativo discendente dalle decisioni della Corte EDU è stato – come si sa – fortemente relativizzato e circoscritto: vuoi sgravando i giudici nazionali dell'obbligo di conformarvisi, laddove le decisioni stesse non risultino espressive di indirizzi “consolidati”, e vuoi ancora sollecitandoli ad adire la Corte in presenza di siffatti indirizzi nel caso che siano portatori di norme europee incompatibili col dettato costituzionale); e parimenti “difensivo” è l'orientamento non di rado manifestato dai giudici comuni, di cui ha, ancora di recente, dato testimonianza Corte Cass., III sez. pen., 22 ottobre 2015, n. 42458, non dando “seguito” alla pronunzia della Corte europea nel caso *Varvara*, siccome inespressiva di un indirizzo “consolidato”.



## Luca Buscema Giudice naturale e sistema di giustizia ritenuta

SOMMARIO: 1. *Naturalità e precostituzione del giudice in base alla legge: breve esplicazione (e negazione) di un'endiadi.* – 2. *Alla ricerca del giudice naturale, all'interno del sistema di giustizia amministrativa, tra rimedio giustiziale e tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi.* – 3. *La perimetrazione dei limiti di legittimità (costituzionale ed europea) degli strumenti di tutela processuale esperibili in seno al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.*

1. *Naturalità e precostituzione del giudice in base alla legge: breve esplicazione (e negazione) di un'endiadi.*

All'interno di un ordinamento ispirato agli ideali propri del costituzionalismo moderno, il principio del giudice naturale - "tratto caratteristico della giustizia nello Stato di diritto"<sup>1</sup> - costituisce un pilastro portante di un sistema di governo democratico<sup>2</sup> basato sulla contemporanea salvaguardia di interessi relativi al singolo cittadino<sup>3</sup> e valori concernenti l'organizzazione giudiziaria intesa nel suo complesso<sup>4</sup>.

Assistito dalla garanzia della riserva assoluta di legge<sup>5</sup>, che non concede alcuna apertura per soluzioni improntate a criteri di opportunità<sup>6</sup>, esso rappresenta un (implicito) "presidio di un interesse della collettività ad un certo assetto istituzionale della magistratura, anche se direttamente dettato in chiave di tutela della parti"<sup>7</sup>, collocandosi "sulla linea logica di confine fra il terreno delle garanzie processuali e quello dell'organizzazione giudiziaria"<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Così A. ESER, *Il "giudice naturale" e la sua individuazione per il caso concreto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 2, 385.

<sup>2</sup> Per una compiuta disamina, in un'ottica comparata, del rilievo assunto dal principio di precostituzione per legge del giudice naturale quale chiave di lettura del rapporto intercorrente tra i termini autorità/libertà, costitutivi, nell'ambito delle loro diverse articolazioni, l'assetto politico-costituzionale di ogni ordinamento giuridico, v. A. ESER, *Il "giudice naturale"*, cit., 388 ss.

<sup>3</sup> Sottolinea il "peso sociale" dell'art. 25, comma 1. cost., M. NOBILI, *Art. 25*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione italiana*, Roma-Bologna, 1981, 154 ss.

<sup>4</sup> Sottolinea il percorso ermeneutico condotto, nel tempo, circa l'esegesi dell'art. 25 cost., rivolto nella direzione di valorizzare il principio di precostituzione del giudice naturale ora nel senso della tutela delle parti processuali, ora in vista dell'affermazione delle "guarentigie" della magistratura, M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 152 ss, il quale, però, evidenzia i possibili risvolti negativi di siffatta impostazione, precisando che (164) "nel momento in cui - per la sua pregnanza di contenuti - la garanzia della precostituzione viene spinta ed utilizzata come presidio sussidiario delle cosiddette guarentigie del potere giudiziario, tutte le tensioni sociali che coinvolgono quest'ultimo si ripercuotono anche sull'applicazione della disposizione in esame. E per converso, in una sorta di scambio tra causa ed effetti: una rimarchevole evoluzione della magistratura spinge - come s'accennava - a scavare il terreno dei principi costituzionali e, appunto, a scoprire anche nel canone del giudice naturale precostituito per legge, una forma di tutela non esclusivamente dettata per le parti processuali". Per un approccio teso a ravvisare nei caratteri della naturalità e della precostituzione per legge, in uno con la guarentigia dell'inamovibilità, un sintomo della rigidità dell'organizzazione del sistema giudiziario, v. G. SANTALUCIA, *Si del Tar al ricongiungimento familiare - A rischio il principio del giudice naturale*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 5, 54 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale: le S.I.M. tra fallimento e liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 6, 704 ss.

<sup>6</sup> In tal senso e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 137.

<sup>7</sup> Così M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 156. In riferimento al dibattito concernente l'elaborazione dell'art. 25, comma 1, cost. maturato in seno ai lavori dell'Assemblea Costituente, R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano 1981, 64 ss., evidenzia il "carattere ambivalente" del principio, idoneo a coinvolgere sia l'ordinamento giudiziario, sia i diritti fondamentali del cittadino, tale, quindi, da giustificare la scelta della sua collocazione nel capo dedicato ai "diritti e doveri dei cittadini".

<sup>8</sup> In tal senso e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 143 ss. Invero, in ossequio ad una certa impostazione, il precetto scolpito all'interno dell'art. 25 cost. indica, mediante la locuzione "giudice naturale precostituito", "non solo l'ufficio, ma anche la persona del suo titolare". Sul punto v. [Corte cost., sent. 26/1/1988, n. 93](#). In tale direzione, però, fermo restando che la competenza dei giudici deve essere



L'esegesi del disposto scolpito in seno all'art. 25, comma 1, Cost., idoneo ad esplicitare la propria efficacia nell'ambito di qualunque sede processuale (civile<sup>9</sup>, penale<sup>10</sup> ed amministrativa<sup>11</sup>), ha ingenerato, nel tempo, l'insorgenza di alcune perplessità d'ordine dogmatico rispetto alle quali è stato possibile rilevare la maturazione di diverse opzioni ricostruttive<sup>12</sup>.

Un primo indirizzo, teso a sviscerare la latitudine, assiologica ed applicativa, della previsione in commento, si è dimostrato frutto di una pedante ricerca in ordine al significato da attribuire a ciascun elemento costitutivo della proposizione linguistica in esame, dividendo «*il precetto nelle principali entità concettuali che lo compongono* («nessuno», «essere distolto», «giudice», «naturale», «pre», «costituito per legge»)<sup>13</sup>.

In un siffatto contesto, superata la confusione, in origine sorta, circa la sovrapposizione ideologica e valoriale tra la garanzia di precostituzione ed il divieto di istituzione di giudici straordinari<sup>14</sup>, l'attenzione è stata incentrata in merito al pericolo di giungere a soluzioni ermeneutiche non pienamente aderenti allo spirito della Costituzione e rivolte, essenzialmente, a privilegiare un'interpretazione utile al soddisfacimento di esigenze particolari<sup>15</sup> e, per certi versi, storicamente contingenti<sup>16</sup>.

---

determinata in via generale e che la costituzione degli organi giudicanti non possa avere luogo, a opera degli uffici a ciò preposti, in vista del singolo processo (cfr. [Corte cost., sentt. 3/7/1962, n. 88](#); [4/07/1963 n. 130](#); [28/6/1963, n. 122](#); [7/6/1963, n. 110](#); [27/4/1963, n. 50](#)), esso «non esclude invece - e non potrebbe esser diversamente senza che ne risultasse compromessa la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale (che di questa rappresentano essenziali attributi) - che ai vuoti (permanenti o temporanei) determinatisi negli organi giudiziari (a causa di decessi, promozioni, trasferimenti, ecc., o, rispettivamente, a causa di infermità, di congedi, o di altri impedimenti temporanei) si faccia fronte di volta in volta, man mano che se ne determini l'esigenza, a seconda dei casi in via permanente (mediante l'"assegnazione" di nuovi magistrati) o in via contingente e temporanea (mediante "supplenze", "sostituzioni", "applicazioni")». Così [Corte cost., sent. 5/12/1963, n. 156](#). Invero, secondo G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 170, la giurisprudenza costituzionale si dimostra orientata nel senso di ritenere applicabile il principio del giudice naturale solo agli organi giudiziari e non anche alle persone fisiche dei giudici. Circa il rapporto tra il principio di precostituzione del giudice naturale ed il sistema tabellare di assegnazione degli incarichi v., *ex multis*, D. GROSSI, *La garanzia del giudice naturale nel procedimento ex art. 814 c.p.c.: il «diritto tabellare» e la tutela processuale delle parti*, in *Riv. Arbitrato*, 2005, 3, 547 ss.; S. BELTRANI, *Quei "distinguo" sul giudice naturale: le tabelle non contano come le garanzie*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 37, 44 ss.; F. A. GENOVESE, *Ordinamento giudiziario e diritto tabellare*, in *Quest. giust.*, 2003, 243 ss.; C. CONTI, *Il Sistema Tabellare e la pre-costituzione del Giudice; una disciplina solo apparentemente innocua*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 10, 1287 ss.; G. SALMÈ, *Principio di precostituzione del giudice, disciplina tabellare e Corte di Cassazione*, in *Quest. giust.*, 1997, 4, 684 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 169 ss.

<sup>9</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. [4/7/1977, n. 127](#); [4/1/1977, n. 43](#); [28/6/1963, n. 119](#); [5/2/1963, n. 2](#). Per una disamina dell'applicabilità del principio costituzionale di precostituzione del giudice naturale in riferimento alle clausole compromissorie ed alla devoluzione del contenzioso alla cognizione di arbitri, v. L. GROPPOLI, *Brevi osservazioni in ordine al principio della irretroattività della legge e alla garanzia del giudice naturale precostituito per legge*, in *Giust. civ.*, 2004, 12, 2909 ss.

<sup>10</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cassaz., sez. VI, 16/4/2015, n. 21328; Cassaz., sez. VI, 18/3/2015, n. 16924; Cassaz., sez. II, 27/1/2015, n. 5391; Cassaz., sez. II, 19/12/2014, n. 2565; Cassaz., sez. IV, 17/12/2014, n. 3805; Cassaz., sez. VI, 24/1/2014, n. 6765.

<sup>11</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 15/7/1976, n. 214](#).

<sup>12</sup> Sul punto v. G. GALLUCCIO MEZIO, *Successione di leggi penali nel tempo e individuazione del giudice competente per connessione*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1, 315 ss.; R. CASIRAGHI, *Competenza per connessione e giudice naturale*, in *Cass. Pen.*, 2013, 12, 4494 ss.

<sup>13</sup> Così M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 138.

<sup>14</sup> Cfr., *ex multis*, M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 704; M. ALFIERI, *Giudice naturale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 445 ss.

<sup>15</sup> Nell'ottica dell'obiettivo di valorizzare l'efficienza del sistema giudiziario in rapporto ai risultati correlati alla professionalità dei singoli giudici, in passato, è emersa l'opportunità di abbandonare l'impiego di «criteri automatici» di designazione, come, ad esempio la precostituzione per legge, in vista della finalità di privilegiare la scelta *ad hoc* (dei componenti) dell'organo giudiziario. In questa direzione, è stato osservato, «*ostinarsi a pretendere criteri automatici, equivale a dimenticare come strutture organizzative equilibrate debbano basarsi su una pluralità di obiettivi da perseguire; privilegiare uno soltanto fra questi (nel caso: la garanzia della precostituzione), significa indirizzarsi con ostinazione verso un modello sbilanciato e deforme, provocando danni irreparabili sul piano dell'efficienza e*

In questa direzione, si è assistito, ad esempio, al tentativo di perorare un'esegesi disgiuntiva della disposizione analizzata, riferita ai concetti di naturalità e di precostituzione<sup>17</sup>.

In tal senso, è maturato il convincimento secondo il quale sarebbe possibile rinvenire due distinte qualità in riferimento all'organo preposto all'esercizio dello *ius dicere*<sup>18</sup>; in quest'ottica, è stato osservato, lungi la formulazione dettata dall'art. 25 cost. dal postulare un'endiadi tra i due termini in discussione<sup>19</sup>, “*soltanto se tutti i giudici naturali fossero precostituiti per legge e se tutti i giudici naturali precostituiti fossero naturali, le due formule risulterebbero equipollenti*”<sup>20</sup>, nulla aggiungendo la prima locuzione, priva di un significato proprio e distinto, rispetto al concetto di “*giudice precostituito per legge*”<sup>21</sup>.

Di diverso avviso si è mostrata la Corte costituzionale che ha costantemente ribadito che la nozione di naturalità coincide totalmente con quella di precostituzione<sup>22</sup>.

Invero, in riferimento ad entrambi i suoi significati - sia in quanto implicante la necessità a che la competenza giudiziaria, individuabile in base a criteri generali direttamente posti dalla legge<sup>23</sup>, non venga derogata da atti insindacabili dei pubblici poteri, sia in quanto espressione di un principio sostanziale al quale la stessa legge deve uniformarsi nel regolare la materia - il precetto enunciato

dell'«idoneità del servizio da rendere». In tal senso e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 145 ss.

<sup>16</sup> In tal senso, è stato osservato, non assumono rilievo “*tutte quelle numerose interpretazioni dottrinarie che, ad esempio, parificano la naturalità ad altre garanzie già contemplate dalla Costituzione, quali l'imparzialità, l'indipendenza, il diritto di difesa, il principio d'eguaglianza; ovvero identificano il giudice naturale in quello «idoneo», avuto riguardo sia alla sua specializzazione sia alla sua attitudine a svolgere i suoi compiti istituzionali; oppure rapportano la precostituzione all'ufficio giudiziario e la naturalità al giudice-persona fisica, da individuare meccanicamente in maniera estranea a qualunque determinazione umana; o, infine, attribuiscono alla naturalità la funzione di garantire l'effettiva realizzazione del giusto processo*”. Così e per un approfondimento v. R. CASIRAGHI, *Competenza per connessione*, cit., 494 s.

<sup>17</sup> “*Tali concetti, che nella formula approvata dal costituente compaiono semplicemente giustapposti, vengono scissi, cosicché il primo (inteso appunto come un valore differente dal secondo) ben può prestarsi - in ragione della sua genericità - a divenire la copertura costituzionale del tentativo volto a far prevalere metodi di individuazione del giudice improntati a criteri di opportunità contingente*”. Così M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 138.

<sup>18</sup> Pacificamente, è possibile rilevare come giudice sia considerato “*sia colui che ius dicit nel senso che pone direttamente in essere la norma di regolazione del caso concreto oggetto di giudizio, sia colui che soltanto iudicat, cioè perviene alla definizione del giudizio applicando una norma preesistente*”. Così E. SPAGNA MUSSO, *Giudice. Nozione e profili costituzionali*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 931. Invero, secondo S. SENESE, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII Torino, 1991, 229, nel sistema costituzionale “*«giudice» è una nozione normativa in un duplice senso: a) in quanto ogni situazione giuridica soggettiva di vantaggio deve avere un giudice presso cui possa essere fatta valere...b) in quanto, tutte le volte che un organo sia qualificabile come giudice, a tale qualifica conseguono precise conseguenze giuridiche*”.

<sup>19</sup> «*Eppure, che la formula dell'art. 25, comma 1° cost. non costituisca un'endiadi sembra dirlo anche la logica. «Naturale» e «precostituito» stanno, infatti, tra loro in un rapporto tale per cui: il primo implica il secondo, il secondo non implica il primo (e dunque non sono equivalenti); ogni giudice naturale è anche precostituito dalla legge ma l'essere precostituito non significa che sia naturale*». Così e per un approfondimento v. M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 705 ss. Sul punto v. anche G. GALLUCCIO MEZIO, *Successione di leggi penali*, cit., 315 ss.; R. CASIRAGHI, *Competenza per connessione*, cit., 494 s.

<sup>20</sup> Così M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 193.

<sup>21</sup> In tal senso v. [Corte cost., sentt. 3/7/1962, n. 88; 1/4/1958, n. 29](#). Per un commento v. A. GAITO, F. GIUNCHEDI, *La decadenza per via giurisprudenziale dal diritto costituzionale al giudice naturale*, in *Giur. cost.*, 2002, 5, 3373 ss.; M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 704 ss.; M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 161 ss.

<sup>22</sup> In tal senso, già nell'ambito dell'interpretazione della Carta Costituzionale resa da parte della Consulta sin dai primi anni della sua istituzione, è stato osservato che «*la locuzione «giudice naturale» è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di «giudice precostituito per legge», il quale è, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie*». Così [Corte cost., sentt. 1/4/1958, n. 29](#). Sul punto v. anche, *ex plurimis*, [Corte cost., ord. 28/1/2014, n. 15](#); e sentt. [24/7/2013, n. 237](#). In dottrina v., *ex multis*, M. NOBILI, *Art. 25*, cit., in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 197.

<sup>23</sup> Cfr., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 13/6/2014, n. 174; 6/6/2014, n. 159; 10/5/2012, n. 117; 27/1/2011, n. 30](#).

nel primo comma dell'art. 25 cost. tutela un'esigenza fondamentalmente unitaria<sup>24</sup>: *“quella, cioè, che la competenza degli organi giudiziari, al fine di una rigorosa garanzia della loro imparzialità<sup>25</sup>, venga sottratta ad ogni possibilità di arbitrio”<sup>26</sup>.*

In questa direzione, è stato evidenziato, la illegittima sottrazione della regudicanda al giudice naturale precostituito<sup>27</sup> si verifica, perciò, tutte le volte in cui, in relazione ad una determinata controversia, il giudice venga designato a posteriori direttamente dal legislatore<sup>28</sup>, in via di eccezione singolare alle regole generali<sup>29</sup>, ovvero attraverso atti emanati da altri organi ai quali la legge attribuisca tale potere al di là dei limiti che la riserva impone<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> Circa l'esigenza di contemperare il principio di precostituzione per legge del giudice naturale rispetto ad ulteriori valori, parimenti rilevanti, nell'ottica della ricerca di una soluzione che consenta di bilanciare i diversi interessi compresenti ed occasionalmente contrapposti, in passato, è stato affermato che *“la nozione di giudice naturale non si cristallizza nella determinazione legislativa di una competenza generale ma si forma anche di quelle disposizioni le quali derogano a tale competenza sulla base di criteri che ragionevolmente valutino i disparati interessi in gioco nel processo, annoverandosi tra essi le norme che prevedono, a priori e tassativamente, spostamenti di competenza in favore di un giudice diverso, ma pur sempre precostituito anche per ragioni di connessione delle cause”*. Così [Corte cost., ord. 15/11/1989, n. 508](#). In tal senso, ad esempio, in vista della promozione del principio di buon andamento del “servizio giustizia”, assume un valore paradigmatico coordinare il principio del giudice naturale precostituito per legge - norma di garanzia individuale e criterio organizzativo - con altre disposizioni costituzionali e, segnatamente, con l'art. 97 Cost., dal cui combinato disposto è possibile ritrarre con sufficiente precisione *“i principi organizzativi che debbono presiedere alla materia in esame”*. Così e per un approfondimento v. M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 148 ss. Invero, sotto altra ottica, è possibile trarre uno spunto utile al fine di postulare una rivalutazione complessiva della garanzia del giudice naturale mediante la valorizzazione del principio di eguaglianza, *“non più coincidente (solo) con una pretesa o un diritto che l'individuo può avanzare nei confronti dello stato sovrano, ma piuttosto identificantesi con una protezione delle posizioni del cittadino che lo stato è tenuto obiettivamente a prestare, in attuazione dei principi e delle regole costituzionali. La tutela costituzionale del diritto al giudice naturale precostituito supera, in questa prospettiva, il modello del diritto pubblico subiettivo per affidarsi all'articolazione obiettiva delle procedure, a cui debbono prendere parte il legislatore e il giudice (e l'autorità amministrativa, quando, come nel caso di specie, è chiamata ad intervenire), contribuendo, ognuno per la sua parte, all'attuazione della garanzia”*. Così e per un approfondimento v. M. A. CABIDDU, *Deroghe, senza eccesso (di delega), al principio del giudice naturale*, cit., 707 ss.

<sup>25</sup> *“Il principio del giudice naturale, invero, dettato anche per finalità di garanzia di imparzialità del giudizio, esclude che norme ordinarie deferiscano al giudice, pure avente cognizione di grado superiore, la potestà di distogliere discrezionalmente l'imputato dal giudice precostituito secondo le norme sulla competenza. Ma non vieta che, per giudicare sull'imputazione, sia designato altro organo giurisdizionale, dopoché la competenza di quello originariamente indicato sia venuta meno, in applicazione di norme di legge ed in contemplazione di obiettive esigenze processuali”*. Così [Corte cost., sent. 25/3/1970, n. 51](#). La garanzia del giudice naturale non si limita, cioè, all'assicurazione formale che il giudice competente per il caso singolo risulti da una legge astratta e generale; anzi, questo principio comprende anche le caratteristiche materiali dell'attività giudiziale connesse alla figura del giudice come disegnata dalla Costituzione e, in particolare, la sua indipendenza e imparzialità. In tal senso v. A. ESER, *Il “giudice naturale”*, cit., 385. Sul punto, per una disamina del rapporto tra precostituzione ed imparzialità del giudice, v. anche M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 173 ss.

<sup>26</sup> Invero, è stato osservato, il principio in commento non è violato quando il giudice venga designato in modo non arbitrario né a posteriori, oppure direttamente dal legislatore in conformità a regole generali. In tal senso v., *ex multis*, [Corte cost., ordd. 2/7/2012, n. 174](#); [15/3/2002, n. 63](#).

<sup>27</sup> *“Il participio passato «pre-costituito» risulta in sé inequivocabile e, a ben vedere, si risolve esso stesso in un duplice comando: l'individuazione del giudice deve avvenire in via generale ed astratta ossia «per legge». L'avverbio «pre» postula un ulteriore requisito di tale legge: essa deve risultare anteriore a ciascuna regudicanda. Il divieto di sottrazione vale, in altri termini, anche per il legislatore ordinario. Viene perciò sancito che la regudicanda stessa resti insensibile a qualsiasi modificazione nel frattempo intervenuta nella norme sulla determinazione del giudice”*. Così M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 189.

<sup>28</sup> Suggestisce una lettura unitaria dei primi due commi dell'art. 25 cost. onde valorizzare *“un'identica regola di diritto intertemporale, consistente nel vietare l'applicabilità di una diversa regolamentazione della competenza in relazione all'accertamento di fatti posti in essere durante la vigenza delle disciplina precedente”*, G. GALLUCCIO MEZIO, *Successione di leggi penali*, cit., 316 ss.

<sup>29</sup> Invero, il principio in esame esige, anzitutto, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, che il giudice sia istituito in base a criteri generali fissati in anticipo (cfr. [Corte cost., sentt. 22/1/1965, n. 1](#); [1/4/1958, n. 29](#)) e non in vista di determinate controversie; con riferimento, cioè, a fattispecie astratte e non già a posteriori, in relazione ad una regudicanda già insorta (cfr. [Corte cost., sentt. 2/7/1970, n. 142](#); [5/12/1963, n. 156](#); [4/7/1963 n. 130](#); [27/4/1963, n. 50](#); [3/7/1962, n. 88](#)). Esso esclude che sia lo stesso giudice a creare discrezionalmente ipotesi di spostamento della

Il principio costituzionale in esame viene rispettato, invece, quando la legge, sia pure con effetto anche sui processi in corso, modifica, in generale, i presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente<sup>31</sup>; in tali occasioni, infatti, lo spostamento della competenza dall'uno all'altro ufficio giudiziario non avviene in conseguenza di una deroga alla disciplina generale, che sia adottata in vista di specifiche controversie, ma per effetto di un nuovo assetto ordinamentale - e, dunque, della designazione di un diverso giudice naturale - che il legislatore, nell'esercizio del suo insindacabile potere di apprezzamento, sostituisce a quello vigente<sup>32</sup>.

La nozione di giudice naturale non si cristallizza, quindi, secondo l'opzione ricostruttiva perorata dalla Consulta<sup>33</sup>, nella determinazione legislativa di una competenza generale<sup>34</sup>, ma *“si forma anche di tutte quelle disposizioni le quali derogano a tale competenza<sup>35</sup> sulla base di criteri che razionalmente valutano i disparati interessi posti in giuoco dal processo”*<sup>36</sup>.

---

competenza (cfr. [Corte cost., sent. 28/6/1963, n. 122](#)) e che l'accertamento dei relativi presupposti legali dipenda da valutazioni non suscettibili di sindacato ad iniziativa ed a tutela delle parti. Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., sent. 27/11/1969, n. 146](#); [4/7/1963 n. 130](#).

<sup>30</sup> Il principio del giudice naturale deve ritenersi osservato quando *“l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie”* (cfr. [Corte cost., sent. 27/1/2011, n. 30](#)) e la competenza venga determinata attraverso atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere, nel rispetto della riserva di legge esistente in tale materia. Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., sent. 10/5/2012, n. 117](#); e ord. [11/7/2002, n. 417](#); [12/4/2002, n. 112](#). In tal senso, il principio della precostituzione per legge del giudice naturale è lesa soltanto quando il giudice è designato in modo arbitrario e a posteriori, oppure direttamente dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali, ovvero attraverso atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere in violazione della riserva assoluta di legge stabilita dall'art. 25, primo comma, della Costituzione, ma non anche qualora l'identificazione del giudice competente sia operata dalla legge sulla scorta di criteri dettati preventivamente, oppure con riferimento ad elementi oggettivi capaci di costituire un *discrimen* della competenza o della giurisdizione dei diversi organi giudicanti. Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., ord. 16/6/1995, n. 257](#); sent. [5/5/1993, n. 217](#); e ord. [2/4/1992, n. 161](#); [20/5/1998, n. 176](#). In dottrina v. V. DOMENICHELLI, *Giustizia amministrativa (principi costituzionali)*, in S. PATTI (CUR.), *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, VII, Milano, 2007, 118.

<sup>31</sup> Invero, *“se il principio del giudice naturale dovesse giocare esclusivamente a livello di competenza, e cioè nella distribuzione dei processi solo tra organi e non anche tra magistrati dello stesso organo - il legislatore ordinario potrebbe agevolmente eluderlo, sul piano organizzatorio, sia mediante riforme di circoscrizioni giudiziarie sia mediante riforme processuali”*. Così [Corte cost., sent. 18/7/1973, n. 143](#).

<sup>32</sup> Cfr., *ex multis*, [Corte cost., sent. 27/4/1967, n. 156](#); [3/7/1962, n. 88](#).

<sup>33</sup> Critico in merito all'esegesi condotta dalla Corte costituzionale in riferimento alla latitudine assiologica ed applicativa dell'art. 25, comma 1, cost., si dimostra M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 159 ss.

<sup>34</sup> Per una accezione “lata” del concetto di giudice naturale, da intendersi alla stregua di plesso giudiziario dotato delle potestà e delle prerogative necessarie a rendere piena giustizia in ordine a determinate materie, ovvero circa specifiche problematiche, v., *ex multis*, M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 143 ss.; M. MONTINI, *Il giudice del lavoro, quale giudice naturale, delle posizioni soggettive della dirigenza pubblica «privatizzata» alle prese con gli effetti della sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2004, 6, 1081 ss. Con specifico riferimento all'effettività della tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, nell'ottica dell'esigenza di perseguire auspicate finalità di concentrazione ed esaustività dei mezzi di garanzia (processuale) di posizioni giuridiche soggettive (anche fondamentali), spicca, in questa direzione, l'effetto conformativo della statuizione giudiziaria di annullamento del provvedimento e la valorizzazione del ruolo rivestito dal giudice dell'ottemperanza descritto alla stregua di *“giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto”*. Così Cons. St., ad. plen., 15/1/2013, n. 2. Per un commento v. A. F. DELITALA, *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»*, in *Foro Amm. C.d.S. (II)* 2013, 7-8, 1846 ss.

<sup>35</sup> Focalizza i propri sforzi nella direzione della ricerca di un'interpretazione “utile” della proposizione linguistica scolpita all'interno dell'art. 25, comma 1, cost., dalla quale possa ricavarsi l'effettiva promozione delle garanzie di imparzialità e buon andamento dell'esercizio dello *ius dicere*, M. NOBILI, *Art. 25, cit.*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario*, cit., 196 s.

<sup>36</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 16/6/1971, n. 139](#).



2. *Alla ricerca del giudice naturale, all'interno del sistema di giustizia amministrativa, tra rimedio giustiziale e tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi.*

Il principio di precostituzione del giudice naturale, come si è avuto modo di evidenziare, deve ritenersi osservato quando “l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie”<sup>37</sup> e postula che l'accertamento dei presupposti legali dipenda da valutazioni non suscettibili di sindacato ad iniziativa ed a tutela delle parti<sup>38</sup>.

Detto orientamento si misura, però, in concreto, con la disciplina processuale positivamente dettata dall'ordinamento che, in alcune ipotesi, pur formalmente rispettando le prescrizioni costituzionali sancite in seno all'art. 25 Cost., può, in realtà, potenzialmente tradirne lo spirito a tutto detrimento della garanzia non solo dei diritti soggettivi (spesso anche di rilievo fondamentale), ma pure con riferimento a posizioni di vantaggio aventi la natura e consistenza di interessi legittimi.

In questa direzione, superata la concezione degli interessi legittimi come “diritti affievoliti”, che sussistono solo in presenza di poteri concessori o ablatori dell'Amministrazione e non in rapporto a diritti soggettivi, direttamente attribuiti dalla legge e non “degradabili” (poiché ascrivibili alla categoria dei diritti fondamentali), o, comunque, per il carattere vincolato *ex lege* degli atti dell'Amministrazione<sup>39</sup>, deve essere considerato il grado di protezione che il sistema di giustizia amministrativa è capace di assicurare, in via non meramente formale, ma pienamente soddisfattiva in rapporto al bene della vita perseguito<sup>40</sup>, attraverso la radicale rimozione del provvedimento illegittimo<sup>41</sup> e non con mera, momentanea disapplicazione del medesimo<sup>42</sup>.

In tal senso, sotto il profilo sostanziale, la spendita di poteri di stampo pubblicistico implica, ordinariamente, la ricerca di un bilanciamento il più possibile rispettoso dei diversi interessi compresenti la cui illegittima pretermissione ben può essere efficacemente censurata innanzi al giudice amministrativo<sup>43</sup>, ormai munito, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, di strumenti processuali sufficienti ed idonei a soddisfare appieno le istanze di tutela introitate mediante la proposizione di ricorso giurisdizionale<sup>44</sup>.

In un siffatto contesto, risulta oggi pacifico ritenere che i principi del giusto processo<sup>45</sup> - clausola di giustizia procedurale, espressione della cultura giuridica della legalità dell'odierno Stato di

<sup>37</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 27/1/2011, n. 30](#)

<sup>38</sup> Sul punto v., *ex plurimis*, [Corte cost., sentt. 27/11/1969, n. 146; 4/7/1963, n. 130](#).

<sup>39</sup> Cfr., al riguardo, fra le tante, non sempre con univocità di indirizzo: Cassaz., sez. un., 28/5/2015, n. 11131; Cassaz., sez. un., 2/7/2015, n. 13568; Cassaz., sez. un., 21/1/2014, n. 1132; Cassaz., sez. un., 11 luglio 2014, n. 15941; Cassaz., sez. un., 20/7/2011, n. 15867; Cassaz., sez. un., 19/5/2008, n. 12641; Cassaz., sez. un., 20/5/2005, n. 10603; Cassaz., sez. un., 25/1/2013, n. 1776; Cassaz., sez. un., 16/12/2010, n. 25398.

<sup>40</sup> Secondo L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in [www.giustamm.it](#), la tutela giurisdizionale è effettiva (e piena) quando: a) il processo amministrativo consente di conseguire tutte le utilità sostanziali collegate con le situazioni giuridiche soggettive azionate; b) il *decisum* giurisdizionale è pienamente eseguito; c) vi è una protezione interinale delle situazioni giuridiche soggettive azionate.

<sup>41</sup> Circa la necessità di corredare le norme sostanziali attributive di posizioni di vantaggio in favore del cittadino da un corposo sistema di tutele processuali v. F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 2 ss.

<sup>42</sup> Sul ruolo affidato al giudice amministrativo nell'attuale periodo storico v., *ex multis*, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, n. 3/2015, 106 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 737 ss. P. DE LISE, *Introduzione*, in G. PELLEGRINO (cur.), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, 2008, VII ss.

<sup>43</sup> Per una disamina delle correlazioni intercorrenti tra processo e procedimento, nell'ottica dell'inquadramento della giustizia come fattore conformativo della procedura, v., *ex multis*, M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 596 ss.

<sup>44</sup> Per un approfondimento in tema di pienezza ed effettività delle tecniche processuali di tutela di diritti ed interessi innanzi al giudice amministrativo v. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss.

<sup>45</sup> In merito v., *ex multis*, G. VIDIRI, *Nuovo rito sui licenziamenti: «giusto processo» ed «imparzialità» del giudice del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 1, 17 ss.; V. GIOMI, *Giusto processo, effettività della giurisdizione e concentrazione dei giudizi: la Corte di Cassazione riforma in via interpretativa la specialità della giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 4, 1153 ss.; F. DANOVÌ, *Principi e garanzie*



diritto<sup>46</sup> - contribuiscano a conformare anche il processo amministrativo<sup>47</sup>, incardinato innanzi ad un giudice precostituito per legge<sup>48</sup>.

Alcune perplessità sono sorte, però, di recente, in riferimento al “discusso” rimedio giustiziale (alternativo alla “canonica” impugnativa giurisdizionale)<sup>49</sup>, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica<sup>50</sup> - secondo alcuni “*reliitto storico*”<sup>51</sup>, “*patrimonio deteriore dell’ordinamento*

*costituzionali del giusto processo minorile*, in *Dir. Famiglia*, 2012, 3, 1217 ss.; F. TALLARO, *Nuovi strumenti a garanzia del giusto processo. La disciplina sulle spese di lite*, in *Giur. Merito*, 2010, 7-8, 1989 ss.; A. MORELLI, *Interpretazione autentica e «giusto processo». Torna al vaglio della Corte costituzionale la disposizione interpretativa della disciplina sul trasferimento del «personale ATA» dagli enti locali allo Stato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1, 113 ss.; N. VICECONTE, *Il giusto processo «preso sul serio»: giudizio contabile e fase pre-processuale*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2711 ss.; P. SANTORO, *La Corte costituzionale ed il giusto processo contabile*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 799 ss.; F. GIUNCHEDI, *Verso la celebrazione di un processo «giusto»*, in *Giur. Merito*, 2004, 3, 556 ss.; M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, V, Milano, 2001, 595 ss. Per una disamina della tesi che vorrebbe qualificare l’art. 111 cost. alla stregua di norma programmatica, mero criterio di indirizzo, ovvero semplice direttiva per il legislatore, v. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 4, 1353 ss.

<sup>46</sup> In tal senso e per un approfondimento v. P. RAUCCI, *Possibili rimedi per la salvaguardia del giusto processo della Corte penale internazionale nell’ottica della disclosure degli elementi di prova*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014, 4, 1856 ss.

<sup>47</sup> Sul punto v., *ex multis*, M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss.; G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell’atto impugnato*, in *Dir. proc. Amm.*, 2005, 3, 696 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; F.G. COCA, *I principi del giusto processo*, in F.G. COCA (cur.), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 151 ss.; E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1061 ss.; G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l’art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 367 ss.

<sup>48</sup> Invero, nel giudizio amministrativo, la devoluzione della cognizione di una controversia innanzi all’adunanza plenaria comporta, ai fini decisori, non solo la formulazione di un principio di diritto, contraddistinto da una valenza di natura orientativa al pari della funzione nomofilattica affidata dall’ordinamento alle sezioni unite della Suprema Corte, bensì implica anche la definizione nel merito del contenzioso originariamente incardinato presso una delle sezioni semplici. Ciò ha indotto una parte della dottrina a dubitare della compatibilità del meccanismo testé descritto, disciplinato ex art. 99 c.p.a, rispetto al principio di precostituzione del giudice naturale scolpito in seno all’art. 25 cost., evidenziando come in siffatte ipotesi, il giudice originariamente competente (la sezione semplice) a verificare la legittimità dell’*agere* della pubblica amministrazione verrebbe spogliato di tale prerogativa in favore di un diverso organo giudiziario, ancorché afferente al medesimo plesso giurisdizionale. In merito, è stato osservato che «*il principio di certezza del giudice è efficacemente espresso nel concetto di “pre-costituzione del giudice”, vale a dire nella previa determinazione della competenza con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già a posteriori, in relazione, come si dice a una reg Giudicanda già insorta. Ne consegue che detto principio costituzionale deve considerarsi osservato ogni qual volta l’organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non già in vista di singole controversie*». Così A. MALTONI, *Il “vincolo” al precedente dell’Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* (coordinato da Maria Alessandra Sandulli e Marco Lipari), in *Foro Amm. (II)*, 2015, 1, 137 s.

<sup>49</sup> In passato, circa la disamina della compatibilità con il dettato costituzionale dell’istituto dell’alternatività, è stato osservato che esso regola il concorso di due rimedi giuridici esperibili avverso un medesimo atto, permettendo all’interessato una selezione fra i medesimi, sulla base di una valutazione di convenienza che può condurre a scegliere liberamente di poter prescindere dalla tutela giurisdizionale. Trattasi di una alternativa che sollecita l’autonomia soggettiva, e, così essendo, non intacca il precetto costituzionale che garantisce tutela giurisdizionale, perché esso non obbliga l’interessato a rivolgere la sua autonomia unicamente nel senso dell’esperimento del rimedio giustiziale. Sul punto, v., *ex plurimis*, [Corte cost., sentt. 15/6/1966, n. 78](#); [4/6/1964, n. 47](#); [5/2/1963, n. 2](#).

<sup>50</sup> In dottrina v., *ex plurimis*, A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 54 ss.; S. TORRICELLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e risarcimento del danno: i pregi della staticità*, in *Foro Amm. CDS (II)*, 2008, 11, 3150 ss.; P. PATRITO, *Ricorso straordinario: è ammesso il risarcimento del danno?*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 10, 2061 ss.; F. SAITTA, *Alla ricerca di un parere (ovvero della difficile semplificazione del ricorso straordinario): noterelle su una discutibile interpretazione dell’art. 11 comma 2, d.P.R. n. 1199 del 1971*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 7-8, 2317 ss.; N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l’«ircocervo»*, in *Giur. cost.*, 2005, 3, 2149 ss.; N. DI MODUGNO, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 779 ss.; E. D’ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 10, 3224 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 691 ss.; C. E. GALLO, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 5, 1175

*monarchico*<sup>52</sup>, espressione di un obsoleto ed anacronistico “*sistema di giustizia ritenuta*”<sup>53</sup> - *sub specie* di compatibilità con il diritto europeo, ambito positivo all’interno del quale è possibile rinvenire (e misurarsi con) principi di civiltà giuridica invero in massima parte già radicati in seno alla Costituzione del 1948.

L’attenzione è stata in particolar modo incentrata sulla disamina dell’istituto della trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario rispetto al quale, a legislazione vigente, è possibile accertare la sussistenza di un vero e proprio “diritto potestativo processuale”<sup>54</sup>, rimesso in capo ad una delle parti resistenti, tale nel senso che il ricorrente non può opporvi alcunché, ove ne ricorrano i presupposti di legge (la legittimazione attiva ed il termine perentorio per proporlo, la cui verifica spetta, peraltro, al tribunale amministrativo *ad quem*), salvo esercitare la facoltà di riassumere il processo dinanzi all’organo di giustizia di primo grado<sup>55</sup>.

L’istituto risultava essere fondato, sino ad un recente passato, in riferimento alla sua eziogenesi, sul rilievo secondo cui, prima dell’entrata in vigore dell’art. 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69, lo strumento di tutela giustiziale in esame non era in tutto e per tutto assimilabile ad un procedimento giurisdizionale, dal momento che il Governo poteva disattendere il parere del Consiglio di Stato, promuovendo un atto di alta amministrazione<sup>56</sup>, mediante una delibera del Consiglio dei Ministri<sup>57</sup>.

Attualmente, riconosciuta natura giurisdizionale al procedimento contenzioso instaurato nella forma del ricorso straordinario al Capo dello Stato<sup>58</sup>, venuta meno l’originaria motivazione radicata

---

ss.; A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 421 ss.; G. MIGNEMI, *Ricorso straordinario al capo dello stato e autorità amministrative indipendenti*, in *Foro Amm.*, 1995, 10, 2460 ss.; G. PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; G. CHEVALLARD, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1040 ss.; N. PIGNATELLI, *Sulla «natura» del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69, l. 69/2009)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); G. MARTINI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la l. 69/2009*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>51</sup> Sul punto v. L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3, 1139 ss.

<sup>52</sup> In tal senso e per un approfondimento v. E. COLACCHI, *L’arena delle giurisdizioni nell’attuazione dei canoni del giusto processo amministrativo: il caso del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 11, 3749 ss.

<sup>53</sup> In tal senso e per un approfondimento v. L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 9, 2664 ss.

<sup>54</sup> In tema di diritto potestativo processuale v., *ex multis*, [Corte cost., ord. 24/11/2003, n. 349](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>55</sup> Sul punto, v., *ex multis*, F. BUSCICCHIO, *Soggetti legittimati a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. merito*, 2012, 4, 958 ss.

<sup>56</sup> Sulla nozione di alta amministrazione v., *ex multis*, F. CUOCOLO, *Alta amministrazione* (voce), in *Enc. giur.*, I., Roma, 1991, 1 ss. Sul punto v. anche G. CREPALDI, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 12, 3688 ss. Per una disamina dei profili storici dell’attività di alta amministrazione v. G. COGURRA, *L’attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 108 ss.

<sup>57</sup> Cfr. art. 14, primo comma, seconda parte, del D.P.R. n. 1199 del 1971, abrogato, per l’appunto, dall’art. 69, secondo comma, della legge 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>58</sup> A rafforzare la definitiva trasformazione in rimedio giurisdizionale del ricorso straordinario si può richiamare, in prima battuta, il primo comma dell’art. 69 l. n. 69/09, a tenore del quale il Consiglio di Stato è legittimato, in tale sede, a sollevare questioni di legittimità costituzionale, per tale via acquisendo la qualità, ai sensi e per gli effetti dell’art. 23, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, di autorità giurisdizionale abilitata a promuovere incidente di costituzionalità. Sul punto v., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 2/4/2014, n. 73; 6/11/2013, n. 265](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina v., *ex plurimis*, E. GRILLO, *La Consulta sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un revirement evasivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 893 ss.; F. G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1476 ss.; L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, in *Foro Amm. (II)*, 2014, 2, 716 ss.; A. AULETTA, *Il legislatore «muove un passo» (l’ultimo) verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 5, 1619 ss. Di diverso avviso sembra essersi mostrata una parte della giurisprudenza, atteso che la disciplina introdotta ex art. 69 l. n. 69/09 risulterebbe, *in parte qua*, collidere con l’art. 137 della Costituzione “*in quanto tale disposizione demanda alla legge costituzionale - e non quindi, alla legge ordinaria - l’individuazione delle condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale*”. Così T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 16/3/2010, n. 4104. Sul punto v. F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale del «nuovo» ricorso straordinario*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 9, 2829 ss.; A. GIUSTI, *Il*

sul “*favor iurisdictionis*”<sup>59</sup>, è maturata la perplessità circa la compatibilità del diritto di trasposizione con il principio del giudice naturale, capace, vieppiù, di determinare anche una modificazione del giusto processo; ciò, soltanto per effetto di una richiesta avanzata unilateralmente da uno solo dei resistenti e/o controinteressati, pure in assenza di una valida ed apprezzabile giustificazione, così comportando un significativo ed ingiustificato svantaggio a carico delle parti più deboli del processo<sup>60</sup>.

Quest'ultime, difatti, vedono la propria azione paralizzata unicamente a seguito dell'avvenuto esercizio della facoltà di trasposizione, la cui conformità all'ordinamento può essere esaminata soltanto dal giudice *ad quem* solo qualora il ricorrente riassuma il processo, in luogo del già radicato giudizio in unico grado<sup>61</sup>, innanzi al tribunale amministrativo territorialmente competente.

---

*ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di Tar Lazio - Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in Dir. proc. amm., 2010, 1008 ss. Invero, per riconoscere ad un organo natura giurisdizionale, “tra i vari caratteri che secondo Costituzione si riconnettono alla qualità di giudice, dovrebbe ritenersi indefettibile la legittimazione a sollevare questione incidentale di costituzionalità...in mancanza della quale non dovrebbe esser possibile riconoscere a nessun altro effetto la qualità di giudice”. Così S. SENESE, Giudice, cit., 230. In una prospettiva analoga, già in passato, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, era stato ritenuto che quando il Consiglio di Stato, in sede consultiva, emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, esercita una funzione giurisdizionale ed è quindi un organo di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 del TFUE, in origine ex art. 177 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea. Sul punto v. Corte giust., 16/10/1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96. Per un commento v. M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica «fuzzy» della Corte di Giustizia, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1998, 3-4, 699 ss. Ulteriori elementi posti a suffragio della definitiva giurisdizionalizzazione del rimedio giustiziale in commento sono la sua sottoposizione al contributo unificato, al pari dei ricorsi incardinati innanzi al tribunale amministrativo regionale (art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 37, comma 6, lett. s), del D.L. 6 luglio 2011, n. 98), e la possibilità di esperire il ricorso in ottemperanza ai fini dell'esecuzione delle decisioni sul ricorso straordinario, ai sensi dell'art. 112, commi 1 e 2, lett. b) e d), del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Sul punto v., ex multis, Cassaz., sez. un., 28/1/2011, n. 2065; Cons. St., sez. VI, 10/6/2011, n. 3513; sez. III, 15/10/2010, n. 4609. In dottrina, v., ex plurimis, E. GRILLO, Riflessioni sulla natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a margine della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 23464/2012, in Dir. proc. amm., 2014, 1, 265 ss.; P. GOTTI, L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e sul giudice competente per l'ottemperanza alla decisione presidenziale di accoglimento, in Foro Amm. (II), 2014, 1, 11 ss.; E. GRILLO, La giurisdizionalità sopravvenuta e la perpetuatio iurisdictionis nel ricorso straordinario avverso atti sottratti alla giurisdizione amministrativa, in Dir. proc. amm., 2014, 4, 1406 ss.; P. GOTTI, La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza plenaria, in Foro Amm. CDS, 2013, 9, 2592 ss.; F. G. SCOCA, Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato, in Giur. it., 2013, 2374 ss.; P. QUINTO, Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza, in Foro amm. CDS, 2011, 5, 1466 ss.; ID., Il codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, in Foro amm. TAR, 2010, 2720 ss.*

<sup>59</sup> Per una disamina del tema dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza sia di diritto soggettivo, sia di interesse legittimo, in seno al rimedio (non più) giustiziale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, v., ex multis, E. COLACCHI, L'arena delle giurisdizioni, cit., 3751 ss.

<sup>60</sup> Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

<sup>61</sup> In merito alla rilevanza costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione in seno al processo amministrativo, v'è da precisare che la Consulta, in passato, ha più volte escluso l'esistenza di una norma costituzionale che ne garantisca l'obbligatorietà. Sul punto v., ex multis, [Corte cost., sentt. 26/1/1988, n. 80](#); [26/3/1984, n. 78](#); [16/12/1980, n. 186](#); [27/6/1973, n. 117](#); [14/2/1973, n. 22](#); [13/5/1965, n. 41](#). In questa direzione, è stato osservato, “non può indurre a conclusioni diverse la norma di cui all'art. 125, comma secondo, della Costituzione che...comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, e, quindi, una garanzia del doppio grado riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli organi locali della giustizia amministrativa...solo in tal senso assume rilevanza costituzionale...il predetto principio del doppio grado di giudizio, non potendo l'art. 125 della Costituzione comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado”. Così [Corte cost., ord. 31/3/1988, n. 395](#). Del resto, “la garanzia costituzionale del doppio grado di giurisdizione non può neppure farsi discendere dall'art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione come proiezione diretta del diritto di difesa: in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo”. Così [Corte cost., sent. 2/4/1981, n. 62](#). Per una diversa impostazione, sulla base della quale il doppio grado di giurisdizione (di merito) risiederebbe nel combinato disposto degli artt. 3, 24 e 111 Cost, v. [Corte cost., ord. 29/1/2005, n. 67](#). Per un commento



Il verificarsi di consimili ipotesi postula, peraltro, anche l'esposizione, per la seconda volta, al pagamento di un più elevato contributo unificato, senza che sia prevista la possibilità di ripetere quanto già corrisposto in sede di rimedio (ormai non più) giustiziale<sup>62</sup>.

In quest'ottica, è stato sostenuto, si attribuisce ad una soltanto delle parti processuali un potere privo di alcuna logica corrispondenza al diritto di difesa, tale da menomare in modo significativo le posizioni del ricorrente e delle restanti parti del giudizio<sup>63</sup>.

Per l'effetto, alla luce dei principi maturati, in seno allo "spazio giuridico europeo"<sup>64</sup>, in materia di "giusto processo", è stato evidenziato che il diritto potestativo di trasposizione potrebbe collidere, innanzitutto, con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dal cui tenore, per come interpretato innanzi alla Corte di Giustizia<sup>65</sup>, può trarsi, in particolare, l'indefettibilità, ai fini della configurazione del giusto processo<sup>66</sup>, dei principi di durata ragionevole del procedimento giudiziario<sup>67</sup> incardinato, nel rispetto del contraddittorio<sup>68</sup> e della parità delle armi tra le parti<sup>69</sup>,

---

v. A. MASARACCHIA, *Quando il doppio grado di giurisdizione è imposto da «ineludibili principi costituzionali»*, in *Giur. cost.*, 2005, 1, 638 ss. Invero, astrattamente, il "doppio grado di giudizio" sta a significare che una qualunque controversia sottoposta all'esame di un giudice può, successivamente, essere interamente valutata da altro giudice la cui decisione è destinata a prevalere sulla prima. In tal senso, però, è stato rilevato come sia sufficiente (e conforme al dettato costituzionale) ritenere che l'ordinamento possa accontentarsi solamente della mera eventualità che venga introdotto (piuttosto che ciò in concreto si verifichi), un doppio grado di giudizio concernente il merito di una controversia. Sul punto, per un approfondimento, v. G. SERGES, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, 14 ss. In generale poi, in tema di doppio grado di giurisdizione v., *ex multis*, G. CIANI, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. Pen.*, 2007, 3, 1388 ss.; T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione appello dell'imputato, Appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 12, 4023 ss.; G. SPANGHER, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enc. giur.* XII, Roma, 2001, 1 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1, 127 ss.; A. DE CARO, «*Doppio grado di giurisdizione*» ed efficienza del processo penale, in *Studium juris*, 1999, 946 ss.; C. E. GALLO, *Questione di giurisdizione e doppio grado nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, 843 ss.; G. SERGES, *Costituzione e «doppio grado» di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1988, 227 ss.; F.G. COCCA, *Processo cautelare amministrativo e costituzione*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss.; S. BELLOMIA, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1982, 42 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sul principio del doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 33 ss.; E. F. RICCI, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 59 ss.

<sup>62</sup> Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

<sup>63</sup> Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

<sup>64</sup> Sul punto, v. *ex multis*, M. P. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.

<sup>65</sup> In tema di incidenza della giurisprudenza europea in ordine al sistema di tutele processuali delle posizioni di libertà riconosciute dal diritto nazionale v. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 3, 685 ss.

<sup>66</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte giust., 19/12/2012, C-325/11.

<sup>67</sup> Cfr., *ex multis*, Corte giust., sez. IV, 29/3/2012, C-417/10; Corte Edu, sez. II, 3/4/2012, n. 28790; sez. II, 6/3/2012, n. 23563; sez. II, 2/6/2009, n. 15476; sez. II, 12/5/2009, n. 10750; sez. II, 31/3/2009, n. 22644; sez. II, 18/12/2007, n. 14448; Corte giust., sez. I, 25/1/2007, cause riunite C- 403 e C-404.

<sup>68</sup> Cfr., *ex multis*, Corte giust., 21/9/2010, C-532/07 P, C-528/07 P, C-514/07.

<sup>69</sup> Atteso che il principio di parità delle parti non implica, di necessità, l'identità dei rispettivi poteri processuali (cfr., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 6/2/2007, n. 26; 4/4/2008, n. 85](#)), la sua applicazione si è misurata, ad esempio, in seno al processo amministrativo, in riferimento all'art. 4, co. 2, del d.l. n. 115/2005, disposizione avente "lo scopo di evitare che il superamento delle prove di un esame di abilitazione venga reso inutile dalle vicende processuali successive al provvedimento, con il quale un giudice o la stessa amministrazione, in via di autotutela, abbiano disposto l'ammissione alle prove di esame o la ripetizione della valutazione": così [Corte cost., sent. 9/4/2009, n. 108](#); e ord. [19/5/2009, n. 158](#). In tal contesto, in particolare, accordata una peculiare tutela in favore del cittadino sulla base di un'interpretazione evoluta dell'art. 113 cost., mediante la norma citata è stata introdotta una dissimmetria tra le due parti del giudizio eventualmente introitato: "al ricorrente, che soccomba in primo grado o nel giudizio cautelare, è assicurata la possibilità di ricorso o di esame nel merito; se, invece, è l'amministrazione a soccombere, è possibile che il giudizio di secondo grado o di merito non abbia luogo, perché il superamento delle prove può determinare l'estinzione del processo": così ancora [Corte cost., sent. 9/4/2009, n. 108](#); e ord. [19/5/2009, n. 158](#). Per un commento sia consentito il rinvio a L. BUSCEMA, *L'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense tra sufficienza del giudizio espresso mediante voto numerico ed effettività della tutela delle aspirazioni professionali dei candidati. Nota a Corte costituzionale, 07 giugno 2011, n. 175 e Corte costituzionale, 09 aprile 2009, n. 108*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Messina*, II, 2012, 1 ss.

innanzi ad un giudice indipendente, imparziale<sup>70</sup> e, ciò che più interessa in questa sede, precostituito per legge e dal quale non si può essere distolti soltanto a cagione della domanda o dell'azione di una parte processuale<sup>71</sup>.

Non sembra possibile ammettere in alcun modo, quindi, che l'individuazione dell'ufficio giudiziario avente giurisdizione e competenza ad esaminare una determinata controversia possa avvenire ad opera di una autorità diversa dal Parlamento<sup>72</sup> o, addirittura, in conseguenza soltanto della scelta di una parte, specie se indotta da un mero calcolo di convenienza o di (indebita) tattica processuale<sup>73</sup>.

Ciò implicherebbe, tra l'altro, il tradimento della *ratio* sottesa all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, in tema di divieto di abuso del diritto, non consente di interpretare alcuna delle disposizioni colà contenute come suscettibile di limitare, anche solo parzialmente, le libertà e le garanzie ivi riconosciute<sup>74</sup>.

### *3. La perimetrazione dei limiti di legittimità (costituzionale ed europea) degli strumenti di tutela processuale esperibili in seno al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica .*

Abbandonata la tradizionale concezione del diritto soggettivo quale situazione di vantaggio connotata dal carattere dell'illimitatezza delle facoltà ad esso correlate, secondo la vecchia impostazione dogmatica riassumibile nel noto brocardo latino “*qui suo iure utitur neminem laedit*”<sup>75</sup>, nel quadro di un assetto politico-costituzionale incentrato sui principi propri del costituzionalismo moderno, matura l'esigenza di conformare le posizioni di libertà (anche fondamentali) sulla base della ricerca di un contemperamento tra interessi e valori che, seppur “*mai neutrale, tecnicamente asettico, sconta presupposizioni inesprese che lo condizionano e in qualche misura ne prefigurano l'esito*”<sup>76</sup> e può comunque “*essere ricostruito come un'attività che, pur*

---

<sup>70</sup> Cfr., *ex multis*, Corte giust., 17/12/2009, C-197/09; 2/12/2009, C-89/08; 26/6/2007, C-305/05. In dottrina, per una disamina, in chiave comparata, della nozione di imparzialità del giudice v., *ex plurimis*, M. SERIO, *Imparzialità del giudice e giusto processo: profili comparatistici*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 4, 991 ss.

<sup>71</sup> Cfr., *ex multis*, Corte giust., 26/5/2005, C-77/04.

<sup>72</sup> In tema di principio di precostituzione per legge del giudice naturale, applicato al processo amministrativo, in passato, in riferimento alle censure sollevate circa le norme dispositive della competenza funzionale devoluta in favore del T.A.R. Lazio in deroga alla regola della “territorialità della giustizia amministrativa”, era stato sostenuto che “*la competenza dei giudici amministrativi dovrebbe non solo essere predeterminata dalla legge, ma dovrebbe rispettare il principio di naturalità, come desumibile dal combinato disposto degli artt. 25 e 125 Cost., nel senso di una maggiore idoneità del giudice individuato su base regionale a fornire una adeguata risposta di giustizia. Per la giustizia amministrativa la deroga al criterio della competenza territoriale in favore di un unico altro tribunale altererebbe perciò profondamente l'equilibrio del controllo sugli atti amministrativi, che è stato pensato dai costituenti - diversamente dalla giustizia ordinaria, ex art. 102, secondo comma, Cost. - in maniera svincolata dalla specializzazione per singole materie*”. Così T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 11/4/2013, n. 164. In merito, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che il principio del giudice naturale, lungi da ancorarsi ad un dato pre-normativo, quale la prossimità geografica del giudice alla vicenda da giudicare, deve interpretarsi unicamente come volto ad assicurare un giudice «precostituito per legge»; per l'effetto, si ritiene che esso venga osservato quando l'organo giudicante sia stato istituito (e la sua competenza sia definita) dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo. Sul punto v., *ex multis*, [Corte cost., sentt. 13/6/2014, n. 174](#); [6/6/2014, n. 159](#); [10/5/2012, n. 117](#); [27/1/2011, n. 30](#). Per un commento v. V. CERULLI IRELLI, *Sul principio “territoriale” della competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3, 2545 ss.

<sup>73</sup> Cfr. Cons. St., sez. II, 16/9/2015, n. 2609.

<sup>74</sup> Cfr. Corte giust., sez. V, 11/12/2014, C 113/13; grande sezione, 17/7/2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13; sez. IV, 29/3/2012, C 417/10; sez. VII, 27/10/2011, C-504/10, sez. III, 22/12/2010, C-277/08.

<sup>75</sup> In tal senso e per un approfondimento v. I. RADOCCIA, *Abuso del diritto come bilanciamento degli interessi*, in *Giur. merito*, 2013, 4, 742 ss.

<sup>76</sup> Così N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 2, 595.



*contenendo dei margini valutativi, non si traduce necessariamente in sfrenato soggettivismo, ed anzi è controllabile razionalmente*<sup>77</sup>.

In tal contesto, si osserva, a fronte della possibilità di addivenire al concreto esercizio di un diritto sulla base di una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate, l'ordinamento si dimostra proteso ad impedire che si verifichi una sproporzione ingiustificata (intercorrente tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte) derivante dall'effettiva integrazione di una condotta (solo formalmente) conforme allo schema legale disegnato dalla norma attributiva del potere.

In questa direzione, si staglia il divieto di abuso del diritto<sup>78</sup> (da intendersi, quest'ultimo, come situazione di vantaggio sia sostanziale, sia processuale)<sup>79</sup> che, lungi dal presupporre una violazione

---

<sup>77</sup> Così G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, n. 6/2003, 580.

<sup>78</sup> Invero, secondo F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 1, 75, «il divieto di abuso del diritto non costituisce un'autonoma clausola generale; il suo fondamento non è di ordine logico; la sua natura è quella di struttura dogmatica deputata a concretizzare la buona fede in funzione valutativa e, dunque, il divieto esprime una delle finalità della buona fede in senso oggettivo; il suo contenuto va rinvenuto in una riduzione in chiave teleologica della disposizione normativa in presenza di un atto di esercizio della situazione soggettiva dalla stessa attribuito che esibisce un livello di giustezza e di meritevolezza inferiore rispetto a quanto dalla stessa disposizione normativa è possibile ricavare; il divieto di abuso si colloca quindi su di un piano della valutazione giuridica diverso e ulteriore rispetto a quello designato con il termine "liceità"; per esigenze persuasive la rappresentazione del divieto è affidata all'idea dello sviamento dall'interesse protetto realizzato dall'atto di esercizio che fa segnare il disallineamento della liceità dalla legittimità e impone, dunque, un intervento correttivo nella direzione del secondo corno della diade». Per una disamina del significato dell'abuso del diritto in ordine ai diversi ambiti dell'ordinamento v., *ex plurimis*, P. SANTIN, *Territorialità Iva e abuso del diritto tra limiti di giurisdizione e scelte interpretative*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 2, 37 ss.; O. RAZZOLINI, *Il difficile confine fra uso e abuso del diritto di stabilimento: il caso degli avvocati stabiliti*, in *Dir. rel. industr.*, 2014, 4, 1169 ss.; G. MARINO, *Il principio del contraddittorio tributario tra abuso di diritto, abuso di potere e diritto dell'Unione Europea*, in *Giur. comm.*, 2014, 4, 570 ss.; R. BONSIGNORI, P. RAINELLI, *Abuso del diritto nel concordato preventivo "con riserva"*, in *Giur. comm.*, 2014, 3, 474 ss.; T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2013, 1, 451 ss.; F. DINELLI, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 1998 ss.; P. SORBELLO, *Mercato unico, attività assicurativa ed abuso del diritto*, in *Giur. merito*, 2011, 6, 1627 ss.; V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, 1479 ss.; G. FALSITTA, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnicivile contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 6, 349 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, 834 ss.; A. LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, 1, 49 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 403 ss.

<sup>79</sup> La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il divieto di abuso del diritto, in quanto espressione di un principio generale che si riallaccia al canone costituzionale di solidarietà, si applica anche in ambito processuale, con la conseguenza che ogni soggetto non può esercitare un'azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte, sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo; si giunge, così, all'elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa. Sul punto v., *ex plurimis*, Cons. St. ad. plen., 27/4/2015, n. 5; Cassaz. civ., sez. VI, 24/4/2015, n. 8381; Tribunale Lucca, 24/4/2015, n. 771; sez. VI, 9/3/2015, n. 4702; sez. V, 9/3/2015, n. 1192; sez. VI, 9/10/2014, n. 5025; sez. VI, 2/9/2014, n. 18498; sez. VI, 29/8/2014, n. 18426; sez. un., 19/6/2014, n. 13940; sez. VI, 5/6/2014, n. 12744; Cons. St., sez. III, 7/4/2014, n. 1630; sez. VI, 7/2/2014, n. 585; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 3/12/2013, n. 2681; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 31/7/2013, n. 2047. In dottrina, per una ricognizione delle diverse posizioni concernenti la casistica delle ipotesi in cui possa ricorrere "l'abuso del processo", v., *ex multis*, S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, 4, 1281 ss.; E. LO PRESTI, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 2011 ss.; R. ORLANDO, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3599 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.; A. BERTOLDINI, L. MORELLO, *Abuso del processo come incongrua scelta difensiva della pubblica amministrazione rispetto all'atto amministrativo costituente preferibile alternativa*, in *Foro Amm. C.d.S. (II)*, 2012, 7-8, 1940 ss.; E. LO PRESTI, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 2011 ss.; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3596 ss.; G. ILLUMINATI, *Il tema: abuso del processo, legalità*

in senso astratto della disciplina fonte delle facoltà esercitate, comporta un'alterazione dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli ritenuti meritevoli di tutela e corrispondenti alla *ratio* ed allo spirito della disposizione da cui promana la potestà conferita<sup>80</sup>.

In quest'ottica, ricercare il punto di equilibrio entro una delicata opera di bilanciamento che consenta di coniugare al meglio i compresenti interessi (pubblici e privati), parimenti fondamentali, che, in relazione ad una data fattispecie, possano risultare, tra loro, occasionalmente contrapposti, costituisce, in verità, l'obiettivo principale di un sistema giuridico proteso nella direzione della garanzia di effettività (sostanziale e processuale) delle libertà dei singoli.

Il percorso di valutazione da intraprendere va condotto, peraltro, sulla base di coordinate ermeneutiche non ristrette entro gli (ormai) "angusti" confini nazionali, ma deve essere arricchito, secondo un modello di scambio circolare, dall'apporto assiologico offerto dalle diverse esperienze giuridiche maturate in chiave comunitaria ed internazionale.

Ciò vale non solo in riferimento a posizioni di vantaggio di natura sostanziale, bensì anche in ordine a prerogative e facoltà di carattere processuale il cui impiego, in alcuni casi, come visto in precedenza, potenzialmente distorsivo, potrebbe tradursi in una *deminutio* di tutela di una delle parti non sorretta da alcuna reale giustificazione.

Onde ovviare a tali inconvenienti, in tema di diritto (potestativo) di trasposizione, in passato, è stato possibile assistere ad un'interpretazione conforme al dettato costituzionale della disciplina all'epoca vigente secondo una prospettiva che, in effetti, solo in apparenza si rivela opposta a quella oggi in commento.

La Corte costituzionale, infatti, a fronte di una regolamentazione del "ricorso al Re", disciplinata ex art. 34 r.d. n. 1054/1924, dimostratasi carente della possibilità di riconoscere in favore dei controinteressati la facoltà di adire un organo di giustizia in luogo del rimedio amministrativo esperito dal ricorrente principale<sup>81</sup>, ha tacciato di illegittimità la norma citata tesa a pregiudicare, anche in violazione del principio di eguaglianza, i controinteressati, "la cui posizione soggettiva è del tutto contrapposta a quella dei cointeressati, e ai quali quindi non possono spettare poteri propri"<sup>82</sup>.

Ragionando *a contrario*, pur seguendo siffatto filone ricostruttivo, sembra venire meno, al giorno d'oggi, uno dei motivi costitutivi del riconoscimento del diritto di trasposizione (corollario della

---

*processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3593 ss.; G. SALVI, *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali*, in *Cass. pen.*, 2005, 12, 4094 ss.

<sup>80</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 12/2/2014, n. 693.

<sup>81</sup> Sul punto, per un approfondimento, v. F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il «nuovo» ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 188 s.; F. BUSCICCHIO, *Soggetti legittimati*, cit., 962 ss.

<sup>82</sup> Così [Corte cost., sent. 1/2/1964, n. 1](#). Per un commento v., *ex multis*, V. BACHELET, *Giustizia in cammino: il riconoscimento della piena tutela giurisdizionale del controinteressato alla decisione del ricorso straordinario*, in *Giur. cost.*, 1964, 3 ss. Invero, attualmente, ai sensi dell'art. 48, comma 1, c.p.a. è legittimato alla presentazione dell'"opposizione" al ricorso straordinario la sola "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario", non anche soggetti terzi, processualmente estranei al ricorso stesso. Pertanto, i cointeressati non possono chiedere che il ricorso sia trasposto in sede giurisdizionale, in quanto la loro richiesta potrebbe costituire un espediente per eludere la scadenza del termine di impugnazione, mentre, se avanzata prima della scadenza di tale termine, il riconoscimento di siffatta facoltà non avrebbe senso, dato che il principio di alternatività non opera se i due tipi di gravame sono introitati da soggetti diversi. «L'interpretazione testuale e restrittiva della norma citata si impone anche per la palese connessione logico-sistematica che lega l'art. 48 del c.p.a. all'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1991, secondo il quale il diritto all'"opposizione" al ricorso straordinario (e quindi la facoltà di chiederne la trasposizione in sede giurisdizionale) viene riconosciuto specificamente ai soli "controinteressati"». Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 3/6/2015, n. 1289. In generale, per una disamina dei più recenti orientamenti maturati in giurisprudenza in ordine all'istituto della trasposizione v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 14/5/2015, n. 2423; sez. III, 6/5/2015, n. 2273; T.A.R. Toscana Firenze, sez. III, 13/1/2015, n. 29; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 13/11/2014, n. 1216; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 13/11/2014, n. 806; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 10/9/2014, n. 2244; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 4/8/2014, n. 1157; T.A.R. Liguria, sez. I, 28/7/2014, n. 1239; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 8/7/2014, n. 1788; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 1/4/2014, n. 3586; Cons. St., sez. III, 19/3/2014, n. 1346; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 18/3/2014, n. 1570.

regola dell'alternatività)<sup>83</sup>, atteso che, come già ampiamente rilevato, la “pacifica” natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica consente di superare le censure originariamente sollevate in riferimento ad una disciplina capace di “limitare”, in epoche ormai trascorse, l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle parti processuali costrette a subire la scelta operata dal ricorrente principale.

Sulla base delle superiori osservazioni, in verità, può anche giungersi a “rileggere” il fondamento costituzionale, a monte, della regola dell'alternatività, storicamente concepita alla stregua di strumento di protezione ulteriore dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi che aggiungeva al tradizionale rimedio giurisdizionale una diversa possibilità di reazione contro l'atto amministrativo illegittimo<sup>84</sup>.

In tal contesto, si osserva, in passato era possibile sostenere che la proposizione del ricorso straordinario fosse espressione di una scelta consapevole senza che potesse assumere alcun rilievo il motivo per cui l'interessato fosse addivenuto a prediligere il rimedio giustiziale in luogo di quello giurisdizionale<sup>85</sup>.

Ne conseguiva, come visto, la necessità di salvaguardare la posizione rivestita da parte dei controinteressati, diversamente assoggettati ad una potenziale “*deminutio*” dei propri legittimi interessi (sostanziali e processuali).

Attualmente, quindi, perorata la natura giurisdizionale del ricorso straordinario, l'immanenza del diritto (potestativo) di trasposizione risulterebbe essere ancorata esclusivamente all'interesse correlato a poter eventualmente beneficiare di una più approfondita disamina del merito della controversia mediante la devoluzione della cognizione innanzi al competente organo di giustizia amministrativa nel rispetto dell'“ordinario” doppio grado di giurisdizione<sup>86</sup>.

Si è avuto modo di rilevare, però, che l'art 125, secondo comma, della Costituzione presuppone soltanto l'impossibilità di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e, per contro, implica la conseguente, necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, postulando, in definitiva, una garanzia del doppio grado riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli “organi territoriali” della giustizia amministrativa; solo in tal senso è consentito affermare che il predetto principio del doppio grado di giudizio assuma rilevanza costituzionale, “*non potendo l'art. 125 della Costituzione comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado*”<sup>87</sup>.

Di conseguenza, atteso che l'art. 113 cost. non impedisce alla legge ordinaria di “*regolare l'esercizio della tutela giurisdizionale nei modi e con la efficacia che più aderisca alle singole situazioni, purché quell'esercizio non sia reso estremamente difficile o puramente apparente*”<sup>88</sup>, non sembra del tutto peregrino ritenere che il diritto (potestativo) di trasposizione, in passato certamente giustificato nell'ottica della ricerca del giusto bilanciamento tra interessi (sostanziali e processuali) potenzialmente contrapposti, non possa più risultare munito di una patente di legittimità ed anzi si collochi in una posizione di frizione rispetto a valori parimenti rilevanti (se non addirittura

---

<sup>83</sup> Sul punto, per un approfondimento, v. F. BUSCICCHIO, *Soggetti legittimati*, cit., 960 ss.

<sup>84</sup> In merito v. A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario*, cit., 1016 ss.

<sup>85</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 15/6/1966, n. 78](#).

<sup>86</sup> In questa direzione si colloca una parte della giurisprudenza, atteso che, preso atto che «*l'escluso vigore costituzionale della garanzia del doppio grado opera esclusivamente “fuori dell'area segnata dall'art. 125 comma secondo” della Costituzione...ne consegue, con ogni evidenza che - impregiudicata ogni valutazione in ordine alla “singolarità” (rectius: alla vera e propria “anomalia”) di un “giudizio” pienamente e pariteticamente “alternativo” rispetto a quello ordinariamente attivabile dinanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali (nell'ambito del quale al Consiglio di Stato è riservata la funzione di giudice d'appello), che verrebbe ad attuarsi per effetto della pronuncia in unico grado riservata allo stesso Consiglio di Stato - la propugnata giurisdizionalizzazione determinerebbe un chiaro vulnus al principio di cui all'art. 125, comma 2, della Costituzione, eclissando il principio della duplicità di gradi di giurisdizione dalla Carta stabilito limitatamente ai giudizi dinanzi agli organi della giustizia amministrativa*». Così T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 16/3/2010, n. 4104. Per un commento v. F. FRENI, *Sulla persistente compatibilità costituzionale*, cit., 2829 ss.

<sup>87</sup> In tal senso v. [Corte cost., ord. 31/3/1988, n. 395](#); e sent. [14/1/1982, n. 8](#).

<sup>88</sup> Sul punto, v. [Corte cost., sentt. 15/6/1966, n. 78](#); [16/12/1964, n. 118](#); [3/7/1962, n. 87](#).

prevalenti), correlati, oltre che al divieto di imporre a carico del ricorrente oneri (anche economici) sproporzionati ed in alcun modo giustificati, pure all'efficienza del sistema di garanzie giurisdizionali delle posizioni soggettive tutelabili innanzi agli organi di giustizia amministrativa.

Roberto Conti

## Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni\*

SOMMARIO. 1. *Il ruolo del giudice nazionale sotto le spinte della nomofilachia europea.* – 2. *La Corte di Cassazione fra esigenze di prevedibilità e certezza del diritto.* – 3. *La Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e ‘unità delle interpretazioni’.* – 3.1 *Segue: l’art. 111, commi 7 e 8 Cost., come possibile accesso al ruolo unificante delle ‘interpretazioni’.* – 3.2 *Riflessioni sul controllo dei limiti esterni della giurisdizione alla luce di alcune recenti decisioni delle Sezioni Unite.* – 4. *Il ruolo dell’interpretazione e delle interpretazioni della Costituzione.* – 5. *Giusto processo o giusti processi in relazione ai plessi giurisdizionali interni?* – 6. *Conclusioni in progress.*

### 1. *Il ruolo del giudice nazionale sotto le spinte della nomofilachia europea.*

Il mutamento del ruolo del giudice - comune e di ultima istanza - si delinea attraverso non marginali “*cessioni di supremazia*” in favore delle Corti sovranazionali, alle quali fa, per altro verso, da contrappeso l’acquisizione di non indifferenti “*quote di sovranazionalità*” che contribuiscono ad avvicinare le Corti tutte, intersecandone in modo più deciso i compiti, gli sviluppi interpretativi e le soluzioni.

Ed è proprio su questo versante che si apprezza, in maniera davvero imponente, la discontinuità con un passato caratterizzato da una visione del giudice interno - di merito e/o di ultima istanza - come *hortus conclusus*, oggi davvero impossibile da assecondare.

La quotidiana opera di riconformazione, riparametrazione e riformulazione della giurisprudenza alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale alla quale si assiste, mai unidirezionale ma, anzi, sempre più rivolta ad operazioni improntate a realizzare al meglio l’esercizio della giurisdizione ed il massimo appagamento dei diritti fondamentali costituisce la *cifra* di un diritto giurisprudenziale interno che supera ampiamente il recinto nazionale<sup>1</sup>, partecipando in modo incessante a processi di concretizzazione dei diritti destinati ad entrare nel circuito internazionale.

Quanto ora rappresentato consente di fortemente rimodulare e, in definitiva, rivitalizzare il principio di sussidiarietà posto a base del sistema come integrato dalla CEDU nel senso che esso *investe*, ancora una volta ed in modo deciso, sul giudice nazionale, offrendogli strumenti di dialogo di portata cruciale (penso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE come alla richiesta di parere preventivo delle Alte giurisdizioni interne alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo voluto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU ed ancora, purtroppo, in attesa di ratifica da parte del nostro Paese) sulla strada della sempre maggiore, più efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali.

Il mutare delle coordinate rappresentato dall’avvento del diritto di matrice sovranazionale (diritto UE, CEDU e trattati internazionali che riconoscono diritti fondamentali, in relazione a quanto previsto dall’art. 117, comma 1, Cost.) rende evidente il cambio di prospettiva della funzione nomofilattica - e in definitiva la *mutazione genetica* - della Corte di Cassazione, ormai “*giuridicamente obbligata*” a garantire (anche) l’uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce della CEDU, dei trattati internazionali e del diritto di matrice UE. In questa prospettiva abbiamo già proposto alcune riflessioni sui temi della metamorfosi della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e della c.d. *nomofilachia europea* alle quali qui è sufficiente rinviare<sup>2</sup>.

\* Relazione introduttiva alla sessione civile del *workshop* in diritto europeo organizzato da Area Europa presso la Corte di Cassazione nei giorni 12 e 13 novembre 2015.

<sup>1</sup> Cfr. A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>, specificamente nel paragrafo dedicato alle *mutazioni genetiche* della funzione giurisdizionale.

<sup>2</sup> Cfr., volendo, R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, relazione al convegno “Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme Nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo” - 23 e 29 ottobre 2014-, organizzato presso la



Ad esse sembra qui utile farne seguire altre, intese, sotto le sempre più pressanti spinte provenienti dalla Corte dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia – allorché quest'ultima si occupa di diritti fondamentali -, ad esplorare, questa volta dall'interno, la *casa* in cui la Cassazione è chiamata a svolgere il proprio ruolo al fine di verificare, anche sulla base di talune tendenze che vanno sedimentandosi sul versante del c.d. diritto vivente, la possibilità di ampliare, pur nel pieno e rigoroso rispetto della legge e della stessa Costituzione, il suo raggio di azione in una prospettiva non già di supremazia gerarchico formale, ma semmai di “servizio” pieno ed effettivo rispetto ai diritti fondamentali ed al canone fondamentale dell'eguaglianza che, insieme a quello della libertà, si pongono al centro del sistema democratico interno.

È fin troppo delineata la necessità di garantire in modo pieno ed effettivo i diritti fondamentali nei casi concreti in una linea di tendenza rivolta ad offrire livelli elevati di protezione dei diritti che passano comunque per delicate operazioni di bilanciamento fra i diritti fondamentali stessi.

A questa prospettiva si affianca poi, in modo crescente, l'esigenza di salvaguardare il valore dell'eguaglianza che, con l'ampliarsi e l'approfondirsi del contenuto dei diritti fondamentali e degli ambiti della protezione che l'ordinamento appresta ad essi (anche prevedendo plessi giurisdizionali autonomi e non regolati in modo gerarchico), reclama meccanismi interni capaci di ridurre al minimo le difformità di trattamento capaci altrimenti di minare dalla base l'intero sistema di protezione dei diritti umani. L'avvento del c.d. diritto giurisprudenziale, che si crea grazie alla c.d. *carnalità* del diritto, per usare l'espressione assai efficace tanto cara a Paolo Grossi, ed il graduale spostamento del baricentro della tutela dal diritto scritto al diritto attuato e realizzato dalle Corti esige sempre più nel c.d. *law in action* caratteristiche di prevedibilità, nonché “certezze” come contrappeso dell'ampliamento del ruolo del giudiziario, che devono trovare forme graduate e mediate di ‘protezione’.

Si tocca così da vicino non solo il tema del carattere più o meno vincolante delle sentenze rese dalle Corti supreme e delle discontinuità spesso prodotte dalla medesima Corte di legittimità, ma anche quello del deficit di uniformità di protezione di un medesimo diritto fondamentale in funzione della diversità del plesso giurisdizionale individuato dall'ordinamento come competente rispetto ad un determinato settore.

È, dunque, quest'ultima prospettiva che richiede un'ulteriore verifica del ruolo attuale della Corte di cassazione, considerato che il patrimonio dei diritti fondamentali e della loro protezione non è più riservato in via esclusiva alla giurisdizione ordinaria, ma s'irradia progressivamente su tutti i plessi giurisdizionali chiamati a “maneggiare” diritti tanto e come il giudice ordinario, fino a poco tempo fa considerato *custode unico* di siffatte posizioni giuridiche soggettive.

È ancora l'avvento dei diritti fondamentali in chiave sovranazionale ad imporre di guardare con una lente forse diversa al tema, complesso, dell'unità della giurisdizione, di recente nuovamente fatto oggetto di approfondite analisi<sup>3</sup>. A ben vedere, s'intravedono sul tappeto grandi valori fondamentali che toccano trasversalmente tutte le giurisdizioni. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al tema delle pensioni e in genere ai diritti sociali, ove entra in gioco imperiosamente il diritto al rispetto dei beni nell'accezione ampia che offre l'art. 1 Prot. n. 1 annesso alla CEDU, in una prospettiva di tutela che nemmeno lontanamente era pensabile approfondire a livello interno, nel cui ambito abbiamo sempre pensato, sì, alla proprietà con ad un *quid* oggetto di protezione ... ma fino a un certo punto.

Ora, è fin troppo agevole comprendere come l'ampiezza della protezione per il diritto in discorso non possa rimanere condizionata dal tipo di autorità giudiziaria che è chiamata a proteggerne il contenuto, ma reclama indiscutibilmente un'applicazione convergente di tale valore che al suo interno presenta, peraltro, un connotato di natura procedurale di non marginale rilevanza che, ancora

---

Corte di Cassazione dalle Strutture territoriali di formazione decentrata della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Roma, in <http://www.cortedicassazione.it>, e già in precedenza Barone, *The european «nomofilachia» network*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2013, 351.

<sup>3</sup> Il riferimento va ai contributi di A. Guardiano, S. Mirate, A. Police, A. Proto Pisani e A. Travi, apparsi sul fascicolo n. 3/2015 di *Questione Giustizia*.

una volta, non potrebbe sopportare livelli di tutela differenziati a seconda del giudice che ne fa applicazione.

Il discorso non cambia quando ci accostiamo ai diritti che ruotano attorno all'integrità della persona destinati anch'essi a trovare applicazione e ad entrare in gioco in qualunque plesso giurisdizionale, pretendendo risposte organiche e non "zigzaganti" dai singoli plessi giurisdizionali. E analoghe considerazioni potrebbero farsi se si pensa al tema del giusto processo - in tutte le sue possibili declinazioni, fra le quali un posto sempre crescente occupa il tema delle leggi di interpretazione autentica - dopo l'attuazione che l'art. 111 Cost. ha fatto dell'art. 6 CEDU, ampliandone significativamente il raggio operativo, come si avrà modo di precisare nel prosieguo.

## 2. La Corte di Cassazione fra esigenze di prevedibilità e certezza del diritto.

E' la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo a suggerire, sia pur con estrema cautela, l'adozione di strumenti normativi interni che i singoli Stati nell'esercizio del margine di apprezzamento loro riservato sono in grado di attenuare o azzerare eventuali diversità di trattamento in ragione dell'autorità giudiziaria chiamata a provvedere.

L'esistenza di precedenti giurisprudenziali contraddittori in ordine alla portata di un diritto fondamentale o alle limitazioni che lo caratterizzano non può che condurre a risultati imprevedibili o arbitrari e dunque privare gli interessati da una protezione efficace ed effettiva dei loro diritti, anzi offrendo soluzioni giuridiche diverse alle medesime questioni<sup>4</sup>.

E' dunque doveroso soffermarsi su tale questione<sup>5</sup> indagando, anzitutto, sulle diversità (*recte*, disomogeneità) di tutele offerte dai diversi gradi che compongono un medesimo ordine giurisdizionale ovvero lo stesso organo posto al vertice di un ordine giudiziario.

Sul tema la Corte europea dei diritti umani (Corte Edu, 6 dicembre 2007, *Beian c. Romania*) non ha mancato di osservare che a fronte dell'assoluta fisiologia connessa alla diversità di orientamenti giurisprudenziali fra le corti di merito e quella di legittimità, non è tollerabile che vi siano marcate diversità di vedute all'interno dell'organo che ha il compito di dare uniformità alla giurisprudenza. Principi ribaditi con riguardo alla diversità di trattamento ritenuta per casi identici da un giudice di appello (cfr. Corte Edu 20 maggio 2008, *Santos Pino c. Portogallo*).

Ancora di recente, Corte Edu, 16 settembre 2014, *Sepe e Di Leta c. Italia*, ha ritenuto che le esigenze di certezza del diritto e di tutela della fiducia dei cittadini non conferiscono un diritto alla coerenza giurisprudenziale, anzi affermando che l'evoluzione della giurisprudenza non è di per sé contraria alla corretta amministrazione della giustizia, ponendosi anzi in linea con l'esigenza di favorire un approccio dinamico ed evolutivo<sup>6</sup>.

In definitiva, il principio della certezza del diritto non impone alla giurisprudenza nazionale, secondo Strasburgo, il divieto di modificare i propri indirizzi e di seguire un indirizzo costante,

---

<sup>4</sup> Corte Edu 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c. Italia e Carbonara e Ventura c. Italia*.

<sup>5</sup> Tema già in parte indagato dalla Suprema Corte: v., di recente, Cass. n. 174/2015. Sulla decisione indicata nel testo v. Lanzafame, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ., VI, n. 174/2015*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Molinaro, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, 511.

<sup>6</sup> Corte Edu, 18 dicembre 2008, *Unedic c. Francia* (ric. 20153/04) ha escluso che il mutamento di un orientamento giurisprudenziale adottato da un giudice di ultima istanza possa vulnerare il principio della certezza del diritto anche se è destinato a incidere retroattivamente sulle posizioni giuridiche soggettive. Il giudice di Strasburgo ha, anzitutto, avuto modo di porre l'accento sul divieto, a carico del legislatore nazionale, di introdurre retroattivamente restrizioni a diritti precedentemente riconosciuti nell'ordinamento, al solo scopo di impedire all'organo giurisdizionale investito di una controversia l'emanazione di un provvedimento ricognitivo del diritto. La Corte dei diritti dell'uomo si è quindi chiesta se la modifica retroattiva di un indirizzo giurisprudenziale, capace di incidere retroattivamente sulle posizioni giuridiche dei soggetti scolpite in diverso modo dalla giurisprudenza al momento della proposizione della domanda giudiziale, potesse determinare un *vulnus* all'art. 6 CEDU in tema di giusto processo. Il giudice europeo ha così escluso di potere rinvenire una violazione dell'art. 6 CEDU.

essendo peraltro il *revirement* giurisprudenziale della Cassazione perfettamente conosciuto dalle parti già prima del giudizio.

Ed in questa stessa direzione si pone, d'altra parte, la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 230/12). E' per tali ragioni che ci è capitato di sostenere che anche accedendo all'idea di inquadrare la giurisprudenza tra le fonti del diritto, questa non si atteggia con caratteri integralmente sovrapponibili a quelli della legge, non potendo in ogni caso il diritto vivente perdere la sua principale vocazione, costituita dalla decisione del caso concreto<sup>7</sup>.

Detto questo, la medesimezza del caso sembra tendere, per le considerazioni appena espresse, il progressivo riconoscimento dell'effetto vincolante delle decisioni del giudice di legittimità quando esse riescono a diventare diritto vivente stabile.

L'analisi qui svolta consente forse di indagare sul ruolo della Cassazione rispetto al suo interno dinamismo.

Affrontare la questione delle divergenze giurisprudenziali prodotte all'interno della Corte di legittimità rende necessaria un'attività di sempre più attenta verifica, pur nel *mare magnum* di pronunzie, anche se non oggetto di massimazione, dei contrasti interni non sempre percepibili per la mole enorme di decisioni, in modo da essere in condizione di adottare soluzioni capaci di ridurre ad unità le diversità interpretative<sup>8</sup>. Questione, quest'ultima, inscindibilmente connessa al c.d. fattore tempo che, se correlato alla richiesta di sempre maggiori livelli di produttività ed al numero assai elevato di consiglieri della Corte, imporrebbe modelli organizzativi capaci di sviluppare al meglio la professionalità esistenti, ma anche di predisporre moduli di lavoro probabilmente nuovi anche attraverso rinnovate forme di collaborazione con il foro. Senza ovviamente dire dell'opportunità di modifiche, pure esse incidenti sul tessuto costituzionale (art. 117, comma 7, Cost.) e sulla complessiva portata del controllo di legittimità più volte, anche di recente, autorevolmente invocate<sup>9</sup>.

Anche in questa prospettiva il canone fondamentale dell'eguaglianza, unito a quello della libertà, dovrebbe costituire la stella polare da perseguire con abnegazione, pur consapevoli delle difficoltà che si incontrano e si incontreranno per strada. Non si può allora non riflettere sulle parole di Vladimiro Zagrebelsky<sup>10</sup> quando ci ricorda che 'L'ormai innegabile componente creativa dell'«interpretazione» della legge, che va ben oltre la mera ermeneutica, non vi si oppone, ma anzi lo richiede. Si vuole che la giurisprudenza della Corte di cassazione - specialmente a sezioni unite - si imponga a tutti i giudici, per assicurare l'unità del diritto nazionale o, diremmo noi ora, per assicurare quanto più possibile l'eguaglianza di tutti davanti alla legge'.

In conclusione, questo *trend* verso l'universalizzazione del diritto giurisprudenziale, già evidenziato in dottrina<sup>11</sup>, anche se al netto della perdita di valore nomofilattico delle decisioni quanto più le stesse si risolvono in un *dictum* tutta ritagliato sul fatto e sulla sua specificità<sup>12</sup>, ha come prospettiva tendenziale l'effettiva eguaglianza di trattamento dei cittadini che, più o meno vincolante la decisione di legittimità, ha come dato ineludibile l'efficacia persuasiva delle pronunzie del giudice di legittimità<sup>13</sup>.

### 3. La Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e 'unità delle interpretazioni'.

<sup>7</sup> Su tale pronunzia v., volendo, Conti, *Il giudice e il biodiritto*, Roma, 2a ed., 2015, 110 ss.

<sup>8</sup> Proprio nella sentenza *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, 30 luglio 2015, la Corte europea ha condannato il Portogallo a causa dell'esistenza di precedenti giurisprudenziali della Corte suprema che avevano negato l'ammissibilità di un'azione risarcitoria nei confronti dello Stato per errore giudiziario dopo che in altri casi anche successivi la stessa Corte si era attestata su posizioni diverse (43 ss.).

<sup>9</sup> Santacroce, *Funzioni, tempi e risorse della giurisdizione di legittimità*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>10</sup> Zagrebelsky, *Sugli inattuali presupposti del vigente ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2014, V, 109.

<sup>11</sup> Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVI, *Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 459 ss.; Id., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, *ibid.*, 487 ss.

<sup>12</sup> Conti, *Giudici e biodiritto*, Roma, 2015, 199 ss.

<sup>13</sup> Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, 12.

Occorre ora passare all'altro corno del problema.

Si diceva che analoga esigenza di garantire livelli di protezione egualitari ai diritti fondamentali emerge anche quando le medesime situazioni giuridiche soggettive 'piene' si offrono alla tutela da parte di plessi giurisdizionali fra loro diversi e non regolati formalmente da un sistema gerarchico. Ciò che impone di verificare lo standard di protezione che all'interno di un medesimo ordinamento si offre di un diritto fondamentale all'interno di plessi giurisdizionali autonomi.

Assume sicuro rilievo, sul punto, Corte Edu (Grande Camera) 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia*<sup>14</sup>, che ha offerto alla Corte stessa l'opportunità di fissare *i principia* regolativi del tema delle divergenze giurisprudenziali fra diversi plessi giurisdizionali rispetto alle quali non è previsto a livello interno una gerarchia giudiziaria comune e, dunque, un meccanismo di controllo verticale<sup>15</sup>.

In tale occasione è stata posta all'attenzione della Corte EDU la vicenda in cui un soggetto aveva infruttuosamente evocato innanzi all'Alta Corte amministrativa militare un ricorso volto al riconoscimento di un diritto pensionistico che altri soggetti, coinvolti nel medesimo sinistro, avevano chiesto ed ottenuto innanzi all'Alta Corte amministrativa ordinaria turca. Secondo la Corte Edu assicurare la coerenza del diritto può richiedere tempo, e periodi di contrasti giurisprudenziali possono essere tollerati senza mettere a rischio la certezza del diritto. Nel caso concreto le corti supreme turche avevano la possibilità di risolvere le divergenze, sia decidendo di adottare un approccio comune, sia rispettando gli ambiti di competenza a ciascuna riservati, astenendosi dal pronunciarsi sullo stesso oggetto. Ciò non toglie alla Corte europea il potere di intervenire ove detti contrasti dovessero permanere mettendo a repentaglio il principio della certezza del diritto, trasformandosi in vere e proprie lesione del principio della certezza del diritto come declinato dall'art. 6 CEDU<sup>16</sup>.

Orbene, la Corte di Strasburgo sottolinea di non essere un tribunale (interno) di ultima istanza destinato a risolvere le controversie di cui sono investiti i giudici interni e di non avere alcun potere di intervenire di fronte a pronunzie contraddittorie, soprattutto quando le decisioni rese nei confronti dei ricorrenti erano state motivate né potevano ritenersi irragionevoli. Per queste ragioni la responsabilità della coerenza della giurisprudenza dei giudici nazionali è rimessa essenzialmente agli organi interni, mentre il sindacato della Corte europea in tale tipo di vicende deve ritenersi eccezionale. Orbene, tale conclusione, decisamente avversata dall'opinione dissenziente resa dai giudici Bratza, Casadevall, Vajić, Spielmann, Rozakis Kovler e Mijovic, i quali non hanno mancato di evidenziare come il rilevato contrasto fra le decisioni rese dai due organi giurisdizionali era tale da mettere a repentaglio il principio di legalità all'interno del Paese ove si era verificato il contrasto, non sembra affatto elidere il deficit di ragionevolezza che un sistema può presentare se lo standard di tutela offerto ad un diritto fondamentale di matrice convenzionale assume tratti diversi a seconda della giurisdizione chiamata ad offrirgli protezione.

Ci avviciniamo, in questo modo, al tema dell'*unità delle interpretazioni* dei diritti fondamentali ad opera della Cassazione che, al netto dell'indiscussa necessità di salvaguardare comunque la spinta dinamico-evolutiva propria di ciascun plesso giurisdizionale, potrebbe porsi come "garante" del canone di eguaglianza attorno al quale si radica il fondamento dello Stato e della sua unità.

### 3.1 *Segue: l'art. 111, commi 7 e 8 Cost., come possibile accesso al ruolo unificante delle 'interpretazioni'.*

Sul versante delle divergenze di protezione dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale si pongono, così, all'attenzione dello studioso e dell'operatore due ulteriori opzioni, entrambe fondate sull'interpretazione di due diverse disposizioni contenute nell'art. 111 Cost., commi 7 e 8.

Rispetto al primo dato, Enrico Scoditti ha di recente prospettato la possibilità di estendere il mezzo

<sup>14</sup> Corte Edu 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia*, 51 ss.

<sup>15</sup> Corte Edu, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, ric. n. 30123/10, 42 ss.

<sup>16</sup> Corte Edu, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, cit., 84.



di ricorso straordinario di cui al comma 7 dell'art. 111 Cost. alle violazioni di legge correlate alla lesione di diritti soggetti rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>17</sup>.

La prospettiva, non implausibile ma sicuramente destinata ad ulteriori approfondimenti proprio perché chiamata a convivere con l'esigenza, di segno opposto, a contrarre il sindacato di legittimità alla quale si è sopra fatto cenno, sembra ancora una volta originata dall'imperioso affermarsi dei diritti fondamentali che, uscendo dal recinto tradizionale nel quale erano stati per lunghi anni e con alterne vicende protetti sono ormai approdati in maniera massiccia anche presso la giurisdizione del giudice amministrativo (art. 55 cod. proc. amm.)<sup>18</sup>. È dunque il canone dell'eguaglianza a giocare un ruolo rilevante nella prospettiva dell'ampliamento del ricorso straordinario per violazione di legge mediante un'interpretazione evolutiva del precetto costituzionale<sup>19</sup>. Del resto, la funzione nomofilattica che la Cassazione andrebbe a svolgere rispetto all'ambito della tutela dei diritti fondamentali- ricostruiti in chiave interna e sovranazionale- avrebbe contenuti e caratteristiche innegabilmente diverse da quelle che caratterizzano la "funzione nomofilattica" svolta dal Consiglio di Stato<sup>20</sup>. Essa appunto tenderebbe ad impedire che la protezione di un diritto fondamentale assuma connotati e contenuti diversi in funzione della giurisdizione che li applica, impregiudicata ogni alta questione correlata a violazioni di legge 'altre'.

### 3.2 *Riflessioni sul controllo dei limiti esterni della giurisdizione alla luce di alcune recenti decisioni delle Sezioni Unite.*

Ma è l'altro versante che si muove nell'ambito del comma 8 dell'art. 111 Cost., inaugurato dalle Sezioni Unite<sup>21</sup> in tema di pregiudizialità amministrativa (Cass. S. U. 23 dicembre 2008, n. 30254) rispetto al sindacato sulle questioni concernente i ricorsi proposti contro le decisioni del Consiglio di Stato in tema di giurisdizione a destare maggiore interesse.

Quando Cass. S. U. n. 30254/2008 ha censurato per violazione del limite esterno della giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che negava l'ingresso di una tutela risarcitoria degli interessi legittimi in carenza di una tempestiva impugnativa dell'atto autoritativo, essa si è fatta portatrice di alcune rilevanti affermazioni di principio sul concetto di giurisdizione, profilando già, *in nuce*, l'esigenza di un cambiamento profondo del ruolo delle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a farsi sempre più garante del rispetto di un nuovo ordine nel quale assumono prioritaria valenza, fra gli altri, i canoni di effettività e di tutela dei diritti insieme al primato del diritto UE sul diritto interno.

A seguire questa prospettiva, il riconoscimento di un sindacato sull'attività del Consiglio di Stato in materia di tutela risarcitoria altro non sembra essere se non la breccia attraverso la quale le Sezioni Unite dimostrano di potere ampliare il loro ruolo "unificante" (che, del resto, è lo stesso art. 65 ord.

---

<sup>17</sup> Scoditti, *Ricorribilità in cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, 2014, V, 157 ss.; Id., più recentemente, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, *ibid.*, 2015, I, 951 ss.

<sup>18</sup> Garofoli, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=5693#.Vj4goWDtjqc>.

<sup>19</sup> V., con specifico riferimento alla questione dell'ambito della giurisdizione esclusiva dopo l'introduzione del d.lgs. n. 80/98 ed all'utilizzazione da parte del g.a. di istituti di stampo civilistico nell'ambito del risarcimento del danno derivante da comportamenti, Bile, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 1478, il quale insiste tanto sulla necessità di salvaguardare il canone dell'eguaglianza che quello della certezza del diritto: "è proprio assurdo immaginare che a proposito di una qualsiasi di questi problemi il giudice amministrativo possa pervenire a soluzioni interpretative diverse da quelle date dal giudice ordinario, pur occupandosi entrambi della medesima disposizione di legge? E come si fa a non pensare che in casi del genere si determinerebbe una situazione idonea a porre in pericolo la certezza del diritto, non dissimile, anzi del tutto coincidente con quella- suscettibile di verificarsi nell'ambito della giurisdizione ordinaria- alla quale hanno inteso porre rimedio prima l'art.65 dell'ordinamento giudiziario e poi la Costituzione con il comma 2 dell'art. 111?" *Contra v.*, Barbagallo, *Il nuovo riparto di giurisdizione: una scelta coerente*, *ibid.*, 1478.

<sup>20</sup> Sandulli P., *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano, 2004, 302 ss.

<sup>21</sup> Sul tema della questione di giurisdizione v., *amplius*, Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009 (sul tema specifico affrontato nel testo: 86, 129 e 148 ss.)



giud. ad attribuire alla Corte di Cassazione, chiamata ad assicurare non solo l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ma anche 'il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni') fino a raggiungere territori ancora inesplorati.

L'attenzione va dunque rivolta alla recente pronuncia delle S.U. (Cass. S. U. n. 2242/2015) che è giunta a riconoscere il proprio sindacato in punto di giurisdizione nei confronti di una pronuncia del Consiglio di Stato distonica rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di aggiudicazione di appalti, però sopravvenuta in epoca successiva alla decisione del G.A.<sup>22</sup> Ciò, "...oltre che al fine di delineare gli ambiti giurisdizionali del G.A. nel senso voluto dalla normativa europea (come, in questo caso, interpretata dalla Corte di giustizia), anche al fine di sottrarre lo Stato dalla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza." Secondo le Sezioni Unite, poiché lo stesso organo decisore aveva modificato, in epoca successiva, il proprio orientamento sulla questione, adeguandosi alla pronuncia della Corte di Giustizia "la Cassazione della sentenza impugnata risulta, allora, indispensabile per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria. In altri termini, *la Cassazione, che deve decidere di un motivo di difetto di giurisdizione, applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata.*" (corsivo aggiunto)

La formalizzazione del principio di diritto operata da Cass. S. U. n. 2242/2015<sup>23</sup> non elide la sostanza dell'intervento caducatorio, rivolto a garantire quel 'primato' del diritto UE nell'ordinamento nazionale che avrebbe subito un *vulnus* se l'esito del giudizio amministrativo si fosse fermato a Palazzo Spada.

Il che dimostra, forse, come il canone generale ancora formalmente propugnato dalle S.U. del febbraio 2015 in punto di 'non' controllo delle decisioni dei giudici amministrativi e contabili sul rispetto del diritto UE potrebbe subire degli ulteriori aggiustamenti<sup>24</sup>.

Le giuste preoccupazioni, già in parte ricordate, espresse dalla dottrina<sup>25</sup> circa una diversità di protezione offerta ai diritti a seconda del plesso giurisdizionale, resa sempre più marcata - come già detto - dall'estensione delle ipotesi (*recte*, della creazione di nuove forme<sup>26</sup>) di giurisdizione esclusiva, ma anche dalle persistenti difficoltà di individuare la giurisdizione alla quale rivolgere la propria istanza (soprattutto nei rapporti fra giurisdizione contabile e ordinaria) potrebbero allora ricomporsi attraverso la verifica che lo standard di tutela offerto a quei diritti dalla fonte

---

<sup>22</sup> Va premesso che Cass. S. U. n. 2 403/2014, nel ritenere non rilevante la censura in ordine al mancato accoglimento del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato, aveva escluso di potere esaminare la questione volta a verificare la conformità della decisione del G.A. al diritto UE o, ancora, a vagliare sul mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato. E sul punto la Corte Edu, 8 settembre 2015, *Wind telecomunicazioni spa c. Italia* (ric. n. 5159/14) ha riconosciuto che il giudice ordinario nazionale, pur non avendo motivato sulla richiesta di rinvio pregiudiziale prospettata innanzi a quello stesso organo giurisdizionale dalla parte, non ha dato luogo ad alcuna violazione dell'art. 6 CEDU.

<sup>23</sup> "In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111 Cost., u.c., affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267*, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia."

<sup>24</sup> Cass. S. U. n. 6605/2015 e Cass. S. U., n. 6606/2015, che tende tuttavia ridimensionare la portata di Cass. S. U. n. 2242/2015).

<sup>25</sup> Travi, *Luci ed ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo*, in *Questione giustizia*, 2015, 3153 ss.

<sup>26</sup> Paino, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, Milano, 2000, Tomo IV, spec.3249 ss.

sovranazionale sia comunque espresso in modo armonizzato e uniforme.

#### 4. *Il ruolo dell'interpretazione e delle interpretazioni della Costituzione.*

Entra in campo, in questo modo, ancora una volta, il ruolo dell'interpretazione della Costituzione che, arato nel tempo dalle fondamenta dalla dottrina<sup>27</sup>, viene ai tempi nostri riconsiderato attraverso la felice espressione utilizzata da Elisabetta Lamarque quando parla di 'fabbrica delle interpretazioni' per descrivere il fenomeno che in atto caratterizza la ricostruzione del diritto vivente rispetto al caso deciso dal giudice<sup>28</sup>.

Già è capitato di soffermarci sulla scelta del legislatore costituente di affidare ad un organo esterno alla giurisdizione il controllo di costituzionalità delle leggi e di preferire un sistema nel quale detto controllo non fosse diffuso ma, per l'appunto, accentrato in capo alla Corte costituzionale<sup>29</sup>. Ai giorni nostri, peraltro, per effetto dell'obbligo di interpretazione costituzionalmente orientata posto a carico del giudice comune, si è stabilmente delineato in termini di sussidiarietà l'intervento della Corte costituzionale in ordine al giudizio sulle leggi, accrescendosi specularmente il ruolo del giudice comune, proprio attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme.

Il dato aggiuntivo che va ora evidenziato sta nella circostanza che la stessa interpretazione della Costituzione risente dei materiali - nella sostanza costituzionali - che stanno 'fuori' dal recinto costituzionale (CEDU, Carta di Nizza-Strasburgo, altri Trattati internazionali che contemplano diritti fondamentali). ma che è la stessa Costituzione a richiamare come dati essenziali per cogliere il valore e il significato della stessa Carta fondamentale. Si è, in questa prospettiva, più volte evidenziata la tendenza alla "federalizzazione dei diritti" correlata al continuo confronto dialettico di norme e giurisprudenze europee da un canto, norme e giurisprudenze nazionali, arrivando a profilare la Costituzione come 'intercostituzione' al cui interno si confrontano ed alimentano vicendevolmente valori di origine interna e sovranazionali<sup>30</sup>.

Ora, trasponendo le riflessioni di ordine generale sul ruolo dell'interpretazione al tema che qui si è affrontato, occorre chiedersi se il risultato dell'*unità delle interpretazioni* sotto il duplice versante dell'ampliamento del rimedio straordinario del ricorso per Cassazione in tema di violazione di legge e di quello concernente i motivi inerenti la giurisdizione può essere realizzato 'forzando' il meccanismo del controllo sulla giurisdizione garantito dall'art. 111 Cost. o per il tramite di una modifica dell'assetto costituzionale.

Si tratta di questione che non può rimanere impermeabile all'idea stessa che di Costituzione si intende offrire. Se, infatti, si guarda alla Carta costituzionale come strumento massimo di affermazione dei diritti fondamentali aperto esso stesso, per sua naturale vocazione, al diritto internazionale e sovranazionale, ed alla salvaguardia della coppia assiologica dei principi della libertà ed eguaglianza espressivi della dignità umana, come Antonio Ruggeri in plurime occasioni ci ricorda, l'idea di una verifica diretta ad impedire deficit di tutela in funzione della salvaguardia dell'uguaglianza (e della libertà) non solo va prospettata, ma dovrebbe essere adeguatamente realizzata con tutti gli strumenti possibili, pur non elidendo le difficoltà che sulla strada potrebbero incontrarsi se si considera il carattere casistico delle giurisdizioni sovranazionali<sup>31</sup>. Difficoltà che,

---

<sup>27</sup> V., nella sterminata letteratura e senza alcuna pretesa di completezza, Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004; Ruggeri in plurimi scritti e, da ultimo, in *A margine di M. Nisticò, L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015, in [www.Diritticomparati.it](http://www.Diritticomparati.it); Id., *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, ancora inedito.

<sup>28</sup> Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), n. 22/2009.

<sup>29</sup> Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 268 ss.

<sup>30</sup> V., sul punto, Ruggeri, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 19 aprile 2013; Id, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2013, § 5; Id, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16, in Rivista AIC n. 1/2014 del 7.2.2014.*

<sup>31</sup> Sul punto v. Ruggeri, *L'intensità del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al*

tuttavia, non dovrebbero costituire ostacolo al riconoscimento dello strumento processuale col quale perseguire il *meta-valore* dell'eguaglianza, salvo poi a verificare in concreto i problemi che la singola fattispecie presenta.

##### 5. *Giusto processo o giusti processi in relazione ai plessi giurisdizionali interni?*

Una conferma delle riflessioni ora esposte sembra potersi trarre accostandosi al tema del giusto processo, oggetto di protezione costituzionale originata dall'art. 6 CEDU, per cogliere ulteriormente quanto sia vera e ineludibile l'esigenza di offrire a livello interno schemi di protezione che non subiscano oscillazioni correlate al plesso giurisprudenziale nel quale sono chiamati ad operare.

Trattando di recente alcune questioni che ruotano attorno al giusto processo innanzi alla Corte dei conti<sup>32</sup> mi è sembrato che la lente del giudice contabile rispetto al tema debba condurlo, sulla base del fecondo impegno degli studiosi e della stessa giurisprudenza<sup>33</sup>, non soltanto verso la verifica di compatibilità di tale processo con la nuova formulazione dell'art. 111 Cost. manifestatosi a più riprese, ma anche alla tenuta del quadro processuale interno rispetto alle previsioni delle Carte dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale e all'art. 6 CEDU.

Ecco, allora, ancora una volta profilarsi sullo sfondo il tema imperioso dell'unità delle interpretazioni.

Se la Corte di Cassazione, in sede di decisione sulla giurisdizione, ha più volte riconosciuto che *“anche dopo l’inserimento della garanzia del giusto processo nella formulazione dell’art. 111 Cost., il sindacato sulle decisioni della Corte dei conti in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dell’eventuale violazione dei limiti esterni della giurisdizione del Giudice contabile, e non si estende al modo del suo esercizio, cui attiene la violazione della legge processuale, talchè rientrano nei limiti interni della giurisdizione, estranei al sindacato consentito, eventuali errori in iudicando o in procedendo”*<sup>34</sup>, si comprende come l'ombrello rappresentato dall'art.6 CEDU impone alla giurisdizione contabile un confronto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo senza possibilità di misurarlo con la protezione che di quel diritto fornisce il giudice ordinario.

È vero, allora, che la centralizzazione dell'art. 6 CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo passa attraverso la conoscenza dei suoi contenuti e della suddivisione principale che si intravede fra le previsioni che riguardano indifferentemente tutte le controversie nelle quali è in discussione un diritto o un dovere di carattere civile o la fondatezza di un'accusa penale, da quelle che invece si rivolgono in via esclusiva al settore penale. Ciò non vuol dire affatto perdere di vista le fonti interne, la Costituzione, la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, ma semmai significa che, a fronte dei vincoli, spesso blandi, che il giudice contabile individua nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (come si è visto istituzionalmente non chiamata a svolgere alcun ruolo in tema di giusto processo contabile), occorre porsi di fronte al diritto vivente che promana dalla CEDU (quando esiste e, comunque, verificare se il parametro convenzionale osta ad interpretazioni o a disposizioni normative interne capaci di vulnerarne il contenuto<sup>35</sup>).

Va allora attentamente esaminata la prospettiva, di recente tratteggiata da Cinthia Pinotti in un suo

---

piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, studi dell'anno 2013*, Torino, 37 ss.

<sup>32</sup> V., volendo, Conti, *Il giusto processo avanti al giudice ordinario e contabile: questioni comuni*, Relazione svolta all'incontro organizzato dalla Scuola della magistratura e dalla Corte dei Conti in Roma 5-6 ottobre 2015, sul tema *Esercizio della giurisdizione e responsabilità contabile*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>33</sup> V., di recente, Corte conti, sez. appello, n. 63/2015.

<sup>34</sup> Cass. S.U. 8 marzo 2005 n. 4956, Cass. S.U. 16 dicembre 2008 n. 29348 e Cass. S.U. 23 marzo 2009 n. 6950, Cass., S.U., 13 novembre 2013, n. 25457; Cass. nn. 6081, 24149 e 23320 del 2013; n. 7847 del 2014

<sup>35</sup> La mia personale sensazione rispetto a recenti prese di posizione sui rapporti fra ordinamento interno e CEDU (sentt. n. 49 e 184 del 2015) è che la Corte costituzionale si sta orientando verso una profonda (ed affatto marginale) rivisitazione (al ribasso) del ruolo della fonte convenzionale e conseguentemente dei ‘suoi’ giudici naturali (Strasburgo e giudice comune): sul punto, v., volendo, Conti, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in questa *Rivista*, 2015, I, 181 ss.

brillante intervento di recente svolto presso la Corte dei Conti<sup>36</sup>, che vorrebbe favorire un ampliamento del sindacato sui limiti esterni della giurisdizione contabile, proprio sulla spinta del diritto di matrice sovranazionale, al fine di traghettare le questioni in tema di giusto processo verso il controllo di cui all'art.111, comma 8, Cost.

Ciò, appunto, in quella prospettiva di armonizzazione di cui qui si è detto e che, pur nel mantenimento della pluralità delle giurisdizioni, sia in grado di offrire standard di tutela omogenei all'utente della giustizia, riottoso a giustificare diversi livelli di tutela in ragione della giurisdizione che è chiamata ad applicare un diritto?

#### 6. *Conclusioni* in progress.

Come realizzare l'obiettivo della certezza del diritto in un contesto di diritto fluttuante, continuamente proteso a riparametrarsi per effetto dei plurimi interventi delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali? Per giungere a tale obiettivo è necessario muovere dalla precondizione che vi sia l'una Corte capace di prevalere gerarchicamente sull'altra, tanto da immaginare che la certezza debba raggiungersi, alla fine, attraverso l'ultima parola spettante nel sistema all'una Corte sull'altra? Può, ancora, pensarsi ad un sistema nel quale l'unità della giurisdizione, nel senso ormai radicatosi per effetto della decisioni delle S.U. sopra ricordate, si attui in modo da garantire parità di tutela a tutti i soggetti titolari di diritti fondamentali a prescindere dal plesso giurisdizionale nel quale sono tenuti ad instaurare una controversia? E può pensarsi alle S.U. come luogo elettivo per garantire quest'unità delle giurisdizioni *e, soprattutto, delle interpretazioni*? Ha, infine, ma non per ultimo, la Corte di Cassazione la capacità di offrire risposta in tempi rapidi a simile ulteriore esigenze quando essa stessa si trova affogata dal numero dei ricorsi già ora possibili?

A chi scrive non compete il compito di offrire risposte appaganti a tali interrogativi.

Resta però forte la sensazione che l'avvento delle fonti sovranazionali contribuisca a delineare in modo diverso i rapporti fra le giurisdizioni, in ogni caso chiamandole ad operazioni che devono comunque tendere a realizzare risultati interpretativi conformi alle fonti extrastatali. Il che comporta, al di là del riconoscimento in capo ad uno di questi plessi giurisdizionali del potere di verificare siffatta armonizzazione, la quasi fisiologica – anche se solo tendenziale- tensione verso un'“unità delle interpretazioni” dei plessi giurisdizionali interni, tutti costretti a coabitare sotto una casa comune e dunque a misurarsi con le giurisdizioni sovranazionali, ormai rappresentabili, anch'esse, come veri e propri ombrelli sotto i quali è doveroso porsi.

Le riflessioni qui esposte intendono dunque offrire agli studiosi ed i pratici qualche suggestione su temi estremamente delicati e complessi. Non ci si può nascondere, del resto, che esse richiederebbero un approfondimento, qui totalmente mancato, sulla posizione giuridica soggettiva rappresentata dall'interesse legittimo che sta del resto alla base del riparto di giurisdizione interno.

Rimane comunque forte la sensazione che sia ancora tutto da arare il campo della tutela dei diritti fondamentali. E' dunque importante, direi vitale, dialogare non solo con le fonti sovranazionali e con le giurisdizioni che quelle fonti interpretano<sup>37</sup>, ma anche e soprattutto fra plessi giurisdizionali nazionali diversi, chiamati a stare tutti sotto uno stesso unico ombrello, rappresentato per l'appunto a seconda dei casi dalla CEDU e dal diritto UE.

La lezione che viene, a me pare, dall'avvento della CEDU e del diritto UE è quella che i tentativi a volte posti in essere dal *giudiziaro* di screditare e delegittimare il valore e il peso di ciò che proviene dall'esterno (è ancora fresco il ricordo del granitico filone giurisprudenziale delle Sezioni Unite, almeno fino al 2003, sul ruolo della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea qualificata come “fonte autorevole” ed al contempo sterilizzata attraverso la ritenuta portata non vincolante) si ritorcono pericolosamente contro chi, in modo velleitario, si è ritenuto al di sopra del suo

---

<sup>36</sup> Pinotti, *Il giusto processo avanti al giudice ordinario e contabile: questioni comuni*, in [http://www.foro.europa.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=166%3Arivista-2015-n3-art-4-pinotti&catid=75%3Arivista-2015-n3&Itemid=101#\\_ftn15](http://www.foro.europa.it/index.php?option=com_content&view=article&id=166%3Arivista-2015-n3-art-4-pinotti&catid=75%3Arivista-2015-n3&Itemid=101#_ftn15)

<sup>37</sup> È *in progress* l'idea di creare delle stabili forme di collegamento e dialogo fra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo.

interlocutore, facendosi portatore di una sorta di ‘patriottismo giudiziario’ piegato a logiche di malcelato primato dell’una fonte o dell’una giurisdizione sull’altra.

Vi sono, ancora oggi, grandi fronti non compiutamente esplorati che richiedono un impegno e un confronto ‘comune’ di tutti i giudici ‘comuni’. Penso ai rapporti fra giudice ‘comune’, Carta e Corte costituzionale ma anche all’apparentemente iperscrutato tema del rapporto fra giudice comune e CEDU - a me pare delineato in modo ancora inappagante da Corte cost. sent. n. 49/2015 - o ancora all’effettiva consistenza del primato del diritto UE rispetto ai diritti fondamentali ed alla portata dell’art. 101 Cost. quanto alla soggezione del giudice “comune” soltanto alla legge.

Miope sarebbe continuare ad approfondire questi temi coltivando l’idea di un confronto esclusivamente interno al proprio ordine giurisdizionale ed alla propria ‘casa’ che rimane foriero di non marginali deficit di eguaglianza ai quali si è fatto cenno.

Credo fermamente che gli anni a seguire dovranno essere spesi per alimentare un dialogo interno fra le giurisdizioni costruito dal basso e capace di superare nei fatti il tema divisivo dell’unità della giurisdizione operando in via dialettica e preventiva, non tanto e solo con la verifica a posteriori dei risultati interpretativi dei singoli plessi, ma soprattutto costruito sul confronto delle idee, delle prospettive e delle energie delle quali ciascun plesso giurisdizionale è portatore. E’ assai singolare, del resto, accorgersi che i giudici nazionali hanno possibilità concrete di dialogo con i giudici sovranazionali ai quali si è già fatto cenno- rinvio pregiudiziale, richiesta di parere preventivo alla Corte dei diritti dell’uomo- e non possono dialogare in via preventiva tra diversi plessi giurisdizionali quando in gioco ci sono valori fondamentali comuni. E anche questa assenza di dialogo istituzionale non può che suscitare l’idea di ulteriori riflessioni, magari *de iure condendo*.

Sono convinto che la Corte di Cassazione saprà fare la sua parte, dimostrando l’apertura culturale che è richiesta in misura massima in chi è investito del ruolo di garante dell’uniforme interpretazione della legge, ormai declinata nella sua accezione plurale e sono fiducioso sul fatto che anche le altre giurisdizioni interne perseguiranno un simile obiettivo. La prospettiva del dialogo non intende, in definitiva, svuotare delle prerogative che ciascuna Corte ha, ma semmai giungere alla decisione che ciascuno deve adottare con una consapevolezza precisa di ciò che l’altra Corte pensa in termini generali o specifici attorno ad una questione. Il dialogo, in altri termini, non come palliativo ma, come ha detto V. Zagrebelsky, elemento indispensabile per serietà, per apertura di argomenti altrui, per arricchimento della consapevolezza della complessità delle questioni, pur non essendo risolutivo<sup>38</sup>.

Lavorare insieme scendendo ciascuno dal proprio piedistallo è operazione che ci viene ormai richiesta dall’orizzonte europeo, nel quale i contrasti interni sul ruolo di ciascun plesso giurisdizionale potrebbero non essere adeguatamente compresi se essi non appaiono realmente votati al perseguimento di un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali.

La scuola della magistratura, in tutte le sue articolazioni, gli osservatori della giustizia civile, la comparazione con le giurisdizioni nazionali ‘altre’, anch’esse chiamate ad affrontare i medesimi nodi problematici qui sinteticamente esposti<sup>39</sup> potrebbero essere i luoghi naturali dove praticare questo confronto continuo, al servizio di una giustizia che aspira ad essere sempre più giusta.

---

<sup>38</sup> Zagrebelsky, *Il dialogo fra le Corti europee, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione: punti fermi e visioni prospettive*, in *Giust. pen.*, 2014, 4, 127.

<sup>39</sup> V., di recente, per un vigoroso richiamo all’utilità della comparazione Ridola, *Comparazione e diritto europeo*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)



Giusi Sorrenti

**Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 (in margine a [Corte Edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo](#))**

1. La sentenza del 27 agosto 2015, che decide il [caso Parrillo c. Italia](#), merita attenzione non solo (e non tanto) dal punto di vista del diritto sostanziale interno – concludendo che il divieto, frapposto dalla l. n. 40/2004 alla Sig.ra Parrillo, di donare alla ricerca scientifica gli embrioni ottenuti dalla fecondazione *in vitro* e non destinati alla gravidanza non lede l'[art. 8 CEDU](#) (*Diritto al rispetto della vita privata*) – quanto per le affermazioni che contiene su alcuni profili processuali, che toccano il rapporto tra l'incidente di legittimità costituzionale e l'obbligo del previo esaurimento dei rimedi interni al fine della presentazione del ricorso individuale dinanzi alla Corte europea.

Una tappa importante nella definizione di tale rapporto è costituita, come si sa, dalla [pronuncia Costa e Pavan c. Italia del 2012](#), con cui si è estesa la diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, stravolgendo così definitivamente la fisionomia della l. n. 40. Il ricorso della coppia di coniugi italiani, in quell'occasione, era stato dichiarato ricevibile, reputandosi interamente assolto l'obbligo del previo esaurimento dei rimedi interni, benché non fosse stato sollevato alcun incidente di costituzionalità sulla legge nazionale in materia di PMA. Posto che il modello di giustizia costituzionale del nostro Paese non contempla un diritto del singolo a lamentare la lesione di diritti fondamentali davanti al giudice delle leggi (similmente a quanto invece riconosciuto in altri sistemi grazie al *recurso de amparo* o alla *Verfassungsbeschwerde*), l'accesso alla giustizia costituzionale – questa l'argomentazione dei giudici europei – non costituisce in Italia un rimedio giurisdizionale effettivo, da esperire obbligatoriamente, al fine di soddisfare la condizione di ricevibilità prevista dall'[art. 35, par. 1, CEDU](#). Data anche l'estrema facilità di accesso per i singoli all'istanza di giustizia internazionale regionale (solo in parte ridotta dalla condizione del «danno rilevante» introdotta dal Prot. n. 14) e l'atteggiamento di *self restraint* adottato dal giudice delle leggi su materie controverse, nelle quali le scelte di fondo - si assume - spettino alla discrezionalità del legislatore, l'argomentazione dei giudici di Strasburgo avrebbe agevolmente condotto verso una *tendenziale*, quanto prevedibile, estromissione del garante della rigidità costituzionale da tutte le questioni di tutela dei diritti fondamentali convertibili in questioni di non convenzionalità della normativa nazionale.

Il potenziale esaurimento ora paventato si è definito solo tendenziale poiché sussiste pur sempre uno spazio di protezione non coperto dalla Convenzione europea, che ha lo scopo di offrire una tutela minimale dei diritti fondamentali dell'essere umano comune a tutta l'area della grande Europa dei 47 e lascia – attraverso l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento e nel rispetto della clausola di salvaguardia di cui all'[art. 53 CEDU](#) – a questi ultimi la possibilità di riconoscere un livello di protezione superiore a quello stabilito nella Convenzione di Roma. La possibilità di rinvenire negli ordinamenti statali – ed in particolare nelle loro Costituzioni – standard di garanzia più elevati e dunque vincoli più stringenti per il legislatore ordinario è esemplificata in modo emblematico dal [caso S.H. et al. c. Austria del 2011](#), in cui, sempre in tema di PMA, i giudici alsaziani avevano negato che l'ammissibilità della fecondazione eterologa, rivendicata dai ricorrenti, ricadesse nella protezione minimale dei diritti di matrice internazionale regionale, evocando delicate opzioni etiche e conseguenti scelte di politica legislativa riservate al legislatore nazionale. Proprio tale delimitazione del proprio ruolo da parte dell'istanza europea avrebbe consentito di lì a poco alla Corte costituzionale di pronunciare la [sent. n. 162/2014](#), confermando che l'asticella delle garanzie può essere innalzata invocando la Carta fondamentale anziché la CEDU (e non, sempre e soltanto, viceversa): risultato, questo, registrato icasticamente da attenta dottrina (G. REPETTO, «*Non di sola Cedu ...*». *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 1/2013, 131 ss.).

Al di fuori, però, dell'ambito in cui entra in gioco il margine di apprezzamento statale, il pericolo di emarginazione del giudice delle leggi sorto in seguito alla pronuncia [Costa e Pavan](#) rimane reale ed alquanto insidioso.

2. Sul rapporto tra incidente di costituzionalità ed obbligo di esaurimento dei rimedi interni nel nostro Paese, la Corte Edu torna dunque ad esprimersi nell'odierno [caso Parrillo](#). Precisamente, due sono le prospettive che emergono sul punto in seno alla Corte europea: l'una espressa nella decisione largamente maggioritaria del collegio giudicante, l'altra chiarita in un'opinione separata, con contenuto parzialmente concorrente. Va detto subito che, secondo entrambe le prospettive, l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano – secondo cui la Sig.ra Parrillo avrebbe dovuto far valere le sue rivendicazioni, in merito alla possibilità di donare gli embrioni soprannumerari, attraverso il giudizio incidentale di costituzionalità prima di rivolgersi alla Corte Edu – non risulta meritevole di accoglimento; tuttavia, esse divergono significativamente nella rispettiva motivazione.

Nella sentenza, infatti, la Corte Edu respinge l'eccezione governativa limitandosi a riprendere l'argomento formulato nella [decisione Costa e Pavan](#) relativo alla carenza (strutturale) ravvisata nel modello di giustizia costituzionale italiano, carenza a cui evidentemente non è possibile sopperire, se non *de iure condendo*. Questa posizione, come già notato, tende ad emarginare gravemente il ruolo della Corte costituzionale nell'opera di salvaguardia dei diritti fondamentali, ma, appunto, non è nuova.

Più interessante risulta essere, invece, la posizione formulata nell'opinione parzialmente concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolau e Dedov, i quali dichiarano di non condividere integralmente le ragioni che la Grande Camera pone alla base del rigetto dell'eccezione governativa, in quanto - almeno fino ad un certo punto - convinti della bontà del ragionamento addotto dal Governo. In base ad esso, infatti, non sarebbe stato più vero che il singolo, che avesse lamentato la violazione di diritti fondamentali, non avrebbe potuto disporre di un accesso (sostanzialmente) diretto alla giurisdizione costituzionale, almeno non dopo l'introduzione del complessivo meccanismo di adattamento alla CEDU messo a punto dalla Corte costituzionale a partire dalle [sentenze gemelle del 2007](#). L'accentramento della risoluzione dei contrasti tra CEDU e legge interna, insieme con il vincolo interpretativo alle pronunce della Corte di Strasburgo, postulati in quella "coppia" di decisioni, avrebbe determinato infatti una situazione *equipollente* all'esistenza di un ricorso diretto di costituzionalità: stando infatti a tali premesse, il giudice comune che non avesse ritenuto praticabile un'interpretazione convenzionalmente conforme della legge avrebbe avuto l'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale. Questa situazione avrebbe configurato per il giudice italiano, secondo gli autori dell'opinione concorrente, un'alternativa secca, per cui «*tertium non datur*» (punto 4 dell'*opinion*), il che valeva in definitiva a riconoscere un corrispondente diritto in capo alla parte di ottenere il vaglio di legittimità costituzionale della disciplina nazionale ritenuta non in linea con le garanzie fissate a Strasburgo. In questo modo il giudizio di legittimità in via incidentale sarebbe assunto a rimedio obbligatoriamente esperibile come condizione di ricevibilità dei ricorsi individuali alla Corte Edu.

La situazione – secondo i giudici in minoranza – sarebbe, però, ulteriormente mutata dopo la [sent. n. 49/2015 della Corte costituzionale](#): questa sentenza viene infatti "accusata" di aver azzerato il benefico effetto, discendente dalle sentenze gemelle, d'imporre alle parti l'esperimento del giudizio di legittimità costituzionale *sempre, prima* di intentare la causa a Strasburgo. Se prima del 26 marzo 2015 – si osserva nella *concurring opinion* – i giudici comuni che avessero ritenuto fallito il tentativo di interpretazione adeguatrice, si sarebbero dovuti rivolgersi alla Corte costituzionale per far valere la Convenzione e la giurisprudenza europea, l'attenuazione del vincolo giudiziale alle interpretazioni della Corte Edu, discendente dalla [sent. n. 49](#) ha trasformato drasticamente questo quadro. Essa infatti – precisano ancora i giudici in minoranza – ritiene il giudice nazionale vincolato a sollevare la questione di legittimità costituzionale solo in caso di "giurisprudenza consolidata" o di "sentenza pilota", mentre, dinanzi ad una nuova domanda di tutela, quale è indubbiamente quella che si ha nel caso prospettato dalla Sig.ra Parrillo, tale obbligo verrebbe meno, rendendo così ancora una volta per la parte ineffettivo il giudizio di costituzionalità (del resto che la nozione di "giurisprudenza consolidata" sia di difficile determinazione è stato subito osservato nei commenti alla [sent. n.](#)

[49/2015](#), né i criteri individuati a tal proposito dal giudice delle leggi appaiono d'aiuto, prestando il fianco a critiche il più delle volte condivisibili). L'effetto della [sent. n. 49](#) sarebbe, in definitiva, quello di impedire, in sede di valutazione sull'ammissibilità del ricorso individuale, che si possa pretendere dalla parte di sollecitare la promozione del giudizio di legittimità costituzionale prima di adire la Corte Edu. La *concurring opinion* sembra dunque, indirettamente ma chiaramente, rivolta alla Corte costituzionale italiana, prospettando l'introduzione del giudizio di costituzionalità tra le condizioni di ammissibilità del ricorso a Strasburgo come una sorta di "merce di scambio" per la ritrattazione della [sent. n. 49](#).

3. Va notato, infine, che, anche nella motivazione della sentenza *Parrillo*, si accenna alla [pronuncia n. 49/2015](#), ma non si assegna ad essa alcuna particolare incidenza sulla questione dell'individuazione dei rimedi esperibili, dato che, a monte, si disconosce ai *famous "twin" judgements* del [2007](#) ogni capacità di far mutare orientamento alla Corte europea in merito all'assenza in Italia di un presunto obbligo di sottoporre la questione all'attenzione del giudice delle leggi prima di indirizzarsi a Strasburgo (come invece riconosciuto in altri Paesi, dove il ricorso diretto di costituzionalità esiste: *W. v. Germany*, n. 10785/84, 18 lug. 1986, *Decisions and Reports* (DR) 48, 104; *Union Alimentaria Sanders SA v. Spain*, 11 dic. 1987, DR 54, 101 e 104). La circostanza – appurata dalla Corte – per cui nei giudizi comuni, dove il problema della donazione degli embrioni soprannumerari è stato affrontato, pur dando ad esso risposta negativa, non sempre sia stata rimessa la questione alla Corte costituzionale, viene considerata una conferma della validità dell'orientamento accolto. A questo fine, infatti, la Corte Edu mostra di ritenere che sarebbe stato necessario che il Governo italiano avesse allegato la dimostrazione che l'azione della ricorrente davanti alle giurisdizioni comuni, combinata con l'obbligo di queste di adire la Corte costituzionale invocando la Convenzione, rappresentava per la stessa parte un rimedio effettivo: dimostrazione da rendere in concreto ovvero sulla base di "una giurisprudenza ed una prassi consolidate" («*backed up by established caselaw and practice*»: 104).

**Massimo Cavino**

***Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia. (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)***

SOMMARIO: 1. *Premessa: la Francia non è in guerra.* – 2. *Gli interventi normativi per la sicurezza interna. La dichiarazione dello stato di urgenza* – 2.1. *La storia dell'istituto: 1955-2005.* – 2.2. *Le misure adottate dopo i fatti di Parigi.* – 2.3. *La legittimità delle misure adottate rispetto alla CEDU e alla Costituzione.* – 3 *La proposta di revisione costituzionale.* – 3.1. *La disciplina costituzionale degli stati di eccezione.* – 3.2. *La decadenza dalla cittadinanza francese.* – 4. *Conclusioni: il pericolo che corre la nazione francese.*

*1. Premessa: la Francia non è in guerra.*

«La Francia è in guerra. Gli atti compiuti venerdì sera a Parigi e nei pressi dello Stadio di Francia, sono atti di guerra. Hanno causato almeno 129 morti e numerosi feriti. Essi costituiscono una aggressione contro il nostro paese, contro i suoi valori, contro la sua gioventù, contro il suo stile di vita».

Con queste parole ha esordito il Presidente della Repubblica François Hollande pronunciando il suo discorso davanti al Parlamento riunito in Congresso, a Versailles, il 16 novembre scorso.

E tutto il discorso è stato costruito intorno al concetto di “terrorismo di guerra”, presentato come ultimo stadio evolutivo di un processo criminale internazionale che, con gli attentati di Parigi, è giunto a maturazione.

Il nemico, ha precisato il Presidente della Repubblica «è una organizzazione, Daech, che dispone di una base territoriale, di risorse finanziarie e di capacità militari», in grado di colpire in diversi luoghi del mondo, oppressiva delle popolazioni cadute sotto il suo dominio, e che rappresenta un pericolo per tutti gli Stati vicini alle aree da essa controllate.

François Hollande si è riferito ad un “esercito” terrorista jihadista organizzato per condurre azioni militari pianificate fuori dai confini nazionali e realizzate in Francia grazie a complicità francesi.

L'uso dei concetti di “guerra” e di “esercito” è senza dubbio improprio, contraddittorio rispetto alle premesse ideali del discorso e, in ultima analisi, pericoloso.

Per quanto sia stato oggetto di numerose stipulazioni, il termine “guerra” conserva ancora una sua capacità definitoria: tecnicamente la guerra consiste nello scontro tra soggetti della comunità internazionale, implicante l'uso della forza, regolato dal diritto internazionale.

La guerra è in altri termini un rapporto di diritto internazionale.

E non vi può essere guerra contro Daech<sup>1</sup> perché esso non è un soggetto riconosciuto dalla comunità internazionale. Si faccia molta attenzione: Daech non può essere riconosciuto dalla comunità internazionale perché Daech mette in discussione l'idea stessa della comunità internazionale cui vuole sostituire un ordine teocratico globale.

Per le stesse ragioni non è possibile considerare gli attentati di Parigi, contrariamente a quanto sostenuto dal Presidente Hollande, quali atti di guerra: essi sono atti di terrorismo poiché possono, senza alcuna forzatura, essere ricondotti alla definizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera b), della “Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo”, stipulata a New York il 9 dicembre 1999<sup>2</sup> e ratificata dalla Francia in forza della legge n. 2001-1118 del 28 novembre 2001<sup>3</sup>. Tale disposizione qualifica come terroristico «Ogni altro atto finalizzato a uccidere o ferire

<sup>1</sup> Il sé dicente Stato islamico è stato designato con diversi acronimi. In Francia il termine più ricorrente per definirlo è sempre stato Daech. Dopo gli attentati di Parigi, per un'evidente tracimazione comunicativa, Daech è divenuto l'acronimo generalmente utilizzato, in sostituzione di Isis. In argomento cfr. l'editoriale di *The Economist* del 15 novembre 2015, *What to call Islamic State*, reperibile all'URL <http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2015/11/economist-explains-10> (ultimo accesso 8 dicembre 2015).

<sup>2</sup> Cfr. Y. BANIFATEMI, *La lutte contre le financement du terrorisme international*, in *Annuaire français de droit international*, volume 48, 2002, 103 e ss.

<sup>3</sup> Al contenuto normativo della convenzione di New York del 1999 rinvia il Preambolo della Convenzione di Strasburgo del 23 marzo 2011, stipulata nel quadro del Consiglio d'Europa e relativa al “Riciclaggio, depistaggio,

gravemente un civile, o ogni altra persona che non partecipi direttamente alle ostilità in caso di conflitto armato, allorché, per la sua natura o il suo contesto, questo atto miri ad intimidire una popolazione o a costringere un governo o una organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere una qualsiasi azione».

Né le cellule dei terroristi autori degli attentati possono essere qualificate come reparti di un esercito o come brigate di combattenti volontari. Lo impedisce l'art. 4 della Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 12 agosto 1949, che assimila alle truppe regolari «I membri delle altre milizie e i membri degli altri corpi di volontari, compresi quelli dei movimenti di resistenza organizzati, appartenenti a una delle parti in conflitto e agenti fuori o all'interno del proprio territorio, anche se questo territorio è occupato, e compresi quei movimenti di resistenza che rispettino queste condizioni: a) avere al proprio comando una persona responsabile dei suoi subordinati; b) avere un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza; c) portare apertamente le armi; d) rispettare, nelle proprie operazioni, le leggi e le consuetudini di guerra».

Si potrebbe obiettare che la minaccia terroristica di Daech rompa gli schemi e superi le categorie formali del diritto, così come le abbiamo fino ad ora conosciute; e che le eccezioni di carattere formale indeboliscano la necessaria reazione alla barbarie.

Si tratterebbe però di una obiezione contraddittoria rispetto alle premesse di tutti i discorsi, compreso quello del Presidente Hollande, pronunciati in reazione agli attentati di Parigi. Se ad essere sotto attacco è la cultura occidentale, non si può ammettere che la reazione consista nella rinuncia ad uno dei suoi elementi fondamentali: la concezione di una vita sociale, nelle comunità nazionali e nella comunità internazionale, regolata dal diritto: una vita sociale certamente imbrigliata dalle forme del diritto, certamente formalista, ma orientata al formalismo pratico, inteso come limite posto alle pulsioni particolari nella prospettiva del benessere collettivo.

Per queste ragioni, l'uso "informale" del termine guerra da parte del Presidente della Repubblica François Hollande può essere rischioso nel momento in cui egli propone di mettere mano agli strumenti "formali" che il diritto francese appresta per garantire la libertà e la sicurezza dei cittadini.

## *2. Gli interventi normativi per la sicurezza interna: la dichiarazione dello stato di urgenza.*

Nel suo discorso il Presidente della Repubblica ha proposto un intervento a due tempi che prevede, nell'immediato, il ricorso alla legge sullo stato d'urgenza, e, in un secondo momento, una riforma della disciplina della decadenza dal diritto di cittadinanza ed una revisione costituzionale.

### *2.1. La storia dell'istituto. 1955-2005.*

L'istituto dello stato d'urgenza fu introdotto nell'ordinamento francese dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955<sup>4</sup> con la quale il legislatore voleva predisporre i mezzi necessari per contenere l'insorgenza delle attività di sabotaggio e le azioni armate condotte in Algeria dal FLN<sup>5</sup>.

Lo stato d'urgenza veniva configurato come uno stato di eccezione che permetteva alle autorità di governo di prendere provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione e soggiorno e di riunione, e di limitare la libertà di stampa.

In considerazione della forte compressione delle libertà costituzionali che esso comportava, l'art. 1 della legge n. 55-385 del 1955 prevedeva che lo stato di urgenza potesse essere dichiarato solo con una legge che ne determinasse la durata e le modalità di applicazione; solo un'altra legge avrebbe potuto prorogarne la durata.

Nel 1955 l'ordinamento francese contemplava già una ipotesi di stato di eccezione, quella di stato d'assedio, disciplinata dalla legge del 3 aprile 1878 che attribuiva alle autorità militari poteri simili a

---

sequestro, confisca dei prodotti del crimine e al finanziamento del terrorismo", la cui ratifica da parte della Francia è stata autorizzata dalla legge n. 2015-1197 del 30 settembre 2015.

<sup>4</sup> Sugli stati ordinamentali di "eccezione" nell'ordinamento transalpino, cfr. P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009, 166 ss.

<sup>5</sup> In argomento, cfr. S. THENAULT, *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d'une loi*, in *Le Mouvement Social*, 2007/1, 63 e ss.



quelli introdotti con la legge sullo stato d'urgenza. Il legislatore scelse però di non dichiarare lo stato d'assedio e di introdurre una nuova forma di stato d'eccezione per ragioni di carattere essenzialmente politico: il ricorso alla forza militare avrebbe potuto connotare le azioni dei militanti del FLN come attività di forze combattenti di liberazione e mettere quindi in discussione il dogma politico dell'unità della Algeria francese con la Francia metropolitana.

Sulla disciplina degli stati d'eccezione è poi intervenuta in modo significativo la Costituzione del 1958, che ha introdotto l'ipotesi del ricorso ai poteri eccezionali da parte del Capo dello Stato (art. 16) e ha costituzionalizzato la disciplina dello stato d'assedio (art. 36).

Lo stato d'urgenza non è stato invece attratto al rango delle norme costituzionali. Questo non ha impedito che, a meno di due anni dalla entrata in vigore della Costituzione, Charles de Gaulle, primo presidente della Quinta Repubblica, ne modificasse la disciplina con l'*Ordonnance* n. 60-372 del 15 aprile 1960.

L'intervento voluto da De Gaulle sulla legge n. 55-385 del 1955 ha innovato in modo significativo rispetto alla titolarità della dichiarazione dello stato d'urgenza, disposta non più con una legge, ma con un decreto del Consiglio dei ministri. Si è poi stabilito che la durata dello stato d'urgenza non possa superare i dodici giorni e possa essere prorogata solo da una legge che ne determini definitivamente lo spirare.

Così, la disciplina legislativa della dichiarazione dello stato d'urgenza, viene a riflettere gli aspetti procedurali che l'art. 36 della Costituzione prevede per la dichiarazione dello stato d'assedio: «1. Lo stato d'assedio è decretato in Consiglio dei ministri. 2. La sua proroga oltre i dodici giorni non può essere disposta che dal Parlamento». Restava (e resta) però una differenza fondamentale: lo stato d'assedio comporta, come abbiamo visto, l'intervento delle forze militari; lo stato d'urgenza attribuisce poteri eccezionali alle autorità civili.

Dal punto di vista storico, la riforma di De Gaulle è particolarmente interessante: essa ci permette infatti di comprendere che nel 1960 lo stesso *Generale* non era certo di potersi fidare delle forze armate e preferiva disporre di strumenti di intervento estranei al controllo militare.

Quella del Presidente della Repubblica nei confronti delle forze armate non era una preoccupazione infondata: a distanza di un anno dalla riforma, lo stato di urgenza venne dichiarato proprio in relazione al *putsch* militare di Algeri del 22 aprile 1961. E il *putsch* di Algeri ha condotto ad un intreccio tra gli istituti d'eccezione<sup>6</sup>.

Proclamato lo stato d'urgenza il 22 aprile 1961, il Presidente della Repubblica ha fatto ricorso ai poteri eccezionali di cui all'art. 16 della Costituzione (su cui torneremo più diffusamente oltre) e il 24 aprile successivo ha adottato una serie di decisioni tra cui quella che lo prorogava a tempo indeterminato. Una successiva decisione del 29 settembre 1961, poco prima della fine dell'utilizzo dei poteri eccezionali, prolungava lo stato d'urgenza fino al 15 luglio 1962. Poi, due giorni prima del suo scadere, l'*Ordonnance* n. 62-797 del 13 luglio 1962, adottata in forza della legge del 13 aprile 1962, approvata con *referendum*, in esecuzione agli accordi di Evian, prorogava lo stato d'urgenza fino al 31 maggio 1963: a giustificare l'ultima proroga sarebbe stato il pericolo di attentati condotti dalla *Organisation Armée Secrète* (OAS) in reazione alla concessione dell'indipendenza all'Algeria.

Lo stato d'urgenza è dunque durato per più di due anni e un mese, periodo decisivo per la storia di Francia durante il quale non si è soltanto chiusa la questione algerina, ma si è anche conclusa in un certo senso la fase costituente con l'introduzione, il 12 settembre 1962, dell'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio universale diretto.

Le dichiarazioni di stato d'urgenza hanno dunque caratterizzato la stagione dell'instabilità politica francese: dall'inizio dell'agonia della Quarta Repubblica fino alla definitiva stabilizzazione della Quinta.

Una volta consolidatosi il regime della Quinta Repubblica, lo stato d'urgenza è stato dichiarato soltanto in due occasioni: nel 1985, limitatamente alla Nuova Caledonia, a seguito di moti insurrezionali indipendentisti, e, vent'anni dopo, sul territorio metropolitano, a seguito dei disordini

---

<sup>6</sup> Cfr. F. ROLIN, *L'Etat d'urgence*, in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, 613 e ss.

che hanno portato la devastazione nelle *banlieues*.

La vicenda neo caledone ha riportato la Francia a riflettere sulla sua eredità post coloniale.

All'inizio degli anni ottanta il movimento FLNKS (*Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste*), guidato da Eloi Machoro, deluso nelle aspettative riposte nella elezione di François Mitterrand alla presidenza della Repubblica, aveva avviato un'azione politica per l'indipendenza della Nuova Caledonia spingendosi fino alla rivolta armata nell'autunno del 1984. A fronte di una risposta delle autorità francesi ritenuta timida, i coloni hanno, essi stessi, reagito con la forza.

In questo clima veniva approvata la legge n. 84-821 del 6 settembre 1984 recante lo statuto della Nuova Caledonia, che attribuiva all'Alto commissario della Repubblica l'esercizio di tutti i poteri di governo, compreso quello di dichiarare lo stato d'urgenza. Potere che egli ha esercitato per riportare l'ordine nell'arcipelago dopo l'uccisione di Eloi Machoro<sup>7</sup> ad opera dell'unità speciale della Gendarmeria, il 12 gennaio 1985.

Lo stato d'urgenza in Nuova Caledonia fu così dichiarato con il decreto n. 85-46 del 14 gennaio 1985 e prorogato con legge fino al 1° luglio 1985.

Sulla legge di proroga ha avuto modo di pronunciarsi il *Conseil constitutionnel* che, con la decisione n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, ha chiarito (cons. n. 3) che l'art. 34 della Costituzione, nell'attribuire al legislatore la disciplina delle garanzie fondamentali dei diritti dei cittadini, gli ha conferito il potere di bilanciare la tutela delle libertà con la salvaguardia dell'ordine pubblico, senza il quale non potrebbe essere assicurato lo stesso godimento dei diritti; esso ha inoltre ritenuto (cons. n. 4) che l'art. 36 della Costituzione, nel prevedere l'ipotesi della dichiarazione dello stato d'assedio, non ha escluso che il legislatore possa prevedere una fattispecie distinta e che pertanto la legge del 3 aprile 1955 non era stata abrogata dalla Costituzione del 1958<sup>8</sup>.

Il ricorso allo stato d'urgenza in Nuova Caledonia non ha acceso particolari polemiche nell'opinione pubblica francese. Il fatto che lo strumento d'eccezione venisse utilizzato oltre mare e in relazione a vicende di sapore coloniale ha stabilito una sorta di distanza ideale tra le vicende dell'arcipelago e gli intellettuali metropolitani: lo stato d'urgenza è stato percepito come un avvenimento episodico che si sarebbe presto risolto. Ciò ha impedito che si sviluppasse un dibattito intorno al bilanciamento tra le esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico e la garanzia dei diritti costituzionali.

Le cose sono andate molto diversamente nel 2005.

Nella notte tra il 27 e il 28 ottobre 2005 a Clichy-sous-Bois, comune dell'Île-de-France, due adolescenti Zyed Benna e Bouna Traoré, inseguiti dalla polizia si rifugiarono in una cabina elettrica e morirono folgorati da un trasformatore. La morte dei due giovani scatenò una rivolta popolare che presto si diffuse in tutta l'area delle *banlieues* parigine per poi estendersi anche ad altri centri urbani quali Toulouse, Lyon, Évreux, Amiens.

A fronte della persistenza delle violenze (diffusi attacchi incendiari e scontri con la polizia), lo stato d'urgenza venne dichiarato con i decreti nn. 1386 e 1387 dell'8 novembre 2005 e venne prorogato dalla legge n. 2005-1425 del 18 novembre 2005 per un periodo di tre mesi (e dichiarato anticipatamente cessato dal decreto n. 2006-2 del 3 gennaio 2006)<sup>9</sup>.

La dichiarazione di stato d'urgenza nell'autunno del 2005 ha acceso un vivace dibattito nell'opinione pubblica e nel mondo accademico francese, conducendo alla presentazione di ricorsi davanti al giudice amministrativo<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> In argomento, cfr. S. JACQUEMART, *Inventer la Nouvelle-Calédonie*, in *Annuaire des collectivités locales*, 1989, 61 e ss., in particolare 67 e s.; R. GUIART, *Témoignage : la vie et la mort d'Eloi Machoro*, in *Journal de la Société des océanistes*, 1991/1, 129 e ss.

<sup>8</sup> In argomento, cfr. G. LEBRETON, *Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2007, in particolare, 90 e s.

<sup>9</sup> Su queste vicende, cfr. P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 95.

<sup>10</sup> La possibilità di impugnare i decreti di dichiarazione dello stato d'urgenza era stata ammessa dal Consiglio di Stato già con la decisione *Dame Dagostini*, n. 68151 del 25 luglio 1985 con la quale si stabilì che il giudice amministrativo possa pronunciarsi esclusivamente sull'errore manifesto nell'apprezzamento dei presupposti di adozione dei decreti.

Il 9 novembre 2005, due ricorsi venivano infatti proposti al *Juge des référés* del Consiglio di Stato affinché pronunciasse la sospensione dei decreti del Governo in ragione dell'ampiezza eccessiva del loro ambito di applicazione territoriale e della sproporzione dei mezzi di repressione che essi consentivano.

Con le decisioni n. 286835 e n. 286837 del 14 novembre 2005, il *Juge des référés* del *Conseil d'État* ha respinto tali ricorsi. La motivazione delle decisioni risulta comunque di grande interesse in quanto il giudice amministrativo non ha opposto alla ricevibilità dei ricorsi la natura di *actes de gouvernement* degli atti impugnati, ma ha deciso di pronunciarsi nel merito valutando la congruità delle misure imposte dallo stato d'urgenza, con ciò riconoscendosi il potere di sospendere atti analoghi se ritenuti sproporzionati. La stessa posizione è stata confermata dalla decisione n. 287777 del 9 dicembre 2005, con cui il *Juge des référés* ha respinto i ricorsi avanzati contro la proroga della dichiarazione dello stato d'urgenza<sup>11</sup>.

## 2.2. Le misure adottate dopo i fatti di Parigi.

Lo stato d'urgenza dopo gli attentati del 13 novembre 2015 è stato dichiarato con tre decreti.

Il primo decreto n. 2015-1475 del 14 novembre 2015 ha dichiarato lo stato d'urgenza sul territorio metropolitano e in Corsica.

I decreti nn. 2015-1476 e 2015-1478 del 14 novembre 2015 hanno stabilito le modalità di attuazione dello stato d'urgenza e le misure conseguenti.

In particolare, sono state adottate le misure previste dagli articoli 5, 6, 8, 9, 10 e 11, primo comma della legge del 3 aprile 1955. Esse attribuiscono ai prefetti il potere di limitare la libertà di circolazione e soggiorno; permettono al ministro degli interni di disporre il soggiorno obbligato nei confronti di persone ritenute sospette ed il sequestro di tutte le armi detenute sul territorio interessato dalla dichiarazione; e consentono alle autorità di polizia di procedere a perquisizioni ed ispezioni domiciliari.

Lo stato d'urgenza è stato prorogato dalla legge 2015-1501 del 20 novembre 2015 per la durata di tre mesi.

La legge non si è però limitata alla proroga ed è intervenuta sulla disciplina della legge del 3 aprile 1955. Essa ha, da un lato, introdotto nuovi strumenti repressivi:

- modificando la disciplina delle perquisizioni domiciliari e prevedendo che le autorità di polizia possano procedere alla acquisizione dei dati contenuti nei dispositivi informatici eventualmente trovati nel locale perquisito;

- aggiornando la disciplina dell'assegnazione al soggiorno obbligato e disponendo che la persona soggetta alla misura possa essere costretta a restare presso un luogo di dimora indicato dal ministro degli interni per un periodo massimo giornaliero di dodici ore; che essa possa essere obbligata a presentarsi alle autorità di polizia fino a tre volte al giorno; che le possa essere vietato di frequentare determinate persone;

- introducendo la previsione dello scioglimento, con decreto del Consiglio dei ministri, delle associazioni e dei gruppi che abbiano compiuto azioni che minacciano l'ordine pubblico o che abbiano favorito o incitato azioni di questo tipo.

Dall'altro, sono state introdotte alcune disposizioni che hanno eliminato misure repressive previste dalla legge del 1955 ed hanno introdotto elementi procedurali a garanzia dei diritti dei cittadini:

- è stato abrogato il comma 2 dell'art. 11 della legge del 1955, che autorizzava controlli sulla stampa (misura che, peraltro, non è mai stata utilizzata nel corso delle precedenti dichiarazioni dello stato d'urgenza);

- è stato stabilito l'obbligo per il Governo di informare le Camere sulle misure adottate;

- si è facilitato l'accesso alla tutela giurisdizionale, abrogando l'art. 7 della legge del 1955 che istituiva le commissioni dipartimentali competenti sulla revoca delle misure di polizia ed affermando in modo esplicito (con l'inserimento dell'art. 14-1) la giurisdizione del giudice amministrativo;

---

<sup>11</sup> Cfr. B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, H. RIHAL, L. ROUBAN, *Chronique de l'administration*, in *Revue française d'administration publique*, 2005/4, 742 e ss.

- è stato abrogato l'art. 12 della legge del 1955 che permetteva di trasferire con decreto alla magistratura militare la giurisdizione sui delitti di competenza della corte d'assise

Complessivamente considerata, la disciplina delle misure che il Governo e le autorità di polizia possono adottare durante lo stato d'urgenza rappresenta comunque una forte limitazione delle libertà costituzionali dei cittadini francesi<sup>12</sup>.

Sicuramente l'aspetto che desta maggiori perplessità è l'assenza di uno stretto rapporto tra l'adozione di tali misure e i presupposti di fatto che hanno condotto alla dichiarazione dello stato d'urgenza.

Se i decreti del 14 novembre sono stati adottati per fronteggiare il pericolo di attentati terroristici, la legge che ne proroga gli effetti autorizza ad utilizzare le misure di polizia per ogni tipo di minaccia, reale o presunta, all'ordine pubblico.

Così le autorità di pubblica sicurezza hanno potuto disporre le misure restrittive previste dall'art. 6 della legge del 1955, relative al soggiorno obbligato, anche in relazione a vicende del tutto estranee al pericolo di attentati terroristici di tipo *jihadista*: in occasione della ventunesima conferenza delle parti (COP21) della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, svoltasi a Parigi dal 30 novembre all'11 dicembre 2015, le autorità di polizia hanno disposto assegnazioni al soggiorno obbligato di diversi militanti ecologisti, per il periodo compreso tra il 29 novembre e il 12 dicembre 2015. Anche le riunioni ed i cortei organizzati dalle associazioni ecologiste sono stati vietati.

La sospensione del godimento dei diritti costituzionali è risultata pertanto generalizzata.

### 2.3. *La legittimità delle misure adottate rispetto alla CEDU e alla Costituzione.*

La generalizzata compressione dei diritti determinata dalla applicazione della legge sullo stato d'urgenza giustifica l'interrogativo se essa non sia censurabile, tanto sotto il profilo della convenzionalità, rispetto alla CEDU, quanto sotto il profilo della costituzionalità.

Consapevole del contrasto tra le norme della legge del 3 aprile 1955 (come novellata dalla legge 2015-1501 del 20 novembre 2015) e la disciplina della CEDU, il Governo francese, il 25 novembre scorso, ha comunicato al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, la sua intenzione di applicare l'art. 15 della stessa convenzione<sup>13</sup>. Esso dispone che «1) In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2) La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2 [diritto alla vita], salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3 [proibizione della tortura], 4 § 1 [proibizione della schiavitù] e 7 [Nulla poena sine lege]. 3) Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione».

Ma anche la comunicazione della decisione di derogare alla CEDU in applicazione del suo art. 15 non risolve del tutto le questioni di convenzionalità che potrebbero porsi sullo stato d'urgenza.

E ciò proprio in relazione alla mancanza di un nesso tra i presupposti di fatto che ne giustificano

---

<sup>12</sup> Si consideri peraltro che la dichiarazione dello stato di urgenza è intervenuta nel pieno della campagna elettorale per le consultazioni regionali del 6 e 13 dicembre 2015. Sulla possibilità che l'esercizio dei diritti elettorali e politici dei cittadini francesi venisse compresso si è pronunciato il *Juge des référés* del *Conseil d'État* con decisione n. 394888 del 1° dicembre 2015, reperibile in internet all'URL <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Ordonnance-du-1er-decembre-2015-M.-B-et-M.-D> (ultimo accesso 8 dicembre 2015). Il giudice amministrativo ha respinto i ricorsi con i quali si chiedeva uno spostamento della consultazione elettorale, sostenendo, per il vero in modo apodittico, che le misure di polizia adottate in applicazione dello stato d'urgenza non erano di per sé sufficienti ad incidere negativamente sulla libertà di suffragio.

<sup>13</sup> In argomento, cfr. G. GONZALEZ, *L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2007, 93 e ss.



la dichiarazione ed i provvedimenti particolari e concreti che le autorità di polizia possono adottare.

L'art. 15 CEDU ammette deroghe alla Convenzione in due ipotesi: nel caso di guerra e nel caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

Malgrado le affermazioni del Presidente Hollande, la Francia non può certo invocare lo stato di guerra a giustificazione della deroga, ma piuttosto l'esistenza di un pericolo per la vita della nazione. La Corte di Strasburgo, fin dalla sua prima sentenza *Lawless contro Irlanda* del 1° luglio 1961, ha chiarito (cons. n. 28) che «Nel contesto generale dell'art. 15 della Convenzione, il senso normale e abituale delle parole “in caso di guerra o in caso di altro pericolo che minacci la vita della nazione” è sufficientemente chiaro; esse designano, in effetti, una situazione di crisi o di pericolo eccezionale e imminente che riguarda l'insieme della popolazione e costituisce una minaccia per la vita organizzata della comunità nazionale».

Evidentemente gli attentati di Parigi e la presenza di cellule terroristiche sul suolo francese rappresentano un pericolo per la vita della nazione.

Ma ciò porta a concludere che le deroghe alla garanzia dei diritti costituzionali sia giustificata solo per affrontare quel pericolo.

Del resto lo stesso comma 1 dell'art. 15 della Convenzione ammette deroghe nella “stretta misura in cui la condizione lo richieda”.

Occorre peraltro ricordare che la Francia, ratificando la Convenzione, il 3 maggio 1974, ha espresso una riserva di interpretazione rispetto al comma 1 dell'art. 15<sup>14</sup>. Tale riserva si articola su due aspetti: in primo luogo, essa opera sui presupposti della deroga, stabilendo che essi devono essere considerati equivalenti a quelli che, per il diritto nazionale francese, consentono la dichiarazione dello stato d'urgenza, la dichiarazione dello stato d'assedio e l'uso dei poteri eccezionali da parte del Presidente della Repubblica; in secondo luogo, essa incide sui provvedimenti concretamente adottati, interpretando il limite della deroga alla “stretta misura in cui la situazione lo richieda” e stabilendo che esso non può impedire al Presidente della Repubblica di adottare tutti gli atti che ritenga necessari nel quadro dei poteri eccezionali di cui all'art 16 della Costituzione.

Si faccia molta attenzione: la riserva di interpretazione sui provvedimenti che concretamente possono essere adottati è limitata agli atti del Presidente della Repubblica in regime di esercizio dei poteri eccezionali; ma essa non copre gli atti adottati in regime di stato d'urgenza e di stato d'assedio.

Questo significa che non tutte le misure di polizia disposte durante l'urgenza cadranno nel regime di deroga. Ciò che, del resto, è chiarito dal comunicato del Segretario generale del Consiglio d'Europa<sup>15</sup>, che prende atto della decisione francese: «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo continuerà ad essere applicata. Quando il Governo vorrà invocare l'art. 15 per derogare alla Convenzione per le singole fattispecie, la Corte si pronuncerà sulla conformità della sua richiesta con i criteri stabiliti dalla Convenzione».

La legge del 3 aprile 1955 (come novellata dalla legge 2015-1501 del 20 novembre 2015) è probabilmente censurabile anche sul piano della costituzionalità.

Il *Conseil constitutionnel*, come abbiamo visto, si era pronunciato con la decisione 85-187 DC del 1985, affermando che il legislatore può bilanciare le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e di tutela dei diritti costituzionali. In quella occasione, il giudice costituzionale non si era però pronunciato sul contenuto normativo della legge del 3 aprile 1955.

Né poteva farlo: prima del 2010 il *Conseil constitutionnel* non poteva pronunciarsi sulla conformità costituzionale di leggi promulgate, ed in effetti la decisione n. 85-187 DC si limita ad affermare la conformità costituzionale della legge che proroga il regime dello stato d'urgenza in Nuova Caledonia.

Rispetto alla legge del 1955, anteriore all'entrata in vigore della Costituzione del 1958, il giudice

---

<sup>14</sup> Cfr. J.-F. VILLEVIEILLE, *La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'homme*, in *Annuaire français de droit international*, 1973, 925 e s.

<sup>15</sup> Reperibile in Rete all'indirizzo telematico [http://www.coe.int/fr/web/secretary-general/news/-/asset\\_publisher/EYIBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights](http://www.coe.int/fr/web/secretary-general/news/-/asset_publisher/EYIBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights) (ultimo accesso del 5 dicembre 2015)



costituzionale poteva solo verificare se essa fosse stata da questa abrogata; e, come abbiamo visto, lo ha escluso in ragione del fatto che la legge è stata novellata e applicata nella vigenza del nuovo assetto costituzionale.

Il quadro è mutato notevolmente con la revisione costituzionale del 2008 e l'introduzione dell'art. 61-1 della Costituzione, che consente al *Conseil constitutionnel* di pronunciarsi anche sulle leggi promulgate.

La disciplina legislativa sulla dichiarazione dello stato d'urgenza non potrebbe comunque sottrarsi dal costituire oggetto di una *question prioritaire de constitutionnalité*, talchè, in effetti, effetti il *Conseil d'État*<sup>16</sup> ha sollevato l'11 dicembre 2015 una *QPC* davanti al *Conseil constitutionnel*, rilevando che (cons. n.14) le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge del 20 novembre 2015 «per la loro stessa formulazione non stabiliscono un legame tra la natura del pericolo imminente o della calamità pubblica che ha condotto alla dichiarazione dello stato di urgenza e la natura della minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico che può giustificare una misura di soggiorno obbligato; e di conseguenza esse non impediscono che il ministro dell'interno, finché lo stato d'urgenza rimane in vigore, possa disporre il soggiorno obbligato per chiunque risieda nella zona interessata, allorché serie ragioni portino a pensare che una condotta costituisca una minaccia per la sicurezza e per l'ordine pubblico, tenuto conto del pericolo imminente o della calamità pubblica alla base della dichiarazione dello stato d'urgenza». Il Consiglio di Stato (cons. n.15) ha ritenuto che la questione sollevata dal ricorrente (un attivista ecologista costretto al soggiorno obbligato in occasione del COP21) che lamenta una lesione del proprio diritto di libertà di circolazione abbia quegli elementi di serietà che giustificano un rinvio al giudice costituzionale.

Le perplessità sulla conformità costituzionale della legge sullo stato d'urgenza sono state del resto manifestate, con una chiarezza a dir poco inquietante, dallo stesso Primo ministro Manuel Valls nel corso del dibattito al Senato, il 20 novembre scorso<sup>17</sup>.

La legge n. 2015-1501 del 20 novembre 2015 avrebbe potuto essere oggetto di un controllo preventivo da parte del *Conseil constitutionnel* in due ipotesi distinte: nel caso che l'opposizione (sessanta deputati o sessanta senatori) avesse formulato una *lettre de saisine* per ostacolarne l'approvazione; oppure nel caso che i soggetti istituzionali di maggioranza (Presidente della Repubblica, Primo ministro o Presidenti delle Camere) avessero voluto darle le coperture di una pronuncia favorevole del giudice costituzionale.

Ma l'opposizione non ha voluto assumersi la responsabilità di rompere il fronte di unità nazionale sul quale tutti i partiti politici si sono da subito schierati.

E proprio rispetto all'eventualità di una pronuncia del *Conseil* provocata da un ricorso istituzionale di maggioranza, si è espresso il Primo ministro Valls: «A questo punto, [...], sono estremamente dubbioso quanto ad un ricorso al *Conseil constitutionnel*. Io auspico che i dispositivi che state per adottare siano messi in opera rapidamente. Ebbene, è sempre un rischio ricorrere al *Conseil constitutionnel*».

E ancora: «Se il *Conseil* dichiarasse che un certo numero di punti e di garanzie previsti nella legge modificata sono incostituzionali, le 786 perquisizioni già compiute e le 150 assegnazioni a soggiorno obbligato potrebbero essere annullate. Alcune misure, comprese alcune di quelle che sono state votate ieri all'Assemblea nazionale, e, dicendo ciò, penso in particolare al ricorso al braccialetto elettronico – sono sincero –, presentano una *fragilità costituzionale* [il corsivo è mio]. Io non ignoro che esse potrebbero essere oggetto di una questione prioritaria di costituzionalità; tuttavia mi auguro che noi facciamo in fretta, affinché, conformandoci alla vostra volontà, si diano alle forze dell'ordine, alle forze di sicurezza e alla giustizia tutti i mezzi per perseguire quanti rappresentano un pericolo per la nazione, per la Repubblica e per i Francesi».

Il resoconto della seduta ci dice che, a queste affermazioni del Primo ministro, hanno fatto seguito generalizzate manifestazioni di plauso.

Gli organi politici rappresentativi sono dunque consapevoli del fatto che la legge che hanno proposto ed approvato è sospetta dal punto di vista della sua costituzionalità. E lo hanno dichiarato

---

<sup>16</sup> Il decreto n. 395009 dell'11 dicembre 2015 con cui il *Conseil d'État* ha sollevato una *QPC* sull'articolo 6 della legge n. 2015-1501 del 20 novembre 2015 è reperibile all'URL <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-11-decembre-2015-M.-H.-X.>

<sup>17</sup> Il resoconto integrale della seduta è reperibile sul sito del Senato in internet all'indirizzo telematico <http://www.senat.fr/seances/s201511/s20151120/s20151120004.html> (ultimo accesso il 7 dicembre 2015).

senza ipocrisia.

Si potrebbe ritenere che questa posizione sia coerente con la concezione francese dei rapporti tra legalità e costituzionalità, tra poteri costituiti e potere costituente: quando il popolo si esprime direttamente o quando le istituzioni politiche riescono ad integrare l'unità della nazione possono assumere decisioni che non incontrano il limite normativo della rigidità costituzionale<sup>18</sup>.

E, nel suo intervento al Senato, il Primo ministro fa riferimento, *passim*, al concetto di *Unione sacra*, che stringe i francesi nella lotta al terrorismo, richiamando l'*Union sacrée* che durante il primo conflitto mondiale aveva rappresentato il fronte di unità nazionale: «è questo messaggio di unione, di unione sacra, vale a dire di una forza grandissima, che i nostri concittadini attendono. L'unione fa la forza. La forza conduce alla vittoria. Perché siamo uniti, perché portano nel nostro cuore la nostra patria, il nostro motto repubblicano e la laicità che dobbiamo brandire più che mai; perché noi siamo tutti feriti andremo a cercare, io lo so, nel più profondo di noi quelle risorse per andare al di là di noi stessi e delle nostre differenze e per ritrovarci nella stessa lotta. [...]. Sappiamo tutti che esiste una differenza tra noi e, fortunatamente, chi fa la forza della democrazia! Ma quello che stiamo per fare insieme, sotto il controllo del Parlamento e dei Francesi, dando prova di una grande esigenza, va oltre noi stessi. L'unione sacra deve andare oltre il Parlamento, essa deve essere stretta con il popolo francese, non attraverso noi. Che essa si stringa in Parlamento è già un segnale molto forte, ma che il popolo francese si unisca e sostenga le forze dell'ordine, i magistrati, i responsabili pubblici e politici, lo è ancora di più».

Ma fino a che punto si può stabilire, anche muovendo dalle premesse culturali francesi, una identità tra decisione politica della nazione ed esercizio di un potere costituente? Ogni decisione politica assunta dalla nazione unita può essere ricondotta all'alveo del costituzionalismo? Non è necessario, affinché una società abbia una Costituzione, che in essa siano assicurate la separazione dei poteri e la tutela dei diritti?

### 3. La proposta di revisione costituzionale.

La dichiarazione del Presidente Hollande del 16 novembre 2015 sulla necessità di procedere ad una revisione costituzionale per combattere la "guerra" al terrorismo (ribadita in molte occasioni dallo stesso Presidente e dal suo Primo ministro) ha avuto seguito nel progetto di legge costituzionale trasmesso il 1° dicembre al *Conseil d'État* perché pronunci il suo parere<sup>19</sup>.

Vi si prevede l'inserimento di due nuovi articoli nel testo della Costituzione-

- L'art. 36-1 finalizzato alla costituzionalizzazione dello stato d'urgenza dovrebbe disporre che: «1) Lo stato di urgenza è decretato in Consiglio dei ministri sia in caso di pericolo imminente risultante da gravi aggressioni all'ordine pubblico, sia in caso di avvenimenti che, per la loro natura e gravità, presentino il carattere di una calamità pubblica. La legge stabilisce le misure di polizia amministrativa che le autorità civili possono adottare, sotto il controllo del giudice amministrativo, per prevenire questo pericolo o fronteggiare questi avvenimenti. 2) La proroga dello stato d'urgenza oltre i dodici giorni non può essere disposta che dalla legge. Questa ne stabilisce la durata. 3) Quando il pericolo o gli avvenimenti che hanno condotto a decretare lo stato d'urgenza sono cessati ma persiste un rischio di atti di terrorismo, le autorità civili possono mantenere in vigore le misure adottate ai sensi del primo comma per una durata massima di sei mesi. La legge può permettere alle autorità civili, durante la stessa durata, di adottare misure generali per prevenire questo rischio»

- L'art. 3-1 finalizzato alla costituzionalizzazione della decadenza dalla cittadinanza: «Un Francese che abbia anche un'altra cittadinanza, può, nelle condizioni stabilite dalla legge, essere privato della cittadinanza francese quando è stato definitivamente condannato per un reato che costituisce un attentato agli interessi fondamentali della Nazione o per un reato che costituisce un atto di terrorismo».

---

<sup>18</sup> Sul punto sia consentito un rinvio a M. CAVINO, *Conseil constitutionnel*, in *Dig. Pubbl.*, Aggiornamento VI, UTET, Torino, 2015, 29.

<sup>19</sup> Il testo del progetto di riforma costituzionale, calendarizzato per il Consiglio dei Ministri del 23 dicembre 2015, è stato diffuso dal quotidiano *Le Monde*.

La proposta di revisione costituzionale incide pertanto sui due temi ritenuti strategici per la “guerra” al terrorismo: la disciplina degli stati di eccezione e la disciplina della decadenza dal diritto di cittadinanza.

### 3.1. *La disciplina costituzionale degli stati di eccezione.*

La necessità di costituzionalizzare la disciplina dello stato d’urgenza è stata argomentata in modo differente dal Presidente della Repubblica e dal Primo ministro.

In occasione del discorso del 16 novembre, davanti al Parlamento riunito in Congresso, il Presidente Hollande ha sottolineato la necessità di aggiornare la disciplina costituzionale rispetto alle esigenze poste dalle nuove forme di minaccia terroristica affrontata dalla Francia. Nel suo intervento al Senato del 20 novembre, il Primo ministro ha considerato la revisione costituzionale come l’unico strumento che possa permettere al Governo di affrontare una “guerra” che si preannuncia lunga e che pertanto deve essere combattuta con strumenti diversi da quelli, necessariamente temporanei, assicurati da una disciplina meramente legislativa dello stato d’urgenza.

Per riflettere sulla fondatezza di questi argomenti può essere utile soffermarsi, prima di prendere in considerazione il testo della proposta di revisione costituzionale, sulla disciplina vigente degli stati di eccezione diversi dallo stato d’urgenza.

Come abbiamo ricordato essi sono due: il ricorso ai poteri eccezionali da parte del Presidente della Repubblica, ai sensi dell’art. 16 Cost., e la dichiarazione dello stato d’assedio, ai sensi dell’art. 36 Cost.

L’art. 16 della Costituzione nella sua formulazione originaria stabiliva che «Quando le istituzioni della Repubblica, l’indipendenza della Nazione, l’integrità del suo territorio o l’esecuzione dei suoi impegni internazionali sono minacciati in modo grave ed immediato ed il regolare funzionamento dei poteri costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze, previa consultazione ufficiale del Primo ministro, dei Presidenti delle Assemblee e del *Conseil constitutionnel*; egli ne informa la nazione con un messaggio; queste misure devono essere ispirate dalla volontà di assicurare gli strumenti affinché i poteri pubblici possono assolvere alla loro funzione nel minor tempo possibile. Il *Conseil constitutionnel* è consultato in proposito; il Parlamento si riunisce di diritto; l’Assemblea nazionale non può essere sciolta durante l’esercizio dei poteri eccezionali».

Il Presidente assume, dunque, i pieni poteri, senza alcuna limitazione (il Parlamento si riunisce di diritto, ma non può deliberare alcunché contro le decisioni presidenziali) in condizioni previste in via generale dalla Costituzione, ma di cui egli, ed egli soltanto, stabilisce la concreta ricorrenza. I pareri ufficiali del Primo ministro, dei Presidenti delle Camere e del Giudice costituzionale sono infatti obbligatori ma non vincolanti.

L’aspetto più critico della disposizione, nella sua originaria formulazione, risiedeva nella assenza di un termine all’esercizio dei poteri eccezionali: il Presidente avrebbe potuto esercitarli per il periodo necessario a superare il pericolo per il regolare funzionamento delle istituzioni repubblicane, ma essendo egli stesso a stabilirne la durata.

Già durante la fase costituente il *Comité consultatif constitutionnel*, presieduto da Paul Reynaud, nella seduta mattutina del 31 luglio 1958, aveva discusso e valutato positivamente, rimanendo tuttavia inascoltato, la possibilità di subordinare l’esercizio dei poteri di cui all’art. 16 ad un *avis* vincolante del *Conseil constitutionnel*. La necessità di procedere ad una revisione costituzionale che introducesse un termine all’esercizio dei poteri eccezionali era stata ripresa dal *Comité Vedel*<sup>20</sup>, suggerendosi di attribuire ai Presidenti delle Camere il potere di sollecitare, con un’azione congiunta, un parere del *Conseil constitutionnel* sulla permanenza dei presupposti indicati dall’art. 16.

---

<sup>20</sup> Il Presidente della Repubblica François Mitterand il 2 dicembre 1992 aveva affidato ad una Commissione presieduta da Georges Vedel il compito di proporre le modifiche della Costituzione necessarie per adattarla all’evoluzione delle istituzioni repubblicane.

Nello stesso senso si erano orientate le riflessioni del *Comité Ballardur*<sup>21</sup> e la revisione costituzionale del 2008, che, novellando il testo dell'art. 16 Cost., ha finalmente previsto, all'ultimo comma, che, trascorsi trenta giorni dall'inizio dell'esercizio dei poteri eccezionali, i Presidenti delle Camere, sessanta deputati o sessanta senatori possano adire il *Conseil constitutionnel* affinché verifichi la persistenza delle condizioni che l'hanno determinato. Il *Conseil constitutionnel*, a sua volta, trascorsi sessanta giorni dall'inizio dell'esercizio dei poteri eccezionali, procede d'ufficio alla medesima valutazione e, successivamente, ogni volta che lo ritenga necessario.

Occorre tuttavia sottolineare che anche la nuova formulazione della disposizione costituzionale non qualifica come vincolanti i pareri resi dal *Conseil constitutionnel*. Né particolari precisazioni sono fornite dalla legge organica sul *Conseil constitutionnel* che, al capitolo VIII, si limita a stabilire che, quando viene consultato ai sensi dell'art. 16 Cost., il *Conseil constitutionnel* si deve riunire immediatamente (art. 52), dovendo motivare e rendere pubblico il proprio parere (art. 53). La legge organica prevede poi (art. 54) che il Presidente della Repubblica comunichi al *Conseil* gli atti che intende adottare per ottenere un parere anche su di essi.

Si può pertanto dubitare della reale efficacia dei pareri espressi dal Giudice costituzionale in ordine alla possibilità di vincolare il Presidente della Repubblica. Del resto, nell'unica occasione in cui ha dovuto pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 16, lo stesso *Conseil constitutionnel* ha chiaramente manifestato la volontà di interpretare un ruolo marginale: il 14 settembre 1961, pronunciandosi, infatti, sulla *demande d'avis* relativa alla possibilità per l'Assemblea nazionale di accogliere e votare una mozione di sfiducia nel periodo di applicazione dell'art. 16 della Costituzione, esso ha affermato di non essere competente posto che le sue attribuzioni devono trovare uno specifico fondamento costituzionale, assente nel caso di specie.

La disciplina costituzionale dello stato d'assedio è assai più laconica<sup>22</sup>. L'art. 36 della Costituzione dispone che lo stato d'assedio è decretato in consiglio dei ministri e la sua proroga oltre i dodici giorni deve essere disposta con legge. La disciplina che attua la disposizione costituzionale è contenuta nel *Codice della difesa*, il cui art. L2121-1 dispone che lo stato d'assedio può essere dichiarato solo nei casi di guerra mossa dall'esterno o una insurrezione armata. L'art. L2121-2 stabilisce che durante lo stato d'assedio i poteri attribuiti alle autorità civili per il mantenimento dell'ordine pubblico ed i poteri di polizia sono trasferiti alle autorità militari, mentre l'art. L2121-3 estende la giurisdizione della magistratura militare.

Il Presidente della Repubblica, nel suo discorso del 16 novembre, ha chiarito la sua posizione, ricordando che il ricorso all'art. 16 Cost. «implica che il funzionamento regolare dei pubblici poteri sia interrotto. [...] E poi c'è l'articolo 36 della Costituzione sullo stato d'assedio che non è comunque appropriato. Lo stato d'assedio è decretato in caso di pericolo imminente che risulta da una guerra portata dall'estero o da una insurrezione armata. In questi casi diverse competenze sono trasferite dalle autorità civili a quelle militari. Ognuno vede qui che nessuno di questi due regimi è adatto alla situazione in cui versiamo. Il funzionamento regolare dei poteri pubblici – e noi ne siamo oggi la prova – non è stato interrotto e non è concepibile trasferire poteri all'autorità militare. Tuttavia siamo in guerra. Ma questa guerra di un altro tipo contro un avversario nuovo chiede un regime costituzionale che permetta di gestire lo stato di crisi».

La proposta di costituzionalizzare lo stato d'urgenza era stata formulata anche dal *Rapporto Ballardur*, come ricordato dallo stesso Presidente della Repubblica, e, in precedenza dal *Rapporto Vedel*<sup>23</sup>. Ma, in particolare, il *Rapporto Ballardur* aveva previsto che lo stato d'urgenza avesse una

---

<sup>21</sup> Con decreto n.2207-1108 del 18 luglio 2007 il Presidente della Repubblica Sarkozy ha istituito il *Comité de réflexion et proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République (Comitato Ballardur)* la cui presidenza è stata affidata all'ex Primo ministro Edouard Ballardur. Il *Comitato Ballardur* ha elaborato un rapporto (consultabile all'URL <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf>) che ha rappresentato la base per la grande revisione costituzionale del 2008.

<sup>22</sup> In argomento J. ROBERT, *Les situations d'urgence en droit constitutionnel*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1990, 756 e s.

<sup>23</sup> Rispetto allo stato d'urgenza il *Rapporto Vedel* (consultabile all'URL <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000091/>), si era limitato a proporre l'assimilazione della



disciplina analoga a quella vigente per lo stato d'assedio e che i presupposti e le condizioni di applicazione dell'uno e dell'altro venissero stabiliti da una legge organica<sup>24</sup>.

Si faccia molta attenzione. La proposta di demandare ad una legge organica la definizione dei presupposti applicativi di questi istituti di eccezione recava in sé rilevanti elementi di garanzia, dato che la speciale fonte avrebbe fornito una disciplina puntuale delle ipotesi per le quali sarebbe stato possibile dichiarare lo stato d'urgenza e avrebbe delimitato i poteri di polizia conseguenti, dovendo però necessariamente passare, in forza dell'art. 61 Cost., al vaglio preventivo del *Conseil constitutionnel*.

Invece, il nuovo art. 36-1 Cost. proposto da Hollande assimila la disciplina dello stato d'urgenza a quella dello stato d'assedio, rinviando per le norme di attuazione ad una legge ordinaria, che non deve necessariamente essere controllata dal giudice costituzionale; e quand'anche fosse oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale, è assai probabile che verrebbe fatta salva in ragione della mancanza di una definizione dei presupposti applicativi da parte di una fonte ad essa sovraordinata che enfatizzerebbe il regime derogatorio dell'art. 36-1 Cost. rispetto alla disciplina delle garanzie costituzionali dei diritti di libertà. In altri termini, la costituzionalizzazione dello stato d'urgenza comporterebbe la conseguenza dell'affievolimento delle possibilità di controllo da parte del giudice costituzionale: quella che pare essere l'intenzione, se si prendono alla lettera le affermazioni del Primo ministro Valls.

Si consideri poi che l'art. 36-1 Cost. proposto da Hollande introduce un'ulteriore misura, che potremmo definire di uscita progressiva dallo stato di urgenza, disponendo che, una volta che questo sia cessato, le autorità di polizia possono utilizzare ancora per sei mesi le misure disposte durante la sua vigenza e introdurne di ulteriori di carattere generale, quando vi sia il pericolo di atti di terrorismo.

In questo modo, verrebbe attribuita al Presidente della Repubblica e al Governo la possibilità di prolungare indefinitamente lo stato d'urgenza. Posto che lo stato d'urgenza, per definizione, non può essere che temporaneo, la legge che ne dispone la proroga non potrà stabilire termini eccessivamente lunghi. Ma i sei mesi di tempo di uscita progressiva consentirebbero di utilizzare gli strumenti predisposti dalla legge e, allo spirare del semestre, se ritenuto utile, di dichiarare nuovamente lo stato d'urgenza sulla base di presupposti differenti, con termini di proroga stabiliti da una legge differente.

### 3.2. *La decadenza dalla cittadinanza francese.*

La necessità di intervenire sulla disciplina della cittadinanza è stata argomentata tanto dal Presidente della Repubblica quanto dal Primo ministro in ragione delle opportunità che lo *status* di cittadino offre ai terroristi, poiché questi non potrebbero essere espulsi e godrebbero di una libertà di circolazione molto ampia. Così il progetto di riforma costituzionale si ripropone di inserire nel testo della Costituzione l'art. 3-1, che prevede la decadenza dalla cittadinanza francese.

La posizione sistematica della nuova disposizione costituzionale è già di per sé interessante, trovandosi collocata subito dopo le disposizioni che riconoscono nel popolo il titolare della sovranità e stabiliscono le forme e le modalità con le quali i cittadini possono partecipare al suo esercizio.

Quanto al contenuto, essa riprende, in parte, la disciplina della perdita dello *status* di cittadino stabilita dall'art. 25 del codice civile per quattro ipotesi distinte: 1) se il cittadino è stato condannato per un reato che costituisce una minaccia per gli interessi nazionali o che costituisca un atto di terrorismo; 2) se è stato condannato per un reato di cui al capitolo secondo, titolo terzo, libro quarto del codice penale (vale a dire delitti contro la pubblica amministrazione commessi da pubblico ufficiale); 3) se è stato condannato per essersi sottratto agli obblighi previsti dal codice sul servizio nazionale; 4) se ha prestato servizio a vantaggio di uno Stato straniero compiendo atti incompatibili con gli interessi della Francia (questa ultima ipotesi, che include evidentemente i casi di spionaggio, è l'unica che non prevede la necessità di una condanna).

L'art. 25-1 stabilisce che la perdita di cittadinanza possa essere dichiarata entro il termine di dieci anni (o quindici anni, nelle ipotesi del primo tipo) dal momento in cui sono state tenute le condotte

---

sua disciplina costituzionale a quella prevista per lo stato d'assedio.

<sup>24</sup> Cfr. la proposta n. 10 del *Rapport Balladur*, cit., 111.



che ne costituiscono i presupposti.

Il procedimento che conduce alla perdita della cittadinanza ha natura amministrativa ed è disciplinato dall'art. 61 del decreto n. 93-1362 del 30 dicembre 1993. Esso dispone che il ministro degli interni notificchi all'interessato le ragioni che giustificano la perdita della cittadinanza; l'interessato ha la possibilità di replicare entro un mese; decorso tale termine può essere adottato il decreto di perdita della cittadinanza, avverso il quale è ammesso ricorso al *Conseil d'État*.

Lo stesso art. 25 del codice civile prevede però due limiti: la decadenza non può essere decretata per i cittadini francesi cosiddetti originari (figli di un genitore francese o nati in Francia da genitori sconosciuti o apolidi) e per i cittadini francesi non originari che non abbiano una seconda cittadinanza.

Il *Conseil constitutionnel* ha avuto modo di pronunciarsi sulle disposizioni del codice civile<sup>25</sup> e ha stabilito che la differenza di trattamento tra cittadini originari e non originari costituisce il risultato di un bilanciamento ragionevole tra il diritto alla nazionalità e la tutela degli interessi della nazione. In tale prospettiva, è stata ritenuta essenziale l'esistenza dei termini per la dichiarazione della decadenza, posto che il loro spirare sottrae i cittadini non originari ad una condizione di precarietà ritenuta non accettabile.

La possibilità di decretare la decadenza dalla cittadinanza solo per i cittadini non originari che abbiano anche un'altra nazionalità consegue invece agli obblighi di carattere internazionale vincolanti per la Francia: il diritto ad una cittadinanza figura, all'art. 15, comma 1, nel catalogo della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 ed è stato successivamente ribadito da altre fonti di diritto internazionale.

La legge francese non può pertanto stabilire una disciplina della perdita della cittadinanza che possa condurre a casi di apolidia.

Il progetto di riforma costituzionale ribadisce questo secondo limite alla decadenza dalla cittadinanza francese, mentre prevede la possibilità di decretarla anche per i cittadini francesi originari.

Tale possibilità permetterebbe al legislatore ordinario di prevedere ipotesi di decadenza per i cittadini non originari non più condizionate ad alcun termine: l'esistenza di un termine è infatti considerata come l'elemento che rendeva ragionevole la disparità di trattamento tra le due categorie di cittadini.

Ma per quale motivo una simile riforma della disciplina della decadenza dalla cittadinanza deve essere attuata con una revisione costituzionale? Non sarebbe sufficiente novellare la disciplina del codice civile?

Ad impedire una riforma di livello legislativo nel senso indicato dalla proposta di revisione costituzionale è il fatto che l'impossibilità di decretare la perdita della cittadinanza francese per i cittadini originari è stata sancita da tutte le leggi della Repubblica che hanno preceduto l'entrata in vigore della Costituzione del 1946<sup>26</sup>. Questa circostanza potrebbe portare il *Conseil constitutionnel* a considerarla come un *Principio Fondamentale Riconosciuto dalle Leggi della Repubblica* (PFRLR), vale a dire uno di quei principi che, indicati (senza precisarne il contenuto) dal preambolo della Costituzione del 1946 e quindi richiamati dal preambolo della Costituzione del 1958, possono essere assunti quale parametro per un giudizio di costituzionalità<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. la decisione n. 96-377 DC del 16 luglio 1996 (in particolare il cons. n.23) e più di recente la decisione n. 2014-439 QPC del 23 gennaio 2015. In argomento cfr. F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique*, in *Revue du droit public*, 1996, 1245 e ss.; B. PAUVERT, *Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française*, in *AJDA*, 2015, 1000 e ss.; C. CHASSANG, *Constitutionnalité de la déchéance de nationalité pour acte de terrorisme*, in *Actualité juridique. Pénal*, 2015, 201 e s.; P. SPINOSI, *Le Conseil constitutionnel encadre le pouvoir du législateur pour déchoir de leur nationalité les terroristes*, in *La Semaine juridique. Édition générale*, 2015, 190.

<sup>26</sup> Le leggi di guerra del 7 aprile 1915 e del 18 giugno 1917 e il codice della nazionalità adottato con l'*ordonnance* del 19 ottobre 1945

<sup>27</sup> Cfr. M. CAVINO, *Conseil constitutionnel*, cit., 31: «L'assenza di un preciso fondamento testuale ha indotto la dottrina a domandarsi entro quali coordinate dovesse mantenersi il giudice costituzionale per riconoscerne l'esistenza. Il *Conseil constitutionnel* ha posto qualche punto fermo con la decisione 88-244 DC del 20 luglio 1988. Esso ha stabilito (cons. 12) che le leggi alle quali si deve fare riferimento per identificare i PFRLR sono quelle approvate dai regimi repubblicani

L'introduzione dell'art. 3-1 Cost., come formulato dalla proposta di revisione costituzionale, permetterebbe, pertanto, al legislatore di prevedere la decadenza dalla nazionalità francese per tutti i cittadini senza dover temere il giudizio del *Conseil constitutionnel*.

#### 4. Conclusioni. Il pericolo che corre la nazione francese.

La proposta di revisione costituzionale avanzata per fronteggiare l'emergenza terroristica rappresenta la sintesi drammatica della fine di un modello culturale; o meglio, la fine del mito francese dello spirito repubblicano capace di plasmare la nazione superando ogni differenza di origine, di ceto sociale, di orientamento religioso.

In un'intervista del 2014, il Primo ministro Manuel Valls dichiarava: «sono profondamente francese. Amo questo Paese che ha permesso al figlio di uno spagnolo quale io sono di diventare sindaco, deputato, dunque di assumere una parte della sovranità nazionale, e oggi ministro. Non esistono molte nazioni al mondo che rendono possibile un tale percorso. Spesso si porta un giudizio severo sul nostro Paese ma quando si guarda, ad esempio, alle origini e ai colori dei ministri, alla parità, si può essere fieri di quello che si è fatto. Sentirsi pienamente francese vuol dire essere totalmente repubblicano, sposare la storia di questo Paese, senza dovere per questo rinnegare le proprie politiche, filosofiche o religiose. È questo la Francia»<sup>28</sup>.

Ma questa idea della Francia è stata travolta dagli attentati di Parigi?

La dichiarazione dello stato di urgenza e le modifiche alla decadenza dalla cittadinanza ne rappresentano suggestivamente la crisi.

Si consideri la parabola dello stato d'urgenza. Introdotto per chiudere la stagione post-coloniale negli anni cinquanta del secolo scorso; riproposto negli anni ottanta dello stesso secolo, ancora per una vicenda post-coloniale; dichiarato nel 2005 per spegnere i fuochi delle *banlieues* che mostravano chiaramente come i figli della Francia post-coloniale non si sentissero affatto integrati nella *République*; e ancora nel 2015 per fronteggiare un pericolo che da quelle *banlieues* è nato, che nel degrado sociale di quelle *banlieues* si è alimentato.

E la risposta a questa dis-integrazione è la negazione dei presupposti di integrazione nella *République*, vale a dire l'estensione generalizzata delle ipotesi di decadenza dalla nazionalità francese: incapace di integrare, la Repubblica respinge.

La revisione della Costituzione viene proposta per poter comprimere i diritti costituzionali e per poter dichiarare la decadenza dallo *status* di cittadino senza dover temere le censure del *Conseil constitutionnel*.

La norma costituzionale da garanzia dei diritti viene così degradata a procedura per assicurare l'ordine pubblico.

Questo è il pericolo che oggi corre la Nazione francese. Il pericolo di smarrire la sua identità, la sua missione culturale in Europa e nel mondo, che consiste nella proposta di uno spirito repubblicano laico, capace di integrare ogni particolarismo nelle forme di una Costituzione che assicuri la separazione dei poteri e la tutela dei diritti.

---

antecedenti l'entrata in vigore della Costituzione del 1946 e che i principi suscettibili di integrare la categoria sono quelli che non siano mai stati derogati da alcun intervento normativo».

<sup>28</sup> Traggo la citazione da S. SICARDI, *Tragitti ed arabi delle laicità*, in G. DI COSIMO, A. PUGIOTTO, S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 90.

## Antonio Ruggeri

### Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?\*

SOMMARIO: 1. Le due palle di ferro ai piedi dei diritti (terrorismo e crisi economica), il bisogno di riguardare ai diritti stessi nel loro fare “sistema” con altri beni della vita costituzionalmente protetti, il carattere “intersistemico” dell’ordinamento e “intercostituzionale” della Costituzione conseguente all’apertura dell’uno e dell’altra a norme di origine esterna. – 2. Le mutue implicazioni tra la teoria dei diritti e la teoria della Costituzione, l’idea di una Costituzione *umile*, che sa di aver bisogno di attingere *ab extra* quanto le è necessario al fine della propria affermazione, la mutua integrazione di tutti i documenti che danno riconoscimento ai diritti nei fatti interpretativi, alla luce del *canone della massimizzazione della tutela*. – 3. Il carattere *culturale*, più (o anzi) che *positivo*, del primato di un ordinamento sull’altro, la struttura internamente composita della identità costituzionale, *nazionale in quanto anche inter- e sovranazionale e internazionale e sovranazionale in quanto anche nazionale*, l’impossibile entrata in campo dei “controllimiti” *per sistema*, così come invece vorrebbero dottrina e giurisprudenza correnti, dipendente piuttosto dall’esito di operazioni di bilanciamento (anche interordinamentale) secondo i casi ed alla luce del canone della miglior tutela. – 4. Le riserve mosse all’uso del canone della massimizzazione della tutela, specie per il pregiudizio che se ne avrebbe per la certezza del diritto, e la loro confutazione alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata. – 5. Il “dialogo” quale strumento di stabilizzazione e di rinnovamento a un tempo della giurisprudenza, la conciliazione di uniformità e differenziazione per effetto della “federalizzazione” dei diritti, che si avvale del metodo di una produzione giurisprudenziale *in progress*, idonea a prendere corpo a mezzo di “catene” di atti funzionalmente connessi, bisognosa tuttavia di poggiare su una previa, misurata ed incisiva allo stesso tempo, disciplina (anche di rango costituzionale) dei diritti. – 6. Una succinta notazione finale, a riguardo della comparazione quale strumento necessario, di rilievo crescente, per la compiuta comprensione e l’incessante rigenerazione semantica degli enunciati delle Carte “intercostituzionali”, l’ottimale affermazione del dialogo intergiurisprudenziale, il ravvicinamento tra *civil e common law*, la produzione, verifica e salvaguardia delle tradizioni dei diritti.

*1. Le due palle di ferro ai piedi dei diritti (terrorismo e crisi economica), il bisogno di riguardare ai diritti stessi nel loro fare “sistema” con altri beni della vita costituzionalmente protetti, il carattere “intersistemico” dell’ordinamento e “intercostituzionale” della Costituzione conseguente all’apertura dell’uno e dell’altra a norme di origine esterna*

Anticipo subito la risposta alla domanda che dà il titolo a questa mia riflessione: ... *federalizzando i diritti e, perciò, in buona sostanza le relazioni tra le Corti che ne sono garanti.*

Prima (ed al fine di) argomentare questa tesi e chiarirne le possibili implicazioni, si rendono tuttavia necessarie alcune avvertenze preliminari.

La prima.

Quelle che seguono sono notazioni di *metodo*, più ancora che di *merito*, pur trovandomi obbligato ad una rapida incursione anche su quest’ultimo terreno al scopo di dare un minimo di concretezza al discorso che mi accingo a svolgere. Non è, infatti, mia cura ripercorrere l’intera vicenda, che affonda – come si sa – le sue radici in un tempo ormai risalente, relativa al modo con cui sono venute a formarsi le “tradizioni” riguardanti i diritti fondamentali (cui d’ora innanzi, per brevità, farò riferimento senza uso dell’aggettivo, che considero sottinteso), al fine di stabilire pur se approssimativamente quale sia la loro consistenza e il rilievo complessivamente assunto al piano delle relazioni interordinamentali. Mi preme piuttosto trattare del modo con cui possono (e, a mia opinione, devono), nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale viepiù avanzata e dall’infittirsi crescente dei vincoli di solidarietà in seno alla Comunità internazionale, essere costruite e preservate le tradizioni in parola. Una riflessione, dunque, quella ora avviata che specificamente si appunta sul modello, quale risultante dai documenti normativi riguardanti i diritti (per ciò che maggiormente importa, dalla Costituzione per un verso, dalla CEDU e dalla Carta dell’Unione europea per un altro).

Non tento, perciò, di far luogo neppure ad una sommaria sintesi degli interventi, tutti assai articolati ed interessanti, svolti in occasione del nostro Seminario, che pure mi era stata chiesta ma che francamente non sarei in grado di fare a motivo della varietà degli stessi per oggetto, impostazione,

---

\* Intervento conclusivo del II Seminario annuale di *diritticomparati* su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015.

svolgimenti. Considero, pertanto, il mio un ulteriore intervento che vuol porsi all'ultimo posto di quelli ascoltati oggi, in chiusura del nostro incontro.

Non poche difficoltà poi si danno a chi si accinga al compito di far luogo ad una riflessione di ordine generale, quale quella richiestami, legate alla complessità ed opacità del quadro, sia per l'aspetto positivo che per quello politico-istituzionale, in ispecie per quest'ultimo, ove si convenga che il contesto in seno al quale matura la tutela dei diritti si connota per la esistenza di spinte e contropunte di varia natura ed intensità, forti tensioni, non rimosse contraddizioni, tali da rendere assai problematico l'appagamento dei diritti stessi e, prima ancora, ardua la lineare ricostruzione del sistema da essi composto, specie laddove considerato in rapporto ad altri beni o interessi meritevoli di giuridica protezione.

Un dato di comune acquisizione è, sopra ogni altro, da tenere al riguardo presente. Il riferimento al contesto mostra infatti che vi sono due palle di ferro al piede dei diritti, che ne frenano e condizionano lo sviluppo e l'affermazione: il terrorismo e la crisi economica internazionale, che mettono sotto *stress* praticamente tutti i diritti (pur se alcuni più di altri), obbligandoli a dolorose rinunzie ed a pressoché quotidiani e sofferti bilanciamenti tanto *inter se* quanto con altri beni, principalmente oggi – come confermano i recenti fatti di Parigi, Bamako e San Bernardino – quello alla sicurezza, che peraltro, oltre a costituire un interesse dell'intera collettività, può essere ovviamente riguardato anche dall'angolo visuale dei diritti o, diciamo pure, può essere convertito in una sommatoria di diritti individuali.

La notazione appena svolta in merito alla conversione di un interesse (in senso lato) di una certa natura in un interesse di natura diversa richiederebbe approfondimenti teorici e verifiche pratiche ai quali, per evidenti ragioni, non è ora possibile far luogo; rende, tuttavia, per la sua parte, ulteriore conferma della impossibilità di considerare i singoli enunciati relativi ai diritti come in sé conclusi ed autosufficienti, laddove essi piuttosto si compongono in unità significativa unicamente appunto nel loro fare, tutti assieme e necessariamente, “sistema”<sup>1</sup>. Una composizione, poi, che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – si fa e incessantemente rinnova secondo i casi ed alla luce delle mobili combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi.

Nessun enunciato ha, infatti, senso se *atomisticamente* considerato e letto *in vitro*, ma solo nel comporsi di ciascun enunciato con quelli restanti, tutti assieme richiedendo di essere riguardati *in vivo*, alla luce delle specifiche esperienze in cui si fa questione della loro possibile applicazione.

Il sistema dei diritti ha, dunque, senso solo entro la cornice più larga del sistema dei beni costituzionalmente protetti; e, poiché l'ordinamento nazionale si apre ad ordinamenti di origine esterna (per ciò che qui specificamente importa, quello internazionale e quello eurounitario), così come questi variamente si raccordano a quello e in esso quindi si affermano, se ne ha che ogni sistema normativo è, specie nella presente congiuntura caratterizzata da una interdipendenza e integrazione crescenti, per sua indeclinabile vocazione “intersistemico”, è cioè un “sistema di sistemi” e, per logica necessità, “intercostituzionale” è il documento normativo di vertice di ciascun sistema<sup>2</sup>. Termine che qui nuovamente adopero e ripropongo *in accezione materiale*, facendolo valere tanto per la Costituzione quanto per altre Carte che con la Costituzione stessa condividono la peculiare natura di documenti che danno il *riconoscimento* (in ristretta e propria accezione) dei diritti.

<sup>1</sup> Particolarmente insistiti i riferimenti nella nostra giurisprudenza costituzionale al “sistema”: ineccepibili per l'aspetto metodico-teorico ma non di rado strumentali, specie laddove risultino piegati all'obiettivo di resistere al *pressing* delle Corti europee (a riguardo del quale, indicazioni più avanti): v., dunque, *ex plurimis*, [Corte cost. sentt. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015](#).

<sup>2</sup> Ho cominciato a discorrere di un ordine “intercostituzionale” nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss., riprendendo quindi ed ulteriormente precisando il concetto in più scritti, tra i quali, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, 8 novembre 2013. In argomento, v., tra gli altri, A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014, 11 luglio 2014, spec. al § 4, e, dello stesso, ora, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015, spec. al cap. II.



2. *Le mutue implicazioni tra la teoria dei diritti e la teoria della Costituzione, l'idea di una Costituzione umile, che sa di aver bisogno di attingere ab extra quanto le è necessario al fine della propria affermazione, la mutua integrazione di tutti i documenti che danno riconoscimento ai diritti nei fatti interpretativi, alla luce del canone della massimizzazione della tutela*

La seconda avvertenza.

Muovo qui dall'assunto che si danno mutue implicazioni tra la teoria dei diritti e la teoria della Costituzione. La prima è, infatti, una *species* della seconda, anzi ne è proprio la parte più qualificante ed espressiva, l'autentico cuore pulsante, in linea con l'indicazione offerta dall'art. 16 della Dichiarazione dei rivoluzionari francesi del 1789, oggi forse più ancora di ieri valida ed attuale. È pur vero però che, per il modo con cui complessivamente s'intende cos'è ed a cosa serve (e *deve* servire) la Costituzione<sup>3</sup>, si avranno dirette ed immediate conseguenze al piano della teoria dei diritti, dovendosi nondimeno tener fermo il dato per cui la ricostruzione del sistema dei diritti si riflette ed irradia sull'intera teoria della Costituzione, concorrendo alla sua messa a punto e all'incessante rinnovamento.

Ora, è chiaro che non è qui possibile rimettere in discussione generali questioni riguardanti l'essenza stessa della Costituzione, con specifico riguardo agli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche<sup>4</sup>. Mi limito, dunque, ad enunciare, senza argomentare, la tesi nella quale da tempo mi riconosco, traendone alcune conseguenze al piano della teoria dei diritti.

La mia idea è che l'integrazione tra gli ordinamenti in seno ad organizzazioni che chiamano gli ordinamenti stessi a prestazioni crescenti di reciproca solidarietà (da noi, in special modo, ovviamente, l'Unione europea), al pari peraltro della loro soggezione a vincoli particolarmente stringenti aventi il loro fondamento nella Comunità internazionale, resterebbe priva di senso se non si accompagnasse ad una evoluzione già pervenuta ad un grado notevole di maturazione del concetto e della funzione della Costituzione.

---

<sup>3</sup> La *querelle* riguardante l'essenza e la funzione della Costituzione è – come si sa – antica e al proprio interno variamente articolata: per far capo unicamente agli scritti di recente apparsi, v., tra gli altri, i contributi che sono in *Quad. cost.* di R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, 1/2007, 11 ss., seguito dal mio *Teorie e "usi" della Costituzione*, 3/2007, 519 ss.; G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi nel fasc. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss., e, ancora *ivi*, A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, 2/2010, 311 ss., del quale v., ora, le precisazioni che sono in *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Ann., VIII (2015), 263 ss.; nuovamente G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, e F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, ancora in *Quad. cost.*, 4/2011, rispettivamente 803 ss. e 895 ss. Inoltre, F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2011, 22 marzo 2011; M. CARDUCCI, *Brevi note comparate su Costituzione-fondamento e Costituzione-limite*, in *Studi in onore di F. Modugno*, I, Jovene, Napoli 2011, 519 ss. e, pure *ivi*, G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, III, 2771 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma 2011; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013; G. AZZARITI - S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, con introduz. di L. Ventura, ESI, Napoli 2014; F. FERRARI, *Potere costituente e limiti (logici) alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 6/2014, 4901 ss., e, con specifico riferimento alle prospettive di riforma, A. POGGI, *Riforme costituzionali e "concezioni" della Costituzione*, in *Lo Stato*, 4/2015, 83 ss., e S. SICARDI, *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale alla prova dell'ultimo ventennio*, in AA.VV., *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Il Mulino, Bologna 2015, 9 ss.

<sup>4</sup> Per la medesima ragione sopra indicata, non riprendo qui la vessata questione se della "Costituzione" possa propriamente ed esclusivamente discorrersi con riguardo agli ordinamenti di tradizioni liberali ovvero se il termine (e il concetto dallo stesso evocato) possieda una più larga e generale valenza (su ciò, part., gli studi approfonditi di A. SPADARO, del quale richiamo qui solo il suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, nonché *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Dykinson, Madrid 2003, 169 ss.).



L'idea di Costituzione, insomma, può prendere forma non già ad un *piano teorico-astratto* bensì ad uno *teorico-concreto*, risultare cioè saldamente poggiante su una base che è, a un tempo, storica, politica, economica, istituzionale. Un'idea di Costituzione aspatiale ed atemporale sarebbe, infatti, palesemente priva di senso, contraddirebbe se stessa, ove si convenga – come devesi – che la Costituzione, più (e prima ancora) che un *atto*, è un *processo*, soggetto ad incessante divenire, in ragione del mutare stesso del contesto in cui s'inscrive ed inverte<sup>5</sup>. Questo modo di essere della Costituzione ha la sua più immediata ed espressiva proiezione proprio al piano su cui maturano le vicende relative ai diritti ed al fine della loro ottimale, alle condizioni oggettive di contesto, salvaguardia.

È stato, ancora da ultimo, opportunamente rilevato ad avvio del nostro Seminario<sup>6</sup> che l'essenza delle “tradizioni” costituzionali dei diritti sta nel loro incessante divenire: una sorta, insomma, di *constitutional work in progress* alla cui continua e mai finita messa a punto sono – a me pare – chiamati a concorrere, con tipicità di ruoli complessivi, il diritto scritto e il diritto non scritto, specie giurisprudenziale<sup>7</sup>.

Ora, è chiaro che il verso e gli svolgimenti di questa progressiva costruzione, che si va facendo non sempre in modo lineare, tra non poche, vistose oscillazioni e tensioni di ordine istituzionale, risentono profondamente del contesto nel quale la costruzione stessa s'inscrive e prende forme continuamente cangianti. Ed è interessante notare che gli sviluppi di questo contesto, seppur non ancora nitidamente visibili al tempo della Costituente, erano stati da questa felicemente intuiti, nel mentre oggi si presentano – come si sa – con tratti di straordinario spessore e rilievo. Non a caso, dunque, tra i principi fondamentali della Carta figura quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale<sup>8</sup>, che rende testimonianza della consapevolezza che pace e giustizia tra le Nazioni sono condizioni necessarie, ancorché di per sé sole non sufficienti, del mantenimento di un modello di società e di Stato ispirato ai valori fondanti delle liberal-democrazie, così come però, dal suo canto, il modello stesso può, per la sua parte, concorrere al radicamento dei fini-valori evocati dall'art. 11 della Carta.

Di qui, la conseguenza per cui la rappresentazione della Costituzione che a momenti si farà, oltre ad essere provvista della base sopra indicata, è altresì positivamente fondata sul principio di apertura suddetto, un principio che non va visto come una sorta di corpo spurio, a forza immesso nella tavola dei valori fondanti la Repubblica e, per dir così, “tollerato” dai valori restanti ai quali è nondimeno legato e coi quali è, dunque, tenuto a fare “sistema” bensì come una delle più felici, genuinamente espressive qualità che connotano, al pari delle altre, il “nucleo duro” della Costituzione e ne segnano, dunque, il complessivo sviluppo e radicamento nell'esperienza.

Così stando le cose, si ha – a me pare – conferma dell'essere la nostra, al pari delle altre leggi fondamentali degli ordinamenti ricostruiti sopra le macerie della seconda grande guerra, una Costituzione – come la si è altrove chiamata – “*parziale*”, e non “*totale*”, che non rivendica per sé, presuntuosamente, il merito di saper dire *tutto su tutto* e di dirlo sempre *nel migliore dei modi*, come invece affermato in una pur importante pronunzia della nostra Corte costituzionale, [la n. 388 del 1999](#), laddove trovasi scritto che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione”. La stessa decisione, tuttavia, subito di seguito enuncia un principio al quale è da assegnare uno straordinario rilievo, un'autentica direttiva di metodo e di azione per gli operatori in genere (e i giudici in specie),

<sup>5</sup> Su siffatta connotazione strutturale della Costituzione, v., sopra tutti, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.; del “moto” delle Costituzioni ha, di recente, discorso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013, 1 marzo 2013; nella stessa Rivista, V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, 3/2014, 1 agosto 2014.

<sup>6</sup> nella introduzione ai lavori di O. POLLICINO, dal titolo *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa: il senso di un gerundio, e di un seminario*, in [www.diritticomparati.it](#), 14 dicembre 2015.

<sup>7</sup> Sul mutuo sostegno che, secondo modello, siffatte forme di esperienza giuridica si danno dirò meglio più avanti.

<sup>8</sup> ... a riguardo del quale, per un quadro di sintesi delle sue forme espressive, ora, P. MORI, *Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 507 ss.

secondo cui tali Carte e la Costituzione stessa “*si integrano completandosi reciprocamente nella interpretazione*”. Un’affermazione, quest’ultima, che dà il giusto peso al principio di apertura suddetto, ne consente il retto inquadramento e il più proficuo utilizzo a beneficio della pratica giuridica e dei beni della vita di volta in volta in gioco.

Ora, se il primo frammento della pronunzia appena richiamata ci mostra una Costituzione *superba*, arroccata in se stessa e, a conti fatti, autoreferenziale, il secondo invece ci consegna l’immagine di una Costituzione *umile*, che confessa di avere un disperato bisogno di attingere *ab extra* i materiali indispensabili alla propria incessante rigenerazione semantica, alla propria integrazione e stabilizzazione, in vista del suo ottimale rinvigorimento e la trasmissione integra anche alle generazioni che verranno e che vorranno identificarsi nel medesimo *idem sentire de re publica* della generazione presente, riconoscendosi nella tavola dei valori fondamentali in cui questa si riconosce, nella sua etica pubblica assiologicamente orientata.

Si ha così conferma dello stretto ed inscindibile legame sussistente tra il principio-valore dell’apertura della Costituzione e dell’ordinamento sulla stessa fondato verso l’esterno (in particolare, la Comunità internazionale e l’Unione europea) e i principi-valori restanti, in particolare quelli componenti la *coppia assiologica fondamentale*, come a me piace chiamarla, costituita da libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità della persona umana), l’uno essendo un *principio-fine* ma anche, per ciò che qui maggiormente importa, un *principio-mezzo*, necessario al fine dell’ottimale appagamento della coppia suddetta.

Si tratta, poi, d’intendere qual è il modo migliore per far luogo a quella mutua integrazione nell’interpretazione di tutte le Carte patrocinata dalla Consulta. Non ho dubbi a riguardo dell’indirizzo metodico in grado di dare luce ed orientamento alla tecnica messa in campo dall’interprete e che si rifà al principio – un’autentica *Grundnorm* e, allo stesso tempo, un *Grundwert* delle relazioni interordinamentali – della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti<sup>9</sup>. Si tratta, in breve, di far sì che il “*sistema di sistemi*”, cui si faceva dianzi cenno, possa affermarsi al meglio di sé, alle condizioni storicamente e positivamente date, che ogni Carta possa cioè trovare il modo di esprimere e realizzare al meglio la propria vocazione e natura “*intercostituzionale*”, fissandosi dunque in tal modo il punto più alto di sintesi assiologica tanto *dal punto di vista esterno* (in ispecie, come si diceva, della CEDU e della Carta dell’Unione) quanto *da quello interno*.

---

<sup>9</sup> Il principio ha attratto l’attenzione di una nutrita schiera di studiosi: tra gli altri, S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13/2014, 25 giugno 2014; G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure ivi, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “*Sovranità dei valori*” e *sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense*; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), spec. al § 3 (quest’ultimo può vedersi anche in questa [Rivista](#), 2/2015, 3 giugno 2015, 488 ss.); v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; A. SPADARO, [Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in questa [Rivista](#), 2/2015, 3 giugno 2015, e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 10; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

Nulla, ovviamente, può escludere in partenza che possano darsi casi nei quali l'integrazione in parola non riesca o non riesca appieno e che, dunque, debba farsi luogo ad una scelta esclusiva (o, meglio, esclusivizzante), ispirata alla "logica" dell'*aut aut*. Ciò che mostra come il principio della massimizzazione della tutela possa porsi quale la chiave che apre ovvero chiude la porta che dà all'esterno, dando modo a materiali, positivi e giurisprudenziali, d'immettersi in ambito interno e di spiegare effetti al servizio dei diritti ovvero di rendersi inutilizzabili a questo scopo, per effetto della discesa in campo dei "controlimiti" (a riguardo dei quali, tuttavia, si faranno a breve alcune precisazioni).

Non è quello appena descritto, tuttavia, lo scenario maggiormente conforme alle attese del principio della massimizzazione della tutela che, nella sua più raffinata e densa accezione, induce a far luogo alla congiunta applicazione di *tutte* le Carte, divenute una sola cosa nei fatti interpretativi e per il congiunto appagamento di *tutti* gli interessi in campo, per effetto della tecnica usuale del reciproco bilanciamento: un bilanciamento che – come qui pure si è venuti dicendo – resta indifferente alla veste formale o alla provenienza (da questo o quell'ordinamento) dei materiali normativi che danno il riconoscimento dei diritti, che trapassa cioè lo schermo deformante delle *fonti* per puntare diritto alle *norme*, nella ricerca di ciò che di meglio esse hanno da dare al servizio dei diritti e dei beni restanti della vita visti nel loro fare "sistema".

Ancora prima della selezione e ponderazione delle norme, il principio in parola è, dunque, guida nei processi interpretativi volti alla ricostruzione delle norme stesse: processi non neutri bensì orientati (o, se si vuole, preorientati), siccome obbligati a ricercare il modo ottimale possibile, secondo il caso, per dare appagamento a tutti gli interessi in campo<sup>10</sup>.

*3. Il carattere culturale, più (o anzi) che positivo, del primato di un ordinamento sull'altro, la struttura internamente composita della identità costituzionale, nazionale in quanto anche inter- e sovra-nazionale e internazionale e sovranazionale in quanto anche nazionale, l'impossibile entrata in campo dei "controlimiti" per sistema, così come invece vorrebbero dottrina e giurisprudenza correnti, dipendente piuttosto dall'esito di operazioni di bilanciamento (anche interordinamentale) secondo i casi ed alla luce del canone della miglior tutela*

In questo quadro, qui sommariamente raffigurato unicamente nei suoi lineamenti di fondo, quale senso può avere il principio del primato di un ordinamento sull'altro?

Discende linearmente dalle premesse sopra poste la conseguenza per cui il primato stesso ha da essere, ancora prima (o invece) che *positivo, culturale*: ogni giorno nei casi della vita (e, segnatamente, nel corso delle vicende processuali) si assiste dunque ad una sana competizione al rialzo tra le Carte (e perciò, in buona sostanza, le Corti), l'affermazione di questa o di quella, ovvero – possiamo ora dire – *in maggiore o minore misura* dell'una o dell'altra, dipendendo appunto dalla "merce" maggiormente pregiata che l'una Carta (e Corte) ha da offrire nel mercato dei diritti all'operatore di turno.

L'integrazione nei processi interpretativi non è poi una mera esigenza o, diciamo pure, un'aspirazione avente la radice da cui incessantemente si alimenta nel contesto sopra succintamente descritto; è piuttosto, allo stesso tempo un *fatto* e un *valore* (o, se si preferisce dire altrimenti, un *fatto assiologicamente qualificato*): un fatto di cui per vero si hanno ad oggi non rari riscontri e che però risulta ancora complessivamente immaturo, non pienamente e saldamente affermatosi, secondo quanto si vedrà meglio a momenti; ed è anche un valore in modo non del tutto adeguato servito ed implementato nell'esperienza, un valore "razionalizzato" dalle previsioni contenute tanto nelle Carte di origine esterna (e, segnatamente, nell'art. 53 sia della CEDU che della Carta dell'Unione) quanto nelle Costituzioni nazionali, nelle quali è reso palese dal principio di apertura suddetto, nel suo fare "sistema" coi principi di libertà ed eguaglianza e i principi restanti posti a base dell'ordine interno.

<sup>10</sup> Ho patrocinato più volte il necessario utilizzo del principio della miglior tutela quale fattore di (pre)orientamento dell'interpretazione conforme (ad es., nel mio *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, § 4).

Tutte le Carte – come si è venuti dicendo –, riviste nei loro reciproci rapporti alla luce del principio della miglior tutela, convergono nell’esito della loro necessaria integrazione, ciascuna manifestando il bisogno di doversi appoggiare alle altre e da queste farsi incessantemente alimentare al fine della propria ottimale rigenerazione semantica.

Ecco perché – come vado dicendo da tempo<sup>11</sup> – l’interpretazione è o *circularmente conforme* oppure semplicemente non è.

Ieri la guerra di stampo tradizionale, oggi la nuova guerra originata dal terrorismo, unitamente – come si diceva – alla crisi economica devastante e con ogni probabilità ormai endemica, inducono alla unione delle forze, non alla divisione o, peggio, alla contrapposizione.

L’obbligo di interpretazione orientata da norme di origine esterna è, dunque, un fatto dovuto per gli operatori di diritto interno; ma parimenti dovuto è, per gli operatori sovranazionali, l’orientamento verso (e il costante alimento dal)le tradizioni nazionali in vista dell’ottimale estrazione delle norme stesse. Una convergenza, questa, che dunque riceve spinta e indirizzo dal principio della miglior tutela.

Il principio del primato solo così può, a mia opinione, essere a modo inquadrate e rivisto sotto la luce giusta, affermandosi nei fatti interpretativi a mezzo della tecnica del bilanciamento intersistemico e secondo valore.

Si consideri, solo per un momento, il rapporto che si costituisce tra il diritto dell’Unione e quello degli Stati membri.

L’un ordinamento cammina su due gambe: il principio del primato e il principio della salvaguardia dell’identità costituzionale degli ordinamenti nazionali, due principi che, ad una prima ma erronea impressione, parrebbero reciprocamente inconciliabili e però, allo stesso tempo, bisognosi entrambi di trovare il modo e lo spazio per potersi affermare. Il primato è, poi, comunemente e giustamente considerato servente la realizzazione dell’identità “costituzionale” dell’Unione; solo che dell’identità stessa è tratto connotativo il rispetto dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali e, dunque, l’identità dell’Unione non può che affermarsi *congiuntamente* e *grazie* alla salvaguardia della identità degli Stati, non già col costo insopportabile del sacrificio di questa.

Questo modello tuttavia non si rispecchia nei fatti, laddove si sono avute (e si hanno) probanti e ripetute testimonianze, specie nella pratica giudiziale (particolarmente istruttive al riguardo le prese di posizione della Corte di giustizia in *Melloni* e col parere sull’adesione alla CEDU del dicembre 2014) da cui risulta che il principio della osservanza dell’identità nazionale, di cui all’art. 4.2 del trattato dell’Unione, non è stato visto come limite invalicabile al primato o, comunque, come meritevole di paritario bilanciamento con questo bensì, all’inverso, è il primato stesso a porsi – *per sistema* – a limite del principio della salvaguardia delle identità nazionali, le quali perciò sono effettivamente fatte salve a condizione che non incrocino il primato stesso<sup>12</sup>. Com’è stato, ancora di recente, opportunamente rilevato, il primato ha insomma costituito il cuore della “costituzione materiale” dell’Unione, una costituzione in cui “l’unità giurisdizionale ha tenuto il luogo, inevitabilmente, dell’unità politica”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Ad es., in *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 18/2014, 1 ottobre 2014.

<sup>12</sup> Sulle non lievi questioni teorico-pratiche legate alla formula dell’art. 4, cit., v., tra gli altri, S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté euorounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinarie*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; M. STARITA, *L’identità costituzionale nel diritto dell’Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.

<sup>13</sup> Così, efficacemente, V. PICCONE, *La primauté nell’Unione allargata*, relaz. al workshop su Diritto dell’Unione Europea e Internazionale tenutosi presso la Corte di Cassazione il 12 e 13 novembre 2015, in *paper*.



Dal suo canto, l'ordinamento statale ha esso pure due gambe con le quali si porta avanti: il principio della salvaguardia della propria identità costituzionale e il principio dell'apertura al diritto di origine esterna. E nuovamente – come si è veduto – è da dire che del primo principio è parte integrante il secondo, la piena identità nazionale assicurandosi *anche* a mezzo dell'apertura suddetta.

Al di là di ogni astratta professione di principio, per ciò che attiene al bisogno di mantenere costantemente integra l'identità nazionale, in ambito interno (e, segnatamente, nel nostro<sup>14</sup>), la tendenza maggiormente diffusa e marcata, in seno ad un quadro nondimeno internamente articolato<sup>15</sup>, sembra essere nel segno della sostanziale osservanza del primato del diritto eurounitario, pur laddove ciò dovesse mettere sotto *stress* norme costituzionali e, persino, i principi di base dell'ordinamento: insomma, un vero e proprio ribaltamento della dottrina dei “controlimiti”, col conseguente approfondimento di ogni principio fondamentale in quel vero e proprio “buco nero” evocato dall'art. 11, a riguardo della contrazione della sovranità della Repubblica a beneficio di organizzazioni internazionali costituite allo scopo di preservare la pace e la giustizia tra le Nazioni.

Come si vede, si assiste ad una sensibile divaricazione dell'esperienza rispetto al modello.

Per quest'ultimo, ciò che accomuna e fa convergere l'ordine sovranazionale e quello interno è – come si è veduto – il *principio di identità*: una identità che avrebbe dovuto esibire un equilibrio interno tra le due sue “anime” o componenti, dunque un'identità – potrebbe dirsi – “composta” o articolata, *nazionale in quanto anche inter- e sovra-nazionale e inter- e sovra-nazionale in quanto anche nazionale*; nei fatti, di contro, si ha la netta prevalenza e, alle volte, il vero e proprio schiacciamento dell'una sull'altra componente. I casi della vita sollecitano, infatti, di frequente la messa in atto di delicate e complesse operazioni di ponderazione assiologica, le quali, peraltro, come si sa, sono di quotidiano riscontro nell'esperienza di uno stesso ordinamento. Qui, la novità è data dal fatto che il bilanciamento ha carattere e proiezione interordinamentale (o intersistemica che dir si voglia<sup>16</sup>) e che, però, risulta in buona sostanza squilibrato, fortemente attratto dal polo della prevalenza delle istanze di cui si fa portatrice l'Unione, *costi quel che costi*.

In tal modo, tuttavia, non si coglie ed apprezza il senso profondo del modello internamente articolato concernente tanto l'identità dell'Unione quanto quella dello Stato e che vorrebbe costantemente mantenuto l'equilibrio tra le due componenti ciascuna identità. Non si coglie ed apprezza la circostanza per cui, pur laddove l'una o l'altro dovessero chinarsi per far posto a norme non prodotte al loro interno, in nome del principio della massimizzazione della tutela, ciò non comporterebbe affatto lo svuotamento del *proprio* primato ma, all'inverso, la sua stessa ottimale salvaguardia e realizzazione. È un errore grave di prospettiva metodica e di ricostruzione teorica quello commesso da quanti – giudici e studiosi – non riescono a percepire le potenzialità insite nella “logica” della sussidiarietà che comunque fa salva, ad un piano diverso e più alto, il principio del primato. E ciò, ove si consideri che la pur occasionale messa da canto qui ipotizzata non sarebbe il frutto di una *eteroimposizione* realizzata a forza, *manu militari*, bensì di un *autolimitate* che lo stesso ordinamento occasionalmente recessivo si dà, con la propria metanorma che vuole comunque assicurata la massima realizzazione possibile, in ragione delle peculiari esigenze del caso, dei diritti e, in genere, dei beni della vita meritevoli di tutela.

---

<sup>14</sup> Manifestazioni di resistenza al principio del primato – come si preciserà meglio più avanti – si sono avute in alcuni ordinamenti, per quanto la tendenza complessiva sembri essere nel segno della sostanziale acquiescenza da parte delle Corti nazionali all'indirizzo delineato dalla giurisprudenza dell'Unione che – come si è appena rammentato – è fermo in ordine alla sistematica affermazione del diritto eurounitario nei riguardi di quello interno, secondo quando è stato, ancora di recente, rammentato dal Presidente della Corte di giustizia, K. LENAERTS, *The Legacy of Costa v. Enel*, relaz. al *workshop* sopra cit., in *paper*.

<sup>15</sup> ... secondo quanto si vedrà meglio più avanti, spec. al § 4.

<sup>16</sup> Aggiungo questo secondo termine non per convinzione ma unicamente per tener conto del pensiero della Consulta che – come si sa – ha risolutamente affermato, sin dalle sentenze “gemelle” del 2007, esser priva la Convenzione dell'attributo proprio delle organizzazioni che, sole, possono beneficiare delle limitazioni di sovranità, *ex art. 11 cost.*, per quanto la stessa [sent. n. 349](#) non abbia trascurato di sottolineare che la Convenzione si pone quale una “realtà giuridica, funzionale e istituzionale” (punto 6.1 del *cons. in dir.*).



Di qui, poi, la conferma che i “controlimiti”<sup>17</sup> si rivelano essere comunque inidonei – come mi sforzo di argomentare da tempo – a farsi valere *per sistema* (o *in astratto*) e, piuttosto, risultano suscettibili di operare a beneficio di *qualunque* ordinamento, laddove ciò sia appunto richiesto dal principio della miglior tutela. È perciò che norme di origine esterna (e il discorso ha, a parer mio, generale valenza, estendendosi ad ogni norma, eurounitaria o convenzionale o di altro genere e provenienza ancora), ancorché incompatibili con singoli principi fondamentali di diritto interno, possono ugualmente affermarsi, ove si dimostrino all’altezza di fissare ancora più in alto delle norme interne (e persino di quelle costituzionali) il punto di sintesi tra i valori in campo, così come però potrebbe parimenti darsi il caso che le norme suddette debbano farsi da parte, pur se inconciliabili con norme nazionali inespressive di principi fondamentali e tuttavia maggiormente rispondenti al principio della miglior tutela, secondo il caso<sup>18</sup>.

È nondimeno importante tenere sempre a mente la circostanza per cui il principio di un primato incondizionato, valevole sempre e comunque, si ritorcerebbe, a conti fatti, contro... *se stesso*, rinnegherebbe la propria intima e genuina natura, fatalmente trascurando questa o questa delle componenti che fanno l’identità dell’ordinamento che aspiri alla propria illimitata affermazione e perciò, a conti fatti, lungi dal servire quest’ultima, ne pregiudicherebbe la compiuta ed equilibrata realizzazione. E così l’ordinamento dell’Unione che dovesse – a mia opinione, senza costrutto alcuno – puntare a farsi *in ogni caso* valere, anche a discapito dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, laddove questi ultimi si mostrino in grado di servire ancora meglio delle norme sovranazionali il principio della massimizzazione della tutela, non terrebbe nel dovuto conto il disposto di cui all’art. 4.2 del trattato di Lisbona e, *per ciò stesso*, si automutilerebbe in uno dei suoi principi portanti. *Mutatis mutandis*, questa conclusione – come si è veduto – vale altresì per il caso che in nome dei “controlimiti” non si dia ingresso in ambito interno a norme internazionali o sovranazionali in grado d’innalzare il livello della tutela.

Si tocca così con mano come i bilanciamenti interordinamentali sono forma o *species* dei bilanciamenti intraordinamentali, aperti ad esiti plurimi in ragione dei casi.

#### *4. Le riserve mosse all’uso del canone della massimizzazione della tutela, specie per il pregiudizio che se ne avrebbe per la certezza del diritto, e la loro confutazione alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata*

Si tratta, a questo punto, di stabilire quali possano essere le soluzioni tecniche maggiormente idonee alla concretizzazione del modello teorico sopra sommariamente delineato e tentare quindi di argomentare la tesi enunciata in partenza a riguardo dell’assetto “federale” dei diritti e delle forme della loro tutela (specie in sede giurisdizionale).

Giova, in primo luogo, osservare che l’esito teorico-ricostruttivo ora raggiunto, al di là dei suoi occasionali riconoscimenti avutisi in giurisprudenza<sup>19</sup>, va incontro, nei fatti, a talune non infrequenti manifestazioni di “resistenza” – come sono state chiamate in occasione del nostro Seminario –, alcune delle quali (come quelle dei tribunali ceco, ungherese e polacco) particolarmente vigorose e vistose<sup>20</sup>,

<sup>17</sup> ... di cui duole dover constatare che molti ancora oggi se ne fanno un’idea mitica o ideale, discendente da (ed avvinta a) una visione distorta e parziale dell’identità costituzionale.

<sup>18</sup> Ho avuto modo di argomentare questa tesi, ancora da ultimo, nel mio *Primato del diritto dell’Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, cit., spec. al § 2.

<sup>19</sup> ... principalmente, da noi, come si sa, oltre che nella già richiamata pronuncia del 1999, in [Corte cost. sent. 317 del 2009](#) e successive, laddove si ha traccia particolarmente marcata del principio della miglior tutela.

<sup>20</sup> Riferimenti in O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell’est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss. e J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the ‘German Model’*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz e C. Alcoberto Llivina, Intersentia, Antwerpen 2013, 243 ss e, tra gli interventi al nostro Seminario, part. M. DICOSOLA, *Gli stati dell’Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *paper*.

da parte dei giudici nazionali e da altre analoghe e, forse, ancora più ricorrenti e risolte prese di posizione delle Corti europee, interpreti di un modello internamente squilibrato d'identità dell'ordinamento (o sistema normativo) di appartenenza: orientamenti, tutti questi, nei quali emerge, pur se alle volte confusamente ed abilmente mascherata, la mai sopita vocazione all'affermazione di una sorta di nazionalismo costituzionale esasperato, che trae alimento dal sospetto<sup>21</sup> e dalla gelosa rivendica della propria identità (malamente intesa) e che, nondimeno, si rivela essere – come mi è venuto di dire in altre occasioni – ingenuo ed infecondo, comunque ingiustificato.

Molti esempi sono stati adottati nel corso dei nostri lavori ed altri ancora potrebbero aggiungersi a testimonianza di siffatta radicata tendenza che, realisticamente, potrà essere superata unicamente con un cambio deciso di mentalità e di metodo nello studio delle relazioni interordinamentali, che abbia a cuore la costruzione di una cultura dei diritti profondamente rigenerata, fatta poggiare su quell'idea di Costituzione "intercostituzionale" che, a mio modo di vedere, costituisce la risposta più persuasiva e complessivamente adeguata alle esigenze del presente contesto internazionale e sovranazionale, oltre che fedele alle indicazioni date dalla stessa Carta nei suoi principi fondamentali visti nel loro fare "sistema".

Ogni medaglia ha però il suo rovescio; e molti altri esempi ancora possono farsi a testimonianza di un "dialogo" – come suole, pur con una certa improprietà, essere chiamato – tra le Corti costruttivo, che ha portato a superare antiche barriere ed incrostazioni, con conseguente beneficio per i diritti.

Farò a momenti alcuni riferimenti a conferma di quest'assunto. Mi preme tuttavia sin d'ora evidenziare come ogni eccessiva sottolineatura dell'uno o dell'altro profilo della complessiva vicenda dei diritti porti con sé inevitabili sue deformanti rappresentazioni e parimenti distorsive implicazioni.

Una delle più ricorrenti obiezioni al modello sopra raffigurato, in ispecie al perno stesso attorno al quale esso ruota, costituito dal principio della massima tutela, è che esso comporta un insopportabile sovraccarico di poteri e di responsabilità in capo ai giudici, lasciati a conti fatti liberi di determinarsi come credono in relazione alle peculiari esigenze dei casi portati alla loro risoluzione.

Insomma, la certezza del diritto ne risulterebbe gravemente pregiudicata fino a poter andare del tutto dispersa. È una critica che mi è stata più volte fatta e che colpisce al cuore la mia tesi, specificamente laddove mi sforzo di argomentare l'idea secondo cui non si dà, e non può darsi, un *sistema delle fonti*, ciascuna delle quali sia connotata da una forza invariabile che la porterebbe ad occupare stabilmente sempre (e solo) un certo "posto" nel sistema; si dà, di contro, un *sistema di norme*, che si fa e rinnova incessantemente in relazione ai casi e secondo valore e che ha appunto nel principio della massima realizzazione possibile della Costituzione come "sistema" il chiodo fisso dal quale incessantemente e stabilmente si tiene.

Il colpo – ne convengo – è forte, evocandosi a sua giustificazione uno dei miti del positivismo giuridico, la certezza del diritto; e però dagli infarti (ammesso che siano tali...) – come si sa – ci si può riprendere, non essendo per fortuna sempre fatali.

Per altro verso, come mi sono sforzato di argomentare più volte, non è invero consigliabile abbandonarsi ad una visione ideale (o, appunto, mitica) della certezza stessa, la quale ha senso se ed in quanto riesca a convertirsi in concreto in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela. Non mi stancherò infatti di ripetere che la certezza è, sì, un bene prezioso da custodire e trasmettere (un autentico principio supremo, ci rammenta la giurisprudenza costituzionale); dobbiamo però chiederci di quale idea di Costituzione vogliamo farci portatori (torna, come si vede, la correlazione stretta, inscindibile, cui accennavo poc'anzi, tra teoria dei diritti e teoria della Costituzione). Personalmente, seguito ad essere affezionato alla definizione datane dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, che vede il nucleo espressivo della Costituzione stessa nella salvaguardia dei diritti fondamentali, nei cui riguardi si pone in posizione servente il principio della separazione

---

<sup>21</sup> Azzeccatò il titolo dato da P. FARAGUNA al proprio intervento al nostro Seminario, dal titolo *Il "sospettoso" cammino europeo del Bundesverfassungsgericht*; non si trascuri, nondimeno, che il complessivo indirizzo del giudice tedesco risulta essere internamente assai frastagliato ed oscillante tra fedeltà alla nazione ed *Europarechtsfreundlichkeit*, con una maggiore propensione – a me parrebbe – per il primo corno dell'alternativa, com'è peraltro da ultimo avvalorato dalla vicenda *Gauweiler*, di cui F. riferisce nel § 9 del suo *paper*.

dei poteri (il secondo frammento della nota formula frutto della illuminata intuizione dei rivoluzionari francesi).

L'esperienza, d'altro canto, avvalora che sono numerose e diffuse, quotidianamente ricorrenti, le pratiche giuridiche nel corso delle quali gli operatori sono chiamati a far luogo a criteri sostanziali puri (o, meglio, assiologico-sostanziali), senza che ciò sia di per sé motivo di scandalo (si pensi, ad es., all'abrogazione tacita e, più in genere, all'interpretazione e, insomma, a tutto ciò che ha a che fare con le *norme*, il loro avvicendamento nel tempo, l'efficacia o il giudizio sulla loro validità sostanziale, che si dispone ad un piano e va visto da una prospettiva di ordine sostanziale).

*5. Il “dialogo” quale strumento di stabilizzazione e di rinnovamento a un tempo della giurisprudenza, la conciliazione di uniformità e differenziazione per effetto della “federalizzazione” dei diritti, che si avvale del metodo di una produzione giurisprudenziale in progress, idonea a prendere corpo a mezzo di “catene” di atti funzionalmente connessi, bisognosa tuttavia di poggiare su una previa, misurata ed incisiva allo stesso tempo, disciplina (anche di rango costituzionale) dei diritti*

È pur vero tuttavia – e qui colgono nel segno quanti manifestano preoccupazione per le sorti della certezza – che occorre mettere in campo meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza; e il solo carburante in grado di azionarli e portarli ad effetto è il “dialogo” intergiurisprudenziale che si conferma essere strumento di centrale rilievo. Uno strumento che, nondimeno, non conviene che sia per intero rimesso al moto spontaneo di coloro che se ne avvalgono ma che dev'essere, a mia opinione, sorretto da un pugno di canoni essenziali che ne incanalano ed orientano lo svolgimento. Canoni che, per vero, in parte si hanno (e il riferimento va ora, ovviamente, fatto soprattutto al rinvio pregiudiziale), per quanto i risultati in concreto ottenuti non siano ad oggi in tutto appaganti<sup>22</sup>, ma che richiedono ulteriori, non secondarie correzioni e, soprattutto, integrazioni.

L'intreccio dei rapporti tra le Corti europee, tanto *inter se* quanto con le Corti nazionali, è ormai tale da rendersi urgente l'allestimento di canali di collegamento specificamente sul fronte che porta a Strasburgo, al fine di incoraggiare la convergenza degli indirizzi giurisprudenziali senza la quale potrebbero determinarsi tensioni e contraddizioni che poi fatalmente si scaricherebbero soprattutto sui giudici nazionali, i terminali di complesse e sofferte operazioni di bilanciamento assiologico riguardanti i diritti.

Qualche passo si è invero fatto nella direzione qui auspicata (in ispecie, grazie al prot. 16 annesso alla CEDU, che nondimeno appare esibire limiti gravi di rendimento<sup>23</sup>) ma molti altri ancora devono essere compiuti al fine di dare un assetto complessivamente soddisfacente alla relazioni tra le Corti. Senza che se ne possa ora dire con la dovuta estensione, mi limito solo ad enunciare due novità che sarebbe urgente introdurre: la estensione del meccanismo di consultazione alla Corte europea, dal prot. suddetto riservato – come si sa – unicamente ai giudici di ultima istanza<sup>24</sup>, e, soprattutto, la

---

<sup>22</sup> A fronte, infatti, di un numero crescente di rinvii fatti alla Corte dell'Unione sta il numero, di sicuro incomparabilmente maggiore pur se non determinabile, di rinvii mancati, a motivo del difetto di consapevolezza e di padronanza dello strumento, secondo quanto avvalora anche una osservazione superficiale del modo con cui quotidianamente si amministra giustizia nelle aule giudiziarie.

<sup>23</sup> Le novità introdotte dall'atto sono – come si sa – in genere valutate positivamente (indicazioni di vario segno, per tutti, in AA.VV., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. Lamarque, Giappichelli, Torino 2015), pur apparendo solo come un primo passo lungo la via qui indicata.

<sup>24</sup> È chiaro che, poi, dovrà trovarsi il modo per far fronte alla mole imponente di lavoro di cui la Corte europea potrebbe essere gravata, introducendo filtri adeguati o, se del caso, riarticolarlo al proprio interno la Corte stessa. Le soluzioni, nondimeno, non mancano, come tra l'altro testimonia l'esperienza dei ricorsi diretti (tra i quali, l'*amparo*) ai tribunali costituzionali.

previsione di strumenti di reciproca consultazione tra le Corti europee<sup>25</sup>. È chiaro che la formalizzazione della mutua consultazione lega e frena, in una certa misura, i movimenti delle Corti stesse, segnatamente di quelli della Corte che di volta in volta chiede e riceve il parere, laddove fin qui esse hanno goduto di piena libertà d'azione, potendo scegliere se e quando farsi reciproco richiamo nella propria giurisprudenza, selezionare i precedenti e, talvolta, anche manipolarli, così come peraltro fanno persino nei riguardi di... *se stesse*<sup>26</sup>. I vantaggi che, nondimeno, potrebbero aversi dall'accoglimento della proposta qui patrocinata superano – a me pare – di gran lunga i costi, sol che si pensi alla riduzione vistosa, se non proprio all'azzeramento, che verosimilmente è da attendersi dei casi di scollamento degli indirizzi, quando non del loro irriducibile contrasto, foriero poi di guasti notevoli – come si diceva – specie nelle sedi nazionali in cui si amministra giustizia.

In disparte, ad ogni buon conto, l'ipotesi della razionalizzazione positiva del “dialogo” intergiurisdizionale, pur se particolarmente contenuta al fine proprio di non ingessarne gli svolgimenti e orientamenti, resta il significato di quest'ultimo in sé e per sé. Ed è bensì vero che esso non è comunque in grado di assicurare la necessaria e sistematica convergenza delle giurisprudenze. Parlandosi e chiarendosi i rispettivi punti di vista, la convergenza stessa può comunque disporre di *chances* per potersi affermare che altrimenti di sicuro non avrebbe. E gli esempi – come si diceva – possono farsi numerosi, in relazione tanto a questioni di biodiritto quanto a questioni di ordine economico-sociali o di altro ordine ancora, per la cui soluzione il “dialogo” si è rivelato una risorsa preziosa e feconda, di cui si sono avvalsi tutti i giudici, costituzionali e non, che incoraggia a proseguire risolutamente e speditamente lungo la via intrapresa<sup>27</sup>.

Pescando a caso tra le molte suggestioni e indicazioni offerte dall'esperienza, basti solo porre mente all'incidenza esercitata sullo sviluppo della giurisprudenza (e, in minor misura, della legislazione) nazionale da parte di quella europea, per ciò che attiene al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini biologiche<sup>28</sup>, alla condizione delle coppie composte da persone dello stesso sesso, nonché a quella dei detenuti resa disumana per effetto del sovraffollamento carcerario, alla fecondazione medicalmente assistita, al lavoro, alla proprietà<sup>29</sup>, alla riservatezza e tutela dei dati personali<sup>30</sup>.

Ovviamente, non mancano – come pure si diceva – le indicazioni di segno opposto, che danno testimonianza di una divaricazione di posizioni tra le Corti e delle difficoltà e remore a comunicare costruttivamente a vicenda: tutti casi nei quali – come si è fatto altrove notare – il dialogo, a conti

<sup>25</sup> ... e, di conseguenza, la disciplina dei modi con cui i giudici nazionali dovrebbero gestire i casi – diciamo così – di “doppia pregiudizialità”, eurounitaria e convenzionale (volendo ora fare un uso largo della espressione, estendendola altresì alla consultazione della Corte EDU).

<sup>26</sup> La tecnica dell'autocitazione si presta – come si sa – ad usi a largo raggio, in occasione dei quali ciascuna Corte è chiamata a dare prova delle raffinate capacità che possiede nell'adoperare le tecniche decisorie di cui è dotata (con specifico riferimento alla Corte costituzionale, per tutti, v. A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996, spec. 160 ss., e AA.VV., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Cedam, Padova 2008).

<sup>27</sup> Indicazioni al riguardo possono aversi da R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12/2014, 10 giugno 2014, spec. al § 3.2, e, ora, AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 (e *ivi*, con specifico riguardo ai diritti sociali, S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, 245 ss.; tra i contributi al nostro incontro, v., spec., G. ROMEO, *Riposizionare i diritti sociali nelle tradizioni costituzionali comuni*, in *paper*).

<sup>28</sup> La vicenda è stata riconsiderata durante il nostro seminario da B. BARBISAN, *Apprendimento e resistenze nel dialogo fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: il caso del diritto all'anonimato della madre naturale*.

<sup>29</sup> ... e, in ispecie, alla occupazione acquisitiva, che ha avuto, come si sa, un nuovo assetto in conseguenza delle condanne comminate al nostro Stato dalla Corte EDU (riferimenti, nel corso dei nostri lavori, in L. VAGNI, *Brevi riflessioni su cittadinanza, diritti fondamentali e proprietà*, spec. al § 3, dove sono altresì pertinenti rilievi a riguardo del ravvicinamento tra *civil* e *common law*, specie per ciò che concerne la “rilettura della proprietà in chiave solidaristica”, su cui mi soffermerò, con una succinta riflessione di ordine generale, a momenti).

<sup>30</sup> Su ciò, la relazione illustrata durante il nostro Seminario da A. DIMARTINO, *Riservatezza e tutela dei dati personali*, spec. alla parte IV del *paper*, che opportunamente insiste sulla ricaduta avutasi in ambito interno di *Digital Rights Ireland*.



fatti, si snatura e converte in plurimi monologhi tra parlanti lingue diverse, incomprensibili per ciascuno degli attori sulla scena.

Posseggo al riguardo una sola certezza, nella quale confesso di radicarmi sempre di più: che, laddove dovessero affermarsi e sempre di più crescere, per numero e rilievo degli effetti prodotti, posizioni irrigidite e chiusure autoreferenziali delle Corti, non solo non si costruirebbe nulla di buono ma – peggio – verrebbe tradita la missione alla quale le Corti stesse sono chiamate dalle Carte di cui sono (e *devono* costantemente essere) istituzionalmente garanti, non offrendosi a queste ultime il servizio che dalle prime si attendono e non dandosi dunque una loro fedele e compiuta rappresentazione nell'esperienza.

Si è dietro veduto che, in un contesto connotato da una integrazione sovranazionale avanzata e in un mondo – come usa dire, con termine brutto ma efficace – ormai irreversibilmente “globalizzato”, le Carte sono strutturalmente “intercostituzionali” e “intergiurisprudenziale” ha dunque da essere la salvaguardia dei diritti.

Il modo più adeguato per riconciliare e far reciprocamente convergere le tendenze alla uniformità e le tendenze alla diversificazione, quali si manifestano in seno tanto all'identità nazionale quanto a quella europea, identità – come si è fatto notare – internamente composite, ciascuna in sé racchiudendo ed esprimendo i tratti propri dell'altra, è, a mia opinione, quello di mutuare gli schemi propri dell'organizzazione federale, di “*federalizzare*” appunto i diritti, adeguandovi quindi le tecniche decisorie che danno forma alle operazioni di ponderazione dei diritti stessi, sia *inter se* che con altri beni della vita<sup>31</sup>.

Non è a caso, d'altronde, che sempre più di frequente si assista a pronunzie delle Corti europee che danno indicazioni di principio, sollecitando poi al fine del loro opportuno svolgimento le Corti nazionali e che parimenti non di rado i tribunali costituzionali diano vita essi pure ad analoghe pronunzie, in vista della graduale e per quanto possibile morbida ed articolata implementazione dei principi stessi, conformemente alla varietà dei casi che ne sono riguardati ed alla complessità degli interessi in gioco.

Non si commetta tuttavia l'errore di ritenere che il moto e il verso siano unicamente “discendenti”, segnati da “direttive” impartite dai giudici europei a quelli nazionali, chiamati ad un mero ruolo servente, ancorché connotato da margini di manovra non poco consistenti in sede di specificazione-attuazione delle “direttive” stesse. Una volta, infatti, ambientate le relazioni tra gli ordinamenti (e le Corti che ne sono garanti) al *piano culturale* ancora prima (e più) che a quello *positivo* e spianato il terreno sul quale esse possono con profitto svolgersi a mezzo degli strumenti coi quali prendono corpo le esperienze della interpretazione, l'esito naturalmente discendente da siffatte premesse è la incessante e circolare influenza che le Corti possono esercitarsi (e sempre più spesso effettivamente esercitano) a vicenda. Non poche volte, infatti, la spinta iniziale per la formazione degli indirizzi delle Corti europee viene proprio da quei giudici nazionali che quindi, una volta giunti a maturazione gli indirizzi stessi, sono da questi ulteriormente incoraggiati e proseguire lungo la via già tracciata e in parte percorsa, se del caso correggendo e complessivamente mettendo a punto l'originaria impostazione.

L'esperienza delle decisioni-pilota della Corte europea e delle additive di principio della Corte costituzionale è altamente emblematica di questa tendenza segnata dalla mutua alimentazione degli orientamenti giurisprudenziali e volta, per quanto possibile, alla apertura delle soluzioni ed alla flessibilizzazione di discipline positive che, laddove invece irrigidite, darebbero vita ad inconvenienti gravi ed a squilibrate ponderazioni su basi di valore.

Gli esempi sopra fatti a riguardo del diritto a conoscere le proprie origini biologiche o al sovraffollamento carcerario o altri esempi ancora concernenti la procreazione, la vita di coppia ecc. rendono tutti testimonianza di questo che appare invero essere uno dei segni più marcati dell'esperienza presente in merito alla tutela dei diritti.

---

<sup>31</sup> Ho anticipato alcuni dei concetti ora esposti in altri luoghi, tra i quali *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12/2014, 11 giugno 2014, spec. al § 3.5.



Come si è tentato in altri luoghi di mostrare, viene in tal modo a prendere forma una “catena” di atti, alcuni prodotti in ambito esterno ed altri di diritto interno, funzionalmente connessi e convergenti allo scopo di realizzare un bilanciamento, anche appunto al piano delle relazioni interordinamentali, idoneo a consentire alle due componenti dell’identità costituzionale di trovare comunque appagamento. Una giurisprudenza *in progress*, la si è altrove definita, che mostra i limiti di antiche e ad oggi diffuse credenze, volte a considerare gli atti esclusivamente *uti singuli*, siccome idonei ciascuno a produrre un effetto suo proprio, laddove – senza ovviamente escludere siffatta idoneità – ciò che maggiormente conta, perlomeno in talune esperienze, è l’effetto unitario riconducibile alla “catena” in quanto tale, più (e prima ancora) che agli “anelli” di cui si compone.

Mi sbaglierò ma credo che le speranze di un’ulteriore integrazione sovranazionale, anche al piano delle relazioni tra le Corti, che possa rinvenire al proprio interno la spinta decisiva per la propria compiuta maturazione sono legate proprio alla fattibilità di un modello che risulti connotato da interventi *soft* delle Corti sovranazionali, coi quali si stabilisca la cornice e si tracci l’orientamento per un’azione in *tandem* posta in essere in ambito interno dai giudici costituzionali e da quelli comuni, a completamento e perfezionamento dell’opera avviata dalle prime.

Solo rendendo reciprocamente complementari e convergenti verso scopi comuni i ruoli delle Corti può – a me pare – centrarsi l’obiettivo di un soddisfacente appagamento dei diritti e, allo stesso tempo, preservare l’equilibrio tra le Corti stesse e, di riflesso, le identità costituzionali di cui esse sono chiamate a farsi garanti.

Meccanismi formalizzati di raccordo tra le Corti, comunque risultanti da essenzialità di disposti che li regolano e, perciò, idonei ad assicurare la necessaria agilità di movenze alle relazioni tra le Corti, agevolandone la duttilità degli interventi, nondimeno non bastano. Occorre, infatti, che tutto ciò sia fatto poggiare su un terreno spianato da una congrua disciplina legislativa (anche di rango costituzionale<sup>32</sup>) che tracci dunque il solco lungo il quale la giurisprudenza, in ciascuna delle sue plurime forme espressive, abbia modo di svolgersi per giungere alla meta di un adeguato appagamento dei diritti. Non mi stancherò di rinnovare l’invito, in altre sedi rivolto, a fermare l’attenzione su un punto di cruciale rilievo, vale a dire che il volto dello Stato odierno non può essere né quello usualmente sintetizzato nella formula ad effetto dello “Stato giurisdizionale” né l’altro, fedele alla tradizione liberale dell’Europa continentale, dello “Stato legislativo”: due raffigurazioni entrambe, per l’uno o per l’altro verso, eccessive e, dunque, a conti fatti, parziali e deformanti.

Di contro, occorre farsi portatori – a me pare – di un modello di Stato in seno al quale ciascuna delle sedi istituzionali in cui si articola è sollecitata ad incarnare un ruolo viepiù impegnativo e crescente, in cui cioè si abbia un ruolo forte sia degli organi della direzione politica e sia degli organi di garanzia (per ciò che qui specificamente importa, dei giudici, comuni e costituzionali). Insomma, uno Stato che è, a un tempo, “legislativo” e “giurisdizionale”, se vogliamo riprendere queste usuali, ancorché logore, etichette, nel quale l’equilibrio complessivo del sistema risulti – perlomeno, secondo modello – costantemente preservato e idoneo ad essere trasmesso anche ai tempi a venire, in cui perciò non si abbiano più “diritti senza legge”<sup>33</sup>, rimessi per intero in ordine al loro riconoscimento ed alla loro tutela ad occasionali e non di rado improvvisati interventi regolatori (pur se circoscritti *quoad effectum*) dei giudici, in tal modo sovraccaricati di un peso e di una responsabilità, morale prima ancora che giuridica, che non possono (e non devono) da sé soli portare.

<sup>32</sup> Sulla opportunità di una razionalizzazione costituzionale che coinvolga anche la parte sostantiva della Carta e che anzi parta proprio da questa vado discorrendo da tempo; ed anche per questo profilo si coglie la “leale cooperazione” che può (e deve) intrattenersi tra giudici e legislatore, l’opera di questo, per un verso, risentendo delle suggestioni che vengono dagli indirizzi di quelli e, per un altro (e circolarmente), sollecitando la formazione di nuovi indirizzi, sotto la spinta ed alla luce delle indicazioni venute dalla disciplina positiva.

<sup>33</sup> De *I diritti senza legge* ha, di recente, discorso A. MORELLI, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 145 ss.; pure *ivi*, opportuni rilievi a riguardo della tipicità dei ruoli dei decisori politico-istituzionali e dei giudici in G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, 125 ss., nonché, volendo, anche il mio *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, 1 ss., spec. 8 ss.

Occorre, in breve, dotare il dialogo tra le Corti di un orientamento e di un verso che, negli ordinamenti a tradizione di diritto scritto, non possono che venire dalla legge, costituzionale in prima battuta e, a seguire, comune.

6. *Una succinta notazione finale, a riguardo della comparazione quale strumento necessario, di rilievo crescente, per la compiuta comprensione e l'incessante rigenerazione semantica degli enunciati delle Carte "intercostituzionali", l'ottimale affermazione del dialogo intergiurisprudenziale, il ravvicinamento tra civil e common law, la produzione, verifica e salvaguardia delle tradizioni dei diritti*

Strumento indispensabile perché un dialogo effettivamente paritario e reciprocamente rispettoso possa prendere corpo e portare frutti, nel senso qui auspicato, è che si faccia un uso diffuso, allo stesso tempo accorto ed incisivo, della comparazione, in tutte le sue possibili forme ed espressioni<sup>34</sup>: tanto di quella "verticale", al piano delle relazioni tra diritto internazionale e sovranazionale (positivo e, soprattutto, giurisprudenziale), quanto dell'altra "orizzontale" (tra ordinamenti della medesima specie o livello, principalmente di quelli statali), la quale ultima pur essendo ultimamente cresciuta, risulta nondimeno ancora oggi vistosamente carente<sup>35</sup>.

D'altronde, è un dato di comune evidenza quello per cui senza la comparazione stessa non è possibile far luogo alla elaborazione, verifica, costante aggiornamento delle tradizioni dei diritti. Il che vale come dire che l'interpretazione delle Carte in genere (Costituzione compresa) non può solidamente impiantarsi e proficuamente svolgersi facendo a meno della comparazione stessa, ove si abbia a cuore di dare il giusto conto al rilevato carattere "intercostituzionale" delle Carte stesse. D'altronde, come potrebbe mai prendere forma quella integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui discorre la già richiamata [sent. n. 388 del 1999](#), se non comparando?

La comparazione consente infatti di "misurare", sia pure alle volte invero in modo approssimativo<sup>36</sup>, il grado dell'appagamento ottenuto dai diritti o altri interessi, spianando pertanto la via al radicamento del canone della miglior tutela; ancora prima, la comparazione è il passaggio obbligato per far pervenire l'identità costituzionale alla compiuta coscienza di sé<sup>37</sup>. Un esito, questo, linearmente discendente dalla natura internamente composita dell'identità stessa che – come si è venuti dicendo – è costituzionale nel suo "internazionalizzarsi" e "sovrannazionalizzarsi", così come, di rovescio, l'identità internazionale e sovranazionale tende alla propria "costituzionalizzazione" complessiva.

La comparazione è, poi, causa ed effetto allo stesso tempo di quel ravvicinamento tra *civil* e *common law* che costituisce, per diffuso riconoscimento, una delle tendenze ordinamentali di maggior rilievo del tempo presente. Non a caso, per un verso, il diritto giurisprudenziale va facendosi prepotentemente largo nei Paesi dell'Europa continentale, colmando lacune strutturali del diritto legislativo

---

<sup>34</sup> ... della quale, per le ragioni appena esposte, dovrebbe giovare, ancora prima del giudice (comune e costituzionale), lo stesso legislatore, traendone profitto nella sua opera di ricognizione e tutela dei nuovi diritti fondamentali ovvero di aggiornamento dei vecchi.

<sup>35</sup> Meramente occasionali, comunque insufficienti, a tutt'oggi i richiami che l'una giurisprudenza statale fa all'altra sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali. Eppure, a tacer d'altro, è proprio questo il terreno sul quale può farsi luogo in modo adeguato alle necessarie verifiche riguardanti la elaborazione e l'utilizzo appropriato delle "tradizioni costituzionali comuni", in merito alle quali utili riferimenti, di recente, in O. POLLICINO, [Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione](#), in questa [Rivista](#), 1/2015, 242 ss., e, dello stesso, ora, *Servono ancora le "tradizioni costituzionali comuni" dopo la Carta di Nizza-Strasburgo?*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., in *paper*, oltre che in *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, cit., nonché G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controllimiti a tutela dell'identità costituzionale*, cit., 103 ss.

<sup>36</sup> Per strano che possa per più versi sembrare, ancora oggi assai controverso – nel metodo come pure nei criteri, nelle forme e, soprattutto, nei limiti – è il modo con cui può farsi un uso vigilato e fecondo della comparazione.

<sup>37</sup> Ha opportunamente rammentato E. CALZOLAIO, intervenendo in chiusura dei lavori della prima sessione del nostro Seminario, che la conoscenza dell'altro è condizione della conoscenza di se stesso.

e rendendone viepiù palesi i limiti di rendimento per ciò che attiene al complessivo soddisfacimento dei diritti. Per un altro verso, parimenti crescente appare essere l'interesse in larghi strati della cultura giuridica dei Paesi di tradizione anglosassone, a partire dalla stessa Gran Bretagna, verso istituti tipici degli ordinamenti a diritto essenzialmente scritto<sup>38</sup>.

Il dialogo tra le Corti può dunque produrre (o, meglio, concorrere per la sua parte a produrre) effetti strutturali, di innovazione ordinamentale: in Gran Bretagna – come è stato mostrato anche nel corso dei nostri lavori<sup>39</sup> – ha portato (o, direi, con maggiore cautela, sta portando) ad una trasformazione della *common law*; in Europa continentale (e, per ciò che più da presso ci tocca, nel nostro Paese), poi, va determinando, come si è accennato, con la sua stessa esistenza, un diverso equilibrio tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo dagli imprevedibili ulteriori sviluppi.

Ecco perché incontri quale quello odierno hanno uno speciale significato, che va apprezzato e ulteriormente coltivato ed alimentato, anche estendendoli a cultori di discipline diverse da quelle giuridiche (tra i quali, principalmente, economisti, sociologi, politologi). Se non avremo piena consapevolezza del rilievo di questa aspettativa e, soprattutto, la capacità di darvi voce e seguito con ulteriori iniziative culturali credo che verremo meno al compito che ci siamo assunti nel momento in cui abbiamo scelto di dedicarci agli studi cui quotidianamente attendiamo.

---

<sup>38</sup> Si pensi, al riguardo, solo al significato posseduto dalla istituzione della *Supreme Court*, su cui si è soffermato, nel corso dei nostri lavori, C. MARTINELLI, *Il Regno Unito tra specificità britannica e dialogo con l'Europa*, il quale nondimeno ha opportunamente invitato alla cautela per ciò che attiene alla sua eventuale evoluzione ed assimilazione ad una vera e propria Corte costituzionale (§ 3, con richiamo ad una indicazione di A. Torre e P. Martino).

<sup>39</sup> Ancora C. MARTINELLI, nello scritto sopra cit.

**Pasquale Costanzo - Lara Trucco\***  
**Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il divieto di bis in idem nel [Protocollo n. 7 alla Convenzione Edu.](#)* – 3. *La definizione della natura (penale) dell'accusa a Strasburgo.* – 4. *I divieti della stessa infrazione per cui si è già stati scagionati o condannati (l'“idem”) tra ambito Edu e nazionale* – 5. *Segue. Il divieto di un secondo giudizio (il “bis”)* – 6. *Il “ne bis in idem” nel diritto dell'Unione europea della concorrenza e del mercato.* – 7. *Segue. “Ne bis in idem” ed eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni: la [Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.](#)* – 8. *Segue. Il ne bis in idem nel quadro del mandato di arresto europeo.* – 9. *Il “ne bis in idem” e la [Carta dei diritti fondamentali.](#)* – 10. *Il ne bis in idem tra concurrence et complémentarité presso le Corti europee.*

### 1. *Premessa*

Il principio contenuto nel brocardo latino “ne bis in idem”, con cui si esprime il divieto che una persona possa subire doppie incriminazioni per lo stesso fatto, ha, com'è noto, origini antiche<sup>1</sup>, se solo si considera che di un tale principio sarebbe rinvenibile traccia nel *Corpus Juris Civilis* (529-534 d.C.)<sup>2</sup> e che, addirittura, c'è chi ne rinviene un qualche riferimento già in Demostene (355-354 a.C.)<sup>3</sup>. Esso si è poi perpetuato nei secoli come dimostra, tra l'altro, la particolare attenzione dedicata all'argomento, in epoca medievale, nella *Common Law*, da parte dell'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket (XII sec.)<sup>4</sup> ed ancora successivamente sul suolo italico, da parte di Bartolo da Sassoferrato (XIV secolo)<sup>5</sup>.

\* Il contributo è frutto di una riflessione comune, ma i §§ 2, 3, 6, 7 e 8 sono da attribuirsi specificamente a Pasquale Costanzo, i §§ 4, 5 e 9 a Lara Trucco, ed i §§ 1 e 10 ad entrambi gli autori.

<sup>1</sup> Cfr., *amplius*, in argomento, tra gli altri, J.A. SIGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963; M. FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, Oxford, 1969; P. MCDERMOTT, *Res Judicata and Double Jeopardy*, London, 1999; e, più di recente, L. MINGARDO, *Bis de eadem re ne sit actio*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione*, a cura di P. Moro, Milano 2013, 177 e ss.

<sup>2</sup> Ulpianus, Dig. 48.2.7.2: «*Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita divis pius salvio valenti rescripsit: sed hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est. et putem, quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant, si is, qui nunc accusator exstitit, suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere*» (reperibile, tra l'altro, in <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest48.shtml>); v., inoltre, Gaius, *Institutiones*, 3.181: “*Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim*” e ID., *Institutiones*, 4.108: “*Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat*” (in <http://www.thelatinlibrary.com/gaius4.html>). Altri richiami del principio di “ne/non bis in idem” nel diritto romano sono reperibili in <http://www.dirittoestoria.it/11/note&rassegne/Kostova-Ne-non-bis-in-idem-origine-principio.htm>.

<sup>3</sup> Demosthenes, *Adversus Leptinem*, 147: οἱ νόμοι δ' οὐκ ἔδωσι δις πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὔτε δίκας οὔτ' εὐθύνας οὔτε διαδικασίαν οὔτ' ἄλλο τοιοῦτ' οὐδὲν εἶναι. ([http://archive.org/stream/demosthenouspros00demo/demosthenouspros00demo\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/demosthenouspros00demo/demosthenouspros00demo_djvu.txt)).

<sup>4</sup> Becket avrebbe ripreso l'idea di San Girolamo (IV sec. d.C.) secondo cui Dio non giudicherebbe mai due volte «per la stessa offesa...», e su questa base avrebbe sostenuto che l'inflizione di sanzioni da parte del Sovrano a uomini di Chiesa già condannati dalle Corti ecclesiastiche per determinate condotte avrebbero violato il divieto di doppia punizione sancito dal diritto canonico (cfr., in partic., sul punto, HAROLD J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard, 259).

<sup>5</sup> Bartolo da Sassoferrato, in *secundam Digesti novi partem commentaria*, Venezia, 1585: “*Absolutus non potest de eodem crimine accusari ad eodem vel ab alio, nisi fuerit ignorans et suam iniuriam persequatur*” (v., ad es., quanto riferisce M. MECCARELLI, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in <http://books.openedition.org/efr/1842>, nota 25).

Sembra essere stato nel legare le sue sorti alle idee di giustizia e certezza giuridica, specie in ambito penale, che il medesimo principio si è rivelato tra le conquiste di maggior “valore” del costituzionalismo di matrice liberaldemocratica, comparando, oltre che nel diritto internazionale<sup>6</sup>, praticamente in tutte le Costituzioni più recenti<sup>7</sup>, anche se occorre sottolineare che di esso ha ragionato il V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, la cui Corte Suprema ha affermato: «*The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State, with all its resources and power, should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity*»<sup>8</sup>.

Di un tale principio interessa qui esaminare portata ed implicazioni, in attesa che si realizzi un sistema giudiziario europeo meglio compiuto e coordinato, muovendo dalla prospettiva specifica del riconoscimento e delle applicazioni che ne sono state fatte da parte delle Corti europee sovranazionali e dalle Corti interne della Consulta e della Cassazione, con l’obbiettivo precipuo di repertoriare criticamente il materiale utile per uno studio multilivello in materia.

Per quanto riguarda specificamente l’area europea, il tema è emerso in tutta la sua portata – anche problematica – a motivo della sovrapposizione di interessi ed esigenze di tutela dei diritti determinatasi col processo di integrazione UE e dall’appartenenza alla CEDU.

Al proposito, è possibile distinguere alcune fasi, nell’ambito delle quali si è passati dall’affrontare il tema del *ne bis in idem* in chiave prettamente politica secondo un approccio di carattere internazionalistico che affidava un ruolo decisivo agli Stati, a meglio valorizzarne, invece, la natura a tutti gli effetti di diritto individuale tutelabile in sede giudiziale... al punto da intravedersi oggi un vero e proprio cambiamento dello scenario in forza dell’ulteriore potenziamento di un tale principio. Così, inizialmente, il divieto di “*bis in idem*” è stato oggetto di convenzioni bilaterali e, poi, di convenzioni multilaterali (tra gli Stati); in un momento successivo lo stesso ha costituito strumento delle politiche di cooperazione europea e coesione interordinamentale; mentre è stato a far data dagli anni Ottanta e, poi, soprattutto negli ultimi tempi che il *ne bis in idem* ha trovato finalmente spazio nelle Carte dei diritti fondamentali “europee”.

<sup>6</sup> Tra i principali “strumenti” di diritto internazionale che contemplano il divieto di “*bis in idem*” si menzionano: le Convenzioni di Ginevra III e IV (artt. 86 e 117, c. 3) ed il relativo Protocollo Addizionale del 1977 concernente la protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (art. 75, comma 4, lett. h)); il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14, n. 7); la Convenzione tra gli Stati partecipanti al trattato NATO (art. VI); la Convenzione Americana sui Diritti Umani (art. 8, c. 4); lo Statuto di Roma, istitutivo della Corte Penale Internazionale (art. 20); lo Statuto del Tribunale penale internazionale per l’ex-Jugoslavia (art. 10) e lo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (art. 9).

<sup>7</sup> Al di là del contesto europeo, si vuole qui segnalare come un tale divieto sia contemplato, tra l’altro, anche dalla Costituzione giapponese (Art. 39: “[...] *nor shall he be placed in double jeopardy*”); dalla Costituzione indiana (Art. 20, 2° c.: “*No person shall be prosecuted and punished for the same offence more than once*”); dalla Costituzione del Pakistan (Art. 13: “*No person [...] shall be prosecuted or punished for the same offence more than once*”); dalla Costituzione della Corea del sud (Art. 13, 1° c. “*nor may he be placed in double jeopardy*”); dalla Costituzione della Rep. sudafricana (all’art. s. 35, 3° comma, lett. m) “*Not to be tried for an offence in respect of an act or omission for which that person has previously been either acquitted or convicted*”); dalla Costituzione americana (V emend.: “*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*”); dalla Costituzione messicana (Art. 23: “*No person, whether acquitted or convicted, can be tried twice for the same offense*”); e dal Constitution Act canadese (Art. 11, lett. h) del “*Any person charged with an offence has the right [...] if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again*”).

<sup>8</sup> V. U.S. Supreme Court, *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/184/case.html>. Per un approfondimento, invece, della giurisprudenza resa in argomento dalla Corte interamericana dei diritti umani, si veda, in particolare, I. MONTOYA RAMOS, *El principio ne bis in idem a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/34.pdf>.



## 2. Il divieto di bis in idem nel [Protocollo n. 7 alla Convenzione Edu](#)

In seno al Consiglio d'Europa non ebbero il seguito che forse all'epoca ci si sarebbe potuto aspettare la [Convenzione europea "sull'extradizione"](#) (del 13 dicembre 1957) e nemmeno, successivamente, la [Convenzione europea "per la repressione delle infrazioni stradali"](#) (del 30 novembre 1964), la [Convenzione europea "sull'efficacia internazionale delle sentenze penali"](#) adottata a l'Aja, il 28 maggio 1970 (sez. 1, art. 53) e la [Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali](#), firmata a Strasburgo il 5 maggio 1972 (parte V, artt. 35, 36 e 37), per cui pure il divieto del "*bis in idem*" in esse contemplato finì per rimanere in ombra. Si sarebbe dovuta attendere l'entrata in vigore (il 1° novembre 1988) del [Protocollo n. 7 applicativo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali](#) (concluso a Strasburgo il 22 novembre 1984) affinché un tale principio ricevesse un più ampio seguito, grazie alla previsione in forza di cui "Nessuno potrà essere *perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato* per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una *sentenza definitiva* conforme alla legge ed alla *procedura penale* di tale Stato" (art. 4) (corsivi nostri).

Anche se poi, il fatto che, a tutt'oggi (a differenza di altre norme convenzionali), un tale atto non abbia ancora formato oggetto di ratifica da parte di importanti Stati membri del Consiglio d'Europa (Germania, Belgio, Paesi Bassi e Regno Unito)<sup>9</sup> e che sul divieto di "*bis in idem*" continuino a pendere le riserve di alcuni Stati firmatari (segnatamente, di Francia, Germania, Austria, Portogallo e della stessa Italia<sup>10</sup>) può dirsi prova della molta strada ancora da percorrere – non certo, come si diceva, sul riconoscimento del valore di un tale principio in quanto tale, ma – con riguardo ad una effettiva sua condivisione, sul piano europeo.

Vedremo che nel tempo si è registrato un certo mutamento di prospettiva in materia, se si pensa che la Commissione europea dei diritti umani aveva negato la possibilità di ricavare il principio del *ne bis in idem* dall'art. 6 CEDU (v. ad es., [Commiss., 13 luglio 1970, appl. n. 4212/69](#)) ... laddove oggi, in un quadro pur certamente non privo di criticità, sono state soprattutto e proprio le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo ad implementare un siffatto principio, dando ad esso progressivamente forma, nei modi che qui appresso vedremo, con esiti tanto apprezzabili quanto certamente perfettibili.

## 3. La definizione della natura (penale) dell'accusa a Strasburgo

Venendo, dunque, ad esaminare la giurisprudenza resa a Strasburgo in materia, può osservarsi come la Corte abbia agito con cauta determinazione e paziente dedizione, finendo per comporre, tassello dopo tassello, un quadro che sebbene non venga unanimemente reputato del tutto ponderato e perspicuo<sup>11</sup>, risulta, comunque, come vedremo, per certi versi, maggiormente "compatto" rispetto a

<sup>9</sup> Si riprendono qui, sviluppandole, le riflessioni contenute in P. COSTANZO, [Le principe "non bis in idem": concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne?](#), in questa [Rivista](#), 2015/II, 554 ss.

<sup>10</sup> Così, in una lettera datata 7 novembre 1991 consegnata al Segretario Generale, al momento del deposito dello strumento di ratifica, il 7 novembre 1991 la Repubblica italiana ha dichiarato che "gli articoli 2-4 del protocollo si applicano solo ai reati, le procedure e le decisioni qualificati come penale dalla legge italiana". E' il caso, comunque, di anticipare come di una tale riserva del nostro Paese abbia avuto modo di occuparsi di recente la stessa Corte Edu nel [caso Grande Stevens](#) (v. Corte Edu, II sez., 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10), su cui porteremo l'attenzione, *infra*, al §3) rilevando che «l'Italia ha inteso escludere dal campo di applicazione di tale disposizione tutti gli illeciti e le procedure che non sono qualificati come "penali" dalla legge italiana» e che tuttavia «una riserva che non invoca né indica le disposizioni specifiche dell'ordinamento giuridico italiano che escludono alcuni illeciti o alcune procedure dal campo di applicazione dell'articolo 4 [del Protocollo n. 7](#)» non offrendo «sufficienti garanzie che non andrà oltre le disposizioni esplicitamente escluse dallo Stato contraente», «non soddisfa le esigenze dell'articolo 57 §2 della Convenzione», deducendone «la nullità della riserva» stessa «senza che sia necessario esaminare se siano state rispettate le altre condizioni formulate nell'articolo 57».

<sup>11</sup> Significativa, ad un tale riguardo, l'opinione dissenziente resa di recente dal giudice Wojtyczek nella decisione della Corte Edu, 17 febbraio 2015, *Boman v. Finland*, ric. n. 41604/11, in cui, dopo essersi considerato come «*The ne bis in*

quello realizzato dai giudici di Lussemburgo e volto tendenzialmente ad ampliare le garanzie contenute nella già citata norma del [Prot. n. 7 alla Convenzione](#) ... il quale, tuttavia, come vedremo, proprio a causa di una tale sua “inflexibile durezza” potrebbe necessitare oggi, a seguito dell’impatto che sta avendo sugli altri sistemi ordinamentali, di un qualche ripensamento, o viceversa ...

Tra le prime questioni che sono state portate all’attenzione della Corte Edu, vi è stata quella concernente la qualificazione della natura delle accuse – e delle relative decisioni – nei confronti di determinati soggetti all’interno degli Stati membri del Consiglio d’Europa. A tale riguardo, la Corte si è orientata da subito verso i propri precedenti (all’epoca già consistenti) relativi alle nozioni di “accusa penale” e di “pena” di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione<sup>12</sup>, finendo così per applicare, anche in punto di *ne bis in idem* i tre parametri elaborati negli anni Settanta nell’ambito del [caso Engel](#) (e per ciò noti come “criteri Engel”)<sup>13</sup>, senza che una tale scelta sia stata più messa in discussione. Pertanto, a tutt’oggi, a Strasburgo, è a tali parametri che, al fine di appurare la natura specialmente penale di determinate accuse e delle relative norme procedurali, si fa riferimento, procedendosi, di norma, al loro esame in via alternativa, anche se la Corte stessa ha lasciato a se medesima impregiudicata la possibilità di utilizzarli cumulativamente quando utile e necessario<sup>14</sup>.

Il “primo criterio Engel”, costituito dalla verifica della qualificazione formale dell’infrazione (ad es. come penale o come amministrativa) da parte del diritto interno agli Stati, lungi dal risultare dirimente, rappresenta, semmai, nella giurisprudenza della Corte, un semplice punto di partenza, idoneo a fornire, al più, «indicazioni» di «valore relativo»<sup>15</sup>, nell’ambito di un percorso valutativo di cui artefice si reputa (ed è) in via esclusiva, lo stesso giudice di Strasburgo<sup>16</sup>. Conferma di ciò è rinvenibile nell’ormai famosa pronuncia relativa al [caso Grande Stevens](#)<sup>17</sup>, nell’ambito del quale la Corte ha condannato l’Italia, ravvisando una violazione delle norme convenzionali, pur constatando che «le manipolazioni del mercato ascritte ai ricorrenti non costitui[vano] un reato di natura penale nel diritto italiano»<sup>18</sup>.

Sempre in vista di determinare il carattere delle infrazioni nelle diverse fattispecie, in applicazione del “secondo criterio Engel”, viene in rilievo la “cerchia” dei destinatari delle sanzioni, deponendo, di regola, a favore di una qualifica di tipo amministrativo la presenza di norme “particolari e concrete” di cui sono destinatari solo determinati gruppi o soggetti ed, al contrario, per il riconoscimento della loro natura penale il fatto che le norme siano contenute in disposizioni “generalì ed astratte”<sup>19</sup>. Soprattutto, sempre in quest’ottica, oltre alla verifica della classificazione di procedimenti analoghi negli altri Stati membri del Consiglio d’Europa (v. il caso [Öztürk c. Germania](#)<sup>20</sup>), tutt’altro che marginale risulta l’accertamento della funzione repressiva/dissuasiva della norma sanzionatoria stessa (v., ancora, il dianzi menzionato [caso Öztürk](#)).

Specie, poi, nella giurisprudenza più recente, rileva l’importanza della verifica della tipologia delle norme messe “tradizionalmente” in campo dai legislatori per la tutela dei beni giuridici riguardati,

---

*idem principle is a fundamental guarantee of justice in criminal law», e che «The interpretation and proper application of this principle are issues of the utmost complexity», si constata con rammarico «that the case-law of the Court pertaining to Article 4 of Protocol No. 7 is neither consistent nor clear, and that many important legal questions arising from this provision have been left without satisfactory answers».*

<sup>12</sup> V., in partic., Corte EDU, [Maresti c. Croazia](#), II sez., del 25 giugno 2009, ric. n. 55759/07, §56 e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>13</sup> V. Corte EDU, [Engel e a. c. Paesi Bassi \(Plen.\)](#), 8 giugno 1976 (ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §82; nonché, successivamente, *ex multis*, [Öztürk c. Germania](#), 21 febbraio 1984; [Lauko c. Slovacchia](#), 2 settembre 1998; e [Jussila c. Finlandia](#), Gr. Ch. del 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01.

<sup>14</sup> V., al proposito, la Corte Edu nel [caso Grande Stevens c. Italia](#), cit., §94.

<sup>15</sup> V. Corte Edu, [Öztürk c. Germania](#), cit., § 39, nonché, ancora, in [Grande Stevens c. Italia](#), §95.

<sup>16</sup> V. Corte Edu, [Engel c. Paesi Bassi](#), cit. nonché, ancora, in [Grande Stevens c. Italia](#), cit.

<sup>17</sup> V. lo *supra* alla nota 10.

<sup>18</sup> In tal senso, v., in precedenza, tra le altre, [Öztürk c. Germania](#), cit., §52, e [Menarini Diagnostics S.r.l.](#), cit. §39.

<sup>19</sup> Cfr., ad es., in tal senso, Corte EDU, [Öztürk c. Germania](#), cit., §53, e [Lauko c. Slovacchia](#), cit. §58.

<sup>20</sup> V. Corte Edu, [Öztürk c. Germania](#), cit.

ricorrendosi, se del caso, ad una analisi di tipo comparatistico<sup>21</sup>. Così, nella già menzionata decisione [Grande Stevens](#), la Corte ha dato rilievo al fatto che «le disposizioni la cui violazione [era] stata ascritta ai ricorrenti si prefiggessero di garantire» interessi generali della società «normalmente tutelati dal diritto penale». Inoltre, a Strasburgo non si è nemmeno trascurata la questione tanto antica quanto attuale, dello scopo ultimo delle sanzioni, tendendosi, in linea, peraltro, con le più moderne teorie della “funzione della pena”, ad escluderne la natura penale, qualora ne risulti dimostrata la sola finalità risarcitoria (e non, come si diceva, preventiva e repressiva)<sup>22</sup>. Pertanto, è stato anche su questa base che, nel ridetto [caso Grande Stevens](#), si è giunti ad identificare come di natura penale le norme sanzionatorie.

Il “terzo criterio *Engel*” è volto ad appurare l’“entità” (in termini di portata afflittiva) della sanzione, per cui centrale è il dato costituito dal massimo edittale della pena, sancito (in astratto) dal legislatore. In una tale prospettiva, là dove sia prevista la comminazione di pene di tipo detentivo, il carattere penale della sanzione risulta, da parte della Corte, del tutto presunto e confutabile solo in via del tutto eccezionale<sup>23</sup>. Anche la previsione tuttavia di pene pecuniarie non pregiudicherebbe la possibilità di qualificare le sanzioni come di tipo penale in quei casi in cui risulti, comunque, possibile procedere all’irrogazione di pene detentive sostitutive o all’iscrizione nel casellario giudiziale<sup>24</sup>. Inoltre, ancor più decisiva sarebbe la valutazione, da parte della Corte stessa, del livello di “afflittività” della sanzione, non importa se solo di carattere pecuniario (v., ancora, il [caso Grande Stevens](#), in linea, come si dirà appresso, con una certa giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea<sup>25</sup>).

#### **4. I divieti della stessa infrazione per cui si è già stati scagionati o condannati (l’“idem”) tra ambito Edu e nazionale.**

Circa la sussistenza dell’“idem” (le condizioni, cioè, per aversi a che fare con “un’infrazione per cui si è già stati scagionati o condannati”), mentre in passato la Corte Edu era parsa talora propendere per l’adozione di un approccio di tipo formale, col ritenere che il divieto in questione andasse riferito a comportamenti qualificati identicamente dalle norme sanzionatorie nazionali<sup>26</sup>; attualmente per lo stesso giudice rileva che le sanzioni siano state applicate ai medesimi fatti (per cui, come è stato osservato «in relazione al divieto di punire due volte il medesimo fatto, di cui al [protocollo n. 7 alla CEDU](#)», la stessa risulta fare «ormai unicamente riferimento all’identità dei fatti e non anche all’identità del bene giuridico tutelato»<sup>27</sup>). E’ stato, infatti, nel 2009, col [caso Zolotukhin](#) che la Corte Edu ha stabilizzato in questo senso – ampliativo della portata del divieto – la propria giurisprudenza<sup>28</sup>, ponendosi con ciò in linea, come meglio si vedrà nel prosieguo, con una certa tendenza rilevabile a

<sup>21</sup> Cfr., ad es., in tal senso, Corte Edu, [Zolotukhin c. Russia](#) (Gr. sez.), 10 febbraio 2009, ric. n. 14939, §55; e [Maresti c. Croazia](#), cit. §59.

<sup>22</sup> Cfr., ad es., sul punto, Corte EDU, [Jussila c. Finlandia](#), cit., 38.

<sup>23</sup> Cfr., ad es., al riguardo (oltre alla decisione relativo al [caso Engel](#), cit. §82), le pronunce della stessa Corte EDU [Zolotukhin c. Russia](#), cit. §56; [Žugić c. Croazia](#), I sez., 31 maggio 2011, ric. n. 3699/08, §68; e [Ezeh e Connors c. Regno Unito](#), Gr. sez., 9 ottobre 2003, Ricc. nn. 39665/98 e 40086/98, §126.

<sup>24</sup> Cfr., ad es., in tal senso, Corte EDU, [Žugić c. Croazia](#), cit., §68.

<sup>25</sup> Ci si riferisce, per la precisione, a Corte di Giustizia, sez. III, sent. 23 dicembre 2009 in [C-45/08, Spector Photo Group NV c. Commissie voor het Bank, Financier en Assurantiewezen \(CBFA\)](#).

<sup>26</sup> V., ad es., Corte EDU, sez. III, [Franz Fischer c. Austria](#), 29 agosto 2001, ric. n. 37950/97; Id., [Sailer c. Austria](#), 6 giugno 2002, ric. n. 38237/97; e Id., [Ongun c. Turchia](#), 23 settembre 2009, ric. n. 15737/02.

<sup>27</sup> Secondo quanto osservato, in seno all’ordinamento eurounitario, dall’Avvocato generale Juliane Kokott nelle Conclusioni presentate il 15 dicembre 2011, in [C-489/10, Łukasz Marcin Bonda](#), al §80.

<sup>28</sup> In particolare, nell’occasione, la Corte è stata *tranchante* nel chiarire che «l’article 4 du Protocole no 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes», e che «La Cour doit donc faire porter son examen sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contreve-

Lussemburgo (tanto da arrivare persino a riproporre talune formulazioni lessicali della Corte di giustizia...<sup>29</sup>), ovvero accantonando il suddetto criterio della qualificazione giuridica del fatto per conferire rilievo esclusivamente all'identità dei fatti e alle «*decisions [...] based on the same conduct*<sup>30</sup>». Va peraltro rilevato che, nel frattempo, in Italia le due più alte Corti si erano già orientate in questo senso: è stata la stessa Corte costituzionale, infatti, nel trattare dei conflitti fra giudicati, a chiarire che il «medesimo fatto» deve essere «inteso come coincidenza tra tutte le componenti delle fattispecie concrete», avvertendo come, del resto, «anche ai fini della preclusione connessa al principio del *ne bis in idem*, l'identità del “fatto” sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» (Corte cost. sent. n. 129 del 2008).

Spostando ora la nostra attenzione sul profilo del cd. “bis” (ovverosia, il divieto di un secondo giudizio) v'è subito da rilevare come la portata del divieto risulti valutata non solo con riguardo al piano delle sanzioni irrogate ma, già prima, a quello processuale «poiché l'articolo 4 del [Protocollo n. 7](#) enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione<sup>31</sup>». Più precisamente, il divieto entra in gioco nel caso in cui venga avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione – si osservi, indifferentemente di assoluzione o di condanna<sup>32</sup> – risulti esser (già) passata in giudicato (mentre non rileva la contestuale pendenza di due processi/procedimenti). In ciò si è vista una «metamorfosi concettuale del principio del *ne bis in idem*» dovuta al progressivo superamento di qualsivoglia visione limitativa del significato dell'antica regola secondo cui “*nemo debet bis vexari pro eadem causa*” ... nonché, specie da parte della dottrina penalistica<sup>33</sup>, una concausa della progressiva presa di rilievo, anche sul piano internazionale, della litispendenza, a detrimento – se non del tramonto – dello stesso “mito del giudicato” quale baluardo della stabilità dei giudizi<sup>34</sup> e dei relativi istituti giuridici (partic., definitività

---

*nant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées»* (v. Corte Edu, [Zolotukhin c. Russia](#), §§82 e 84.

<sup>29</sup> In particolare, secondo l'Avvocato generale Juliane Kokott a Strasburgo si sarebbe cominciato ad utilizzare «formulazioni del tutto simili» a quelle elaborate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea «per descrivere che cosa si debba intendere per identità dei fatti» (v. le Conclusioni dell'8 settembre 2011, rese nel [caso C-17/10, Toshiba Corpora-tion e altri](#), §121).

<sup>30</sup> Così, la Corte EDU, già nella lontana decisione del 23 ottobre 1995, resa nel caso [Gradinger c. Austria](#) (ric. n. 15963/90), §55, secondo un'interpretazione dell'art. 4 del Prot. n. 7 – come divieto «di perseguire o giudicare una persona per un secondo “illecito” nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi» – , (ri)presentata, da ultimo, nella ridetta decisione relativa al caso [Grande Stevens](#), cit., al §219.

<sup>31</sup> V., ad es., Corte Edu, [Zolotukhin c. Russia](#), cit. §83.

<sup>32</sup> V., ad es., in tal senso, Corte Edu, 3 ottobre 2002, ric. n. 48154/99, [Zigarella c. Italia](#); nonché, Id., 30 aprile 2015, [Kapetanios et autres c. Grèce](#), ric. nn. 3453/12, 42941/12 et 9028/13.

<sup>33</sup> Cfr., sul punto e per una più ampia ricostruzione della vicende in ambito penal-internazionalistico, L. LUPÁRIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano, 2012, 2, 73 e ss., 91 e ss.; il tema del *ne bis in idem* costituisce inoltre oggetto di attenzione nell'osservatorio di [www.penalecontemporaneo.it](#).

<sup>34</sup> Per un caso in cui è stata ravvisata la violazione del divieto in presenza di un reato “prescritto”, v., ad es., Corte EDU, 18 ottobre 2011, [sent. Tomasovic c. Croazia](#), ric. n. 53785/09; a diverse conclusioni, invece, la Corte è arrivata «*dans le cadre des mesures d'amnistie*», nella dec. 27 maggio 2014, [Margus c. Croatie](#), ric. n. 4455/10, non senza probabilmente che su di un siffatto esito abbia inciso la considerazione «*que les mesures d'amnistie sont désormais généralement considérées comme inacceptables, en tant que contraires à l'obligation des États de poursuivre et de punir les auteurs des violations graves des droits de l'homme*» (così A. PETROPOULOU, *Les mesures d'amnistie, le principe de ne bis in idem et l'évolution du droit international*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, 437).

Con più ampio riguardo al concetto di “provvedimento definitivo”, peraltro, il giudice di Strasburgo, ha avuto modo di recente di considerare «*that the aim of Article 4 of Protocol No. 7 is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a ‘final’ decision. According to the Explanatory Report to Protocol No. 7, which itself refers back to the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, a ‘decision is final’ if, according to the traditional expression, it has acquired the force of res judicata. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them*» (v. Corte EDU, sez. V, sent. 27 febbraio 2015, [Lucky Dev c. Sweden](#), ric. n. 7356/10, §56).



dei giudizi<sup>35</sup> ed irrevocabilità delle decisioni *ex art. 649 c.p.p.*<sup>36</sup>). È opportuno notare come la Corte costituzionale italiana abbia in via di principio avallato un siffatto *trend*. Così, ad esempio, essa ha tenuto a chiarire che, nel caso in cui il medesimo fatto abbia già costituito oggetto di un provvedimento di archiviazione, qualora venga iniziato un secondo giudizio per il medesimo fatto, il giudice ha «il dovere» di impedire la “procedibilità” dell’azione penale, ovvero «di pronunciare sentenza (a seconda delle fasi processuali, di proscioglimento o di non luogo a procedere), “enunciandone la causa nel dispositivo”», dovendosi «reputare ininfluenti che il nuovo codice, a differenza di quanto comunemente si affermava con riferimento a quello abrogato (art. 90 cod. proc. pen. del 1930), non consideri specificamente tale situazione nell’ambito dell’istituto del *ne bis in idem* (v. artt. 649, comma 1, e 648, comma 1, cod. proc. pen.)» (Corte cost. [sent. n. 27 del 1995](#)). Inoltre, il giudice costituzionale ha più di recente ravvisato la mancanza dei requisiti che legittimano l’adozione di misure cautelari disposte per il medesimo fatto per il quale l’imputato era già stato giudicato, «stante l’evidente nesso di strumentalità dell’azione cautelare rispetto all’azione penale», apparendo indubitabile, «pur se non espressamente previsto», che «ove dopo l’adozione della misura emerga che per lo stesso fatto l’indagato è già stato giudicato, la forza espansiva del *ne bis in idem* operi anche agli effetti cautelari, imponendo, quindi, l’immediata revoca della misura»<sup>37</sup>.

La stessa Consulta si è dimostrata peraltro peculiarmente sensibile ed attenta alle specificità dei vari istituti, evitando di pronunciarsi in modo *tranchant* in una materia così delicata e complessa. Basti qui menzionare sia la giurisprudenza in cui è stata censurata l’«assoluta identificazione», operata dal giudice *a quo* «quanto all’operatività del principio *ne bis in idem*, pure nell’area del procedimento esecutivo, fra pronunce positive (di accoglimento) e pronunce negative (di rigetto)», ritenendola «non del tutto correttamente prospettata perché il secondo tipo di pronuncia è comunque resa sempre *rebus sic stantibus*, finché non vengano prospettati o elementi nuovi o elementi di cui comunque non abbia tenuto conto la statuizione di rigetto, mentre solo la prima risulta in grado di divenire irrevocabile nei confronti del condannato» (Corte cost., [sent. n. 286 del 1993](#)); sia ancora la controvertibile giurisprudenza con cui sono state dichiarate illegittime le norme del codice di procedura penale nella parte in cui prevedevano l’assistenza di un difensore anche per le dichiarazioni rese dalle persone nei cui confronti fosse stata pronunciata sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto”, divenuta irrevocabile, considerando il *ne bis in idem* una garanzia anche nei confronti della possibilità di pregiudizi derivanti dalla deposizione dello stesso dichiarante (Corte cost., [sent. n. 381 del 2006](#)).

Inoltre, anche se della giurisprudenza eurounitaria si parlerà più avanti, meritano di menzionarsi già qui per affinità di problematica le decisioni con cui, nel procedere alla comparazione delle sentenze di condanna e di assoluzione in esito al giudizio abbreviato con quelle di non luogo a procedere all’esito dell’udienza preliminare, la Consulta ha chiarito che, mentre le prime, essendo pronunciate in giudizio, sono contrassegnate dall’attributo dell’irrevocabilità, derivandone «il divieto del secondo giudizio per lo stesso fatto (v. l’art. 649, comma 1, il quale richiama il primo comma dell’ora ricordato art. 648)», le seconde, non essendo «mai in grado» di divenire irrevocabili, sono sottratte «al regime del *ne bis in idem*» (Corte cost., [sent. n. 206 del 1997](#)). Ed infatti, gli esiti dell’approccio fatto proprio dal nostro giudice costituzionale (“formale” e “di dettaglio”) presentano qualche disarmonia con la giurisprudenza (anche) di Lussemburgo, che (nel seguire un approccio “sostanziale” e “per principi ed obbiettivi”) ha invece concluso nel senso di ritenere le stesse decisioni giudiziali di non luogo a procedere idonee a recare statuizioni definitive, precludenti, in quanto tali, «salvo sopravvenienza di nuovi elementi», l’avvio di nuovi procedimenti «contro la stessa persona per i medesimi fatti in un

---

<sup>35</sup> In particolare, sui dubbi applicativi che può suscitare la verifica della definitività del giudizio in un tale rinnovato contesto, cfr. N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, 221 e ss.

<sup>36</sup> Cfr., sul punto, *infra*, il §5.

<sup>37</sup> A causa della mancanza dei necessari presupposti di legittimità, vale a dire l’assenza di condizioni ostative all’esercizio della relativa azione (penale e cautelare ad un tempo)»: [sent. n. 230 del 2004](#), nella di poco successiva [sent. n. 413 del 2004](#) e più di recente nella [sent. n. 233 del 2011](#).



altro Stato contraente<sup>38</sup>». Posizione, peraltro, il cui carattere assoluto è stato attenuato, da ultimo, nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 15 dicembre 2015, per cui il giudice interessato dall'applicazione del *ne bis in idem* «è legittimato a non applicare tale principio, avendo la facoltà, in caso di dubbio, di interrogare la Corte» in via pregiudiziale<sup>39</sup>.

### **5. Segue. Il divieto di un secondo giudizio (il “bis”).**

In punto di “divieto di un secondo giudizio”, il profilo più controverso riguarda la previsione legislativa di duplici sanzioni di diversa natura per gli stessi fatti.

La Corte Edu, infatti (specie nella propria giurisprudenza in materia di “soprattasse”, come meglio vedremo appresso), dando rilievo all'elemento di repressività-dissuasione della sanzione (più sopra menzionato), continua a dimostrarsi rigorosa col censurare la comminazione simultanea di sanzioni amministrative (in quanto ritenute “sostanzialmente” penali) e penali (*tout court*) e viceversa. Così, se nel 2012 già veniva osservato che l'articolo 4 del [protocollo n. 7 della CEDU](#) ostava «a provvedimenti che infliggono una duplice sanzione, amministrativa e penale, per gli stessi fatti, e pertanto impedisce di avviare un secondo procedimento, vuoi amministrativo, vuoi penale, quando la prima sanzione è divenuta definitiva» (Avvocato generale Pedro Cruz Villalón), di recente la stessa Corte Edu ha opinato che vi sarebbe violazione del divieto di *bis in idem* in presenza del doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo specie (ma non solo) in materia tributaria<sup>40</sup>, inducendo, peraltro

---

<sup>38</sup> V. Corte di giustizia, sent. 5 giugno 2014, in [C-398/12, M.](#) Al di là di ciò, la Corte di giustizia nella propria giurisprudenza in materia di *ne bis in idem* ha affermato che il divieto si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale mediante le quali il Pubblico ministero di uno Stato membro chiuda, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato «dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro», stabilita dallo stesso pubblico ministero ((v. Corte di giustizia, [Gözütok e Bruegge](#), cit.); e, parimenti, con riguardo a decisioni di giudici di Stati contraenti, pronunciate in seguito all'esercizio di azioni penali con cui soggetti imputati di determinati delitti erano stati definitivamente assolti, «in ragione della prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale» (Id., [Francesco Gasparini](#), cit.). Sempre in un'ottica sensibile agli obiettivi di libera circolazione delle persone e di valorizzazione della fiducia reciproca tra gli Stati, poi, è stato chiarito che un tale principio rileva anche con riguardo a decisioni definitive di assoluzione per insufficienza di prove (Id., in [C-150/05, Jean Leon Van Straaten](#), cit.) ed a procedimenti penali avviati in Stati contraenti per reprimere fatti per i quali gli imputati erano già stati definitivamente giudicati in altri Stati contraenti, anche qualora ai sensi del diritto dello Stato in cui erano stati condannati le pene inflitte non erano potute essere direttamente eseguite per motivi procedurali (Id., sent. 11 dicembre 2008, in [C-297/07, Klaus Bourquain](#)). Ancora, rientrano nel raggio di azione del divieto le sentenze pronunciate in contumacia da autorità giudiziarie di Stati membri fuori dal territorio in cui vige la [Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen](#) (Id., in [Klaus Bourquain](#), cit.). La Corte ha fatto proprio, invece, un approccio restrittivo quanto all'applicazione del divieto in quelle pronunce in cui ha escluso l'applicabilità dell'art. 54 della Convenzione a decisioni di autorità giudiziarie di Stati membri di rinuncia ad avviare procedimenti penali «per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito» (v. Corte di Giustizia, sent. 11 marzo 2005, in [C-469/03, Filomeno Mario Miraglia](#)); ed a decisioni mediante le quali le autorità di Stati contraente, al termine di un esame nel merito delle cause loro sottoposte, avessero disposto, in una fase precedente all'incriminazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, la sospensione del procedimento penale, qualora detta decisione di sospensione, secondo il diritto nazionale di tale Stato, non estinguesse definitivamente l'azione penale e non costituisse «quindi un ostacolo a nuovi procedimenti penali, per gli stessi fatti, in detto Stato» (Id., sent. 22 dicembre 2008, in [C-491/07, Vladimir Turansky](#)).

<sup>39</sup> V. le Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 15 dicembre 2015, in [C-486/14, Piotr Kossowski](#) (a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale regionale superiore di Amburgo), §78.

<sup>40</sup> Volendo richiamare qui solo le decisioni più recenti, v. Corte EDU, 28 agosto 2014, [Nykänen c. Finland](#), ric. n. 11828/11; Id., 27 gennaio 2015, [Rinas c. Finland](#), ric. n. 17039/13; Id., 10 febbraio 2015, [Österlund c. Finland](#), ric. n. 53197; Id., 10 febbraio 2015, [Kiiveri c. Finland](#), ric. n. 53753/12; Id., [Boman v. Finland](#), cit.; Id. [Lucky Dev c. Sweden](#), ric. n. 7356/10, cit.

(soprattutto i Paesi riguardati), a considerare l'opportunità di rivedere i propri sistemi nazionali tributari e financo penali (anche in chiave eurounitaria)<sup>41</sup>.

Un tale stato di cose ha evidentemente convinto anche la nostra Corte di cassazione della necessità di riflettere sul proprio approccio alla materia, per lungo tempo incerto persino circa la deducibilità della violazione del divieto di “*bis in idem*” in sede di legittimità<sup>42</sup>, ritenendosi che si trattasse di una questione di fatto, riservata ai giudici di merito<sup>43</sup> e non un *error in procedendo*<sup>44</sup>. Più in generale, il fatto stesso che la molteplicità di binari sanzionatori sia stato considerato un dato acquisito dalla giurisprudenza della Cassazione<sup>45</sup>, aiuta a capire perché proprio il *ne bis in idem* sia annoverato tra le «questioni aperte e problematiche» di maggior rilievo che sta ponendo il confronto tra il diritto interno ed il sistema convenzionale<sup>46</sup>.

In questo senso, il profilo che forse provoca le maggiori resistenze da parte dei nostri giudici di legittimità è costituito dall'adozione a Strasburgo di un approccio al principio di specialità di tipo “materiale”, con la conseguente valorizzazione delle condotte poste in essere in concreto (cd. *idem factum*) e non “astratto” (cd. *idem legale*) contrariamente alla soluzione prediletta in ambito interno<sup>47</sup>, con quanto di problematico ne consegue in vigenza di molteplici binari sanzionatori<sup>48</sup>, soprattutto nei casi in cui è la stessa normativa a qualificarsi come derogatoria al criterio di specialità<sup>49</sup> e laddove le pene accessorie si considerino alla stregua, a tutti gli effetti, di sanzioni penali<sup>50</sup>.

<sup>41</sup> Cfr., al proposito, lo studio dell'OECD, *OECD Economic Surveys, Finland*, 2014, in [http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview\\_Finland\\_2014.pdf](http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Finland_2014.pdf); e quello della Commissione europea, *Tax Reforms in EU Member States 2014. Economic and Financial Affairs Tax policy challenges for economic growth and fiscal sustainability*, 2014, in [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/european\\_economy/2014/pdf/ee6\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2014/pdf/ee6_en.pdf).

<sup>42</sup> Per un'analisi approfondita della questione si rinvia al dossier elaborato dagli stessi Uffici della Corte di Cassazione, *Rel. n. 38/13*, 2013, in [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_penale\\_38\\_13.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_penale_38_13.pdf).

<sup>43</sup> V. Corte Cass., sez. V, sent. 30 marzo 1998, n. 7953 e, più recentemente, Id., 6 maggio 2011, n. 24954; Id., 10 gennaio 2013, n. 9825; Id. 11 dicembre 2012, n. 5099/13; nonché, Id., sez. III, sent. 11 maggio 2015, n. 19334 e sent. 21 maggio 2015, n. 20887.

<sup>44</sup> Ad inaugurare una tale nuovo corso può dirsi essere stata Corte di cass, sez. VI, 30 settembre 2009, n. 44484; cfr., inoltre, in senso analogo, Id. 27 novembre 2012, n. 47983; Id., 29 novembre 2012, n. 1131; e Id., 30 gennaio 2013, n. 14991.

<sup>45</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cass, sent. 8 marzo 2013, n. 37425; Id., sent. 15 maggio 2014, n. 20266; Id, 1° ottobre 2014, n. 40526; Id. 10 luglio 2014, n. 30267).

<sup>46</sup> v. Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, sett. pen., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, 2014, 25.

<sup>47</sup> Si richiama, in proposito la giurisprudenza costituzionale in cui la Consulta non ha dato seguito alla doglianza, da parte del giudice *a quo*, secondo cui l'art. 649 c.p.p. sarebbe stato incostituzionale perché «nel fissare il principio del *ne bis in idem*», non avrebbe indicato «affatto quali siano gli elementi sulla cui base possa essere ritenuta l'identità del fatto, non potendosi, a tale fine, fare riferimento altro che alle singole norme incriminatrici» (v. Corte cost., [sent. n. 97 del 1987](#) ed anche e più specificamente, ad es., l'[ord. n. 150 del 1995](#)).

<sup>48</sup> Per una elencazione, a titolo esemplificativo, di una serie di fattispecie (in materia di infrazioni stradali, di diritto d'autore, di emissione di onde elettromagnetiche generate da ripetitori radiotelevisivi, di prelievo abusivo di acque, di alimenti, di occupazione abusiva di alloggi...) in cui rileva la «(apparentemente) medesima condotta», rispetto a cui sarebbe «evidente» l'«interferenza tra il principio del *ne bis in idem*, al quale la disciplina convenzionale europea offre ampia tutela, ed il rapporto di specialità regolato secondo l'interpretazione del diritto interno», con cui, dunque, «il giudice nazionale dovrà necessariamente confrontarsi», si veda il dossier predisposto dall'Ufficio del ruolo e del massimario della v. Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, sett. pen., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014*, cit., 2014, 22 e ss.

<sup>49</sup> Interessante è notare come in seno alla stessa Cassazione «di fronte ad auspicati (dalla stessa Corte europea) interventi del legislatore per eliminare l'aporia messa in luce in relazione all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza CEDU» si sia proposta «una lettura» per così dire “convenzionalmente orientata” delle cd. “clausole di riserva” contenute in varie disposizioni codicistiche, tale da escludere l'operatività di ulteriori sanzioni (v. Uff mass. Corte Cass., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, cit. 27).

<sup>50</sup> Cfr., sulle «Intricate “intersezioni giurisprudenziali» fra i casi «“Grande Stevens”, *Nykänen c. Finlandia* e la condanna Mediaset» P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, Napoli, 2015, 165 e ss.

D'altro canto, l'adozione di un concetto fluido e sostanzialistico della "natura penale" delle disposizioni sanzionatorie a livello europeo (analogamente come vedremo, ai giudici di Lussemburgo)<sup>51</sup> fa riflettere chi ritenga che le norme interne, e particolarmente quelle costituzionali (art. 25 Cost.), ancorino la materia penale ad un criterio di stretta legalità formale<sup>52</sup>. La Corte costituzionale di fronte «al denunciato rischio di una duplice punizione dello stesso soggetto per il medesimo fatto, nel caso di cumulo di più qualifiche fra quelle contemplate dalla norma» ha tuttavia di recente dichiarato non fondata la questione, ritenendo i presupposti per l'applicazione della duplice sanzione "meramente teorici" e, comunque «in fatto» non sussistenti, potendo «il risultato paventato» essere «in ogni caso evitato in via interpretativa, attraverso l'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale» (Corte cost., [sent. n. 118 del 2011](#)).

Allo stesso proposito, sarà interessante vedere in che modo si pronuncerà lo stesso giudice costituzionale dopo che, sciogliendo le riserve (partic., dimostrandosi implicitamente disponibili ad accertare la violazione del divieto), le sezioni quinta e tributaria della Cassazione si sono determinate a sollevare la questione di costituzionalità delle disposizioni sancenti la duplicazione punitiva amministrativa e penale in materia di *market abuse* (precisamente, dell'art. 187-ter del d. lgs. n. 58 del 1998, che configura l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato<sup>53</sup> e dell'art. 649 c.p.p., concernente il cd. "divieto di un secondo giudizio")<sup>54</sup>, per contrasto con l'art. 117 c. 1 Cost.

Al di là di quanto si osserverà sull'atteggiamento delle due Corti sovranazionali europee (cfr., *infra*, il §10) la considerazione, già fatta propria da parte della Consulta, dello stesso *ne bis in idem* alla stregua di un principio «fondamentale nel nostro ordinamento processuale» (v. la [sent. n. 317 del 2009](#)) potrebbe portarla a valorizzare l'opinione, anche essa già espressa, dell'impossibilità «che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno», ma che neppure può ammettersi «che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale». Se, pertanto, non è escluso «che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali» possa dalla stessa Corte «essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti» (v. ancora la [sent. n. 317 del 2009](#)), al momento, la constatazione della mancanza di condizionamenti ermeneutici da parte di un "diritto vivente" in materia potrebbe indurre il medesimo giudice costituzionale a mettere mano ad una pronuncia processuale «per non avere il rimettente considerato [esso stesso] la possibilità di dare della disposizione censurata un'interpretazione conforme alla Costituzione».

Se è vero, infatti, che una certa giurisprudenza costituzionale parrebbe militare a favore della possibilità di considerare in via immediata il principio del *ne bis in idem* «in un'accezione più ampia di quella risultante dal predetto art. 649 e tale da impedire l'eventualità di procedimenti simultanei» ([ord. n. 39 del 2002](#)), altre pronunce hanno riconosciuto la centralità del ruolo dei giudici "ordinari" in una tale materia, in ipotesi normative «su cui comunque non spetta a questa Corte pronunciarsi» (ancora nell'[ord. n. 39 del 2002](#); laddove ad es., nell'[ord. n. 318 del 2001](#) la stessa non ha ritenuto essere di propria competenza «indicare la norma processuale da applicare [...] né stabilire se, nell'ipotesi di precedente sentenza di condanna per il medesimo fatto non ancora passata in giudicato, debba aversi riguardo a quanto disposto dall'art. 649 cod. proc. pen.»; e nella [sent. n. 27 del 1995](#) ha reputato

<sup>51</sup> Cfr., sul punto, B. VAN BOCKEL, *The Ne bis In Idem Principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2015, spec. p. 174 e ss. (giurisprudenza della Corte Edu) e p. 209 e ss. (giurisprudenza della Corte di Giustizia).

<sup>52</sup> Deducendo, da ciò, l'impossibilità «che il giudice nazionale possa, in applicazione dei principi convenzionali come declinati dalla Corte europea, ritenere "sostanzialmente" penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno, al fine di rilevare il divieto del doppio giudizio per il medesimo fatto», al punto da risultare «anche difficilmente ipotizzabile il ricorso ad una questione di legittimità costituzionale che passi attraverso lo strumento dell'art. 117 Cost.» (v. Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, sett. pen., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014*, cit., 25).

<sup>53</sup> V. Corte Cass., sez. V pen., ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015).

<sup>54</sup> V. Corte Cass., sez. trib. civ., ord. 6 novembre 2014 (dep. 21 gennaio 2015); v., inoltre, in precedenza, Id., ord. 16 ottobre 2014.

«caratteristica indefettibile di ogni ipotesi di preclusione [...] quella di rendere improduttivi di effetti l'atto o l'attività preclusi», essendo «naturalmente compito del giudice quello di sancire tale inefficacia»).

In quest'ottica potrebbe rivelarsi più pervia la strada intrapresa di recente dalla quarta sezione della Cassazione, allorché non è stato ravvisato alcun problema di compatibilità dell'applicazione simultanea di duplici sanzioni con le norme convenzionali, sulla base dell'acclarata non coincidenza delle condotte che avevano portato alla loro applicazione<sup>55</sup>. Del resto, con le dovute differenze del caso, nella lontana [ordinanza n. 407 del 1990](#) era già stata la Corte costituzionale a ritenere che il sistema sanzionatorio indubbiato, concernendo «fatti distinti, benché connessi» (risultando «la prima violazione [...] colpita da una sanzione pecuniaria amministrativa» ed essendo prevista, invece per la seconda «a titolo di sanzione civile e con funzione di soprattassa, una maggiorazione degli interessi moratori») non contrastasse col principio *ne bis in idem* (dichiarando, su questa base, la manifesta infondatezza della questione).

Comunque sia, le recenti iniziative della Cassazione sembrerebbero palesare l'intento di non accontentarsi del ruolo di semplice spettatrice, candidandosi, invece ad assumere addirittura la tenuta della regia in una tale materia nel dialogo sia con le Corti europee, sia coi giudici interni. Ciò che a sua volta è tanto più importante al fine di scongiurare prese di posizioni estemporanee e diversificate con il rischio che ne risultino compromessi proprio quei valori che, col *ne bis in idem*, si è puntato fin dall'origine a tutelare, vale a dire il principio di certezza delle pene e, più in generale, di sicurezza giuridica. Del resto, la disparità di vedute nel campo è dimostrata dal fatto che, in alcuni casi, «la giurisprudenza delle Corti europee in tema di *ne bis in idem*» è parsa già incidere «concretamente»<sup>56</sup> sulla definizione del giudizio, portando i giudici ad emettere sentenze sulla base di un'interpretazione convenzionalmente orientata<sup>57</sup>; in altri casi, in cui veniva in rilievo il diritto dell'Unione (su cui porteremo l'attenzione nei prossimi paragrafi), sono state sollevate invece questioni interpretative pregiudiziali<sup>58</sup>.

Tornando su quanto sta accadendo a Strasburgo, è forse la presa d'atto dei problemi che una giurisprudenza eccessivamente rigorosa e *tranchante* può comportare<sup>59</sup> a far attenuare il rigore della posizione della Corte europea sul divieto di doppio binario sanzionatorio, col far proprio nel ridetto caso "[Grande Stevens](#)"<sup>60</sup> (e nel "[caso Kapetanios](#)"<sup>61</sup>) un approccio che, nel qualificare la natura dell'accusa, ha avuto riguardo essenzialmente alla severità della sanzione e ponendosi, così, più in linea con la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo inaugurata col "[caso Spector](#)"<sup>62</sup> e consolidata nel caso "[Fransson](#)" (su cui si porterà l'attenzione più avanti)<sup>63</sup>.

---

<sup>55</sup> Più precisamente, secondo la Cassazione la sanzione amministrativa era stata comminata a seguito di talune violazioni formali nella tenuta dei registri di carico e scarico delle sostanze stupefacenti e psicotrope custodite in un ospedale, mentre la sanzione penale era stata applicata una volta riscontrata la mancata corrispondenza tra giacenza reale e contabile, al di là, dunque, della sussistenza o meno della violazione suddetta formale, ovvero, per l'appunto, per un fatto diverso (v. Corte di cassazione, sez. IV, [sent. 2 marzo 2015, n. 9168](#)).

<sup>56</sup> Secondo quanto considera N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., 216

<sup>57</sup> V. Trib. di Brindisi, sez. pen., [sent. del 17 ottobre 2014](#).

<sup>58</sup> V. Tribunale di Torino IV Sez. pen., ord. 27 ottobre 2014. In dottrina, poi, non è mancato chi ha avanzato l'idea della diretta applicazione da parte degli organi giudiziari del diritto fondamentale sancito nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali: in tal senso, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2014, 232 e ss. e N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](#) del 9 giugno 2015, 9 e ss.; più cautamente, invece, cfr. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 215 e ss.

<sup>59</sup> Cfr., al proposito, *infra*, il §10.

<sup>60</sup> V.lo, *supra*, alla nota 10.

<sup>61</sup> V. Corte Edu, 30 aprile 2015, [Kapetanios et autres c. Grèce](#), cit.

<sup>62</sup> V. Corte di Giustizia, in C-45/08, [Spector Photo Group NV](#), cit.

<sup>63</sup> V. Corte di Giustizia, Gr. sez., sent. 26 febbraio 2013, in C-617/10, [Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson](#).



## 6. Il “ne bis in idem” nel diritto dell’Unione europea della concorrenza e del mercato

Venendo a considerare la posizione della Corte di giustizia dell’Unione europea, si osserva che in ambito eurounitario il principio del “*ne bis in idem*” ha ottenuto riconoscimento addirittura prima che nel Consiglio d’Europa, tanto da giustificarsene, in tempi recenti, la considerazione alla stregua di un principio «fortemente radicato nel diritto dell’Unione<sup>64</sup>».

È, infatti, almeno dalla seconda metà degli anni Sessanta che il giudice di Lussemburgo ha valorizzato il principio nell’ambito della giurisprudenza sulla funzione pubblica dell’Unione<sup>65</sup> e nel campo del diritto della concorrenza<sup>66</sup>, pur con tutte le difficoltà derivanti dall’estrema fragilità della relativa base giuridica. Ma è soprattutto il settore della concorrenza quello in cui sono maggiormente percepibili le incertezze e le frizioni tra esigenze di libertà, da un lato, e tutela del mercato, dall’altro. In particolare, se si guarda alle sanzioni inflitte nel «territorio comunitario» la tendenza sembrerebbe favorevole ad un’applicazione indiscriminata del divieto di “*ne bis in idem*”, dimostrandosi una qualche attenzione a scongiurare al possibile l’eventualità «che un’impresa sia condannata o perseguita di nuovo dalla Commissione per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia già stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione della Commissione non più suscettibile di impugnazione<sup>67</sup>». Nondimeno, pur convenendosi sulla necessità, in base ad «un’esigenza generale d’equità» di «tener conto delle sanzioni che sono state già irrogate all’impresa per lo stesso fatto, qualora si tratti di sanzioni inflitte per violazione del diritto delle intese di uno Stato membro», pare, infine, a tutt’oggi prevalere l’idea dell’ammissibilità del cumulo delle norme sanzionatorie stesse, «una comunitaria e l’altra nazionale» in quei casi in cui «vi siano due procedimenti paralleli, che perseguono fini diversi», nel quadro del «sistema di ripartizione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri in materia d’intese<sup>68</sup>».

L’elemento per così dire “strutturale” che presenta le maggiori criticità è dato dall’individuazione dei presupposti a cui è soggetta l’applicazione del divieto del *bis in idem*, restando a tutt’oggi valida l’idea – fatta valere dalla Corte nel “[caso Cemento](#)” – per cui l’applicazione del divieto «di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo

<sup>64</sup> Così, l’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nelle proprie Conclusioni, presentate il 12 giugno 2012, relativamente al caso C-617/10, [Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson](#), §88.

<sup>65</sup> Per la precisione, la prima applicazione del principio risale alla sentenza 15 marzo 1967 resa nel “[caso Gutmann](#)” (v. Corte di Giustizia, sez. I, in cause riunite 18/65 e 35/65), in cui, nel contesto di taluni procedimenti disciplinari a carico dei dipendenti delle Comunità europee, la Corte rilevò la necessità, al fine di potersi «escludere che due procedimenti disciplinari siano stati promossi per il medesimo complesso di fatti, noti [...] sin dall’inizio del primo e concretanti lo stesso addebito», che siffatti procedimenti non fossero avviati sulla base di motivi generici...che, cioè, potessero e possano «riferirsi a un numero indeterminato e incontrollabile di fatti riprovevoli» ma «in modo abbastanza chiaro per poterli distinguere da qualsiasi altro posteriore o anteriore» e procedere dunque allo stralcio dei documenti relativi ai (soli) secondi procedimenti disciplinari. Peraltro, una tale posizione non risulta essere stata più messa in discussione, in seguito, a Lussemburgo, essendo semmai (specialmente il Tribunale di 1° grado), intervenuto su alcuni aspetti di dettaglio, col non ravvisare, ad es., violazioni «del principio generale di diritto *ne bis in idem*» (corsivo nostro) né con riguardo al divieto «di infliggere due sanzioni per una stessa violazione», né «di avviare due volte un procedimento in relazione ad un medesimo complesso di fatti», a seguito dell’adozione di “decisioni” successive a pronunce di annullamento di altre precedenti “decisioni” della Commissione (v. Trib. di primo grado, sent. del 20 aprile 1999, [in T-305/94 e altre, LVM \(Limburgse Vinyl Maatschappij NV\) e a./Commissione](#)).

<sup>66</sup> V. Corte di giustizia, sent. del 15 luglio 1970, in [causa 45/69, Boehringer Mannheim/Commissione](#), anche se poi nell’occasione non fu riscontrata alcuna violazione del divieto in questione, ritenendosi che della sanzione controversa non si dovesse “tener conto nell’ambito del contenzioso” avviato dalle istituzioni comunitarie, essendo questa stata inflitta «per restrizioni della concorrenza verificatesi al di fuori della Comunità» (negli Stati Uniti).

<sup>67</sup> V. Tribunale di primo grado delle Comunità europee, sez. II, 29 aprile 2004 in [cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Tokai Carbon Co. Ltd.](#)

<sup>68</sup> V. il dispositivo della stessa sentenza del Tribunale di primo grado, resa in [T-236/01 e al., Tokai Carbon Co. Ltd.](#) (richiamata nella precedente nota), nonché, ad es., in precedenza, Id., sez. I, sent. del 6 aprile 1995, [Sotralentz Sa c. Commissione delle Comunità Europee, T-149/89](#).



stesso bene giuridico» è soggetto «ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato<sup>69</sup>». In particolare, stride con la giurisprudenza di Strasburgo la condizione dell'identità del bene/interesse giuridico tutelato, trattandosi di un requisito ulteriore rispetto a quanto, come si è visto, preteso dalla Corte Edu per l'attivazione della garanzia, con la conseguenza di un abbassamento del livello della tutela del diritto (anche sul piano individuale) nello specifico settore concorrenziale.

In un quadro ricco, dunque, di chiaroscuri, sono stati soprattutto più di recente gli avvocati generali della Corte di giustizia ad auspicare il definitivo ed univoco allineamento, per così dire, “al rialzo”, della giurisprudenza in questione, affermando la necessità che «anche in sede di interpretazione ed applicazione della nozione di *idem* nell'ambito del divieto, posto dal diritto dell'Unione, di punire due volte il medesimo fatto», nel settore della concorrenza potesse «in avvenire» rilevare in modo decisivo «soltanto l'identità dei fatti», intesa come «esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro», ovvero, in altri termini ancora «degli stessi fatti o di fatti sostanzialmente uguali»<sup>70</sup>.

### **7. Segue. “Ne bis in idem” ed eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni: la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen**

Come è avvenuto, per vero non raramente, nella storia dell'Unione (anche) la conformazione del “*ne bis in idem*” da parte di norme eurounitarie di diritto positivo si deve al riconoscimento delle potenzialità di un tale divieto nel favorire, sia pur indirettamente, il conseguimento di obiettivi di libera circolazione e, di riflesso, il processo di integrazione europea, secondo un processo tendente ad autoalimentarsi, dato che la libertà di circolazione e, più in generale, la globalizzazione accrescono il rischio di duplicazioni di processi e condanne. Ci si riferisce, per la precisione, all'art. 54 della [Convenzione di applicazione dell'Accordo firmato a Schengen](#) (CAAS) il 9 giugno 1990 – che prevede che “una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente”, a condizione, si noti, “che, in caso di condanna, la pena *sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione* attualmente o, secondo la legge della parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita”<sup>71</sup>.

Un tale disposto, infatti, come ebbe a rilevare la stessa Corte di Giustizia in occasione del primo rinvio pregiudiziale sulla sua interpretazione, ha avuto proprio lo «scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri»<sup>72</sup>. Più in generale, poi, la stessa disposizione, consacrando il *ne bis in idem* come limite all'esercizio dello *ius puniendi* degli Stati membri, ed estendendone, nel contempo, la sfera applicativa alle fattispecie transfrontaliere, ha costituito un punto di non ritorno di fondamentale importanza nel processo di integrazione europea ed altresì la base per un ulteriore avanzamento della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in materia<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> V. Corte di giustizia, sez. V, sent. del 7 gennaio 2004, in [C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd e al.](#)

<sup>70</sup> Così, l'Avvocato generale Juliane Kokott, si noti, nelle stesse Conclusioni relative al “caso Toshiba” più sopra menzionato, in cui rileva un certo allineamento della giurisprudenza di Strasburgo a quella di Lussemburgo nella definizione della nozione di “*idem*”, con riguardo a settori diversi rispetto a quello della concorrenza (v., al proposito, *supra*, la nota 29).

<sup>71</sup> Cfr., al riguardo, E. SHARPSTON, J.M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *Some reflection on Schengen Free Movement Rights and the Principle of the “ne bis in idem”*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2008, 413 e ss.

<sup>72</sup> V. Corte di Giustizia, sent. 11 febbraio 2003, in [C-187/01 e C 385/01, Gözütok e Bruegge](#).

<sup>73</sup> Cfr., sul punto, J. VERVAELE, “Ne bis in idem”: verso un principio costituzionale transnazionale in UE? in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2014, 46 e ss.

Anche qui, è stato chiesto, tra le prime cose, alla Corte di chiarire se, per la definizione dei «medesimi fatti» (l’*“idem”*), rilevasse, secondo l’approccio meno garantista (seguito nel campo della concorrenza), la qualificazione delle condotte anche nei sistemi penali nazionali o se, invece, secondo un’accezione più favorevole all’estensione del divieto, bastasse la sola identità dei fatti materiali all’origine della sanzione stessa. Ed è significativo che, con Schengen, a differenza del campo della concorrenza, il giudice di Lussemburgo abbia optato per l’approccio più favorevole ai diritti individuali. Più precisamente, è stata la considerazione degli «ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen», che l’applicazione del «criterio dell’identità dell’interesse giuridico tutelato» avrebbe provocato («essendo tale interesse variabile da uno Stato contraente all’altro»), a portare la Corte a ritenere che il solo «criterio pertinente» ai fini dell’applicazione dell’art. 54 predetto dovesse (e debba) essere «quello dell’identità dei fatti materiali»<sup>74</sup>.

In questo contesto, il dato “strutturale” maggiormente problematico è risultato e a tutt’oggi risulta essere costituito dalla cd. «condizione supplementare» contenuta nell’art. 54 in questione relativa all’“esecuzione della pena”, dato che, col rendere le relative garanzie di più difficile attivazione, essa finisce per abbassare il livello di tutela del divieto stesso, in contraddizione con Strasburgo. Così, quasi a rivelare la delicatezza della situazione, di recente, la stessa Grande sezione della Corte ha ritenuto necessario prendere una posizione di chiaro sostegno a favore della compatibilità di una tale clausola con la [Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea](#) (su cui si tornerà a portare l’attenzione più avanti), valorizzandone, particolarmente, l’attitudine a scongiurare il rischio che soggetti condannati restino impuniti in caso di mancata esecuzione della sanzione inflitta in un determinato Stato contraente, «per l’aver lasciato il territorio dello Stato di condanna» (inoltre, l’occasione è stata propizia alla Corte per precisare l’inidoneità del «solo pagamento della sanzione pecuniaria penale» a soddisfare la stessa “condizione di esecuzione”)<sup>75</sup>.

## 8. Segue. *Il ne bis in idem nel quadro del mandato di arresto europeo*

In attesa, dunque, di vedere come evolverà la situazione sul versante da ultimo esaminato, è opportuno osservare ora come il suddetto art. 54 abbia ripreso, riproponendolo da un particolare punto di vista, quanto già in precedenza contenuto nella [Risoluzione del Parlamento europeo](#) sull’applicazione nella Comunità europea del principio “*non bis in idem*”» in materia penale (del 16 marzo 1984) e dalla [Convenzione tra gli Stati membri delle comunità europee](#), relativa all’applicazione del principio *ne bis in idem* (del 25 maggio 1987, ratificata e resa esecutiva dall’Italia con la legge 6 ottobre 1989 n. 350). Sarebbe stato poi l’art. 3 del Trattato sull’Unione europea (oggi confermato dall’art. 82 del Trattato sul funzionamento dell’Unione) a dare più ampio respiro alla materia, sancendo la competenza dell’Unione europea ad adottare misure intese a “prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri”.

Con più specifico riguardo al tema del “*ne bis in idem*” un tale principio è stato consolidato innanzitutto dalla [Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee](#) del 26 luglio 1995 (art. 7); e, in seguito, dalla [Convenzione “relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea”](#) del 26 maggio 1997 (art. 10).

Nel percorrimento di questa strada, si è arrivati alla [Decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio](#) (del 13 giugno 2002) relativa al “mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati

<sup>74</sup> Secondo quanto affermato dalla Corte di Lussemburgo, oltre che nella menzionata pronuncia resa in [C-87/01 e C-385/01, Gözütok e Bruegge](#), *ex multis*, nella sent. 28 settembre 2006, in [C-150/05, Jean Leon Van Straaten](#); nella sent. 18 luglio 2007, in [C-367/05, Norma Kraaijenbrink](#); e nella sent. 28 settembre 2006, in [C-467/04, Francesco Gasparini](#). Nella sent. del 9 marzo 2006, poi, resa in [C-436/04, Leopold Henri Van Esbroeck](#) rilevano particolarmente gli «ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen» che l’applicazione del «criterio dell’identità dell’interesse giuridico tutelato» produrrebbero «essendo tale interesse variabile da uno Stato contraente all’altro» (§§32 e 35).

<sup>75</sup> V. Corte di giustizia (Gr. Sez.), sent. 27 maggio 2014, in [C-129/14 PPU, Zoran Spasic](#).

membri”, che prevede tra i “motivi di non esecuzione” obbligatoria e facoltativa, per l’appunto, del mandato di arresto europeo da parte dell’autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione, che la persona ricercata sia già stata giudicata “con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna” (v., rispettivamente, l’art. 3 p. 2 e l’art. 4 p. 5).

Tralasciando qui altre complesse discussioni e tentativi di codificazione, magari al ribasso, l’efficacia del principio di “*ne bis in idem*” nei procedimenti penali nell’ambito del più ampio tema dei conflitti di giurisdizione ha costituito oggetto di analisi da parte della Commissione europea in un importante [Libro Verde](#) del 23 dicembre 2005, sulla cui base è stata adottata la [decisione quadro 2009/948/GAI](#) “sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali”. In essa, tra l’altro, si è ribadito l’“obiettivo” di “promuovere una più stretta cooperazione tra le autorità competenti di due o più Stati membri che conducono un procedimento penale ai fini di una più efficiente e corretta amministrazione della giustizia”, e, in particolare, di “prevenire situazioni in cui la stessa persona sia oggetto, in relazione agli stessi fatti, di procedimenti penali paralleli in Stati membri diversi, che potrebbero dar luogo a una decisione definitiva in due o più Stati membri e costituire in tal modo una violazione del principio ‘*ne bis in idem*’” (v. l’art. 1 del Capo, recante i “principi generali”). Anche se poi la mera programmaticità di tali previsioni ha finito per lasciare impregiudicate le norme contenute nella più datata [Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen](#) così come interpretate dalla Corte di giustizia (di cui *supra*).

La Corte di Lussemburgo è stata chiamata per la prima volta a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla portata della sopramenzionata [Decisione-quadro 2002/584/GAI](#) nell’ambito del noto “[caso Mantello](#)”. Nell’occasione è parsa evidente la volontà della Corte di rifarsi all’interpretazione del “*ne bis in idem*” già fornita per la [Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen](#), in considerazione non solo e non tanto «dell’identità del tenore e della analogia degli oggetti», quanto, soprattutto, «dell’obbiettivo comune [...] consistente nell’evitare che una persona venga nuovamente perseguita o giudicata penalmente per gli stessi fatti», ricavandone che ai «fini dell’emissione e dell’esecuzione di un mandato di arresto europeo, la nozione di “stessi fatti” contenuta nella decisione quadro costituisce una nozione autonoma del diritto dell’Unione»<sup>76</sup>.

È stato, poi, muovendo dall’interpretazione della nozione di “stessi fatti” (cd. “*idem*”) come riguardante la sola identità dei fatti materiali che la Grande Sezione ha ricavato l’obbligo per le autorità giudiziarie di esecuzione, qualora giungano a conoscenza dell’esistenza, in uno Stato membro, di una sentenza definitiva per gli “stessi fatti” oggetto del mandato di arresto europeo di «rifiutare l’esecuzione del mandato d’arresto medesimo, a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna» (ex art. 3, n. 2, della decisione-quadro)<sup>77</sup>. Pertanto, può dirsi che la nozione di «stessi fatti» sia oggi interpretata, specie dopo la presa di vigore della [Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea](#) (di cui *infra*)<sup>78</sup>, alla stregua della nozione di «medesimi fatti» di cui all’art. 54 della [Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen](#).

Sempre secondo la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo, poi, il carattere “definitivo” di una sentenza «rientra», invece (a differenza della nozione di “stessi fatti”) «nella sfera del diritto dello Stato membro in cui tale sentenza è stata pronunciata», deducendo da ciò che una decisione che, secondo il diritto dello Stato membro, che ha avviato un procedimento penale, non estingue definitivamente l’azione penale non possa, in linea di principio, «produrre l’effetto di costituire un ostacolo

<sup>76</sup> V. Corte di giustizia, Gr. sez., sent. 16 novembre 2010, in C-261/09, [Gaetano Mantello](#).

<sup>77</sup> V. Corte di giustizia, in C-261/09, [Gaetano Mantello](#), cit.

<sup>78</sup> Cfr., *amplius*, sul punto C. AMALFITANO, *Il principio del “ne bis in idem” tra CAAS e Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, 3889 e ss.

procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato membro dell'Unione»<sup>79</sup>.

### 9. Il “ne bis in idem” e la [Carta dei diritti fondamentali](#)

Giunti a questo punto, si deve finalmente prendere in considerazione la consacrazione del “Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato”, da parte dell'art. 50 della già evocata [Carta dei diritti fondamentali](#) dell'Unione, che prevede che nessuno possa “essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

Guardandosi alle spiegazioni della disposizione, se ne ricava che «corrisponde all'*acquis* del diritto dell'Unione» che la regola del “*ne bis in idem*” – la quale, si precisa, si riferisce al cumulo di due sanzioni della stessa natura, nelle fattispecie penali» – debba essere applicata non solo all'interno della giurisdizione degli Stati, «ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri» e, cioè, «nel diritto dell'Unione». Inoltre, le eccezioni «molto limitate» per le quali è consentito agli Stati membri di derogare ad una tale normativa «sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni»; e, per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del [protocollo 7 alla Convenzione Edu](#) («vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro»), il diritto garantito «ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU».

Peraltro, tutt'ora non completamente risolto, alla luce dei contrasti giurisprudenziali determinatisi, sembra il problema della sorte delle riserve nazionali restrittive del principio del *ne bis in idem* apposte all'Accordo di Schengen (pur se un certo tipo di soluzione sia stato proposto, da ultimo, dell'Avvocato generale Yves Bot, col ritenere tali riserve certamente invalide, se riferite a reati identici, oppure inutili, se riferite a reati diversi, laddove la diversità dovrebbe anche apprezzarsi per la diversa intensità con la quale lo stato interessato considera il movente al cospetto di condotte materiali identiche<sup>80</sup>), da un lato, e quello delle mancate ratifiche del protocollo quando esso possa trovare applicazione nei confronti di un diritto nazionale attuativo dell'UE, dall'altro; anche se sembrerebbe più sensato ritenere che l'art. 50 della Carta abbia assorbito “interamente” il principio.

Ad oggi, con la proclamazione e, poi, soprattutto, l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al *ne bis in idem* può riconoscersi (oltre che “lo *status* di principio generale di diritto dell'Unione”<sup>81</sup>, financo) rilievo costituzionale nell'Unione medesima, rappresentando «un diritto fondamentale insito nell'ordinamento giuridico di tutti gli Stati membri, in quanto principio intrinseco alla nozione di Stato di diritto e espressamente sancito nella Carta<sup>82</sup>» valevole,

<sup>79</sup> V., ancora, Corte di giustizia, in C-261/09, [Gaetano Mantello](#), richiamandosi, per analogia, la pronuncia del 22 dicembre 2008 della sez. VI della stessa Corte di Giustizia, in C-491/07, [Vladimir Turanský](#). Su questa stessa problematica, v., da ultimo, le Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 15 dicembre 2015, in C-486/14, [Piotr Kossowski](#), cit. §§69 e ss.

<sup>80</sup> V. le Conclusioni citate nella nota precedente, §§45 e ss., dove, in particolare, l'invalidità sarebbe sopravvenuta per effetto del contrasto con l'art. 50 della [Carta dei diritti](#) fondamentali dell'Unione europea, che non tollererebbe questo tipo di riserve. Più in particolare, dal momento che la giurisprudenza della Corte e la Carta consentirebbero di garantire il rispetto della differenza sostanziale tra i reati, permettere «ad uno Stato membro di eludere il principio del *ne bis in idem* in situazioni diverse equivarrebbe a svuotarlo di ogni contenuto e rimetterebbe in discussione il sistema su cui si fonda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia»: in tal senso, allora, la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS non rispetterebbe il contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem* quale enunciato dall'articolo 50 della Carta, dovendo, dunque, essere dichiarata invalida (sulla “funzione parametrica” della Carta, sia consentito rinviare a L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2013, 119 e ss.).

<sup>81</sup> Cfr., al proposito, *supra*, la nota 65.

<sup>82</sup> Trattasi di quanto osservato l'Avvocato generale Yves Bot nelle Conclusioni presentate il 7 settembre 2010, in C-261/09, [Gaetano Mantello](#).



come tale, non solo nell'ambito di settori determinati, com'è stato in passato, ma dalla portata tendenzialmente generale, sia pur sempre, s'intende, nell'ambito delle competenze attribuite all'Unione<sup>83</sup>. Più nello specifico, può osservarsi come, con riguardo al profilo dell'"*idem*", la Corte, soprattutto per il livello nazionale di attuazione del diritto dell'Unione, tenda a seguire la concezione estensiva del principio dando rilievo esclusivamente al requisito dell'identità dei fatti materiali.

Può pertanto considerarsi come sia solo nell'ambito del settore della concorrenza che si continua ad esigere la triplice condizione di identità dei fatti, identità del contravventore ed identità dell'interesse giuridico tutelato<sup>84</sup>. Una tale situazione non ha mancato di suscitare reazioni perplesse in seno alla Corte stessa, ritenendosi una «tale variabilità nell'interpretazione e nell'applicazione del principio del *ne bis in idem* a seconda del settore giuridico» non solo nociva per l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione; ma, altresì, allo stato, inammissibile, data l'«importanza basilare di tale principio quale principio portante del diritto dell'Unione, fornito del rango di diritto fondamentale», ricavandosene che, per la determinazione del contenuto garantistico del principio del *ne bis in idem*, come ora formulato all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, dovrebbero valere, in tutti i settori del diritto dell'Unione, i medesimi criteri<sup>85</sup>.

In questo senso, è stata rilevata altresì la mancanza di motivi oggettivi per sottoporre, in materia di concorrenza, il principio del *ne bis in idem* a condizioni diverse rispetto alle altre materie; mirando anzi esso, anche qui, ad assicurare la libera circolazione nel territorio dell'Unione quale «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e a migliorare e ad agevolare le attività commerciali delle imprese nel mercato interno e, in definitiva, a creare condizioni di concorrenza uniformi in tutto il SEE (cosiddetto "*level playing field*")<sup>86</sup>. Del resto, la considerazione di un tale stato di cose aveva già portato a suggerire «quindi, alla Corte di dichiarare che la nozione di 'stessi fatti' di cui all'art. 3, n. 2, della decisione quadro, in assenza di richiamo al diritto degli Stati membri quanto al suo contenuto e conformemente a una giurisprudenza costante, deve costituire l'oggetto di un'interpretazione uniforme in seno all'Unione europea», non essendovi, d'altra parte, alcun elemento che faccia pensare ad una possibile disponibilità della Corte di Strasburgo a fornire ad un tale principio nella specifica materia della concorrenza una portata garantistica meno ampia rispetto agli altri settori di competenza del diritto dell'Unione<sup>87</sup>.

Nonostante questi problemi, è ancora l'altro profilo a presentare le maggiori criticità, ossia quello del cd. "*bis*", e, cioè, le condizioni alle quali si può affermare la sussistenza di un procedimento di natura penale o quasi penale (a cui ricollegare il divieto di accostarne un secondo). In linea di massima, può dirsi che la Corte, nel rifarsi in genere alla sopra citata "[giurisprudenza Engel](#)" della Corte di Strasburgo, continua a fare riferimento, da un lato, alla tipologia delle infrazioni contestate, e, dall'altro, agli obiettivi del regime sanzionatorio riguardato. Tuttavia, si nota, nel complesso, un approccio più casistico che sistematico. Così, a fronte di fattispecie in cui, soprattutto in materia di concorrenza, si era ammessa la natura materialmente «penale» delle sovrattasse applicate al fine di garantire l'esecuzione del diritto dell'Unione, varie sono state le decisioni di segno diverso, specialmente nell'ambito del settore agrario, in ragione, ad es., della riscontrata sussistenza di sanzioni volte a rimediare semplici irregolarità e/o di sanzioni consistenti nel diniego di erogazioni di incentivi economici. Laddove è stata proprio la considerazione dell'importanza della natura penale della sanzione, al fine dell'applicazione del divieto di *bis in idem* nell'area europea, a portare la Grande Sezione,

<sup>83</sup> Così, la Corte di giustizia, con l'ordinanza del 15 aprile 2015 resa nell'ambito del "[caso Burzio](#)", ha dichiarato la propria manifesta incompetenza – e conseguentemente l'inapplicabilità del divieto di "*bis in idem*" previsto dalla Carta – relativamente ad una questione concernente il mancato versamento di ritenute alla fonte relative all'imposta sul reddito.

<sup>84</sup> Cfr., al proposito, *supra*, il §3.

<sup>85</sup> Così l'Avvocato generale Juliane Kokott nella Conclusione dell'8 settembre 2011, rese nel "[caso C-17/10. Toshiba Corporation e altri](#)", §117.

<sup>86</sup> *Ibidem*, al §118.

<sup>87</sup> V. le Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot presentate, in C-261/09, "[Gaetano Mantello](#)", cit.



ancora di recente, a «ricordare» che «non hanno natura penale sanzioni, quali l'esclusione temporanea di un operatore economico dal beneficio di un regime di aiuti<sup>88</sup>».

È stato, particolarmente, nel noto “[caso Fransson](#)”<sup>89</sup> che, chiamata ad appurare se un procedimento penale dovesse essere considerato inammissibile in quanto lesivo del divieto di “*bis in idem*”, la Grande Sezione della Corte ha chiarito la portata dell'art. 50 della Carta. Dopo aver richiamato gli interessi finanziari e la questione della competenza dell'Unione in materia di IVA, i giudici di Lussemburgo hanno infatti focalizzato l'attenzione sul profilo del “*bis*”, “ricordando”, sulla falsariga della giurisprudenza Engel, «che, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere». Su questa base, i giudici hanno chiarito che «l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali», stabilendo, altresì, che «Spetta al giudice [nazionale] valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali [...], circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

## 10. *Il ne bis in idem tra concurrence et complémentarité presso le Corti europee*

I casi “[Fransson](#)” e “[Grande Stevens](#)”, che, come è emerso, rappresentano le punte più avanzate, rispettivamente, di Lussemburgo e Strasburgo<sup>90</sup> in tema di *ne bis in idem*, paiono dare prova dell'esistenza di un confronto (se si vuole, di un “dialogo a distanza”) prezioso ed efficace tra le due Corti europee.

Così, in esse risulta innanzitutto confermata la volontà di demarcare i rispettivi ambiti di competenza, facendosi, in tale senso, bene attenzione, nel “[caso Fransson](#)”, a puntualizzare che «il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra

---

<sup>88</sup> V. Corte di Giustizia, Gr. sez., sent. 5 giugno 2012, in C-489/10, [Łukasz Marcin Bonda](#), in cui, in materia di aiuti agricoli, è stata esclusa la natura penale di sanzioni applicate a seguito della trasgressione di disposizioni «rivolte unicamente agli operatori economici che scelgono, in piena libertà, di usufruire di un regime di aiuti», riconoscendone la natura di «strumento amministrativo specifico che è parte integrante di un sistema chiuso», destinato «ad assicurare la buona gestione finanziaria dei fondi pubblici dell'Unione».

<sup>89</sup> V. Corte di Giustizia, Gr. sez., sent. 26 febbraio 2013, cit. (le relative Conclusioni sono richiamate *supra*, alla nota 63). Ci si limita ad osservare come uno dei primi casi in cui la Corte Edu ha richiamato la [Carta dei diritti](#) fondamentali dell'Unione europea abbia riguardato proprio «*le principe non bis in idem*», come rileva Strasburgo «*également consacré, dans les mêmes termes, par l'article 50 de la Charte des droits de l'Union fondamentale européenne et par l'article 14 § 7 du Pacte relatif aux droits internationale civils et politiques des Nations Unies*» (v. Corte Edu, ric. n. 48154/99, [Zigarella c. Italia](#), cit.). Il fatto, poi, che nell'occasione la Carta di Nizza sia stata richiamata «anche per convalidare l'interpretazione di un Protocollo annesso alla Convenzione, rimarcandosi come l'art. 50 del catalogo eurounitario dei diritti consacrati negli stessi termini il principio espresso dal par. 4 dell'art. 5 del [Protocollo n. 7](#)» è stato considerato «conferma» del progressivo affermarsi dell'*ubi consistam* della Carta di Nizza stessa «nella panoplia degli strumenti internazionali a disposizione della Corte Edu» (così P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei Diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, relazione in occasione della giornata di studio svoltasi a Messina sul tema “*La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*”).

<sup>90</sup> La sentenza [Grande Stevens](#) è divenuta definitiva, ai sensi dell'art. 43 CEDU, il 7 luglio 2014, a seguito del rigetto della richiesta di rinvio alla Grande Camera formulata dal Governo italiano: rinvio da più parti auspicato «proprio per l'assoluta importanza che le affermazioni ivi contenute [avrebbero potuto] avere per il diritto interno in relazione a principi fondamentali del nostro sistema penale», ritenendosi che lo fosse «senza dubbio stabilire i parametri di configurabilità di un illecito come penale oppure non», anche e soprattutto guardandosi «alla futura adesione formale dell'UE ai principi stabiliti dalla CEDU» (così l'Ufficio del ruolo e del massimario della Corte di Cass., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, cit. 26).

i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»; e compendosi un'analogia *actio finium regundorum* pure e specularmente nel "[caso Grande Stevens](#)", col precisarsi che il compito della Corte di Strasburgo «non è interpretare la giurisprudenza della [Corte di Giustizia dell'Unione europea]».

Inoltre, il riconoscimento del principio del *ne bis in idem*, ora da parte anche della Carta dei diritti, comporta che l'ambito di validità di tale principio vada oltre i casi meramente nazionali, estendendosi alle fattispecie transfrontaliere, «il che favorisce la libera circolazione dei cittadini dell'Unione e l'obiettivo di una circolazione delle merci nel mercato interno europeo il più possibile priva di ostacoli<sup>91</sup>»; laddove, per diverso ma connesso profilo, si ha che la «Corte europea dei diritti dell'uomo definisce il contenuto minimo del principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento giuridico esclusivamente interno degli Stati membri<sup>92</sup>», coerentemente, del resto, a quanto affermato dallo stesso art. 4 del Prot. 7 che individua quali destinatari del divieto, le «giurisdizioni degli stessi Stati».

Se, pertanto, sino a questo punto è soprattutto di "*complémentarité*" che si è potuto, è, invece, la constatazione del vero e proprio "inseguimento" innescatosi tra le due Corti nel merito delle questioni che si sono esaminate ad autorizzare a parlare di "*concurrence*". Così, il giudice di Lussemburgo ha adottato i criteri di valutazione dell'"*idem*" e del "*bis*" elaborati da Strasburgo. Dal canto suo, come si è visto, la Corte Edu, specie in materia di sovrattasse, tiene fermo il divieto di percorrimto del suddetto "doppio binario" sanzionatorio, amministrativo e penale, mantenendo indubbiamente più alto il livello delle tutele, al prezzo, tuttavia, più che della "*concurrence*" della vera e propria "*opposition*" col diritto europolitico e con quello di vari Stati europei (inclusa l'Italia). È stato solo di recente che lo stesso giudice europeo è parso determinarsi a convergere con la giurisprudenza dell'Unione, col dimostrarsi meglio disponibile a riconoscere l'inefficacia di sanzioni di diversa natura ad attivare il divieto, si noti, acconsentendo così ad un certo abbassamento del livello delle tutele nell'area europea a beneficio, tuttavia, di una ritrovata "*complémentarité*" tra sistemi.

Della rapidità di tale processo è data prova dal fatto che mentre nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón (12 giugno 2012), relative al [caso Hans Åkerberg Fransson](#), si osservava come l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo mostrasse che, in quel momento l'articolo 4 del [protocollo n. 7 della CEDU](#) ostava a provvedimenti che infliggevano «una duplice sanzione, amministrativa e penale, per gli stessi fatti», impedendo «di avviare un secondo procedimento, vuoi amministrativo, vuoi penale, quando la prima sanzione è divenuta definitiva»...nel di poco successivo [caso Grande Stevens](#) (14 marzo 2014) si osservava, al contrario, come fosse stata riconosciuta, anche a Strasburgo, la possibilità per gli Stati di «imporre una doppia sanzione (fiscale e penale) per gli stessi fatti [...] a condizione che la prima sanzione non [fosse] di natura penale», proprio rifacendosi alla cronologicamente anteriore [sentenza Hans Åkerberg Fransson](#) (26 febbraio 2013).

Pertanto, può dirsi che il denominatore comune della giurisprudenza delle due Corti europee sul "*ne bis in idem*" consista nel riconoscimento del divieto di doppie sanzioni di tipo penale, non solo all'interno degli Stati ma anche tra gli Stati membri, mentre in vista della predisposizione di regimi sanzionatori "efficaci, proporzionati e dissuasivi", potrebbe risultare praticabile il percorrimto del doppio binario amministrativo/penale, attraverso la previsione, particolarmente da parte dell'Unione, di sanzioni (finanziarie) amministrative, impregiudicata la possibilità per gli Stati di ulteriormente prevedere al loro interno sanzioni (finanziarie) penali<sup>93</sup>.

Ciò, s'intende, se la Corte Edu si determinerà, come si diceva, a superare la propria giurisprudenza, al momento preponderante – specialmente in materia di sovrattasse, ma non solo – caratterizzantesi, come si è visto (*supra*, al §5), per un certo automatismo nella considerazione della natura "penale"

<sup>91</sup> V. le spiegazioni relative all'art. 50 della Carta, stilate dal *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la stessa [Carta dei diritti](#) fondamentali dell'Unione europea.

<sup>92</sup> Secondo quanto evidenziato dall'Avvocato generale Yves Bot nelle Conclusioni presentate il 7 settembre 2010, in C-261/09, [Gaetano Mantello](#), cit.

<sup>93</sup> Segue, ad es., un tale "doppio binario" la Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 "relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato" (cd. "direttiva abusi di mercato").

nella sostanza di sanzioni formalmente di tipo “amministrativo”<sup>94</sup>; mentre se decidesse di portare alle estreme conseguenze il proprio approccio rigorosamente contrario a doppi binari sanzionatori, una siffatta, così netta presa di posizione renderebbe necessaria, può pensarsi, l’assunzione di un’altrettanto *tranchante* (ma, ci pare, improbabile) scelta di campo in punto di (attribuzione della) definizione dei sistemi sanzionatori: in capo agli Stati (competenti anche sul piano penale) o, invece (solo) all’Unione (al momento, solo sul piano delle sanzioni amministrative e in quelli penali di sua competenza).

Insomma, come per altri settori affini a quello qui esaminato, anche in difetto di iniziative politiche, è a livello giudiziario che va erigendosi un sistema giudiziario europeo, anche se della necessità che siano le Istituzioni a ciò deputate a riappropriarsi del proprio ruolo è data prova dai rischi, come si è visto concreti, dell’emergere di incertezze, che potrebbero trasformarsi in veri e propri cortocircuiti sistemici nei rapporti tra organi giudiziari statali ed europei.

Sempre nell’esame della “*complémentarité ou concurrence dans la protection des droits fondamentaux*”, è necessario prendere poi in considerazione talune questioni che la giurisprudenza pone – e che, per vero, risultano più esplicite nelle Conclusioni degli avvocati generali – relativamente al tema dello *standard* di protezione del diritto di non essere giudicati due volte per lo stesso fatto nell’area europea, ai sensi degli artt. 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

In particolare, segue un approccio che si potrebbe considerare “di stampo internazionalista”, calibrato, cioè, prettamente sulla base di quanto stabilito a Strasburgo, quella giurisprudenza di Lussemburgo che, nel valorizzare massimamente la cd. “clausola di omogeneità” (contenuta nel suddetto art. 52 della Carta), sostiene la necessità di interpretare il principio del *ne bis in idem* conferendo ad esso «lo stesso significato e la stessa portata delle corrispondenti disposizioni contenute nella CEDU, come interpretate – si badi – dalla giurisprudenza della Corte Edu<sup>95</sup>. Per tale via, in quei casi in cui gli *standard* di protezione previsti dalle Carte costituzionali risultino più elevati di quelli della Convenzione, è vero che rimarrebbe garantito un ampio spazio di tutela del diritto fondamentale da parte degli Stati membri, ma per quanto riguarda l’efficacia della Carta, essa ne sarebbe svilita poiché avrebbe l’unica funzione di omologarsi al livello di tutela minimale assicurato dalla CEDU. Nel contempo, ne sarebbe emarginata la possibilità della sua applicazione uniforme e, ciò, in quanto all’art. 50 della Carta sarebbe semplicemente attribuito il ruolo di criterio normativo di collegamento.

In senso diametralmente opposto si pone l’approccio ermeneutico di carattere, per così dire, “eu-rounitario”, che auspica che, nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione il grado di protezione dei diritti fondamentali sia quello direttamente desumibile dalla Carta». Può annoverarsi in questo senso quella giurisprudenza che, nel considerare l’Unione europea «un nuovo ordinamento giuridico e il processo di integrazione europea una costruzione internazionale unica», reputa non solo non «troppo avventato», ma, anzi «quasi inevitabile» ai fini del diritto dell’Unione europea, che «la nozione di *ne bis in idem* [...] venga intesa quale principio autonomo», ovvero un «principio *propriae naturae*» adeguata alle caratteristiche peculiari del contesto sovranazionale in cui tale principio dev’essere applicato<sup>96</sup>. Deducendo, da ciò, che in «mancanza di ulteriori iniziative, sotto forma di

---

<sup>94</sup> In questo quadro, decisiva risulta e risulterà la fissazione (dell’entità) della sanzione amministrativa, segnatamente, della soglia di gravità che, come si è visto, secondo Strasburgo “versione Grande Stevens”, risulta idonea a determinare una vera e propria mutazione genetica del regime sanzionatorio stesso, da amministrativo a, per l’appunto, penale, con la conseguenza di far scattare il divieto del “*bis in idem*” in questione. Si noti, peraltro come sia già da tempo che il Giudice eu-rounitario – nell’acconsentire a normative dell’Unione di non imporre «agli Stati membri di prevedere sanzioni penali», bensì di garantire che, sempre in via sanzionatoria, «possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative» – ha affermato la possibilità che «considerata la natura delle violazioni di cui trattasi, nonché dato il grado di severità delle sanzioni che esse possono comportare, siffatte sanzioni, ai fini dell’applicazione della CEDU, [potessero] essere qualificate come sanzioni penali» (v. Corte di Giustizia, in C-45/08, *Spector Photo Group NV*, cit., §42).

<sup>95</sup> V. le Conclusioni del 15 dicembre 2011, in [C-489/10, Łukasz Marcin Bondar](#), cit. §43.

<sup>96</sup> V., anche per quanto segue, le Conclusioni del 15 giugno 2006 in [C-467/04, Francesco Gasparini](#), cit. §80.

modifica del Trattato o di legislazione comunitaria derivata, tale principio [debba] essere quindi ridefinito ed elaborato dalla Corte nell'esercizio del suo 'monopolio ermeneutico' su tali nozioni chiave del diritto comunitario.

Una posizione intermedia tra i due suddetti approcci è occupata, poi, da quella giurisprudenza in cui, pur riconoscendosi la validità del «canone dell'omogeneità, secondo cui, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione», si ha cura, altresì, di precisare che «l'art. 4, n. 1, del [protocollo n. 7 alla CEDU](#), così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [...], segna la soglia minima che deve essere assicurata nel diritto dell'Unione in sede di interpretazione e applicazione del principio del *ne bis in idem*», impregiudicata la possibilità, dunque, per l'Unione, di procedere in maniera autonoma<sup>97</sup>.

Se, conclusivamente, è lecito pensare che è anche attraverso la dialettica innescata da differenti interpretazioni del principio del *ne bis in idem* che sta innervandosi un sistema giudiziario europeo, è però necessario prendere atto di come, al momento, questa specifica materia abbia la capacità sia di riflettere differenti visioni di politica giudiziaria nello scacchiere europeo, sia di rendere palesi perduranti asimmetrie tra livelli ordinamentali: nel primo caso, infatti, è il conflitto più o meno latente tra la concreta natura mercatoria dell'Unione e l'ideale vocazione umanitaria di Strasburgo ancora ad emergere; nel secondo, a farsi valere sono «la forte presenza» ed «il radicamento» dei regimi della duplice sanzione amministrativa e penale, che «per la loro intensità potrebbero essere considerati perfino una tradizione costituzionale comune agli Stati membri»<sup>98</sup>, come sembrerebbe, tra l'altro, attestare anche [la decisione](#) del *Conseil constitutionnel* del 18 marzo 2015<sup>99</sup>.

Per quanto riguarda, pertanto, la Corte costituzionale italiana sembra improbabile l'adozione di soluzioni clamorose abdicanti alla nostra tradizione normativa, tanto più che, come dimostra la giurisprudenza europea, il quadro di fondo sembra lungi da essere chiarito, dovendosi piuttosto rimarcare come essa si stia dimostrando scrupolosa nel rifuggire da soluzioni apparentemente più agevoli, ma in realtà meno garantiste<sup>100</sup> (v., ad es., l'[ord. n. 128 del 2009](#)) in materia (v. la [sent. n. 70 del 1982](#), l'[ord. n. 42 del 2005](#), [sent. n. 115 del 2014](#), [sent. n. 284 del 2003](#))<sup>101</sup>.

Anche se può far piacere ricordare come, nel riconoscere la validità del principio del *ne bis in idem* «per le sentenze dei tribunali internazionali», la Corte abbia preconizzato il comporsi «in una prospettiva ideale» di una società «diversa» e più «progredita» di Stati, caratterizzata «nel suo continuo evolversi» da un livello di integrazione e di uniformità delle legislazioni dei diversi Stati, quanto alla «valutazione sociale e politica dei fatti umani, in specie nel campo penale»<sup>102</sup>, tale da consentire di superare i «principi della territorialità ed obbligatorietà generale della legge penale» e con essi della regola «nell'autonomia dei singoli ordinamenti»...e da rendere possibile «almeno per i fondamentali

<sup>97</sup> V. le Conclusioni dell'8 settembre 2011, in [C-17/10, Toshiba Corporation e altri](#), §120.

<sup>98</sup> Così l'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón nelle [Conclusioni del "caso Fransson"](#), cit. §86.

<sup>99</sup> V. *Conseil constitutionnel*, [Déc. n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC](#) del 18 marzo 2015, con cui è stata dichiarata incostituzionale la previsione di una duplice sanzione penale ed amministrativa, rifacendocisi ad un principio, quale quello di necessità delle pene, strettamente inerente a quello del *ne bis in idem*

<sup>100</sup> Cfr., in tal senso (ed in senso critico nei confronti della "[sentenza Grande Stevens](#)") M. MANETTI, *Il paradosso della Corte Edu, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di "market-abuse"*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2942 e ss.

<sup>101</sup> A fini di completezza, si osserva come in uno sparuto e datato gruppo di decisioni la Corte costituzionale avesse richiamato il principio del *ne bis in idem* in un'accezione atecnica, nel dichiarare l'ammissibilità di questioni già portate al giudice delle leggi e dichiarate infondate: [ord. n. 140 del 1973](#); [sent. n. 43 del 1979](#); [ord. n. 197 del 1983](#). In un certo numero di casi, invece, lo stesso è stato invocato (solo) dai giudici *a quo* o dalle parti ricorrenti (venendo invece tralasciato dalla Corte nelle proprie motivazioni): v. [sent. n. 1 del 1964](#); [sent. n. 56 del 1974](#); [sent. n. 6 del 1976](#); [ord. n. 268 del 1990](#); [sent. n. 189 del 1992](#); [ord. n. 405 del 1995](#); [ord. n. 387 del 1998](#); [sent. n. 195 del 1999](#); [ord. n. 215 del 1999](#); [sent. n. 406 del 2000](#); [sent. n. 304 del 2003](#); [ord. n. 77 del 2006](#); [sent. n. 237 del 2007](#); [sent. n. 272 del 2007](#); [ord. n. 418 del 2007](#); [ord. n. 463 del 2007](#); [sent. n. 246 del 2012](#).

<sup>102</sup> In particolare, sempre secondo quanto si legge nella [sent. n. 48 del 1967](#) secondo la Consulta, una efficacia preclusiva della sentenza penale in campo internazionale avrebbe presupposto oltre la «identità di riflessi sociali e politici, anche una assai larga uniformità di previsione delle varie fattispecie penali, e una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato».

rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica e con essa una unità, e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie» (v. la [sent. n. 48 del 1967](#)<sup>103</sup>, consolidata successivamente dalla [sent. n. 1 del 1973](#); dalla [sent. n. 69 del 1976](#)<sup>104</sup>; e dalla [sent. n. 58 del 1997](#)).

---

<sup>103</sup> V. anche per quanto segue, Corte cost., [sent. n. 48 del 1967](#).

<sup>104</sup> In particolare in una tale successiva giurisprudenza la Corte avrebbe chiarito di non poter considerare il principio del *ne bis in idem* rispetto alle sentenze straniere un «principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto, oggetto di recezione automatica ai sensi dell'art. 10 della Costituzione», con la conseguenza di non poter riconoscere efficacia preclusiva all'applicazione della legge penale italiana alle sentenze, anche di proscioglimento e la correlativa possibilità di procedere ad un rinnovamento del giudizio, indipendentemente dall'esito del processo già svoltosi all'estero. Del resto, della correttezza di un tale assunto sarebbe prova il fatto che all'epoca «questo principio é divenuto oggetto di accordi internazionali, e che la sua affermazione anche in via convenzionale ha finora incontrato difficoltà molteplici, pur nell'applicazione circoscritta alle sentenze in materia penale».



**CONSULTA ONLINE**

**PARTE SECONDA**

**LIBRI E RECENSIONI**

**Recensione a**

**GIAMPIERO BUONOMO, *Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2015, pp. 288, ISBN 978-88-498-4440-5**

**Antonello Lo Calzo\***

**Il complesso rapporto tra legittimazione degli organi rappresentativi e garanzia delle prerogative**

Il tema delle immunità parlamentari da sempre si caratterizza per essere un ambito di notevole problematicità: questo perché esso incarna il perenne conflitto tra due esigenze, almeno all'apparenza, contrapposte, ossia: tra la necessità di garantire il pieno rispetto della "grande regola dello Stato di diritto", per cui il ruolo essenziale nella garanzia concreta dei diritti e nell'attuazione della potestà punitiva spetta alla giurisdizione e, ove ciò non avvenisse, si determinerebbero conseguenze dirette sulla complessiva effettività del principio di eguaglianza, principio cardine del sistema; e la necessità di apprestare quegli istituti che nella forma di governo parlamentare hanno come *ratio* la preservazione delle sfere di autonomia e indipendenza che sempre devono accompagnare l'esercizio delle funzioni "tipiche" degli organi che si definiscono "rappresentativi".

È inevitabile che la garanzia dell'indipendente e libero esercizio delle funzioni di ciascuna Camera, per mezzo della protezione della posizione individuale dei propri componenti, può entrare in conflitto con la regola generale della garanzia dei diritti e della potestà punitiva attuate per mezzo della magistratura, operando una deroga rispetto al fondamentale principio di eguaglianza, che necessita di essere riconsiderata alla luce dell'evoluzione della forma di governo e della forma di Stato che non consente, al giorno d'oggi, di rinvenire i medesimi presupposti giustificativi che portarono alla nascita di quelle "garanzie" in altri contesti ordinamentali e storici.

Il diritto costituzionale (ed in particolare parlamentare) è materia viva, che non si appaga di uno sterile dato formale, cristallizzato univocamente e astoricamente in una disposizione positiva, ma necessita che quella disposizione trovi svolgimento nelle concrete dinamiche di interrelazione tra i poteri dello Stato moderno, che sempre subiscono gli influssi dei mutamenti del "sentire" politico e sociale, dell'evoluzione dei principi e delle vicende storico-giuridiche che possono comportare un sovvertimento nella scala delle situazioni meritevoli di protezione, nonché nell'intensità degli strumenti approntati a tale scopo.

Queste considerazioni appaiono tanto più appropriate se si valuta il contesto in cui gli istituti immunitari si atteggiano nel momento presente: da una parte, la progressiva perdita di legittimazione degli organi politici dovuta ad una pluralità di fattori, anche di ordine strettamente giuridico<sup>1</sup>; dall'altra, la progressiva affermazione delle tesi "populistiche" dell'antipolitica che rischiano di sfociare in una sorta di "anti-rappresentatività"<sup>2</sup>. Proprio quest'ultimo aspetto, come Giampiero Buonomo (Con-

---

\* Dottorando in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nell'Università di Pisa.

<sup>1</sup> Non è trascurabile l'incidenza sullo stato di legittimazione dell'attuale Parlamento avuto dalla nota [sentenza Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1](#). Nonostante la Corte abbia cercato di porre riparo alla carenza di legittimazione delle Camere elette sulla base di una legge elettorale dichiarata incostituzionale, permangono dubbi sul rapporto tra concreta rappresentatività dei parlamentari ed illegittimità della legge sulla cui base sono stati eletti. Spunti interessanti su tale profilo emergono dai contributi di autorevoli studiosi contenuti in AA.VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2014, 629 ss.

<sup>2</sup> Sembrano quasi riecheggiare le antiche tesi antirappresentative di Rousseau secondo cui «La Sovranità non può essere rappresentata in virtù della stessa ragione per cui non può essere alienata: consiste essenzialmente nella volontà generale e la volontà non si rappresenta, è identica a sé stessa o è un'altra senza via di mezzo. I deputati del popolo non sono né possono essere dunque suoi rappresentanti; non sono che suoi commissari e non possono decidere niente in modo definitivo. [...] L'idea dei rappresentanti è moderna: ci viene dal Governo feudale questo iniquo e assurdo governo nel

sigliere del Senato – d’ora in avanti A.) ben evidenzia, mina le fondamenta su cui si reggono le istituzioni rappresentative nello Stato democratico e, partendo dalla confusione tra i concetti di prerogativa e privilegio, pone come dato aprioristico che «la necessità di difendere la persona e l’attività del parlamentare dall’uso improprio della forza [...] sarebbe recessiva [ovvero ...] una superfetazione ereditata da un passato non più attuale» (146 s.). Una visione di questo tipo tradirebbe, d’altra parte, una considerazione unilaterale delle istanze di legittimazione dei rappresentanti fondata sulla «giurisdizionalizzazione della forza [...] e l’unicità della fonte di legittimazione»<sup>3</sup>.

Di fronte a tali problematiche è legittimo chiedersi quali possano essere i rischi legati ad una forte spinta antipolitica ed antiparlamentare perché, volendo – per assurdo che sia – enfatizzare tali approcci, dietro la critica delle istanze rappresentative può annidarsi il pericolo del rafforzamento autoritario. Volendo tralasciare, ovviamente, le tesi estreme, il problema sarà quello di riflettere su quali siano i rimedi possibili che possano rinsaldare la legittimazione degli organi rappresentativi, attualizzando istituti sorti in epoche remote all’attuale vita politica, sociale ed economica del paese.

Inserendosi nel complesso dibattito intorno alle istituzioni parlamentari, l’A., con il suo lavoro, offre una ricostruzione accurata delle origini e degli sviluppi degli istituti delle prerogative parlamentari<sup>4</sup> attraverso un’indagine attenta dal punto di vista diacronico e sincronico, fornendo, inoltre, una serie di indicazioni sulla casistica parlamentare di rara conoscibilità per gli studiosi del diritto costituzionale.

Proprio l’analisi del dato storico permette all’A. di risalire alla *ratio* degli istituti osservando che gli stessi si sono atteggiati diversamente a seconda dell’esperienza dei diversi ordinamenti. Da una parte l’esperienza anglosassone in cui il profilo immunitario tende ad identificarsi essenzialmente con la “insindacabilità”, dall’altra l’esperienza continentale post-rivoluzionaria ove la prerogativa assume i tratti più pregnanti della “inviolabilità”. Due istituti rispetto ai quali l’A. adotta un approccio di trattazione separata (rispettivamente ai capp. I e III del volume)<sup>5</sup>, ma che si ricompongono ad unità

---

quale la specie umana è degradata e in cui il nome di uomo è disonorato». J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. a cura di R. Gatti, Milano, RCS Libri, 2010, 90.

<sup>3</sup> Emblematica è la citazione ripresa dall’A. della “Relazione Mancini” ove l’illustre giurista ebbe ad affermare che «l’efficacia latente, ma tanto più benefica, di quelle garanzie consiste nella virtù ch’esse hanno, semplicemente perché sono scritte e riconosciute, di prevenire i pericoli ed i tentativi contro i quali sono istituite. Non s’intraprendono persecuzioni e vendette politiche quando si sa che, dopo faticosi sforzi, assai probabilmente finiranno per ridursi ad imprudente dimostrazione ostile alla libertà ed a conati impotenti. Scoraggiando coloro che volgano in animo propositi colpevoli, ciò che ne risulta è il rispetto della Costituzione, la regolare funzione dei politici ordinamenti, la coscienza che i legislatori acquistano di quella indipendenza e sicurezza di cui abbisognano per esercitare senza tema o pressione di sorta il loro eminente ufficio» (147). Regno d’Italia, Camera dei Deputati, Doc. n. 2-ter, sessione 1869-1870, Relazione a firma di P.S. Mancini presentata alla Camera dei Deputati nella seduta del 30 luglio 1870, 7.

<sup>4</sup> La letteratura sulle prerogative parlamentari è vastissima, volendo fornire qualche indicazione non esaustiva si vedano: G. LOJACONO, *Le prerogative dei membri del Parlamento (Art. 68 della Costituzione)*, Milano, Giuffrè, 1954, 22 ss.; S. TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, 179 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, Torino, Einaudi, 1979; G. LONG, *Commento all’art. 68 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1986, 190 ss.; F. POSTERARO, *Prerogative parlamentari*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 2 ss.; M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1999; M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione*, Padova, Cedam, 2000; C. MARTINELLI, *L’insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005.

<sup>5</sup> Per quanto appaia superfluo in questa sede, l’insindacabilità consiste nella sottrazione a responsabilità penale, civile ed amministrativa, per le opinioni espresse e i voti dati dai parlamentari nell’esercizio delle proprie funzioni; essa, pertanto, ha natura sostanziale in quanto attiene ad atti e manifestazioni di opinione specifiche e vuol far sì che quando questi siano attinenti alla funzione parlamentare (in modo più o meno ampio) vadano incontro alla massima libertà di espressione senza dover temere il rischio di una “censura” esterna che possa attentare al libero esercizio della funzione. L’inviolabilità, invece, ha natura processuale perché implica genericamente il divieto di sottoposizione a strumenti limitativi o invasivi della libertà personale del parlamentare senza l’autorizzazione della Camera di appartenenza. Entrambi gli istituti nascono dalla necessità di consentire il progressivo affrancamento degli organi parlamentari dalle ingerenze del Sovrano. Cfr. P. PERLINGIERI e M. PARRELLA, *Commento all’art. 68 Cost.*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, ESI, 2001, 437 ss.

nell'esperienza italiana che ha previsto nell'art. 68 Cost. la duplice garanzia dell'insindacabilità e dell'inviolabilità.

Proprio quest'ultima ha dato luogo a notevoli dibattiti sulla sua opportunità tanto da essere ampiamente rivista nella Legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3, che ha soppresso la vecchia autorizzazione a procedere in generale, mantenendo ferma solo l'autorizzazione per le misure cautelari e gli atti invasivi. D'altra parte, come correttamente osservato dall'A., anche attraverso dati di ordine comparato (85 ss.), l'istituto non ha subito stravolgimenti in quegli ordinamenti ove le prassi apparivano improntate alla perfetta correttezza istituzionale, mentre l'esigenza riformista si è avvertita soprattutto in quei casi in cui i Parlamenti adottavano un approccio di aprioristica negazione dell'autorizzazione. Il problema che si pone, quindi, sembra essere quello del progressivo affermarsi di una logica conflittuale nell'esperienza italiana, che vede oggi contrapposte le istituzioni parlamentari alla magistratura, ove il ruolo di giudice tra i configgenti viene ad essere assunto dalla Corte costituzionale. Questo aspetto è oggetto di attenta trattazione da parte dell'A. che si sofferma sui profili delle procedure in cui si articola la difficile relazione tra prerogative delle Camere e attività del giudice (Cap. II)<sup>6</sup>.

Il rapporto cui si accennava è stato progressivamente delineato dalla Corte costituzionale ed è compiutamente analizzato dall'A. (60 ss.). Vale qui la pena riprenderne alcuni passaggi essenziali per poi trarre le conclusioni sulla condivisibilità delle tesi sostenute nel lavoro in esame.

Il primo pilastro nella definizione dei rapporti Parlamento-Magistratura sotto il profilo immunitario viene tradizionalmente individuato nella [sentenza della Corte costituzionale del 29 dicembre 1988, n. 1150](#). In essa la Consulta stabilisce che il potere valutativo delle Camere in ordine alla deliberazione di insindacabilità non può essere ritenuto «arbitrario o soggetto soltanto ad una regola di *self-restraint*», ma in un ordinamento che si fonda sui diritti fondamentali dell'uomo e riconosce un organo giurisdizionale di garanzia costituzionale, il potere delle Camere incontra il limite della possibile sottoposizione al giudizio della Corte in sede di conflitto di attribuzioni. Il bene tutelato dal conflitto sarebbe, pertanto, non la sussistenza di una ipotetica giurisdizione esclusiva delle Camere in ordine alla sindacabilità dei voti o delle opinioni dei parlamentari, ma la protezione della posizione costituzionale dell'organo (80). Il controllo della Corte resta, però, ancora legato ad una logica puramente interna perché il Giudice delle leggi non addentra la propria valutazione nei contenuti delle dichiarazioni in quanto la valutazione della condotta di un parlamentare è rimessa alla Camera di appartenenza «con l'effetto, qualora sia qualificata come esercizio delle funzioni parlamentari, di inibire rispetto ad essa una difforme pronuncia giudiziale di responsabilità»<sup>7</sup>. La deliberazione di insindacabilità della Camera avrebbe i caratteri della pregiudiziale parlamentare rispetto al giudizio<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Al riguardo non si possono trascurare i rischi di abuso delle procedure stabilite dall'art. 68 Cost. a fini e per soggetti diversi da quelli legittimati. In questo senso è interessante osservare quelle decisioni in cui la Corte nega l'estensione della pregiudizialità parlamentare all'ambito ministeriale; in sostanza il ministro-parlamentare non può godere della medesima pregiudizialità per fatti afferenti alla sfera ministeriale. Si vedano [Corte cost., sentt. 20 luglio 2007, n. 304](#) e [25 febbraio 2014, n. 29](#) (annotata da E. VIVALDI, *La Corte costituzionale (finalmente) annulla una delibera c.d. di ministerialità* in *Giur. cost.*, 2014, 441 ss. Al riguardo, cfr., altresì, le osservazioni di R. DICKMANN, *La Corte esclude la concorrenza delle procedure di cui agli artt. 68, primo comma, Cost. e 96 Cost. quando l'autore di reati di opinione cumuli la qualità di parlamentare e di ministro (nota a Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 29)*, in [Diritti Fondamentali](#), 2014; e R. PASTENA, *Un nuovo tassello nel complesso mosaico della responsabilità ministeriale: l'incostituzionalità delle delibere di ministerialità*, in [Osservatorio AIC](#), 2/2014).

<sup>7</sup> [Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1150](#), par. 2 e 3 Cons. diritto (annotata da N. ZANON, *La Corte e la «giurisprudenza» parlamentare in tema di immunità: affermazioni di principio o regola del caso concreto?*, in *Giur. cost.*, 1988, 5588 ss.).

<sup>8</sup> Per osservazioni critiche al riguardo R. ROMBOLI, *La «pregiudizialità parlamentare» per le opinioni espresse e i voti dati dai membri delle Camere nell'esercizio delle loro funzioni: un istituto da ripensare (e da abolire)*, in *Foro it.*, I, 1994, 995 ss. Tale concetto è stato poi formalizzato nella legge n. 140 del 20 giugno 2003, che all'art. 3 ha previsto una «pregiudiziale parlamentare» che ha superato il vaglio della Corte costituzionale con la [sentenza del 16 aprile 2004, n. 120](#), ma che è stata nella sostanza neutralizzata dalla concreta attuazione nella successiva giurisprudenza conflittistica della Corte che ha portato ad un ridimensionamento dell'intendimento del nesso funzionale che va riscontrato nelle sole ipotesi di effettiva espressione dell'esercizio di attività parlamentare (S. PANIZZA, E. MALFATTI e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 251 ss.).

La soluzione raggiunta negli anni '80 non consentiva, però, di giungere ad una garanzia effettiva circa il corretto bilanciamento tra esigenze della giurisdizione, espressione del più generale principio di eguaglianza, ed esigenza di tutela delle prerogative degli organi rappresentativi. Si addiuvano, quindi, ad una forma di controllo più stretto da parte della Consulta che sembra muoversi nella prospettiva interna alla dichiarazione. A partire dalla [sentenze della Corte costituzionale del 17 gennaio 2000, n. 10 e n. 11](#), il Giudice delle leggi afferma che non potrebbe limitarsi a compiere un «giudizio meramente sindacatorio» su un atto totalmente rimesso alla discrezionalità parlamentare. Il giudizio sulla correttezza costituzionale di una deliberazione di insindacabilità presuppone un'accorta verifica a che «l'opinione di cui si discute sia stata espressa nell'esercizio di funzioni parlamentari»<sup>9</sup>.

Questa breve premessa giurisprudenziale appare prodromica ai punti fondamentali su cui si incentra il lavoro analizzato. Il sistema delle immunità viene inserito dall'A. nel più generale discorso concernente l'autonomia delle Camere nell'esercizio delle proprie funzioni (Cap. V). Partendo dalla contrapposizione tra V.E. Orlando e S. Romano<sup>10</sup>, viene ad affermarsi progressivamente la tesi dell'assoluta sottrazione degli atti delle Camere a qualunque forma di sindacato esterno<sup>11</sup>. In questo senso il discorso si amplia fino ad investire la valutazione generale sulla attualità dell'affidamento di particolari attività all'organo che ne subisce gli effetti diretti (208).

Un'importante affermazione di principio nell'esperienza italiana è quella fatta dalla [sentenza della Corte costituzionale del 2 novembre 1996, n. 379](#), che ha segnato un confine netto tra l'autonomia del Parlamento e il principio di legalità. Quando un determinato comportamento risulti sussumibile sotto le regole del diritto parlamentare il principio di legalità è destinato a recedere rispetto all'autonomia delle Camere; se, però, non sia possibile ricondurre interamente il comportamento all'ambito qualificatorio del regolamento parlamentare, allora «deve prevalere la grande regola dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti tutti i diritti»<sup>12</sup>.

Il caso da ultimo richiamato segna un momento di prima apertura ad una valutazione che tenga conto anche della generale tutela dei diritti, prevalente rispetto a forzate qualificazioni autonomistiche. Sotto questo aspetto l'A. dedica attenzione particolare a due casi emblematici (uno inglese e l'altro italiano) del progressivo superamento delle tesi dell'autonomismo "geografico" a favore delle

---

<sup>9</sup> [Corte cost., 17 gennaio 2000, n. 10](#), par. 3 cons. dir. (annotata da A. PACE, *L'art. 68, 1° comma, Cost. e la svolta interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze 10 e 11 del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 70 ss., e P. Costanzo, *La "giurisprudenza Sgarbi" alla ricerca di un punto fermo*, in questa *Rivista*, 2000-2002)

<sup>10</sup> Per una inviolabilità assoluta V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani: a proposito del caso di un giudizio d'interdizione contro un membro del Parlamento*, in *Riv. dir. pubb. e pubb. amm.*, 25 (1933), 6 ss.; diversamente ammetteva la sindacabilità di determinati atti S. ROMANO, *Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi alla IV sezione del Consiglio di Stato (1899)*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950, 151 s.; nonché ID., *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in ID., *Scritti minori*, II, Milano, Giuffrè, 1950, 233.

<sup>11</sup> Tra le conseguenze immediate di tale principio non c'è solo l'aspetto più strettamente immunitario, ma vi rientrano tutte quelle situazioni che implicano una sottrazione a sindacato esterno degli atti delle Camere. Particolarmente dibattuto è oggi il tema dell'autodichia, ossia della giurisdizione domestica degli organi costituzionali che determina la sottrazione di tutta una serie di controversie agli organi giurisdizionali comuni per affidarle agli organi "speciali" delle Camere, escludendo qualunque forma di sindacato giurisdizionale su quegli atti. In giurisprudenza resta fondamentale la sentenza [Corte cost., 23 maggio 1985, n. 154](#), (annotata da S.M. CICONETTI, *La insindacabilità dei regolamenti parlamentari*; e G. GEMMA, *Regolamenti parlamentari: una «zona franca» nella giustizia costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1985, 1078 ss.). In dottrina in senso favorevoli, per tutti, A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it.*, 1977, 1831 ss.; prevalente è però la tesi negativa, senza pretesa di esaustività, S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati della Camera e giustizia della politica nello stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 256 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Sovranità delle Camere e diniego di giustizia nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 245 ss.; F.G. SCOCA, *Operazione cosmetica per i giudici parlamentari*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 491 ss.; M. MIDIRI, *Organi costituzionali e giurisdizione (note su una prerogativa controversa: l'autodichia)*, in *Giur. cost.*, 1989, 32 ss.; P. DI MUCCIO, *L'autodichia parlamentare sugli impiegati delle Camere*, in *Dir. soc.*, 1990, 133 ss.

<sup>12</sup> [Corte cost., 2 novembre 1996, n. 379](#) (annotata da M. MANETTI, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in Parlamento e la rinascita degli interna corporis*; e F. PETRANGELI, *Il deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1996, 3439 ss.).



tesi della garanzia dell'ambito funzionale, salvo poi appurare gli approcci diametralmente opposti nei due sistemi che pongono in un'ottica critica le prassi italiane contemporanee.

Il noto caso *Chaytor* (220 ss.) prende le mosse da uno scandalo concernente i rimborsi spese a *Westminster* per gli alloggi dei parlamentari a Londra. Dagli inquisiti verrà invocata la copertura della cognizione esclusiva parlamentare contro la giurisdizione comune, ma la stessa soluzione adottata dai giudici lascia poco margine ai dubbi in merito al fatto che «le Corti non sono vincolate da quel che viene affermato dalle Commissioni parlamentari, dallo *Speaker* o dalla stessa Camera dei Comuni, perché il potere di giudicare – su ciò che possa essere considerato coperto dalla garanzia – spetta, in ultima istanza, alle Corti stesse». Il dato ancora più sorprendente è che le stesse istituzioni parlamentari inglesi hanno accettato le tesi dei giudici riconoscendo espressamente il loro potere di definire cosa sia “parlamentare”. In questo modo viene elaborato un criterio di distinzione funzionale, considerando coperto dalla garanzia solo ciò che sia strettamente connesso alla funzione rappresentativa.

A risultati sostanzialmente analoghi sembra mirare in Italia la [sentenza della Corte costituzionale del 9 maggio 2014, n. 120](#)<sup>13</sup>, resa in merito al c.d. caso Lorenzoni. La Corte in tale pronuncia sembra distinguere tra funzioni “primarie” e funzioni “non primarie” delle Camere per cui, soltanto rispetto alle prime è possibile rinvenire quella “connessione funzionale” con l'attività parlamentare che esclude l'accesso al giudice esterno; ove tale connessione manchi dovrà valere la regola generale che affida la cognizione delle relative controversie alla giurisdizione comune.

Medesimo sembra essere il punto di approdo delle due esperienze, ma completamente distinto il percorso: mentre in Inghilterra è la stessa magistratura ad assumere un potere decisionale in ordine al giudizio sulla connessione funzionale; in Italia spetta ad un terzo giudice, la Corte costituzionale come giudice dei conflitti, risolvere i casi dubbi di sussistenza della funzione. Ma il dato che fa riflettere maggiormente è la distinta logica alla base dei due percorsi: una cooperativa (Inghilterra), l'altra conflittuale (Italia).

In Italia il giudice delle leggi è stato chiamato al difficile compito consistente, non solo nella risoluzione dei casi di volta in volta posti, ma anche nel definire i tratti di un perenne contenzioso tra istanze della politica e istanze della giurisdizione, questo a causa di una costante forzatura della funzionalità, il più delle volte ridotta a mera connessione “geografica”, sia per ciò che concerne i profili immunitari sia per quelli generalmente autonomistici delle Camere.

Da ciò ben si comprende il titolo del lavoro di Giampiero Buonomo, “Lo scudo di cartone”: finché la logica posta alla base dell'esclusione della giurisdizione dagli affari interni delle Camere sarà quella della stantia protezione della sovranità geografica dell'organo e non quella della garanzia della funzione, le garanzie non opereranno come strumento di legittimazione degli organi rappresentativi ma come sintomo di una progressiva delegittimazione. Non si può non convenire, pertanto, con l'A. nel sostenere che soltanto l'accesso ad una dinamica funzionale delle garanzie consente un recupero della politica al più alto e legittimo livello della rappresentanza popolare, e questo sempre che avvenga secondo criteri cooperativi e non conflittuali, dovendosi porre a canoni informativi del sistema la protezione dei diritti fondamentali e il principio di eguaglianza.

Riprendendo le premesse, il cambiamento dei tempi incide sul fondamento degli istituti, e il mutare delle esigenze non può non tramutarsi nell'adeguamento degli stessi alle istanze di democrazia attuali, un istituto nato per proteggere gli organi rappresentativi dalla “Autorità” muta la propria funzione in un sistema dove la garanzia giurisdizionale dei diritti è pienamente affermata; soltanto in questo modo

---

<sup>13</sup> [Corte cost., 9 maggio 2014, n. 120](#), (annotata da F. G. SCOCA, *Autonomia e indipendenza delle Camere parlamentari*; M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*; e P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, in *Giur. cost.*, 2014, 2078 ss.). Con tale decisione la Corte costituzionale sembra anche aver indicato la “via” da seguire per ciò che concerne la risoluzione delle contestazioni al sistema di autodichia delle Camere: da una parte viene definitivamente abbandonata la strada del giudizio di legittimità in via incidentale sui regolamenti parlamentari, dall'altra viene suggerita in modo espresso la sede del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

la prerogativa resta tale senza tramutarsi in privilegio e la sua vigenza continua perché sovrana è la funzione protetta, non i singoli che materialmente la esercitano.

**Recensione a**

**GIAMPIERO BUONOMO, *Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2015, pp. 288, ISBN 978-88-498-4440-5**

**Lara Trucco**

**Recensione al Volume di Giampiero Buonomo “*Lo scudo di cartone. Diritto politico e riserva parlamentare*”\*\***

I. Il Libro di Giampiero Buonomo, dal titolo enigmatico – “*Lo scudo di cartone*” – verte su di un tema, l’immunità parlamentare, come ricorda, tra l’altro, la stessa Corte costituzionale, «frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali» nell’ambito, della «complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio» ([sent. n. 262 del 2009](#)).

L’Autore, profondo conoscitore della materia, anche nella sua dimensione pratica, oltre che in quella teorica (essendo consigliere parlamentare ed avendo lavorato a lungo, tra l’altro, pure nella Giunta delle elezioni del Senato), svolge, nel Volume, un’analisi a tutto tondo dell’istituto, anche in una prospettiva di tipo comparatistico, con la volontà di rinvenirne le origini e di ritracciarne, altresì, il senso e la funzione, nei secoli...sino all’epoca attuale. Così che, quasi come in un viaggio nel tempo, il lettore è introdotto e coinvolto nella ricerca dello “scudo” all’interno della “Storia” e dei “modelli delle immunità parlamentari” (v. l’*Introduzione*).

Il Libro si apre dunque nel contesto dell’Inghilterra di fine XIV secolo, «quando la Camera dei Comuni approvò una legge che denunciava lo scandaloso dispendio di risorse finanziarie compiuto da re» ed «il parlamentare che era all’origine dell’iniziativa legislativa contro il re e la sua Corte, fu posto sotto processo e condannato a morte per tradimento». Fu, infatti, da quell’episodio drammatico che la Camera dei Comuni inglese forgiò il potere di tutelare i suoi componenti nel loro diritto di discutere in completa autonomia e libertà, senza alcuna interferenza da parte della Corona, secondo modi e forme presi scrupolosamente in considerazione nel Libro. Del pari, dettagliatamente descritto è l’«ambiente giusfilosofico» francese nel quale «cadde l’incriminazione del deputato Lautrec», ed in cui il monarca cercò «di sgomberare il Terzo Stato dalla sua reggia di Versailles», mentre il 26 giugno 1790, ai delegati appariva necessario «garantire non solo i movimenti da e per l’assemblea rappresentativa e il luogo delle riunioni, ma anche tutelare, più in generale, le loro persone da iniziative coercitive, più o meno mascherate da esercizio dell’azione penale e delle relative misure cautelari». Sarebbe stato proprio l’istituto dell’invulnerabilità che, come evidenzia Giampiero Buonomo, a differenza di quella inglese che sarebbe rimasta «aliena all’istituto», avrebbe caratterizzato la fisio-nomia dell’immunità parlamentare di origine rivoluzionaria, contribuendo in epoca liberale a sancire la posizione di superiorità che l’Assemblea nazionale ed i suoi componenti avevano conquistato, nel corso della Rivoluzione, nei confronti degli altri poteri. Così, mentre la natura consuetudinaria del sistema anglosassone avrebbe portato a configurare un sistema di protezione dei membri del Parlamento (e dei suoi funzionari) di tipo «pretorio» a basso tasso di tipicità e consistente, in ultima analisi, in «un procedimento penale parlamentare che contemplava, in astratto, anche la possibilità di disporre l’arresto del trasgressore»; diversamente, la configurazione storica dell’invulnerabilità nell’accezione continentale “alla francese”, si sarebbe mostrata da subito più ampia, in quanto meno legata alle specificità del caso concreto, e dotata «di un’alta valenza sostanzialistica e di una precettistica assai tipizzata».

Tra i due “modelli” sarebbe stato quello rivoluzionario francese a fare da base per l’elaborazione costituzionale continentale, con l’esito di un’«influenza predominante» del binomio irresponsabilità-

---

\*\* Destinata alla pubblicazione anche in [Rassegna Parlamentare n. 4 del 2015](#).

inviolabilità in ordine alla forma di governo, non senza che da una simile traiettoria evolutiva venisse escluso anche il nostro Paese, così da risultarne riguardato dapprima lo Statuto albertino (art. 45) e, quindi, la stessa Costituzione repubblicana (art. 68).

Nel manoscritto, che si apre con l'Autorevole Prefazione di Augusto Cerri, ci si rifà dunque ad una tale, ormai familiare, "doppia faccia" dello "scudo" esaminandosi nella prima parte l'istituto dell'insindacabilità (cap. 1), e portandosi, poi, in un secondo momento, l'attenzione sull'inviolabilità (cap. 3). Oltre all'Introduzione di cui s'è detto, a far da cornice a queste due parti, che costituiscono "il cuore" del Volume, vi sono due altri capitoli dedicati, rispettivamente, alla "Prerogativa e procedura" (cap. 2) ed alle "Proposte *de jure condendo*" (cap. 4). *Last but not least*, a corredo del lavoro è possibile ed utile, anche a fini pratici, consultare una Tabella indicante i "Conflitti aventi come parte da un lato un organo della Magistratura e dall'altro una o ambedue le Camere del Parlamento".

**II.** Il Libro entra dunque subito nel vivo, portando il lettore a riflettere su tematiche del più grande rilievo, come quelle denunciate sin già dal sottotitolo, del "diritto politico" e della "riserva parlamentare", ma anche e, ancora più ampiamente, quelle dello "stato di diritto" e del rapporto tra principi, rispettivamente, di "sovranità parlamentare" e "di sovranità popolare" ... nonché, in ultima analisi, sul senso stesso del diritto, e particolarmente del diritto costituzionale, "come limite alla politica".

Nella consapevolezza della delicatezza del compito di recensire uno studio vertente su questioni tanto delicate e complesse e senza in ogni caso volerne qui anticipare più del necessario i contenuti, né tanto meno indagarne risvolti ed implicazioni, si osserva come sia con lo sguardo e la confidenza di chi ha avuto modo di "maneggiare" la materia anche sul piano operativo che, Giampiero Buonomo, nel suo Libro esamina i profili di ordine procedurale per farla valere.

Con riguardo alla giurisprudenza parlamentare, l'Autore si sofferma su quello che reputa un «fallimento dell'approccio "internista"» che avrebbe voluto rinviare al regolamento parlamentare la definizione di buona parte delle modalità di esercizio della prerogativa (rilevandone una certa efficacia solo in punto di "turpiloquio") e che invece sarebbe stato "sconfessato" dalla c.d. "legge Boato", specialmente nella parte in cui questa reca la "tipizzazione" dei vari atti parlamentari in grado di attivare la copertura immunitaria. Più in generale, il punto più critico di questa strada sembra essere la pressione «elevatissima e oltremisura impropria» sulle Presidenze delle Assemblee a cui porta, nonché della poca propensione delle stesse Camere a farla propria.

L'attenzione viene così spostata sulla giurisprudenza resa dalla Corte costituzionale e particolarmente sullo spinoso tema delle dichiarazioni rese *extra moenia* da parte di parlamentari. È così che, nel viaggio alla scoperta del perché dello "scudo di cartone", viene presa in considerazione la "svolta" impressa dalle «sentenze Sgarbi» ([n. 10](#) e [n. 11 del 2000](#)) alla stessa giurisprudenza costituzionale. Ed infatti, sarebbe stata la presa d'atto del modesto valore deterrente nei confronti dell'abuso dello scudo immunitario del criterio della c.d. «verifica esterna» (avviata dalla lontana [sent. n. 1150 del 1988](#)), a portare lo stesso Giudice costituzionale ad estendere il proprio sindacato anche alla sussistenza dei presupposti, e, particolarmente, alla verifica della riferibilità dell'atto alle funzioni parlamentari (c.d. "nesso funzionale").

Si aprono qui le pagine più esplicative del Volume, in cui, nel considerarsi le principali pronunce rese in materia, vengono messi a fuoco i criteri di valutazione utilizzati dalla Consulta per la valutazione della sussistenza del suddetto "nesso funzionale" (in sintesi estrema: la corrispondenza delle dichiarazioni rese dal parlamentare rispetto ai contenuti di atti resi in precedenza, nell'ambito di un medesimo contesto temporale, inerenti specifiche forme di esercizio di funzioni parlamentari), così da potersi affermare la legittimità della "levata di scudi". Si scopre così che il vaglio del nesso funzionale va sempre più traducendosi «in un inseguimento tra il gatto e il topo, in cui il parlamentare è portato a "cautelarsi" preventivamente con un'incombenza meramente formale (la previa presentazione dell'atto di sindacato ispettivo o, al più, l'intervento in aula), per poi correre subito in sala stampa per dare alle agenzie le sue dichiarazioni» (!).

**III.** È a questo punto che il Libro assume un taglio più di attualità, prendendo l'Autore in considerazione alcune delle vicende più scabrose in cui lo "scudo" dell'insindacabilità è stato chiamato (impropriamente) in causa: il processo per la compravendita di un senatore al fine di deviarne l'attività politica; la vicenda di un presidente di un consiglio regionale, le cui presunte attività intimidatorie avevano orientato le nomine e le attività di un'amministrazione; i casi, più in generale, di "voti dati" a seguito della stipula di patti collusivi e corruttivi; ed ancora – ma l'elenco potrebbe continuare a lungo... – il caso di un direttore di un giornale che aveva pubblicato le dichiarazioni infamanti di un parlamentare...

Si affrontano così talune delle questioni più intriganti e dibattute circa la legittima "levata di scudi", concernenti le attività "prodromiche" all'espressione del voto in aula, la sottile linea che separa la «parlamentarità» dalla «politicità» della condotta del parlamentare stesso, nonché la delicata questione della punibilità dei compartecipi. Che ne è, ad esempio, dei casi di riscontrato aggiramento dei "voti dati"? ...e delle attività in grado di incidere sino a determinare l'esercizio della funzione? In particolare, come si pone in questo quadro l'attività di partito? Fino a che punto si spinge il "lobbismo" e quando invece diventa intimidazione? E' coperta dall'insindacabilità la campagna elettorale del parlamentare? Sono responsabili sul piano civile terzi estranei che abbiano concorso col parlamentare nel diffondere, a mezzo della stampa, il contenuto di atti lesivi dell'altrui reputazione?

Lasciando che siano le pagine del Libro a dare risposta a simili interrogativi, ci si limita ad osservare come dalle stesse (e particolarmente dall'esame della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in esse contenuto) risulti confermata la predominanza della concezione che vuole che, con riguardo allo scudo dell'insindacabilità, a venire in rilievo sia, esclusivamente, il nesso funzionale, restando pressoché in ombra la qualificazione giuridica che del fatto potrebbe essere data. Di qui, in particolare, la considerazione della esenzione da responsabilità del parlamentare per la insindacabilità delle opinioni espresse alla stregua di una semplice causa soggettiva di esclusione di punibilità, non in grado (come tale) di incidere sulla illiceità del fatto (con la conseguenza, tra l'altro, di non mandare precluso l'accertamento della responsabilità di terzi estranei che abbiano concorso col parlamentare nel diffondere il contenuto degli atti lesivi dell'altrui reputazione). Laddove il rischio è che un simile esito, nel rivelare un certo volto della insindacabilità, e cioè a dire, per l'appunto, non l'esercizio di un diritto (con la correlativa attivazione di una scriminante oggettiva), ma una causa soggettiva di non punibilità (talmente stretta da essere letta come inidonea a scriminare anche l'omesso controllo), potrebbe prestarsi ad esibire in quello stesso volto i tratti del privilegio.

Ma, al di là delle interpretazioni che possono determinare il sempre controvertibile immaginario collettivo è un dato oggettivo a rendere ragione dell'idea di Giampiero Buonomo che l'insindacabilità sia diventata un "scudo di cartone": il fatto, cioè, come viene bene evidenziato nel Libro, che in oltre vent'anni di conflitti tra Camere e Giudici in tema di insindacabilità, a tutto l'ottobre 2014 delle 115 volte in cui i conflitti sulle insindacabilità sono stati «vinti» da Camera e Senato, 101 casi erano vittorie in rito (per errori nel ricorso o difetti di notifica); laddove, delle 86 volte in cui hanno avuto la meglio i giudici, solo due sono stati i casi in cui la Corte costituzionale ha dato a questi ragione per motivi diversi dal merito. Così, secondo l'Autore, lo «scudo di cartone» mostrerebbe «la sua vera, e più profonda vulnerabilità» in ragione «dell'abuso della prerogativa»...che porterebbe la giurisdizione «ma verrebbe fatto di dire, la società» a reagire, comportandosi, oramai, «come se tutte le insindacabilità fossero arbitrariamente riconosciute dalle deliberazioni parlamentari».

Si apre qui la parte per così dire "propositiva" dello studio (cap. 2) in cui, nell'auspicio di un rilancio dell'istituto immunitario, reputato garanzia imprescindibile per il libero esercizio delle funzioni parlamentari, rileva la strada seguita nell'ordinamento inglese e, per certi versi, per il Parlamento europeo, volta alla valorizzazione dell'esercizio del diritto di critica, con una sua "intensificazione" specie quando ne risultino coinvolti gli stessi parlamentari. Ciò, nel quadro di un più stretto «coordinamento tra poteri» e di una tendenziale parificazione delle (due) procedure che concernono la materia: la delibera di (in)sindacabilità del parlamento (concernente l'eventuale attivazione dell'elemento ostativo alla punibilità), da un lato, e l'accertamento giudiziale circa l'illiceità della



relativa condotta (e quindi dell'esercizio del diritto), dall'altro, ferma restando la ricorribilità dinanzi al giudice dei conflitti tra poteri dello Stato (in quei casi in cui si ritenga necessario appurare la sussistenza del nesso funzionale). Anche se poi una tale soluzione pare scontrarsi con quella recente – ma al momento minoritaria – giurisprudenza costituzionale, che (proprio nell'esaminare «l'attuale stato dei rapporti tra attribuzioni dell'autorità giudiziaria e tutela della prerogativa») ha reputato l'insindacabilità «una immunità di ordine sostanziale, e non già una esenzione dalla giurisdizione», confermando, nel contempo (in linea col sistema prefigurato dalla menzionata [sentenza n. 1150 del 1988](#)), che l'accertamento concreto dei fatti e della loro illiceità possa essere effettuato «soltanto nell'ambito del giudizio da cui il conflitto trae origine», solo, si noti, «laddove il potere parlamentare sia stato male esercitato» (v. [Corte cost., sent. n. 332 del 2011](#)). Per cui, se dovesse prevalere un simile approccio l'irrobustimento della componente sostanziale dello scudo immunitario dovrebbe passare per il recupero dell'accertamento dell'esercizio del diritto da parte del parlamentare nell'ambito della (e combinatamente alla) verifica della sussistenza del nesso funzionale, nelle varie fasi e da parte di tutti i soggetti a tal fine riguardati.

**IV.** Se, pertanto, la fisionomia dell'insindacabilità risulta da noi ancora lontana dall'essersi stabilizzata, non meno precaria è quella in cui versa l'altra faccia dello “scudo”, vale a dire, l'inviolabilità (di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 68 della Costituzione) su cui Giampiero Buonomo porta la propria attenzione nella seconda parte del Volume (cap. 3).

Il lettore viene così (re)immerso nelle vicende che, all'inizio degli anni Novanta, a seguito degli abusi e dell'abuso che se ne fece, portarono l'istituto a mutare almeno in parte la propria fisionomia, con la caducazione della necessità in via generale dell'autorizzazione a procedere da parte della Camera di appartenenza per la sottoposizione del parlamentare a procedimento penale, ed il mantenimento del solo «nocciolo duro» autorizzatorio concernente le misure cautelari ed i c.d. “atti invasivi”.

In quest'ottica, particolare attenzione è riservata, dall'Autore, alla dialettica, tra Parlamento e Giudici e, particolarmente, al *trend* che, nell'ambito della stessa giurisprudenza parlamentare, ha portato al superamento, nel tempo, dell'idea della natura esclusivamente “politica” dell'istituto e della relativa “riserva parlamentare” della scelta se accordare o negare l'autorizzazione a procedere, a favore di un maggiore controllo anche dall'esterno (in particolare, da parte della Corte costituzionale)...in un processo, pertanto, di progressiva «giuridicizzazione» dell'istituto in cui determinante, nel senso di giustificare la “levata di scudi”, è divenuta la dimostrazione della sussistenza del c.d. “*fumus persecutionis*”.

Lasciando, dunque, alle stimolanti pagine del Volume per l'approfondimento delle varie definizioni che del c.d. “*fumus persecutionis*” son state date, nonché dei “vari gradi” in cui se ne è ravvisata la sussistenza (a seconda del livello di gravità della persecuzione stessa), e delle relative questioni che tutto ciò ha posto, è soprattutto la parte dedicata ai c.d. “atti invasivi” – attinenti alla persona, al domicilio ed alla corrispondenza del parlamentare – a suscitare il più grande interesse, rilevandovi la non “estensibilità” di un siffatto criterio a quanto residuo oggi dell'istituto: vuoi «per le caratteristiche con cui fu costruito», vuoi per la sostanziale incompatibilità dello stesso con una prospettiva che miri a valorizzare, in principio, la leale collaborazione tra poteri.

In luogo, dunque, di un simile criterio all'atto del rilascio delle autorizzazioni alle misure cautelari personali, l'Autore avanza la proposta di utilizzare quello del bilanciamento dell'interesse cautelare con quello dell'integrità del *plenum* (in linea, del resto, con la soluzione individuata dalla Camera dei Deputati durante la XIII legislatura ed applicato, da ultimo, anche nel corso della XVI Legislatura). Sicché solo la dimostrazione della sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, ovvero l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza per reati di particolare gravità, potrebbero motivare la scelta di arrecare un *vulnus* al *plenum* assembleare, dovuto all'alterazione dell'equilibrio tra le forze politiche scaturito dal voto popolare. Inoltre si guarda con interesse, anche qui, a talune regolamentazioni adottate a livello sovranazionale e, particolarmente, alla «soluzione intermedia» tra l'obbligo di so-

sospensione da parte del giudice (vigente prima del 1993 anche in Italia) e la libera procedibilità (praticata, ad es., in Gran Bretagna) che prevede che la sospensione venga «disposta, da parte del giudice, solo qualora il Parlamento lo richieda» (secondo quanto si trova nell'Accordo generale sui privilegi e sulle immunità del Consiglio d'Europa).

La strada che nel Volume conduce a tali approdi è interessante da percorrere, prendendosi anche qui avvio dal dato storico e comparatistico per offrire al lettore una chiave di lettura del presente. Così, l'Autore prende le mosse dalla descrizione dall'acceso dibattito che proprio i c.d. "atti invasivi" suscitarono in Assemblea Costituente, dove già era palpabile la preoccupazione che la prerogativa potesse degenerare in abuso, col connesso originarsi di "zone franche" (o, come si è detto negli Stati Uniti e si fa notare nel Libro «in santuari per il crimine, a carico del contribuente») e l'esigenza, però, nel contempo, di garantire, altresì, anche qui, il comporsi delle condizioni più adeguate per il libero esercizio dell'attività politica e, quindi, del mandato popolare.

Si passa quindi a considerare la situazione attuale, ponendosi, anche a questo proposito, una serie di interessanti interrogativi, le cui risposte sono esaminate dall'Autore con occhio critico e con la forza del suo vissuto quotidiano: è necessaria un'apposita autorizzazione della Camera di appartenenza, al fine di accertare l'eventuale sussistenza del reato di abuso edilizio a carico dei proprietari, un parlamentare ed il suo coniuge, del predetto fabbricato? A seguito dell'inutilizzabilità delle prove a causa della riscontrata mancanza dell'autorizzazione a procedere, la sentenza di condanna dev'essere annullata anche nei riguardi della coniuge coimputata? E' possibile perquisire le sedi dei partiti senza autorizzazione a procedere? E qual è la disciplina normativa delle c.d. "intercettazioni indirette"? Come va configurato il caso di sequestro di documenti scritti o di materiale su supporto elettronico di proprietà del parlamentare? E quelli delle acquisizioni di meri tabulati o «tracciati» telefonici e del controllo mediante rilevazione satellitare? Ancora, sono ammissibili le c.d. "ispezioni manuali" ai "varchi" (palazzi di giustizia, sedi istituzionali e degli organi costituzionali, ambasciate, ma anche più semplici controlli per l'erogazione di determinati servizi)...così, ad es., si ricorda di come sia capitato che taluni parlamentari avessero preteso di condizionare la liceità del controllo di preimbarco su un aereo alla previa autorizzazione della Camera dei deputati (!)

V. Come sovente accade quando ci si trova ad avere a che fare con qualcosa che non funziona più, o non funziona più bene rispetto alle nostre aspettative, si è dibattuti tra la scelta se disfarcene o, invece, cercare di ripararla, migliorandone, magari, il rendimento.

Qualcosa del genere sta riguardando, ci sembra, anche lo "scudo" dell'immunità parlamentare in ambo i versanti ormai tanto fragili e delegittimati da apparire, appunto, "di cartone"... il quale si dimostra non solo non in grado di soddisfare le originarie ragioni che ne avevano determinato la previsione, ma addirittura nocivo, in quanto incline all'abuso, ovvero a dare la forma di "privilegi personali" a prerogative il cui carattere derogatorio rispetto al regime giurisdizionale comune si giustifica in quanto e sino a quando se ne dimostri l'idoneità a garantire il libero esercizio delle funzioni delle Camere nel loro complesso.

In questa situazione, l'idea di liberarsi di un tale "ingombro", sconta, ci pare, vuoi l'impossibilità di dimostrarne *in toto* l'inutilità, specialmente nella parte relativa alla difesa dell'insindacabilità delle opinioni espresse e dei voti dati (peraltro, alla radice dello stesso *nomen* "Parlamento"), vuoi una certa sottovalutazione dell'indebolimento delle istituzioni rappresentative e, più in generale, del circuito democratico, che ne deriverebbe. Del resto, il fatto che sia venuta meno l'esigenza di tutelare il Parlamento nei confronti del potere regio (all'origine, come si è visto, della predisposizione dello "scudo") e dell'"asse" tra questo ed altri poteri, certamente non elimina la possibilità che possano essere altre entità a mettere a repentaglio l'autonomia e financo la dignità stessa delle Camere.

A portare ad accantonare l'idea dell'inutilità dell'istituto, pare insomma essere la perdurante necessità, nella forma di Stato e di governo consacrata dalla nostra Costituzione, del comporsi delle condizioni più propizie affinché l'organo parlamentare possa costituire il motore del circuito democratico. È in questo senso, del resto, che, come si evidenzia nel Libro, la più attenta dottrina ha avuto

modo di osservare che «*la ratio* del conflitto è impedire che il gioco politico deformi la complessa architettura costituzionale basata sulla divisione dei poteri».

Non è chi non veda qui una (ulteriore) conferma dell'importanza della cultura della conservazione dei principi e nel contempo della manutenzione degli istituti della Carta costituzionale, così da costantemente aggiornarne e tenerne vivi i contenuti; ed in questo senso, più nello specifico, l'improrogabilità di un miglioramento della resa del "nostro scudo", nel senso sia di riuscire ad evitare l'abuso (del resto, come si fa notare, non può dirsi certamente un caso che in quegli ordinamenti in cui certe distorsioni non si sono avute lo "scudo" sia rimasto saldo) sia, volendo riprendere le parole di Giampiero Buonomo, di «riportare l'istituto dell'immunità da fine a mezzo».

In questo quadro, un possibile approccio è quello, a cui si è già in parte accennato, che, guardando anche alla più recente giurisprudenza europea, vede nell'estensione della «grande regola» dello Stato di diritto (ed in essa dell'emancipazione del diritto politico «dal dogma della sovranità del Parlamento») l'"unica *chance* di sopravvivenza del diritto politico": considerandosi, in questo senso, favorevolmente il traguardo di una più compiuta giurisdizionalizzazione della materia (in un sistema che vedrebbe al centro la Corte costituzionale). Un altro approccio è quello che, muovendo invece dalla constatazione del rischio che la giuridicizzazione di rapporti che coinvolgono soggetti che esercitano funzioni sovrane porti ad "invasioni di campo" da parte dello stesso "potere" a cui spetta d'inflettere la sanzione, guarda favorevolmente al "soccorso" del potere del corpo votante. Precisamente, alla possibilità, per il corpo elettorale, "a sigillo" del sistema democratico, di scegliere liberamente se "premiare" (con la rielezione) o, per l'appunto, "sanzionare" (col non voto) il parlamentare, tenendo conto, tra l'altro, eventualmente, degli "scudi" che questi abbia "elevato" nel corso dei suoi precedenti mandati.

Va peraltro notato come l'argine opposto da una simile sanzione "politica" ad abusi di potere e, particolarmente, di indebite "levate di scudi" da parte dei parlamentari venga meno in vigenza di sistemi elettorali (come quello introdotto in Italia dalla legge n. 270 del 2005 e dichiarato incostituzionale dalla Consulta) in cui, tra l'altro, non risulta possibile per l'elettore esprimere una qualche preferenza nei confronti dei candidati (si noti, peraltro, come in situazioni così "blindate" risulti viepiù imprescindibile, per l'appunto, nello "stato di diritto", il percorrimto della via della "giuridicizzazione" dei rapporti: strada che però, almeno in questi casi, pare almeno in parte ovviabile proprio attraverso il potenziamento del "diritto politico" del corpo elettorale...).

Più in generale, ci pare che anche chi ritenga che nell'attuale assetto costituzionale non sia possibile controllare le dinamiche della politica possa trovarsi d'accordo sul fatto che, pur non potendo fare miracoli, una buona legge elettorale renda quanto meno più probabile l'inverarsi di una selezione (più) adeguata (rispetto alla vigenza di una legge elettorale "non buona", e men che meno di una legge elettorale "incostituzionale"... ) della rappresentanza politica, con quanto ne consegue anche con riguardo alla propensione all'abuso del reggere conferito ed alla torsione in senso personalistico di istituti pensati per la collettività. Nondimeno, ci si unisce all'auspicio autorevolmente formulato nella Prefazione allo Volume, che il dibattito si sviluppi anche in seguito alle significative sollecitazioni provenienti dal Libro stesso di Giampiero Buonomo e che davvero possa finalmente pervenirsi a soluzioni effettive, stabili e condivise.

**PARTE TERZA**

**CRONACHE**

# CRONACHE 2015

## DALLA CORTE

\* **16.12.15: Ricostituito dopo parecchio tempo dal Parlamento riunito l'integrità del *plenum* della Corte costituzionale**

**I nuovi giudici della Consulta**

\* **29.10.15: La Corte costituzionale reagisce a tutela di uno dei suoi componenti**

**Il comunicato**

\* **20.10.15: La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità della cd. legge Severino**

**Il comunicato**

\* **24.06.15: La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta "con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza" del regime del "blocco della contrattazione collettiva per il lavoro pubblico, quale risultante dalle norme impugnate e da quelle che lo hanno prorogato"**

**Il comunicato**

\* **18.15.15: Comunicato della Corte sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita**

**Dichiarata l'illegittimità delle norme che "non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili ..."**

\* **07.15.15: Precisazione da parte della Corte in merito sugli effetti della sentenza n. 70 del 2015**

**"... la Corte non ha rilasciato alcuna dichiarazione al riguardo."**

\* **24.04.15: Visita ufficiale del neoletto Presidente del Consiglio Nazionale Forense alla Corte costituzionale**

**"il Presidente Mascherin ha ribadito l'impegno degli Avvocati del libero foro a tutela dei diritti, soprattutto di quelli dei soggetti più deboli e ha offerto la disponibilità del Consiglio per l'instaurazione di rapporti di stabile collaborazione con la Corte costituzionale."**

\* **31.01.15: Il giudice costituzionale Sergio Mattarella eletto Presidente della Repubblica al quarto scrutinio**

**Vai alle Cronache dalle istituzioni**

\* **20.01.15: La Corte costituzionale dichiara inammissibile la richiesta di *referendum* sulle disposizioni in materia di trattamenti pensionistici**

**Il comunicato**

\* **14.01.15: La Corte costituzionale dichiara inammissibili le tre richieste di *referendum* relative alle circoscrizioni giudiziarie**

**Il comunicato**

\* **14.01.15: La Corte conferma l'inibizione ai giornalisti di assistere alla camera di consiglio di discussione sull'ammissibilità delle richieste referendarie**

**Qui il decreto del Presidente della Corte costituzionale**



## DALLE ISTITUZIONI

**\*31.12.15. "...tutti siamo chiamati ad aver cura della Repubblica"- Il messaggio televisivo di fine d'anno al Paese del Presidente della Repubblica**

**\* 24.11.15 Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla seduta solenne del Parlamento europeo**  
"Occorre passare dalla logica emergenziale che ha caratterizzato l'approccio alle crisi in questi anni a una visione di lungo periodo, che consenta all'Unione di elaborare politiche in grado di stimolare crescita, creare lavoro, ridurre stabilmente le diseguaglianze"

**\* 12.10.15 Allocuzione del Presidente della Repubblica ai parlamentari italiani di Strasburgo**  
"Il Parlamento Europeo non è una proiezione esterna rispetto al nostro Paese. L'Italia è membro fondatore dell'Unione e la sua cultura e la sua storia ne contrassegnano fortemente l'identità. L'Europa rappresenta il nostro destino, e ancor più, una grande opportunità democratica"

**\* 02.10.15 Il Capo dello Stato sul ripristino della completa funzionalità della Corte costituzionale**  
"Mi auguro che il Parlamento provveda con la massima urgenza a questo doveroso e fondamentale adempimento"

**\* 02.07.15 Il discorso del Capo dello Stato per la tradizionale cerimonia del ventaglio**  
"... il Presidente della Repubblica deve accantonare le opinioni personali, il suo parametro di comportamento non può che essere la Costituzione e soltanto le regole che la presidiano, che essa detta per presidiare la democrazia."

**\* 03.07.15 Il testo della citazione per risarcimento dei danni proposta dagli attori già vittoriosi del giudizio che ha condotto alla sent. n. 1 del 2014, con cui è stata dichiarata incostituzionale la precedente legge elettorale politica**  
"... condannare i convenuti, in solido tra loro, al risarcimento del danno (...) causato agli attori con la lesione del loro diritto di voto per l'elezione della Camera dei Deputati, commessa con la consapevole violazione dell'art. 56, commi 1 e 4, Cost. mediante la presentazione del D.D.L. n. 1385 del 2014 e la pervicace azione svolta dal Governo per trasformarlo in legge, ancorché gli aspetti di incostituzionalità fossero già stati resi noti, e con la deliberata elusione della sentenza della Corte costituzionale del 13 gennaio 2014, n. 1 (decisione del 4 dicembre 2013) e dei principi in essa affermati."

**\* 21.04.15 Riunione del Consiglio Supremo di Difesa sotto la presidenza del Capo dello Stato**  
"Esso ha inoltre espresso il proprio incoraggiamento a valutare con particolare attenzione il "modello operativo" (struttura, capacità e modalità di impiego dello strumento militare), che potrebbe dover essere profondamente e rapidamente innovato rispetto a quello attuale, in ragione della duplice esigenza di far fronte con efficacia alle nuove minacce e di rispettare i vincoli di bilancio imposti dal mantenimento della stabilità della finanza pubblica".

**\*28.03.15: "Au sein de l'Union européenne, les six pays fondateurs, et surtout les trois grands pays - France, Allemagne et Italie - ont la responsabilité de ranimer l'esprit des pères fondateurs, les Schuman, Adenauer, De Gasperi, qui ont su construire avec un grand sens de l'Histoire un projet de longue portée. Il faut relancer rapidement le projet d'intégration" - Intervista al Capo dello Stato da parte del quotidiano francese Le Figaro**

**\*25.02.15: "L'alto livello di preparazione professionale rappresenta la struttura portante su cui si regge l'indipendenza della magistratura"**  
Il testo del discorso pronunciato dal capo dello Stato all'inaugurazione dei corsi della Scuola Superiore della Magistratura per l'anno 2015

**\*03.02.15: "L'arbitro dev'essere e sarà imparziale: i giocatori lo aiutino con la loro correttezza"**  
Il testo del discorso pronunciato al momento del giuramento dal nuovo Capo dello Stato

**\*31.01.15: Sergio Mattarella è il nuovo Capo dello Stato, eletto al quarto scrutinio- Il Presidente della Repubblica**

**\*14.01.15: "Il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ha firmato questa mattina, alle ore 10.35, l'atto di dimissioni dalla carica..."**  
Le dimissioni del Presidente Napolitano

**\*14.01.15: Aperta la supplenza al Presidente della Repubblica- Il comunicato del Senato**

2015