

**BANDO DI CONCORSO  
PER BORSA DI STUDIO N. 2 DEL 2013**

promosso dall'associazione "Camera Europea di Giustizia"

Scadenza 30 Dicembre 2013

Autore: Mattia Anders Colombo

## INDICE

CAPITOLO I: DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE. ....	3
1.1 PROSPETTO E DEFINIZIONI. ....	4
1.2 CONCRETIZZAZIONE COSTITUZIONALE. ....	7
1.3 I CRITERI DI RAZIONALITÀ OGGETTIVA NEL BILANCIAMENTO. ....	10
1.4 L'INCOSTITUZIONALITÀ DI NORME COSTITUZIONALI. ....	14
1.5 RIEPILOGO. ....	23
CAPITOLO II: L'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE. ....	24
2.1 IL RICORSO DIRETTO. ....	32
2.2 CITTADINO E DOMANDE. ....	42
2.3 IL RICORSO PER OMISSIONE. ....	44
2.4 CONCLUSIONI E POTERE COSTITUENTE. ....	49
BIBLIOGRAFIA. ....	51

## INTRODUZIONE

Tra gli infiniti volumi che potrebbero prendere corpo da una traccia così formulata, questa breve tesina cercherà di rappresentare una introduzione necessaria, ponendo al centro delle sue argomentazioni quella che potrebbe definirsi come una premessa indefettibile ad uno studio completo di diritto costituzionale: la dottrina della costituzione.

Non disponendo delle competenze necessarie per scendere in ogni argomento della traccia in modo puntuale ed efficace, cercherò di scavare intorno al concetto secondo il quale il magistrato, quando opera, deve agire e pronunciare soltanto secondo diritto. Mostrando luci ed ombre il proposito sarà dunque quello di fornire al lettore un panorama quantomeno sufficiente per poter successivamente riflettere su singoli problemi, articoli, interpretazioni e possibili soluzioni.

La domanda attorno alla quale si aggirerà questo breve elaborato è quella che viene posta al termine dell'oggetto del bando: Il cittadino è, dunque, al riparo? Il 'dunque' si pone qui come incentivo pressante ad una risposta quanto più puntuale possibile sui temi trattati, al fine di non lasciare le diverse argomentazioni alla rigidità della carta ma proiettandole verso una loro eventuale concretizzazione. Cercherò di adempiere questo compito nelle conclusioni dell'elaborato ponendo il cittadino affianco al popolo, provando a capire le relazioni tra di essi e il loro grado di dipendenza.

I riferimenti costanti ad una giurisprudenza costituzionale non penso debbano essere visti come devianti rispetto alla tematica proposta. Essi, nonostante le debite differenziazioni da dover tenere presenti tra giurisprudenza costituzionale e ordinaria, hanno lo scopo di spingere tutti gli operatori del diritto ad uno studio quanto più sistematico possibile intorno al tema della argomentazione giurisprudenziale. I rapporti tra le differenti argomentazioni e i soggetti che le pongono in essere, inoltre, possono farci utilmente riflettere sul percorso materiale del nostro sistema giuridico di giustizia che, in modo per niente scontato, potrebbe presentare più di un margine di implemento ed adeguamento a sistemi teorici che oggi si impongono con forza nel nostro come in altri paesi di comune estrazione giuridica.

L'elaborato presenterà allora due capitoli. Nel primo un inquadramento teorico sulla Carta costituzionale e i suoi principi rappresenterà il concetto di bilanciamento tra principi costituzionali come essenziale per qualunque tipo di discussione giuridica in uno stato di diritto costituzionale. Nel secondo, invece, saranno posti sotto la lente di ingrandimento i problemi e le tendenze giurisprudenziali italiane all'interno del quadro teorico sopra delineato.

Cercando di dare un contributo alla discussione, spero che la lettura possa risultare agile e collegata agli altri elaborati, nella consapevolezza che solo puntuali argomentazioni sono in grado di ottenere quote crescenti di conoscenza, unico vero riparo esistente per ogni cittadino.

## CAPITOLO I: DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE

### 1.1 PROSPETTO E DEFINIZIONI

Con dottrina della costituzione è possibile intendere un settore particolare della dottrina del diritto pubblico che si prefigge lo scopo di rappresentare un tentativo di sistema in grado di coniugare la semplicità elementare delle disposizioni costituzionali con la loro complessa incompiutezza. Questa trattazione si pone l'obiettivo di una argomentazione che prende le mosse dal profilo caratterizzante la dottrina della costituzione: la prassi del controllo di costituzionalità delle leggi che porta ad occuparsi dell'aspetto teorico costituzionale di tutte le questioni giuridiche.

Iniziamo dunque da alcune definizioni che potrebbero aiutarci in questo percorso:

- Costituzione: rappresentazione dell'unità politica e dell'ordine sociale che emana da un potere costituente che pone la sua volontà. Quest'ultima assume il carattere di volontà positiva ovvero esistente in quanto origine di un dovere. La Costituzione, conseguentemente, ha vigenza perché emanata da un volere che, ritenendola giusta, la rende positiva ovvero concretamente emanata. Da ciò deriva che un sistema costituzionale non può definirsi chiuso fino alla scomparsa del potere che lo pone in essere. La Costituzione italiana dunque non poggia sui 139 articoli e sulla loro vigenza, ma sull'esistenza politica del popolo italiano che si è dato questa Costituzione;
- Legge costituzionale: carattere 'formale' del concetto di costituzione.

Con ciò si intende che essa trova la sua origine esclusivamente per scritto attraverso presupposti e procedimenti aggravati ai quali è vincolata. Questi procedimenti possiedono i caratteri della dimostrabilità, durabilità e stabilità.

– Modificabilità aggravata: il contenuto di Costituzione come sopra delineato risulta essere qualcosa di diverso dal semplice, seppur aggravato, succedersi di leggi costituzionali. Tuttavia, la modificabilità aggravata, davanti ai procedimenti di approvazione di leggi costituzionali, perde la sua caratteristica di 'conseguenza' della qualità della Costituzione, trasformandosi in quel procedimento grazie al quale si affianca ad una disposizione un grado di protezione costituzionale di fronte alle mutevoli maggioranze politiche parlamentari. Attraverso due esempi è possibile constatare come questa pratica non sia soltanto qualcosa di attuale ma una procedura nei confronti della quale, nel corso dei secoli, si è data notevole importanza. Basti pensare al parallelismo tra la “Caisse autonome” francese del 1926 al fine di assicurare con legge costituzionale determinate entrate per l'estinzione del debito pubblico e l'art. 1 della L.cost. 20 Aprile 2012, n. 1 che ha così sostituito l'art. 81 della Costituzione italiana: “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”. A questo primo comma segue l'oscurità del secondo: “Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico (...)”. Il tutto è esemplarmente argomentato da C. Schmitt con le seguenti parole: “Durata e stabilità della costituzione si riducono al fatto che le formalità di un articolo della costituzione sulle modificazioni della costituzione – per la costituzione di Weimar quelle dell'art. 76 cost. - devono essere rispettate. (...). Ma un simile concetto di costituzione non è possibile né logicamente né giuridicamente. (...). Sarebbe palesemente inesatto dire: l'art. 76 cost. è una legge costituzionale, poiché essa può essere modificata in applicazione dell'art. 76, può quindi abrogarsi da sé. In primo luogo è inesatto ammettere che per mezzo dell'art. 76 può essere toccata qualsiasi regolamentazione legislativa costituzionale, e in secondo luogo non può riconoscersi l'essenza di una legge costituzionale nel fatto che essa possa essere modificata con un determinato procedimento. Dal procedimento di modificazione non si può in alcun modo definire l'essenza dell'oggetto modificato. (...). Se si vuol ricavare il concetto formale della costituzione dal risultato della modificazione di una disposizione legislativa

costituzionale, allora si confonde il potere costituente del popolo tedesco con la competenza che il Reichstag, il Reichsrat o l'elettorato hanno ricevuto nell'art. 76.”<sup>1</sup> Mentre “la costituzione vige in forza della volontà politica esistente di chi la pone”, le leggi costituzionali, invece, “hanno vigenza proprio sulla base di una costituzione e presuppongono una costituzione”<sup>2</sup>.

Il ragionamento di Schmitt lo porta all'affermazione, che ritengo corretta e della quale mi servirò più avanti, che per mezzo dell'art. 76 della cost. non può essere modificata la costituzione nel suo complesso: “il legislatore che modifica la costituzione dell'art. 76 non è affatto onnipotente. (...). Non una qualsiasi maggioranza parlamentare, ma soltanto la volontà diretta e consapevole di tutto il popolo (...) potrebbe motivare queste fondamentali modificazioni”<sup>3</sup>. Qui nasce un ragionamento essenziale. Se le decisioni fondamentali non possono essere modificate dal legislatore, ed immaginiamo dai giudici, è evidente che ogni costituzione, per quanto ben scritta possa essere, non contiene tutte le decisioni politiche fondamentali, che nell'anno dell'approvazione erano indispensabili o che comunque non si sono volute affrontare, risolvendole, in quel determinato periodo storico. Da ciò consegue che nella modifica o aggiunta alle decisioni politiche fondamentali di una costituzione non vi è alcuna possibilità da parte di soggetti estranei al detentore del potere costituente di interpretare una volontà, quella del popolo appunto, che non esiste. “Dove non c'è nessuna volontà, anche il più grande acume giuridico perde la sua ragion d'essere”<sup>4</sup>.

– Potere costituente: “è una volontà politica il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica. (...). Il potere costituente non è finito ed eliminato per il fatto che viene esercitato una volta. La decisione politica, che la costituzione implica, non può ripercuotersi contro il suo soggetto e sopprimere la sua esistenza politica. Accanto e al di sopra della costituzione continua ad esistere questa volontà. Ogni vero conflitto costituzionale, che tocca persino i presupposti della decisione politica fondamentale, può perciò essere deciso solo dalla volontà dello stesso potere costituente. Inoltre ogni lacuna nella costituzione – a differenza delle divergenze di opinione e delle

---

<sup>1</sup>C. Schmitt. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè editore, Milano, 1984, pagg. 36-37.

<sup>2</sup>C. Schmitt. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè editore, Milano, 1984, pag. 40.

<sup>3</sup>C. Schmitt. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè editore, Milano, 1984, pag. 45.

<sup>4</sup>C. Schmitt. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè editore, Milano, 1984, pag. 56.

oscurità legislative costituzionali in particolare – è colmata solo da un atto del potere costituente; ogni caso non previsto, la cui decisione riguarda la decisione politica fondamentale, è deciso da esso”<sup>5</sup>.

## 1. 2 CONCRETIZZAZIONE COSTITUZIONALE

Finora le definizioni ottenute grazie a Schmitt ci permettono di dare un quadro teorico generale entro il quale vogliamo immergerci. Se c'è un punto della dottrina della costituzione nel quale Schmitt, probabilmente, non ha scavato eccessivamente, è proprio quello della lettura concreta della costituzione. Come i principi fondamentali espressi in costituzione che fanno parte della decisione politica fondamentale si relazionano nella vita quotidiana dei consociati?. Qui entra in gioco il magistrato, la giurisprudenza, oltre che il legislatore, come soggetto con il quale bisogna fare i conti e con il quale bisogna rapportarsi all'interno del quadro costituzionale. Cerchiamo di andare per gradi, con il concetto del bilanciamento tra principi costituzionali e i rapporti di forza che da questo scaturiscono.

Il bilanciamento tra principi è stato autorevolmente riassunto nella formula della ‘tolleranza tra principi’: “Nessun principio può avanzare la pretesa di valere fino al punto di annullare gli altri; tra i principi deve essere cercata e ricercata una formula di composizione o, se non è possibile, almeno di convenienza”<sup>6</sup>. Possiamo classificare i principi costituzionali in tre categorie<sup>7</sup>:

1)quelli che entrano nel quadro costituzionale con l’indicazione esplicita dei ‘pesi’ rispettivi. È il caso della libertà d’impresa economica (art. 41, c. 2), che non può svolgersi “in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”; oppure della disciplina della proprietà privata che può, salvo indennizzo, essere espropriata per “motivi d’interesse generale” (art. 42, c. 3);

2) quelli che per la loro natura di quadro generale entro il quale gli altri devono essere collocati, assumono una posizione preminente.

3)quelli che la Costituzione, esplicitamente, non ordina in una scala

---

<sup>5</sup>C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè editore, Milano, 1984, pagg. 109-111.

<sup>6</sup>G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 281.

<sup>7</sup>G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 284.

d'importanza.

Un'esistenza necessariamente sociale implica dei "sacrifici". "Trattandosi di "sacrifici", la regola che l'interprete deve seguire è quella della "minimizzazione" del danno reciproco" 8. Lo scopo perseguito con il bilanciamento "non è tanto quello di ascrivere un certo significato ad una disposizione costituzionale, quanto piuttosto quello di fissare la regola che, prescindendo quale sia il punto di equilibrio tra gli interessi contrastanti in determinati circostanze, serva da premessa da cui dedurre le conclusioni. Il bilanciamento, dunque, come procedimento argomentativo diretto a giustificare l'assunzione delle premesse della decisione, è assunzione complanare all'interpretazione e con essa coincidente negli obiettivi"9. Tale tecnica risulta conforme ai poteri e alle capacità del giudice più che del legislatore, non potendo fare a meno del caso concreto. Ecco che nel bilanciamento, soprattutto costituzionale, "la Corte mira a risolvere lo specifico conflitto di interessi costituzionalmente rilevanti sottoposto alla sua attenzione, fissando una regola di prevalenza che non ha la pretesa di valere fuori dal giudizio in cui è stata resa"10. Il punto fondamentale sul quale bisogna porre l'attenzione è che il bilanciamento tra principi costituzionali "presuppone in un certo senso uno 'spazio vuoto' che l'interprete è chiamato a riempire di contenuto"11. Egli è chiamato a individuare il punto legale di raccordo tra pretese legittime. Ciò che non è possibile escludere è una zona d'ombra in cui si esercita l'attività discrezionale del giudice. Il timore, più che una 'dittatura dei giudici', è quello "di un sostanziale svuotamento del contenuto dei diritti costituzionali, esposti a precarie e imprevedibili operazioni di bilanciamento con altri valori o interessi anch'essi costituzionalmente rilevanti che rendono impossibile la definizione in astratto del loro contenuto minimo e dei loro confini costituzionali"12. Il rischio è quello di una composizione dei valori demandata alle argomentazioni del giudice in ordine ai singoli casi concreti. Occorre quindi un'attenzione spasmodica sul carattere cognitivo di ogni singolo valore, sull'argomentabilità del bilanciamento al fine di ricercare forme specifiche di razionalità capaci di non far passare inosservate

---

<sup>8</sup> G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 285.

<sup>9</sup> V. Boncinelli, *I valori costituzionali fra testo e contesto. Regole e forme di razionalità del giudizio costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 153.

<sup>10</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 155.

<sup>11</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 156.

<sup>12</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 157.

operazioni giurisprudenziali “apodittiche, tautologiche od occulte”.<sup>13</sup> Questa esigenza ha portato alla creazione di plurime teorie di bilanciamento. Cerchiamo di capire quali tra queste tipologie rispecchia nel miglior modo tutto quello che è stato sostenuto fino ad ora. Ci sentiamo di dissentire, allora, con quelle che sono state chiamate ‘teorie particolaristiche non procedurali’ nelle quali bilanciare due principi significa nient’altro che istituire fra i due una gerarchia assiologica mobile, ossia una relazione di valore istituita dall’interprete mediante un soggettivo giudizio di valore. In queste teorie, il bilanciamento *ad hoc* posto in essere dal giudice nel singolo caso concreto risulta essere un’operazione essenzialmente intuitiva del giudice che non essendo parte di un’argomentazione razionale non è razionalmente giustificata. Il bilanciamento per questa teoria si risolve in un’attività del tutto discrezionale e soggettiva del giudice. A nostro avviso, tali teorie si basano su due postulati non necessariamente collegati: “l’idea che non sia possibile od opportuno fissare una volta per tutte una gerarchia assiologica fra principi costituzionali che elimini in radice le possibili collisioni e antinomie e la convinzione, di matrice scettica, che non sia possibile per il giudice argomentare in modo razionale le proprie decisioni in merito alla selezione del principio da applicare al caso di specie”<sup>14</sup>. Dunque, risultano maggiormente utilizzabili quelle teorie che si concentrano sulla componente cognitiva del valore – quelle ‘particolariste o di bilanciamento definitorio o categoriale’. Secondo queste teorie l’idea “che l’applicazione dei principi in conflitto si risolva mediante una ponderazione, cioè, mediante l’assegnazione di pesi differenti ai principi per sapere quali di questi ha maggiore forza, è solo una metafora che nasconde un procedimento di natura argomentativa che, lungi dal risolversi in un’attività radicalmente soggettiva – perché ciò presupporrebbe invece un giudizio di valore che l’interprete realizza sono limitati e non tutte le soluzioni sono accessibili all’interprete – richiede di essere giustificata alla luce delle regole e delle forme dell’argomentazione razionale”<sup>15</sup>. Queste tesi, però, hanno il difetto di voler costituire una gerarchia tendenzialmente stabile tra principi costituzionali. Resta dunque “la necessità di procedere comunque al bilanciamento in concreto fra i principi collidenti, specie qualora si tratti di

---

<sup>13</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 159.

<sup>14</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 168.

<sup>15</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 171.

garantire altri principi o valori considerati fondamentali”<sup>16</sup>. Tipici esempi di tale fenomeno sono i casi di contrasti tra diritti fondamentali o tra uno di essi e un interesse fondamentale dello Stato, quale l’ordine pubblico o la sicurezza nazionale e internazionale. Non esiste nessun vertice costituzionale in grado di risolvere un bilanciamento tra principi che necessita sempre e comunque di una giusta composizione degli interessi coinvolti e di una massimizzazione dei principi costituzionali. L’importanza di tale atteggiamento metodologico consente alla Corte di verificare se il legislatore nel ‘costruire’ la norma abbia ‘soppesato’ nel migliore dei modi i principi collidenti sottostanti. In caso negativo, la Corte sarebbe legittimata a dichiarare la norma incostituzionale non per contrasto intrinseco con alcuni principi costituzionali ma nelle modalità di composizione dei diversi interessi. Potremmo dire che la Corte può sindacare un bilanciamento illegittimo, e quindi incostituzionale, del legislatore. Nel momento in cui una norma tende a comporre interessi antagonisti, la possibilità di un controllo della Corte costituzionale sul bilanciamento posto in essere dal legislatore mette in luce l’insufficienza costituzionale della vigenza di norme e il lato della legalità costituzionale che contiene al suo interno anche l’interpretazione costituzionale della Corte. La legalità al tempo della Costituzione passa necessariamente dalla legittimità del bilanciamento tra valori costituzionali. La legittimità il legislatore deve guadagnarsela. Si pone dunque la necessità di stabilire dei criteri alla luce dei quali la Corte possa evitare la dichiarazione d’incostituzionalità di una norma per un bilanciamento legislativo illegittimo. Tali criteri vengono indicati nella idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

### 1.3 I CRITERI DI RAZIONALITÀ OGGETTIVA NEL BILANCIAMENTO

La definizione dei principi come “precetti che richiedono una realizzazione la più ampia possibile in relazione con le possibilità di fatto e di diritto”<sup>17</sup> ammette la legittimità di un intervento della Corte al fine di verificare la corretta intensità dell’intervento legislativo che nella

---

<sup>16</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 172.

<sup>17</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 186.

costruzione della norma si è dovuto raffrontare con la necessità di bilanciare due principi collidenti. L'intervento della Corte mira quindi a capire, e ad argomentare in tal senso, se il sacrificio di uno dei principi, oltre a perseguire il risultato strumentale della soddisfazione dell'altro principio, non sia avvenuto comprimendolo nel suo nucleo fondamentale. Se così fosse, infatti, sarebbe pura retorica politica parlare di bilanciamento tra principi. Una compressione ingiustificata di un principio a favore dell'altro avrebbe la conseguenza di gettare nel vuoto il contenuto del primo. Questo, come affermato dalla Corte (Corte cost., sent. n. 1146 del 1988), può avvenire anche per una legge costituzionale. Bisogna quindi comprendere se la compressione di uno dei principi sia accettabile, giusta, legittima e quindi giustificabile in tal senso. Possiamo dire che il bilanciamento tra principi deve essere conforme ai principi di idoneità e necessità. Utilizziamo un esempio di R. Alexy: “ Si prenda per esempio una misura  $M$ , che interferisce nella libertà di espressione ( $P_1$ ) per proteggere la salute dei cittadini ( $P_2$ ), senza che tale misura sia però idonea al fine. È possibile infatti prescindere da  $M$  senza che ne derivino pregiudizi per  $P_2$ , la protezione della salute. L'ottimizzazione di  $P_1$  e  $P_2$  richiede di conseguenza che  $M$  non venga applicata. Questo, precisamente, è il contenuto del principio d'idoneità. Il principio di necessità richiede che una misura  $M_1$ , allorquando esista un'alternativa in  $M_2$  che favorisce  $P_2$  altrettanto bene quanto  $M_1$ , ma che interferisce meno intensamente in  $P_1$ , sia vietata in relazione a  $P_1$  e  $P_2$ ”<sup>18</sup>. Ecco che la violazione di questi due principi rende incostituzionale la norma. Questa è da ritenere a tutti gli effetti illegittima “senza che vi sia bisogno alcuno di procedere ad una ponderazione in concreto del diverso “peso” rivestito dai principi collidenti”<sup>19</sup>. L'ottemperanza ai principi d'idoneità e necessità corrisponde alla condizione preliminare indispensabile affinché la Corte possa procedere a verificare il bilanciamento concreto. L'inosservanza di questi due principi porta la Corte a dichiarare la norma illegittima per un'“incostituzionalità di fatto”. Possiamo allora formulare anche alcune osservazioni sul legislatore. ‘Incossituzionalità di fatto’ significa che la Corte va a verificare se il modo scelto dal legislatore per una determinata regolazione normativa sia o meno adeguato e necessario. Egli ha il compito

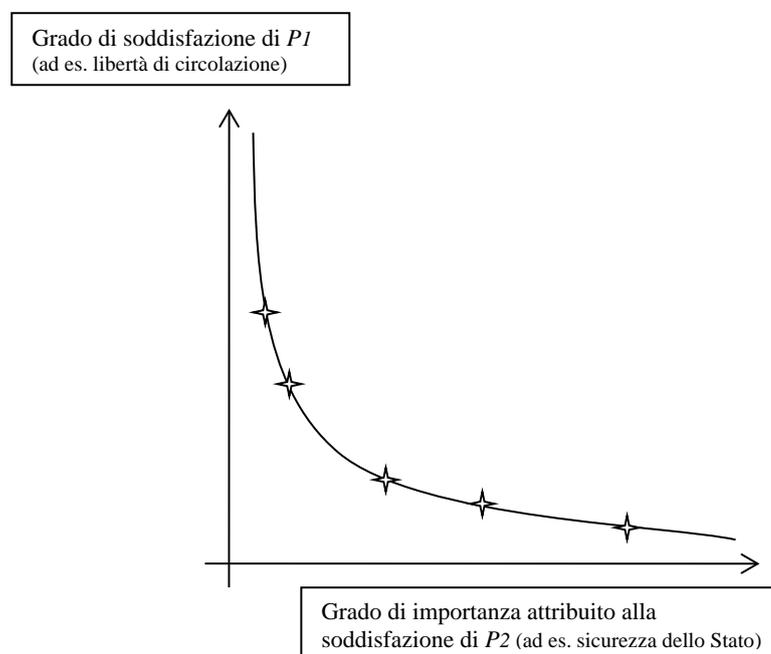
---

<sup>18</sup> R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della teoria dei diritti fondamentali*, in M. La Torre-A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 41

<sup>19</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 187.

di scegliere i modi migliori, o ritenuti tali, al fine della realizzazione del programma-prescrittivo costituzionale. Questo strumento del bilanciamento, come altri che vedremo in seguito, permetterebbe, se ascoltato e messo alla base di un ragionamento politico, di evitare la tristezza odierna di una politica di opinioni alla ricerca di una politica più giusta. Passiamo ora a verificare quando è possibile parlare di un' 'incostituzionalità di diritto'.

Con il principio di proporzionalità in senso stretto si compie un ulteriore passaggio argomentativo, dopo quello dell'idoneità e della necessità, "nel quale l'intensità dell'intervento legislativo, e dunque il grado di soddisfacimento del principio  $P_1$ , viene valutata in rapporto all'intensità della lesione che nello stesso intervento determina in relazione al principio  $P_2$ "<sup>20</sup>. Questo criterio/principio si differenzia dai primi due per la sua irrinunciabile componente di aleatorietà. La Corte si prefigge l'obiettivo di sindacare se, nonostante l'adeguatezza e la necessità della norma, "i 'benefici' che derivano dall'intervento legislativo finalizzato a realizzare il principio  $P_1$ , da un lato, e i 'costi' che discendono dalla compressione di un diverso principio  $P_2$  sia o meno accettabile"<sup>21</sup>. Attraverso una curva d'indifferenza è possibile spostare l'argomentazione di tale principio ad un piano visivo e, intuitivamente, di più facile comprensione.



Ogni stella della curva rappresenta un punto di equilibrio tra i due principi  $P_1$  e  $P_2$  a seconda dell'importanza che attribuiamo alla realizzazione del

<sup>20</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 187.

<sup>21</sup> V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 190.

principio  $P_2$ . Attribuire maggior importanza al  $P_2$  significa, inevitabilmente, consentire maggiori limitazioni al  $P_1$ . La Corte si propone quindi di verificare il grado di tollerabilità della norma nel suo complesso, ovvero quanta limitazione del  $P_1$  è possibile tollerare. All'interno di questo grafico, tuttavia, non è contenuto alcun procedimento definitivo di decisione. E, d'altra parte, saremmo degli illusi se pensassimo di trovare questo genere di soluzioni all'interno di un grafico cartesiano. Ciò rende bene l'idea di quanto il diritto sia più complesso della matematica. Tuttavia, tale grafico consente all'interprete una metodologia di giudizio estremamente importante. Bilanciare i due principi senza violare il nucleo fondamentale di entrambi impone di prestare attenzione sulle ragioni attraverso le quali si attribuisce una maggior importanza a un principio piuttosto che all'altro. “[Q]uanto più intenso si presenta un intervento che incide su un principio costituzionale (e, in particolare, su un diritto fondamentale), tanto maggiore deve essere il “peso” delle ragioni che giustificano tale intervento”<sup>22</sup>. Quindi, riassumendo, possiamo giungere a una conclusione: ogni punto della curva di interferenza rappresenta un punto di equilibrio tra i due principi. Non tutti i punti ‘di composizione’ del conflitto, però, sono legittimi. Il “compito” del legislatore è quello di trovare il punto legale di raccordo del conflitto. Il punto legale non è detto che sia legittimo, ovvero non è detto che il bilanciamento posto in essere dal legislatore corrisponda ai criteri di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. La Corte chiamata a verificare la legittimità della norma può individuare un’‘incostituzionalità di fatto’ per la mancata osservanza del principio d’idoneità e necessità. Sindacando invece l’osservanza o meno del principio di proporzionalità, la Corte compie una doppia operazione. Nella prima verifica che, nonostante le ragioni attribuite per la prevalenza di un principio su un altro, non si sia violato il ‘contenuto fondamentale’ del principio soccombente. In caso di violazione la Corte pronuncia l’illegittimità dell’intervento legislativo per un’‘incostituzionalità di diritto’. Nella seconda operazione, invece, la Corte stabilisce se le ragioni che hanno portato ad attribuire maggior importanza ad un principio in danno dell’altro siano giustificabili. Questa è un’operazione politica alla quale il diritto deve rassegnarsi. Potremmo dire che la Corte dichiara l’illegittimità della norma,

---

<sup>22</sup> R. Alexy, *Collisione*, cit. p. 42.

in quest'ultimo caso, per un'incostituzionalità politica'. Qui nasce la famosa disputa sul custode della Costituzione e su come intendere il ruolo della Corte: garante della Costituzione o organo propriamente politico. Alla luce di quanto argomentato finora possiamo sostenere che queste due componenti all'interno della Corte sono inscindibili. Il problema sembra caratterizzato dalla sua non risolvibilità.

Questa componente 'politica' della Corte costituzionale ci permette di guardare al problema in due direzioni opposte: da una parte, quella del contrasto tra la Corte e la politica (il legislatore) e, dall'altra, quella della mancanza di coraggio della Corte che si conforma alle direttive politiche. Ci permettiamo di constatare questo in un fenomeno che possiamo far rientrare nel discorso più generale del bilanciamento tra i principi e le norme.

Distinguendo i principi come proposizioni a fattispecie astratta e le regole come proposizioni a fattispecie chiusa o, quantomeno, dotate di minor astrattezza e genericità<sup>23</sup>, abbiamo visto come la Corte arriva a sindacare le ragioni che hanno permesso al legislatore di attribuire maggior importanza ad un principio e, di conseguenza, una maggior limitazione di quello collidente. Il punto sul quale vorremmo soffermarci corrisponde all'ipotesi in cui la Corte scelga di non prendersi carico di questa responsabilità, non andando a verificare tali ragioni o legittimandole in modo assolutamente incoerente e in qualche caso illogico. Questo è il caso in cui la Corte, invece che 'diventare politica', si conforma alla politica. Il fenomeno che ci permettiamo di mettere in luce è quello dell'incostituzionalità di norme costituzionali all'interno della stessa Costituzione.

#### 1.4 L'INCOSTITUZIONALITÀ DI NORME COSTITUZIONALI

Questo fenomeno è direttamente collegato alla difficoltà di immaginare in ogni caso un bilanciamento tra principi e regole/norme (anche) all'interno della Costituzione. In breve, una norma o è costituzionale o non lo è! E se non lo è, va dichiarata incostituzionale. Questo indipendentemente dal rango ordinario o costituzionale di una norma. Fin qui potremmo dire niente di nuovo, in quanto anche la Corte stessa prende in considerazione tale ipotesi.

---

<sup>23</sup> Un'altra classificazione intende "il principio come processo di ottimizzazione che richiede di essere graduato in relazione alle circostanze di fatto o di diritto in cui viene applicato, mentre la regola come applicabile secondo lo schema del "tutto o niente"". Sul punto cfr. V. Boncinelli, *Op. cit.*, p. 176 ss.

In diverse sentenze, infatti, la Corte ha affermato che “non si può negare [la competenza a giudicare] sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale”<sup>24</sup>.

Vogliamo occuparci ora della possibilità che all’interno della stessa Costituzione ci siano norme incostituzionali. Con questa terminologia intendiamo proposizioni che, oltre ad essere dotate di minor genericità e astrattezza dei principi, prescrivono concretamente qualcosa, vanno nella sostanza a regolare il rapporto sottostante dando contenuto a un principio. Il principio che prendiamo in considerazione è quello di laicità, le norme che ci permettiamo di analizzare sono gli art. 7 e 8 della Costituzione. Per argomentare la nostra tesi partiamo da una pronuncia della Corte costituzionale: “Il principio di laicità quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Cost. implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”<sup>25</sup>. Il principio di laicità, quindi, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma attenzione dello Stato dinanzi alle differenze, in questo caso religiose. L’analisi della Costituzione italiana è veramente molto interessante. Si tende a enunciare principi generali (principi fondamentali) in forma di proposizioni generiche che, come visto in precedenza, vanno intesi al contempo come programmatiche e prescrittive. Basta guardare l’art. 6 o l’art. 9. Emblematico il caso dell’art. 6: “La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche”. Questo è propriamente un principio costituzionale che bisognerà rendere vigente ed effettivo tramite norme. Per ragioni storiche, potremmo dire senza entrare nel merito, gli art. 7 e 8 sono molto più articolati. Possiamo ragionevolmente affermare che non corrispondono propriamente a dei principi proprio perché entrambi, come affermato dalla Corte, vanno a far parte di un nucleo di articoli dal quale emerge il contenuto del principio supremo di laicità. Ora, possiamo chiederci questo: in quale rapporto stanno questi articoli che vanno a formare il nucleo irreversibile del principio supremo di laicità? La Corte su questa questione si è espressa chiaramente: “È la distinzione tra ‘ordini’ distinti, che caratterizza nell’essenziale il fondamentale o ‘supremo’ principio

---

<sup>24</sup> Corte costituzionale, sent. n. 1146/1988 cfr. anche Corte costituzionale, sent. n. 183/1973 e n. 170/1984.

<sup>25</sup> Corte costituzionale, sent. n. 203/1989.

costituzionale di laicità o non confessionalità dello Stato, quale configurato numerose volte nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 203 del 1989 e 195 del 1993)”<sup>26</sup>. “Non tutte le norme invocate, quindi, hanno lo stesso peso nella costruzione del principio di laicità, caratterizzato nell’essenziale dal principio di distinzione degli ordini di cui all’art. 7, co. 1 e 8, co. 1 cost.”<sup>27</sup>. Questa è la conclusione della Corte. Questa conclusione sembra alquanto bizzarra. Attenzione dello Stato per le differenze significa, quindi, preliminarmente, distinzione degli ordini. Ma gli articoli 7 e 8 distinguono gli ordini? Forse sì, ma quali ordini? Quello cattolico e un gruppo alquanto numeroso di “confessioni religiose diverse dalla cattolica”. Che distinzione tra ordini distinti c’è nella separazione tra confessione cattolica e confessioni non cattoliche? Porre quindi al vertice dell’argomentazione del principio di laicità gli art. 7 e 8 più che illegittimo sembra alquanto pretestuoso visto che non c’è nessuna articolazione degli ordini distinti ma solo una netta separazione tra confessione cattolica e confessioni non cattoliche. Possiamo allora chiederci se questa separazione costituzionale sia legittima. Per essere illegittima deve contrastare con un principio costituzionale. Riprendendo il nucleo fondamentale della Corte per la costruzione del principio di laicità ed omettendo, penso pacificamente, l’analisi degli artt. 2, 19, e 20, possiamo concentrarci sull’art. 3 della Costituzione. Se il principio di uguaglianza è tale nelle differenze, significa che occorre regolare situazioni uguali in modo uguale e situazioni di fatto diverse in modo diverso. In questo modo il legislatore e i giudici garantiscono una protezione delle minoranze attribuendo a queste ‘regimi speciali’ rispetto a quelli garantiti alla generalità dei consociati. All’interno del principio di laicità, per come lo interpreta la Corte costituzionale, è avvenuto l’esatto opposto. Attraverso la distinzione tra gli artt. 7 e 8, infatti, la confessione più numerosa, la maggioranza, ha ottenuto un ‘trattamento speciale’ rispetto a tutte le altre confessioni religiose. Ma questa distinzione costituzionale era ed è sostanziale o, invece, è solo il frutto di un compromesso storico? La nostra interpretazione vira decisamente sulla seconda possibilità. Ci troviamo veramente davanti a due situazioni diverse? Non siamo, piuttosto, davanti alla stessa posizione di riconoscimento

---

<sup>26</sup> Corte costituzionale, sent. n. 334/1996.

<sup>27</sup> N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 49.

legittimo di una confessione religiosa davanti ad uno Stato sovrano? Anche qui dobbiamo scegliere la seconda possibilità. Se fossimo veramente davanti a situazioni diverse che senso avrebbe fare di tutte le confessioni non cattoliche un unico gruppo disciplinato da un apposito articolo costituzionale? E se non siamo davanti a situazioni diverse, ci troviamo di fronte a situazioni uguali che vanno regolate in modo uguale, fornendo ad ogni confessione religiosa gli stessi strumenti giuridici per disciplinare il proprio rapporto con lo Stato. La cosa veramente impressionante è che, oltre a non prendere neanche in considerazione tale ipotesi, la distinzione tra ordini distinti fatta propria dalla Costituzione e dalla Corte costituzionale viene messa alla base delle varie argomentazioni. È la stessa Corte, infatti, a ritenere che “le disposizioni del Concordato, che godono della particolare copertura costituzionale fornita dall’art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all’accertamento della loro conformità ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale”<sup>28</sup>. Quindi, mentre le singole disposizioni del Concordato non possono essere in contrasto con i principi supremi dell’ordinamento, l’art. 7, che offre al Concordato una copertura costituzionale “particolare” (non essendo prevista per le altre confessioni), si presume legittimo essendo in Costituzione. Ma se siamo davanti a situazioni uguali che necessitano di misure uguali, come è possibile ammettere una “particolare copertura costituzionale”? Il principio supremo di uguaglianza costituisce giustamente il fondamento del principio di laicità ma gli strumenti che dovrebbero realizzare tale principio, dell’uguaglianza fanno anche a meno. In questo caso non c’è alcun bisogno di bilanciamento tra principi. Non si sta parlando di un bilanciamento tra il principio di uguaglianza e quello di laicità. L’art. 7 non esaurisce il principio di laicità. Una laicità pluralista, aperta all’inserimento di principi corrispondenti alle differenti identità religiose, presuppone una conformità al principio di uguaglianza. Presuppone, cioè, la possibilità per ogni singola confessione religiosa di essere riconosciuta come differenza legittima e quindi tutelabile da parte dello Stato. Ma anche gli strumenti che permettono ad ogni singola confessione di ottenere un riconoscimento dovrebbero essere conformi al principio di uguaglianza che in quanto tale accetta le differenze e ripudia le disuguaglianze. Prevedere, invece, com’è stato fatto in Costituzione e

---

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sent. n. 1146/88. In essa la Corte indica altre sentenze costituzionali che giustificano tale controllo (nn. 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, 18/1982).

legittimato dalla Corte, “particolari coperture costituzionali” per la sola religione cattolica è una differenza o una vera e propria disuguaglianza? Affermare in Costituzione dei principi fondamentali significa aspettare un secondo momento per la loro affermazione concreta tramite la previsione di norme. Che bisogno c’è di affermare la distinzione tra ordini distinti (che abbiamo visto risolversi, di fatto, in una distinzione tra confessione cattolica e confessioni a-cattoliche) all’interno della stessa Costituzione con due diversi articoli (art. 7 e art. 8) costituzionali? Con la sua argomentazione la Corte sembra voler dire che prevedere due strumenti sostanzialmente (e non solo formalmente o linguisticamente) diversi per la regolazione dei rapporti della Chiesa cattolica e delle altre confessioni sia segno (non si capisce come) di maggior garanzia della distinzione tra ordini distinti. Ma le diverse intese che lo Stato firma con le diverse confessioni religiose non sono comunque garanti della distinzione tra ordini distinti? Se lo strumento dell’intesa non garantisse tale distinzione significherebbe dire che nello Stato italiano non c’è un vero principio costituzionale di laicità o, quantomeno, che tale principio non è ancora stato reso vigente ed effettivo tramite norme. La soluzione sarebbe, allora, quella di predisporre per tutte le confessioni lo strumento del Concordato che invece garantisce una miglior composizione del riconoscimento dovuto dallo Stato nei confronti delle diverse confessioni. Siamo quindi a un bivio che è quello che caratterizza la distinzione tra principi e norme. Una norma nella sostanza o è costituzionale o non lo è. Se l’art 7 non costituisce il principio di laicità italiano (così come affermato anche dalla Corte costituzionale che ha indicato anche l’art. 2, 3, 8, 19, 20) allora esso non è un principio ma una norma. Se è una norma (benché costituzionale perché presente in Costituzione) è sottoponibile al giudizio di costituzionalità (nella sent. 1146/88 e in altre la Corte ha dichiarato la possibilità di sindacare l’incostituzionalità di leggi costituzionali rispetto ai principi supremi dell’ordinamento). Bisogna quindi chiedersi se violi qualche principio fondamentale. La risposta che ci sentiamo di dare è che viola il principio di uguaglianza perché regola il riconoscimento della confessione cattolica nei confronti dello Stato italiano attribuendo alla Chiesa cattolica uno strumento diverso rispetto alle altre confessioni religiose. Tale differenziazione appare ingiustificata poiché attuare il principio di laicità significa anche predisporre gli strumenti affinché ogni confessione possa essere riconosciuta. E se il Concordato e le

intese sono uguali, non si capisce a cosa serve tale distinzione. Se invece sono diversi (e lo sono in quanto il Concordato ha una “particolare copertura costituzionale”) l’art. 7 va dichiarato illegittimo e cancellato dalla Costituzione. L’art. 7 rappresenta quindi un caso di incostituzionalità di norme costituzionali all’interno della stessa Costituzione. Analizzato questo caso, possiamo passare al problema che direttamente ne discende e che, in un certo senso, ne è anche alla base. Esso sorge in riferimento al soggetto che ha legittimato tale differenza che, per noi, è andata a degenerare in una disuguaglianza, in quanto tale incostituzionale. Tale soggetto è la Corte costituzionale, ovvero l’insieme di 15 giudici chiamato a custodire la Costituzione contro i possibili abusi del legislatore. Che cosa succede quando, come in questo caso, la Corte non solo non custodisce la Costituzione affermando che è in corso una disuguaglianza, ma di fatto la legittima come differenza dovuta per la garanzia della distinzione di ordini distinti? C’è quindi un non-fare incostituzionale, in questo caso aggravato perché legittimato. L’omissione della Corte nel dichiarare l’incostituzionalità dell’art. 7 è incostituzionale e la sua legittimazione è ‘un’aggravante incostituzionale’. Sorge dunque il problema irrisolvibile dell’incostituzionalità di decisioni costituzionali. Compito della Corte costituzionale, infatti, è quello di “fare” la Costituzione, rendendola effettiva. Che cosa succede quando l’organo deputato a sorvegliare la Costituzione, e al tempo stesso a renderla effettiva, non sorveglia e lascia la Costituzione lettera morta di principi? Questo è il caso in cui la Corte, invece che ‘diventare politica’, si conforma alla politica.

Benché tale problema possa essere considerato una peculiarità italiana, frutto di un invasivo percorso storico nazionale, il fenomeno dell’incostituzionalità di norme costituzionali all’interno della stessa costituzione va al di là dei confini nazionali. Basti pensare, per fare un esempio, al caso della Costituzione cilena nella quale sono espressamente affermati il diritto alla vita e il diritto (dello Stato) alla pena di morte per determinate tipologie di reato. Siamo sempre nell’ambito, risolvibile, di un contrasto tra un principio di esistenza (diritto alla vita), che presuppone tutti gli altri principi, e una norma che in determinati casi permette la distruzione del principio e della vita stessa. E se un principio supremo è intoccabile, lo è nei confronti di qualunque tipologia di reato, e quindi di ogni norma.

Il punto fondamentale è quindi quello di capire se una determinata norma

concretamente è o non è costituzionale. Concretamente significa sostanzialmente, al di là della forma che tale norma assume. Bisogna quindi constatare che Kelsen ha sbagliato: “La costituzione non è allora solo una regola di procedura ma anche una regola sostanziale; sicché una legge può essere incostituzionale sia a causa di una irregolarità procedurale relativa alla sua formazione sia a causa di un contenuto contrario ai principi o alle direttive formulati dal costituente, quando supera i limiti prefissati. Spesso si distingue così tra incostituzionalità formale e incostituzionalità materiale delle leggi. Tale distinzione è però ammissibile solo con la riserva che la cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch’essa incostituzionalità formale nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale. Si tratta quindi, in ogni caso, di sapere se dev’essere osservata la forma ordinaria o quella costituzionale. Se il diritto positivo non differenzia queste due forme, non ha senso giuridico stabilire principi, direttive, limiti al contenuto delle leggi ed è solo un’apparenza determinata da motivi politici, come accade del resto per le libertà garantite in forma costituzionale nel caso frequente in cui la costituzione autorizza il legislatore ordinario a limitarle”<sup>29</sup>.

Di politica si ciba, oltre al legislatore, anche la Corte costituzionale. Attribuire più poteri alla Corte significherebbe quindi permetterle di instaurare un confronto/duello alla pari con il legislatore, senza essere vista, come puntualmente avviene, come quella la cui arte dovrebbe essere quella di tacere. Per adesso basta aver messo in luce il problema al fine di constatare come la Corte, non avendo la forza necessaria per opporsi al legislatore, indipendentemente da una volontà concreta di farlo, possa cedere davanti alla volontà del legislatore supremo liberale senza svolgere il proprio “compito” e mettendo a rischio i valori costituzionali.

Un ultimo punto decisivo che ci preme mettere in luce è il seguente. Abbiamo analizzato il caso di una norma estremamente precisa come l’art. 7 della Costituzione argomentando come in questi casi, indipendentemente dal rango della norma (ordinario o costituzionale), la Corte possa sindacare la sua legittimità con un principio supremo costituzionale. L’altro caso analizzato, decisamente più frequente nei giudizi di legittimità

---

<sup>29</sup> H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 154.

costituzionale, investe il discorso sul bilanciamento tra principi costituzionali. In questi casi una disposizione legislativa realizza un primo bilanciamento tra principi e la Corte è chiamata a stabilirne la legittimità. Abbiamo fornito per tale analisi tre principi: idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto. Anche in questo caso vogliamo porci il problema del rango di tali norme. La domanda è la seguente: è possibile che un bilanciamento, posto in essere da una norma ordinaria e dichiarato incostituzionale, possa essere considerato costituzionale se posto in essere con lo strumento della legislazione costituzionale? Possibile che la L. 124/2008 sia incostituzionale e una legge costituzionale, ovviamente con il medesimo contenuto, non lo sia? La Corte costituzionale sembra affermare implicitamente la possibilità che una modificazione del rango della norma possa determinare la sua costituzionalità. Noi non siamo d'accordo. Ci proponiamo allora di esporre la nostra tesi argomentando la sentenza della Corte costituzionale n. 262/2009 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 130 della legge 23 luglio 2008, n. 124 (Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato), c.d Lodo Alfano. Secondo tale sentenza l'art. 1 della L. 124/2008, per violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 138 Cost., in relazione alla disciplina delle prerogative di cui agli artt. 68, 90 e 96 Cost. è costituzionalmente illegittimo, poiché la sospensione processuale prevista da tale norma ha il fine precipuo di proteggere le funzioni proprie dei componenti e dei titolari di alcuni organi costituzionali e, al contempo, determina un'evidente disparità di trattamento di fronte alla giurisdizione. La disposizione censurata, infatti, introduce, pur non avendone il rango

---

<sup>30</sup> Art. 1 l. 124/2008:

- c.1 "Salvi i casi previsti dagli art. 90 e 96 della Costituzione, i processi penali nei confronti dei soggetti che rivestono la qualità di Presidente della Repubblica, di Presidente del Senato della Repubblica, di Presidente della Camera dei deputati e di Presidente del Consiglio dei Ministri sono sospesi dalla data di assunzione e fino alla cessazione della carica o della funzione. La sospensione si applica anche ai processi penali per fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione";
- c.2 "L'imputato o il suo difensore munito di procura speciale può rinunciare in ogni momento alla sospensione";
- c.3 "La sospensione non impedisce al giudice, ove ne ricorrano i presupposti, di provvedere, ai sensi degli articoli 392 e 467 del codice di procedura penale, per l'assunzione delle prove non rinviabili";
- c.4 e c.5 si applicano le disposizioni dell'articolo 159 del codice penale e la sospensione, che opera per l'intera durata della carica o della funzione, non è reiterabile, salvo il caso di nuova nomina nel corso della stessa legislatura, né si applica in caso di successiva investitura in altra delle cariche o delle funzioni;
- c.6 "Nel caso di sospensione, non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3, del codice di procedura penale" e, quando la parte civile trasferisce l'azione in sede civile, "i termini per comparire, di cui all'articolo 163-bis del codice di procedura civile, sono ridotti alla metà, e il giudice fissa l'ordine di trattazione delle cause dando precedenza al processo relativo all'azione trasferita";
- c. 7 l'articolo si applica "anche ai processi penali in corso, in ogni fase, stato o grado, alla data di entrata in vigore della presente legge".

idoneo, delle prerogative costituzionali (e cioè immunità intese in senso ampio), in quanto attribuisce ai titolari di quattro alte cariche istituzionali un eccezionale ed innovativo *status* protettivo, che non può essere desunto dalle norme costituzionali sulle prerogative e, di conseguenza, è del tutto privo di copertura costituzionale.

Ciò implica l'inidoneità della legge ordinaria a disciplinare la materia, stante l'esclusione di competenza del legislatore ordinario, e la conseguente illegittimità della disposizione in questione.

Non è configurabile una preminenza del Presidente del Consiglio dei ministri rispetto ai ministri, in quanto egli non è l'unico titolare della funzione di indirizzo del Governo, ma si limita a mantenerne l'unità, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri e ricopre, perciò, una posizione tradizionalmente definita di *primus inter pares*. Del pari, non è configurabile una significativa preminenza dei Presidenti delle Camere sugli altri componenti, perché tutti i parlamentari partecipano all'esercizio della funzione legislativa come rappresentanti della Nazione e, in quanto tali, sono soggetti alla disciplina uniforme dell'art. 68 Cost.

La Corte, in questo caso, dichiara quella che noi in precedenza abbiamo chiamato 'incostituzionalità di fatto'. La norma è ritenuta inidonea, sotto il profilo del rango, per realizzare il fine che si era imposta, in quanto "si rende necessario che un tale *ius singulare* abbia una precisa copertura costituzionale". È preso quindi in considerazione anche il principio di necessità. La Corte così facendo non va a verificare l'illegittimità del bilanciamento operato dal legislatore, in quanto il rango ordinario della norma le permette di evitare tale operazione. In questo modo, però, la Corte sembra affermare il principio che se tutto ciò fosse riaffermato in una legge costituzionale allora non si riproporrebbe nessuna possibile questione di legittimità. E questo sarebbe in contrasto con precedenti pronunce della Corte stessa sulla sindacabilità di norme costituzionali alla luce dei principi supremi dell'ordinamento (come in questo caso venendo in gioco l'art. 3 della Costituzione). Per coerenza con quanto detto finora circa il bilanciamento tra principi dobbiamo escludere tale ipotesi. La Corte, infatti, dovrebbe riservarsi, anche davanti a una norma costituzionale, la possibilità di sindacare il bilanciamento tra principi operato dal legislatore al fine di verificare che questo non abbia limitato eccessivamente uno dei due, violandone il nucleo fondamentale ('incostituzionalità di diritto' e principio

della proporzionalità in senso stretto). Dovrebbe inoltre poter andare a verificare le ragioni che hanno portato il legislatore a dare maggior importanza a un principio a scapito dell'altro e constatare un certo grado di giustificabilità in tale scelta (in caso negativo 'incostituzionalità politica'). Ciò permetterebbe un confronto serrato tra legislatore e Corte i cui effetti si ripercuoterebbero inevitabilmente sull'opinione pubblica. La diffidenza reciproca tra i diversi soggetti potrebbe portare a conclusioni ragionate e argomentate interpellando tutti i soggetti detentori di una quota di sovranità. Com'è possibile che basti il rango costituzionale di una norma per impedire alla Corte il controllo della sua legittimità? Come in precedenza sostenuto una cosa non può essere in un modo e anche in un altro. Una norma o è costituzionale o non lo è. In questo caso, trattandosi come spesso accade di una norma di composizione di due principi collidenti, la costituzionalità o meno della norma è tale nel bilanciamento operato tra questi due principi. Quindi se il bilanciamento operato dal legislatore ordinario è incostituzionale lo sarà anche nella nuova formulazione per mezzo di una norma con rango costituzionale. Se così non fosse dovremmo constatare che la forma trasforma la sostanza, ammettendo come diceva Kelsen che "la cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch'essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale". Ma come abbiamo dimostrato in precedenza, in questo caso Kelsen era in errore. Il problema dell'incostituzionalità di norme costituzionali (indipendentemente dalla loro presenza all'interno della stessa Costituzione) appare più attuale e concreto che mai.

## 1.5 RIEPILOGO

Abbiamo trattato del bilanciamento tra principi costituzionali soffermandoci sulle operazioni di tecnica giuridica propri della Corte costituzionale. Affinché questo elaborato possa essere coerente con la traccia assegnata del bando, bisogna ancora scendere in profondità, analizzando come i paragrafi precedenti possono in qualche modo condizionare l'attività del magistrato ordinario.

Ci tengo preliminarmente a specificare un punto importante. Tutte le volte

in cui in questo testo si trova la parola “politica” questa non va intesa come decisione del singolo giudice che in qualche modo tradisce i suoi doveri e obblighi di terzietà ed imparzialità. Il ragionamento che qui si vuole fare è puramente giuridico e di tecnica giuridica. L'analisi è quella di come il giudice fa a prendere decisioni che presuppongono bilanciamenti costituzionali i quali possono essere stabiliti o meno dal legislatore, quali strumenti ha o dovrebbe avere nell'applicazione della disposizione così formulata per evitare una violazione della costituzione e quali potrebbero essere gli strumenti di raccordo tra le varie autorità, giudiziarie e propriamente politiche, allo scopo di implementare il nostro sistema di giustizia complessivo. La precisazione, in un Paese nel quale l'equilibrio dei poteri sembra mobile e in grado di mutare quotidianamente, appare doverosa.

## CAPITOLO II.

### L'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE. SCENARI.

Fin qui abbiamo constatato come attraverso il controllo di costituzionalità la Corte, in alcuni casi, arrivi a sindacare le ragioni che hanno portato il legislatore a compiere una determinata scelta nel bilanciamento tra due principi costituzionali collidenti. Quindi, il giudizio di legittimità può vertere anche sulla opportunità delle scelte legislative, contrastando la conformità di queste a criteri di giustizia che contengono elementi di aleatorietà irriducibili. Le questioni di legittimità costituzionale, utilizzando una famosa formula di Calamandrei, sono “molto meno giuridiche di quelle normali”<sup>31</sup>. La politicità di questo controllo risulta scaturire proprio dalla questione del bilanciamento al cui interno occorre trovare il punto legale e legittimo di raccordo tra principi costituzionali. Nel momento in cui la Corte ritiene illegittimo un certo bilanciamento dichiara la disposizione incostituzionale. Attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme a costituzione, molto simile a quello della *construnction* americana, invece, il giudice delle leggi ‘corregge’ la disposizione allo scopo di evitare lo strumento più drastico dell'accertamento della sua incostituzionalità. I limiti

---

<sup>31</sup> In G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 143.

costituzionali di questa tecnica sono, a nostro parere, superati. Ci vogliamo riferire soltanto ai casi studiati e argomentati in questo lavoro (che comunque risultano essere i più frequenti), ovvero quelli nei quali le disposizioni legislative contengono un bilanciamento tra principi costituzionali che, potendo essere anche estremamente precise, implicano sempre un grado di opinabilità dovuto proprio alla ‘composizione’ posta in essere dal legislatore. In questi casi, ‘correggere’ la disposizione legislativa non può voler dire altro che trovare un altro bilanciamento tra principi. Indipendentemente dalla legittimità del nuovo bilanciamento, la disposizione legislativa ne esce stravolta in quanto oggettivamente diversa (in quanto viene individuato un ‘nuovo punto legittimo di equilibrio’ tra i due principi) da quella votata in Parlamento. Finché questa operazione viene compiuta dalla Corte costituzionale, gli allarmismi circa un ‘governo dei giudici’ possono anche essere accantonati vista l’estrema prudenza della Corte nel mantenimento dei rapporti di forza con gli organi propriamente ‘politici’. L’utilizzo di questa tecnica da parte del giudice comune, invece, presenta risvolti nuovi e in grado di travolgere lo schema costituzionale così come fino ad oggi è stato inteso, spostandolo verso un sistema di giustizia costituzionale decentrato. L’utilizzo di questo strumento da parte dei giudici ordinari riguarda proprio il tema del nostro lavoro. I casi in cui il lavoro del giudice tende a divenire maggiormente discrezionale sono proprio quelli nei quali l’autorità giudiziaria adopera il modello argomentativo della ragionevolezza, ricavato dal principio di uguaglianza, da solo o in combinazioni con altri principi costituzionali. Qui l’ambito discrezionale può ampliarsi a dismisura ponendo nel vuoto i fini pensati dal legislatore durante la composizione del bilanciamento. Potremmo dire che di fatto, in tal modo, si verifica una sostanziale disapplicazione della legge ad opera dell’autorità giudiziaria. Può addirittura capitare che la norma, così riformulata, entri nel ‘circuito giurisprudenziale’ senza che la Corte costituzionale abbia avuto la possibilità di esprimersi sulla nuova composizione di principi. Possiamo fare a questo proposito un esempio concreto. L’art. 37 del codice di procedura civile prevede che “il difetto assoluto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione e nei confronti del giudice speciale è rilevabile, anche d’ufficio, in qualunque stato e grado del processo”, salva la sola preclusione derivante dal formarsi di un giudicato interno sulla giurisdizione. In

quest'ultimo caso la questione di giurisdizione non è rilevabile d'ufficio nei gradi successivi se il giudice del grado anteriore si è pronunciato sul punto e la pronuncia non è stata impugnata. Tuttavia, nella sentenza della Cass. sez. un. civ. n. 24883/2008 si afferma che “qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della *potestas iudicandi* che, in assenza di formale eccezione o questione rilevata d'ufficio, avviene comunque implicitamente e acquista visibilità nel solo caso in cui la giurisdizione del giudice adito venga negata; pertanto, il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti o rilevato d'ufficio dal giudice fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado ovvero può essere fatto valere mediante impugnazione del relativo capo della sentenza di primo grado, in assenza della quale si determina il passaggio in giudicato della relativa questione”<sup>32</sup>. Attraverso questa interpretazione, le sezioni unite riducono i limiti autorizzati dalla legge dato che “l'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione dei principi della ragionevole durata dei processi e dell'effettività della tutela (art. 24 e 111 Cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito”<sup>33</sup>. Le sezioni unite, quindi, realizzano un nuovo bilanciamento nel quale il principio della ragionevole durata del processo prevale rispetto alla formulazione della disposizione legislativa. Indipendentemente dalla ‘bontà’ di tale bilanciamento la cosa che potrebbe preoccupare è che la Corte di Cassazione, benché a sezioni unite, si sia arrogata il diritto di sindacare la legittimità del bilanciamento, posto in essere dal legislatore, senza rimettere la questione alla Corte costituzionale. Immaginiamo il solito esito anche nel caso in cui il nuovo bilanciamento sia creativamente costruito da un giudice non supremo. Sarebbe probabilmente il caos. L'impegno dei giudici comuni verso una maggior ‘costituzionalizzazione del diritto’ potrebbe risultare utile, più che attraverso una libera ricomposizione dei valori in gioco, nelle argomentazioni costituzionali con le quali questi possono rimettere il dubbio di costituzionalità alla Corte costituzionale. In questo modo si potrebbe tenere alto il dibattito costituzionale e pervenire a riformulazioni più condivise e

---

<sup>32</sup> Cass., sez. un. civ., sent. n. 24883/2008.

<sup>33</sup> Cass., sez. un. civ., sent. n. 24883/2008.

maggiormente ragionate nella prospettiva di un dialogo tra corti all'interno dell'ordinamento italiano e di una più intensa partecipazione al controllo di costituzionalità.

Questa nostra conclusione sembra avallata anche in quelle ipotesi (che abbiamo volutamente tralasciato per concentrarci sui casi di bilanciamento/proporzionalità/politicità nella composizione di principi costituzionali) nelle quali l'autorità giudiziaria può effettivamente dare un'interpretazione 'conforme a costituzione' o 'costituzionalmente orientata', apportando novità importanti all'interno dell'ordinamento giuridico. Facciamo un esempio. Con le due sentenze gemelle del 2003, la terza sezione civile della Cassazione ha dato una interpretazione evolutiva dell'art. 2059 c.c., secondo cui "il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge". Infatti, ha affermato che "il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale"<sup>34</sup>. Anche in questo caso, però, senza l'intervento della Corte costituzionale, questo tentativo della Cassazione di assicurare in ogni caso una tutela risarcitoria per la violazione dei diritti fondamentali avrebbe difficilmente potuto affermarsi prima e consolidarsi poi. L'autorità e l'autorevolezza della Consulta, infatti, hanno sicuramente persuaso i giudici di merito nell'utilizzo delle soluzioni prospettate dalla Cassazione che, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, ha operato "con ricchezza di argomentazioni – nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale – un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti la persona"<sup>35</sup>. La Corte costituzionale, in definitiva, conferma le soluzioni della Cassazione elogiandola per i contenuti delle proprie argomentazioni e rafforzando il confronto costituzionale. Dunque, la

---

<sup>34</sup> Cass., sez. III civ., sent. n. 8827/2003 e n. 8828/2003.

<sup>35</sup> Corte costituzionale, sent. n. 233 del 2003.

eventuale selezione di diritti costituzionali da parte dell'autorità giudiziaria deve/dovrebbe sempre passare attraverso il vaglio della legittimità della Corte costituzionale, organo di chiusura dell'ordinamento. Anche in questo caso l'aspetto interessante su cui è possibile indagare riguarda la capacità acquisita dall'autorità giudiziaria, con il 'consenso' della Corte costituzionale, di colmare le lacune legislative con l'utilizzo diretto della Costituzione, modificando il sistema 'legislativo' della giustizia distributiva.

Possiamo analizzare un altro tipo di 'interpretazione conforme a costituzione', ovvero quella che i giudici ordinari danno alle disposizioni legislative osservando il nuovo bilanciamento operato dalla Corte costituzionale. Le pronunce costituzionali entrano nel circuito giurisprudenziale oltre per la soluzione di casi analoghi a quelli risolti dalla Corte nei giudizi di costituzionalità, anche con riguardo alla definizione di determinati istituti giuridici e/o al loro inserimento in determinati settori dell'ordinamento giuridico. Le ricostruzioni spesso complete degli istituti giuridici da parte della Corte, infatti, agevolano non poco i giudici di merito impegnati nella risoluzione di arretrati di diversi anni. E, nel momento in cui questa convergenza argomentativa si riscontra nelle sentenze di un giudice superiore che esercita la funzione di nomofilachia, la funzione di collaborazione-costituzionale si rafforza ulteriormente cosicché l'intero ordinamento viene ad assumere una autorevolezza maggiore. E il processo, ovviamente, è possibile anche a parti invertite. Nel momento in cui la Corte costituzionale accoglie una particolare argomentazione offerta dalla Corte di Cassazione, ad esempio, quest'ultima ne esce rafforzata in autorevolezza e persuasività. Risultano perciò conseguiti pienamente i principi costituzionali della certezza del diritto e dell'uniformità di trattamento. Possiamo quindi giungere ad una nostra prima conclusione. Lo strumento dell'interpretazione conforme ci sembra difficilmente attuabile in tutti quei giudizi nei quali occorre applicare una disposizione di legge che contiene al suo interno un bilanciamento compiuto dal legislatore. La presunta incostituzionalità di tale 'composizione' dovrebbe sempre passare preliminarmente dalla Corte costituzionale. Ecco quindi che, in questi casi, quella che viene definita 'interpretazione conforme a costituzione' risulta possibile, a nostro parere, solo a patto che coincida con 'l'interpretazione conforme a costituzione data dalla Corte costituzionale'. Per quanto riguarda la possibilità di una maggiore 'costituzionalizzazione del sistema giustizia', questa può

efficacemente essere realizzata attraverso il dialogo tra corti con il fine di dare massima effettività alla Costituzione in ogni settore dell'ordinamento.

Rimane, tuttavia, un ulteriore tema da indagare circa la 'costituzionalizzazione del sistema giustizia'. Esso riguarda la seguente questione: quanto tempo è ragionevole aspettare prima di ottenere giustizia. All'interno del vasto scenario che offre l'interpretazione conforme a costituzione possiamo cercare una possibile, benché minima, risposta.

Ci proponiamo di esaminare una delle ipotesi che viene fatta rientrare nell'ampio spettro dell'interpretazione conforme anche se, a nostro parere, risulta peculiare e dovrebbe quindi essere tenuta distinta. Emblematico in questo senso è il caso Englaro. Questo risulta essere una composizione originaria di valori costituzionali, in quanto in materia l'ordinamento presentava lacune normative che l'autorità giudiziaria ha ritenuto opportuno, e a nostro avviso doveroso, colmare. Siamo sempre nell'ambito della giustizia distributiva che, ai giorni nostri, presenta questa tensione tra poteri politici dotati di rappresentanza democratica e poteri di garanzia. Tra questi due blocchi di potere occorrerà trovare l'equilibrio per l'affermazione e la garanzia dei diritti degli individui. Cerchiamo di mettere ordine nel vergognoso vociare intorno a questo delicato tema. A seguito della domanda del padre-tutore di interrompere l'alimentazione e l'idratazione forzata a cui la figlia era sottoposta da molti anni la Cassazione nel 2007 giunge, in mancanza di una disciplina specifica sul fine vita, ad una interpretazione sistematica-costituzionale, stabilendo le condizioni per l'interruzione del trattamento; nel 2008, invece, il decreto della Corte d'appello di Milano riscontrava le condizioni individuate dalla Cassazione dando esecuzione alla richiesta originaria del padre. A questo punto entra in campo la politica che, fino ad allora, non si era preoccupata di fare luce su questa grave lacuna normativa. Con la deliberazione di entrambe le camere, la maggioranza politica impugna davanti alla Consulta le due sentenze incriminate per conflitto di attribuzione, sostenendo la lesione, compiuta dall'autorità giudiziaria, delle attribuzioni legislative del Parlamento che si era visto modificare il sistema vigente senza aver potuto (sull'aver potuto/voluto tralasciamo) esprimersi in un senso o nell'altro. Davanti alla Consulta, quindi, si presenta l'occasione nitida di esprimersi su una questione politica, ovvero sulla ragionevole durata oltre la quale in un modo o nell'altro occorre 'dare giustizia'. Attraverso una ordinanza in camera di consiglio e

senza contraddittorio nella fase di ammissibilità, la Corte risponde in modo lapidario giudicando inammissibili i ricorsi delle camere, in quanto queste non possono avanzare, tramite il conflitto di attribuzione, disapprovazioni “al modo in cui la Cassazione ha selezionato ed utilizzato il materiale normativo rilevante per la decisione, [mentre] può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”<sup>36</sup>. Riassumendo la presa di posizione della Corte possiamo dire: il legislatore ha il diritto di predisporre gli strumenti normativi in grado di stabilire ciò che è giusto e ciò che non lo è. Il punto di equilibrio (legale) individuato dal legislatore deve essere comunque “adeguato”, cioè deve passare il vaglio della legittimità operato dalla Corte costituzionale. Il legislatore, però, ha anche il dovere di ‘dare giustizia’ e nel momento in cui si rifiuta di decidere la questione può essere risolta in via giurisdizionale. L’autorità giudiziaria in questo caso, infatti, ha permesso alle parti in causa di ottenere una risposta dall’ordinamento giuridico, mostrando come l’esigenza di giustizia non possa essere costantemente incanalata nei procedimenti formali dello Stato di diritto e come la giustizia possa giungere anche da un soggetto non legittimato democraticamente, in quanto occorre che ci sia un tempo ragionevole entro il quale soddisfare o meno le pretese inascoltate dalla politica.

Nel caso appena esaminato non rinveniamo alcuna operazione di interpretazione conforme a costituzione in senso stretto. Independentemente dalla conformità di tali sentenze a costituzione, abbiamo assistito, in virtù di una lacuna normativa, ad una vera e propria creazione giurisprudenziale che, risolvendo il caso concreto, ha posto in essere, in luogo del legislatore, un bilanciamento tra valori e principi costituzionali. È evidente che in queste questioni politica e diritto difficilmente risultano distinguibili tanto che la nostra conclusione può essere così formulata: è ‘ragionevole’ affermare che il principio di separazione dei poteri, se interpretato in maniera rigorosa, possa non portare alla soddisfazione di pretese legittime. In questi casi la collaborazione tra poteri democraticamente eletti e poteri di garanzia dovrebbe riuscire a trovare vie condivise di risoluzione. L’esito negativo di questo confronto può ‘ragionevolmente’ portare a soluzioni politiche giuste

---

<sup>36</sup> Corte costituzionale, ord. n. 334 del 2008.

anche in mancanza dei ‘politici’, passando necessariamente ‘dall’interpretazione conforme a costituzione fornita dalla Corte costituzionale’.

Da qui può nascere la proposta di valorizzare la componente politica della Corte costituzionale al fine di predisporre un confronto ad armi pari con il legislatore. Uno degli strumenti che potrebbe assolvere questo compito è rappresentato dal ricorso diretto alla Consulta da parte del singolo individuo. In realtà, l’introduzione di questo strumento è da tempo aspramente dibattuta in dottrina viste le enormi problematiche nei rapporti tra Corti che potrebbe provocare. Parte della dottrina infatti ritiene, più che legittimamente, che l’accesso del singolo al Tribunale costituzionale (sull’esempio di altri paesi dove è previsto come rimedio da attivare dopo l’esaurimento dei rimedi giurisdizionali ordinari), possa trasformare il giudice delle leggi in un quarto grado di giurisdizione rivolto contro l’autorità giudiziaria, in quanto lo renderebbe ‘controllore’ anche delle decisioni assunte in ultimo grado dalla giurisdizione comune e ritenute dal singolo cittadino lesive di un proprio diritto fondamentale. Il sistema, in definitiva, rischierebbe di non funzionare a causa del controllo della Corte o Tribunale costituzionale nei confronti del potere giudiziario rappresentato dalle supreme magistrature. Si verrebbe a creare l’effetto opposto rispetto a quello da noi auspicato, che va nella direzione di un reciproco scambio argomentativo tra le corti all’interno dell’ordinamento, in grado di giungere a una ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento in maniera più celere e rigorosa. Tuttavia bisogna segnalare la situazione odierna dei rapporti tra le corti, adeguando la teoria al tempo presente.

Il nostro ordinamento diverge sostanzialmente rispetto a quelli nei quali la Corte suprema svolge non solo la funzione di nomofilachia ma controlla anche la costituzionalità delle leggi: la Corte suprema statunitense, ad esempio, è organo di vertice sia per l’interpretazione del diritto federale, sia per la soluzione delle questioni di costituzionalità. Tralasciamo la parentesi che riguarda il periodo anteriore all’istituzione della Corte costituzionale avvenuta nel 1956. In tale fase, infatti, il controllo di costituzionalità era esercitato in forma diffusa dai giudici comuni, per cui la Corte di cassazione svolgeva un ruolo simile a quello della *Supreme Court* americana. Quando la Corte costituzionale inizia ad operare, nell’ordinamento italiano si creano due organi di vertice con competenze differenti: da una parte il controllo di

costituzionalità affidato alla Corte costituzionale e, dall'altra, il compito di individuare l'esatta interpretazione della legge attribuito alla Cassazione. La distinzione, però, risulta difficilmente praticabile perché la Consulta, impegnata nel controllo di costituzionalità, non può esimersi da un preventivo controllo circa l'interpretazione delle disposizione oggetto del sindacato costituzionale. Affinché la separazione delle competenze funzionasse, perciò, si affermava che il controllo da parte della Corte costituzionale dovesse riguardare il diritto vivente consolidato attraverso le interpretazioni costanti della Cassazione. La disposizione di legge, quindi, doveva aver subito precedentemente la trasformazione in diritto vivente ad opera della suprema magistratura ordinaria. Questo meccanismo funzionò fino a quando tra la rimessione alla Corte della questione di costituzionalità e la sua pronuncia trascorrevano pochi anni, per cui vi era la possibilità, per una legge da poco entrata in vigore, dell'intervento della Cassazione. A partire dal 1988-1989, sotto la presidenza Saja, la Corte costituzionale è riuscita a eliminare le numerose questioni pendenti di arretrato, liquidando le questioni 'meno importanti' con lo strumento della manifesta infondatezza o inammissibilità. Oggi la Corte riesce in media a pronunciarsi entro pochi mesi dalla rimessione della questione con la conseguenza che, riguardo alle leggi appena entrate in vigore, si trova a dover deliberare anche senza che si sia formato un indirizzo interpretativo da parte della Cassazione. Per ricomporre l'equilibrio infranto, quindi, si tende oggi a valorizzare la tecnica dell'interpretazione conforme a costituzione da parte dei giudici comuni, con la quale la Corte costituzionale chiede a questi ultimi di rimettere la questione solo quando non sia possibile dare alla legge una interpretazione conforme a costituzione ed evitare dunque una presunta incostituzionalità della disposizione legislativa.

La necessità che abbiamo sottolineato in precedenza, per la quale l'interpretazione conforme a costituzione, in ogni caso, deve essere a sua volta 'conforme a quella della Corte costituzionale', ci permette di affermare che il ricorso diretto potrebbe porsi come uno strumento utile affinché la Corte costituzionale possa effettivamente svolgere il compito di organo di chiusura dell'ordinamento, concludendo le operazioni interpretative dei giudici comuni.

Possiamo allora analizzare più nello specifico, con l'ausilio della comparazione, il meccanismo di ricorso diretto e la necessità di introdurre

dei 'filtri'

## 2.1 IL RICORSO DIRETTO

Risulta complicato dare una definizione generale di ricorso diretto poiché esso assume, in ogni ordinamento nel quale è configurato, forme e contenuti differenti che cercano di adattarsi alla natura del sistema di giustizia costituzionale e che risentono in modo incredibile della 'storia costituzionale' di quel determinato paese. Possiamo allora analizzare separatamente almeno due delle esperienze di giustizia costituzionale più significative che prevedono lo strumento del 'ricorso diretto'.

Nel sistema tedesco il ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*), costituzionalizzato nel 1969, offre, senza effetto sospensivo automatico, l'accesso diretto alla giurisdizione costituzionale. "Il ricorrente deve non solo individuare un atto o un comportamento omissivo (oggetto) e il diritto fondamentale (parametro), ma dalla motivazione del ricorso devono risultare anche gli altri requisiti di ammissibilità, in particolare deve almeno delinearsi la 'possibilità' di una violazione dei diritti fondamentali"<sup>37</sup>. Risultano fondamentali le argomentazioni con le quali il ricorrente si rivolge al Tribunale costituzionale federale individuando i requisiti di ammissibilità, alcuni dei quali presentano confini difficilmente tracciabili, che si possono porre in tensione con il principio di certezza del diritto:

1) chiunque sia titolare di diritti fondamentali può agire attraverso un ricorso costituzionale. Questo primo requisito scopre il fianco a plurime interpretazioni. Cosa sono i diritti fondamentali? Sono quelli affermati in Costituzione o anche quelli che da questa si ricavano implicitamente? Sono ricompresi anche i diritti sociali?

2) qualunque atto (o omissione) di un potere pubblico può essere oggetto del ricorso, purché sia idoneo a produrre effetti nei confronti del ricorrente. L'atto o l'omissione possono essere imputabili ad ogni tipo di potere, purché sia governato dalla Legge fondamentale cosicché l'oggetto del ricorso può essere costituito da norme o atti concreti di natura giurisdizionale e amministrativa. Tuttavia anche questa puntualizzazione

---

<sup>37</sup> J. Luther, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), tomo I, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, p.189.

porta a porci alcune domande. In un sistema costituzionale che si fa sempre più complesso, infatti, c'è la possibilità che alcune autorità che svolgono una funzione a dir poco rilevante (pensiamo ad esempio a tutte le c.d. Autorità amministrative indipendenti) possano non essere istituite con una legge costituzionale o modificando direttamente la stessa Costituzione. In questi casi la presunta violazione (soprattutto sul versante della mancanza di tutela, ovvero nel caso di omissione) di diritti fondamentali resterebbe fuori dalla tutela offerta dal ricorso individuale. Tuttavia questo requisito di ammissibilità permetterebbe alla Corte costituzionale (e permette, in questo caso, al Tribunale costituzionale federale) di verificare l'interpretazione conforme a costituzione operata dai giudici comuni. Nell'ordinamento tedesco, infatti, “un atto concreto può essere impugnato perché applica norme incostituzionali o si basa sull'interpretazione incostituzionale di una norma di per sé legittima se interpretata alla luce della Costituzione [...]”. Nel primo caso il ricorso si rivolge direttamente contro l'atto applicativo e indirettamente anche contro la legge. Nel secondo caso, il ricorso può estendersi a tutti gli atti amministrativi e giurisdizionali basati sull'interpretazione contestata”<sup>38</sup>, cosicché la presunta interpretazione conforme a costituzione posta in essere dal giudice comune dovrà trovare il riscontro della legittimità nell'interpretazione del Tribunale costituzionale federale.

3) ogni diritto fondamentale e ogni altro diritto costituzionale espressamente equiparato può essere parametro. Questo parametro cerca di esplicitare, senza riuscirci, il primo. È praticamente impossibile stilare una lista dei diritti fondamentali. La formulazione ‘ogni diritto espressamente equiparato’, inoltre, non specifica a chi appartenga il compito di questa equiparazione espressa. Nel caso in cui il Tribunale costituzionale federale potesse esprimere una simile equiparazione, il diritto in questione sarebbe ‘espressamente affermato’ solo nel momento della risoluzione della controversia costituzionale sollevata. E, infatti, “[I]nterpretando il ‘diritto al libero sviluppo della propria personalità’[...] come garanzia di una ‘libertà generale dell'agire’[...], limitata solo dai diritti altrui, dalla legge morale e da norme appartenenti ad un ‘ordinamento conforme a Costituzione’, la giurisprudenza ha consentito [...] una forte dilatazione dei parametri”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> J. Luther, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 190.

<sup>39</sup> J. Luther, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 190.

4) il ricorrente deve avere un interesse proprio, attuale e immediato.

5) devono essere esaurite le vie legali ordinarie. Il ricorso ha quindi natura di rimedio straordinario con il fine di un giudizio costituzionale che si basi su uno spettro sufficientemente ampio di argomentazioni già ricostruito. Questo parametro di ammissibilità ha i suoi pregi e i suoi difetti. Difetti: rischia di instaurare una ‘guerra tra corti’ nel momento in cui il Tribunale costituzionale non ritenga sufficientemente complete o corrette le argomentazioni dei giudici supremi. Pregi: l’accoglimento delle argomentazioni delle magistrature ordinarie potrebbe portare, nel rispetto dei relativi ruoli, ad una ‘concretizzazione’ dei principi costituzionali condivisa e rispettosa, in buona misura, del principio di certezza del diritto. La ‘straordinarietà’ di tale rimedio, nell’ordinamento tedesco, tollera due eccezioni. “La prima premia il ricorso dotato di un ‘significato generale’, misurato in genere nel numero dei cointeressati e dei casi pendenti, ma anche nel carattere non soltanto locale della questione. La seconda premia il ricorrente cui una decisione in ritardo recherebbe uno ‘svantaggio grave e irrimediabile’, misurato in genere anche nel rango dei diritti coinvolti”<sup>40</sup>. Soprattutto per quanto riguarda la seconda eccezione il Tribunale costituzionale si pone come garante ultimo dei diritti nel caso concreto.

6) devono essere rispettate le forme e i termini.

Possiamo quindi riassumere giungendo ad alcune conclusioni. I parametri di ammissibilità del ricorso costituzionale individuale sono suscettibili di interpretazioni ampie che collidono con il principio di certezza del diritto. Questo essenzialmente per due ragioni. È tecnicamente difficile riuscire a dare definizioni complete ed esaurienti circa le tematiche che necessitano comunque, al momento della risoluzione del caso concreto, di un’interpretazione giurisprudenziale. La genericità di alcuni requisiti, in secondo luogo, può essere voluta. Con quest’affermazione intendiamo dire che l’elasticità dei parametri di ammissibilità consente al Tribunale costituzionale di intervenire, dilatando l’interpretazione letterale, quando lo ritiene opportuno, ovvero nel momento in cui la controversia sollevata rivesta una importanza fondamentale o ritenuta tale nell’opinione pubblica o all’interno delle istituzioni politiche. Il ‘filtro’ più importante che può avere un Tribunale costituzionale è quindi la sua volontà ‘politica’ di intervenire

---

<sup>40</sup> J. Luther, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 191.

all'interno dei dibattiti pubblici cercando di 'costituzionalizzare l'ordinamento' attraverso le sue scelte che, nonostante possano essere considerate da più parti e sotto molteplici aspetti propriamente 'politiche', dovranno comunque corrispondere a criteri di razionalità intrinseca che saranno attentamente ispezionati e contestati dalla società civile e dagli organi politici. La critica e il consenso fanno parte del diritto e, soprattutto, della politica. All'interno della comunità anche la Corte (o Tribunale costituzionale) può svolgere questo delicato compito, con lo scopo di "allargare il contraddittorio a soggetti rappresentativi di una società aperta di interpreti della Costituzione e di sviluppare un'interpretazione sistematica della Costituzione in un dialogo aperto con il legislatore, con le altre giurisdizioni e con la dottrina"<sup>41</sup>. Il dibattito generale ne trarrebbe sicuramente vantaggio e ricchezza in termini di argomentazioni e ragionamenti giuridici e 'meta-giuridici'. I problemi, comunque, restano. "La tendenza ad un aumento costante della domanda di giustizia costituzionale formulata tramite il ricorso costituzionale individuale – peraltro non smorzata dalle numerose riforme operate sui filtri e rafforzata dopo la riunificazione della Germania – ma anche la critica dell'organizzazione interna dei lavori e la prassi estensiva dei controlli sugli atti giurisdizionali hanno alimentato un dibattito pubblico sui rimedi al sovraccarico del Tribunale costituzionale federale"<sup>42</sup>. Non è nostra intenzione chiudere gli occhi su questa problematica reale. Tuttavia, il 'sovraccarico di giustizia' sembra sia stato, in ogni epoca e in ogni ordinamento, un problema con il quale ci si è dovuti confrontare<sup>43</sup>. L'introduzione plausibile di un nuovo strumento giuridico non può essere accantonata in teoria; anch'essa – la teoria – ha bisogno di evolversi e per farlo ha bisogno di tempo. Occorre capire 'quanto' è tollerabile aspettare e se ci sia una consapevole volontà in tal senso.

Passando ora ad un altro ordinamento, quello spagnolo, il ricorso di 'amparo costituzionale' è previsto dalla Costituzione spagnola (art. 53, co. 2) a tutela di alcune libertà e diritti fondamentali espressamente indicati dalla

---

<sup>41</sup> J. Luther, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 197.

<sup>42</sup> J. Luther, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 197.

<sup>43</sup> "La garanzia maggiore sarebbe certamente quella di autorizzare un'*actio popularis*: il tribunale dovrebbe esaminare la regolarità degli atti soggetti alla sua giurisdizione, in particolare le leggi e i regolamenti, su domanda di chiunque. In questo modo, l'interesse politico alla eliminazione degli atti irregolari verrebbe senza dubbio soddisfatto nel modo più pieno. Non è tuttavia possibile raccomandare questa soluzione perché essa comporterebbe un pericolo troppo elevato di azioni temerarie ed il rischio di un intollerabile intasamento dei ruoli". H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 194.

stessa agli artt. da 14 a 3044.

“Vengono pertanto a trovare una tutela diretta attraverso lo strumento dell’*amparo* costituzionale quelli che sono stati definiti i diritti fondamentali e le libertà della prima e della seconda generazione (vale a dire le libertà classiche, ad eccezione di quella di proprietà), mentre risultano escluse quelle della terza generazione, in particolare i diritti sociali ed economici previsti negli artt. 31 ss. CE”<sup>45</sup>. A proposito degli atti ricorribili la LOTC, (*Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, art. 41, co. 2) parla di “disposizioni, atti giuridici o semplici comportamenti dei poteri pubblici statali o autonomi o degli altri enti pubblici di carattere territoriale, corporativo o istituzionale, come pure dei loro funzionari e dipendenti”. Nella espressione ‘atti dei poteri pubblici’ sono escluse, secondo l’interpretazione data dal *Tribunal*, solo le leggi e gli atti aventi forza di legge. Sono impugnabili, previo esaurimento della via giudiziaria, anche gli atti giuridici o comportamenti del governo statale e locale (art. 43 LOTC), oppure un atto o una omissione dell’autorità giudiziaria la quale produca in maniera “immediata e diretta” la violazione del diritto fondamentale (art. 44 LOTC). Quest’ultimo ricorso è subordinato a tre condizioni:

- a. che siano esauriti tutti i rimedi esperibili davanti alla giurisdizione ordinaria;
- b. la violazione del diritto fondamentale deve essere “immediata e diretta”;
- c. che durante il processo, nel primo momento utile, sia stato eccepito il diritto costituzionale che si suppone violato.

L’art. 162 della Costituzione spagnola dispone che tutte le persone fisiche<sup>46</sup> o giuridiche che abbiano un interesse legittimo, il difensore del

---

<sup>44</sup> In particolare: il principio di uguaglianza (art. 14); il diritto alla vita e all’integrità fisica e morale (art. 15); la libertà ideologica, religiosa e di culto (art. 16); la libertà e sicurezza personale (art. 17); il diritto all’onore, all’intimità personale e familiare ed alla propria immagine (art. 18, co. 1); la inviolabilità del domicilio e la segretezza delle comunicazioni (art. 18, co. 2 e co. 3); la libertà di residenza e di circolazione (art. 19); la libertà di manifestazione del pensiero, di creazione letteraria, artistica e scientifica, di insegnamento, di comunicare o ricevere liberamente informazioni veritiere da parte dei mezzi di comunicazione (art. 20); il diritto di riunione (art. 21) e quello di associazione (art. 22); il diritto di affari pubblici e di accedere, in condizioni di parità, alle cariche pubbliche (art. 23); il diritto di tutela giurisdizionale per i diritti e gli interessi legittimi (art. 24, co. 1); il diritto al giusto processo ed al giudice precostituito per legge (art. 24, co. 2); il diritto al principio di legalità (art. 25); il diritto all’educazione e la libertà di insegnamento (art. 27); la libertà di associazione sindacale ed il diritto di sciopero (art. 28); il diritto di petizione (art. 29); la libertà di obiezione di coscienza al servizio militare (art. 30).

<sup>45</sup> R. Romboli, R. Tarchi, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 354. Tra gli esclusi: il diritto alla proprietà privata, all’iniziativa economica, al lavoro, alla contrattazione collettiva, alla protezione sociale, economica e giuridica della famiglia, alla salute, alla assistenza sanitaria e previdenziale, alla tutela dei disabili e degli anziani, all’istruzione, all’ambiente, alla difesa dei consumatori.

<sup>46</sup> Nonostante l’art 53, co. 2 della CE e l’art. 41 LOTC si riferiscano espressamente al “cittadino”, lo strumento

popolo e il pubblico ministero hanno la legittimazione a proporre il ricorso di *amparo* costituzionale. Le condizioni di inammissibilità del ricorso sono:

1) assenza manifesta ed insanabile dei requisiti stabiliti dalla LOTC (artt. 41-46) per la presentazione del ricorso di *amparo* costituzionale oppure mancanza di giurisdizione o competenza del TC;

2) ricorso avente ad oggetto diritti e libertà fondamentali diversi da quelli tutelabili attraverso lo strumento dell'*amparo* costituzionale;

3) ricorso manifestamente carente di contenuto che giustifichi una decisione nel merito da parte del *Tribunal*. Anche qui siamo nel caso in cui il requisito di ammissibilità estremamente generico viene utilizzato dal *Tribunal* come un'arma a suo favore, evitando di esprimersi su casi meno importanti o in cui il danno materiale subito non sia quantitativamente significativo. Non a caso “si tratta dell'ipotesi cui maggiormente le Sezioni del *Tribunal* hanno fatto ricorso per dichiarare l'inammissibilità”<sup>47</sup>;

4) esistenza di un precedente del *Tribunal* che abbia già esaminato, negli stessi termini, il merito della questione, concludendo per il rigetto. Tuttavia questo requisito mal si concilia con la constatazione vista in precedenza per la quale anche un giudizio di costituzionalità risulta in definitiva estremamente ancorato al caso concreto sollevato dalla questione. Infatti, “si tratta di un'ipotesi non molto utilizzata dalla Sezione o dalla Sala, le quali hanno fornito un'interpretazione restrittiva della stessa, ritenendo di potervi far riferimento solo allorché si tratti di questioni assolutamente identiche in tutti i suoi presupposti”<sup>48</sup>.

La fase preliminare di ammissibilità, quindi, è estremamente ‘dura’ e la decisione di accoglimento, che ha efficacia *inter partes*, può avere (art. 55 LOTC) uno o più contenuti: dichiarazione di nullità della decisione o dell'atto ritenuti lesivi del diritto fondamentale, riconoscimento del diritto o libertà e/o, a seconda dei casi, reintegrazione del ricorrente nel suo diritto o libertà. Risulta quindi possibile che il giudice ordinario assuma la veste di ‘giudicato’ o ‘imputato’ in quanto l'accoglimento dell'*amparo* da parte del *Tribunal* risuona come una sanzione nei suoi confronti. Questa presunta causa, comunque, non può giustificare i comportamenti delle supreme

---

dell'*amparo* è usufruibile anche dallo straniero in quanto esistono diritti che appartengono alla persona in quanto tale e che quindi non dipendono dalla cittadinanza (come abbiamo visto a proposito della storicità e universalità dei diritti nel secondo capitolo).

<sup>47</sup> R. Romboli, R. Tarchi, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 361.

<sup>48</sup> R. Romboli, R. Tarchi, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 362.

magistrature spagnole che, a causa di questi conflitti, scarsamente utilizzano lo strumento della questione incidentale di costituzionalità, facendo lievitare il numero dei ricorsi di *amparo*. La collaborazione tra magistratura ordinaria e *Tribunal* dovrebbe avvenire nel rispetto dei ruoli e assicurando la soddisfazione di pretese legittime così come previsto dalla Costituzione spagnola. L'elevato numero dei ricorsi e il conseguente allungamento dei tempi di decisione hanno portato la dottrina spagnola a ripensare l'istituto dell'*amparo* e a cercare possibili soluzioni. Una parte della dottrina chiede di rafforzare la struttura organizzativa del *Tribunal* mentre l'altra, minoritaria, chiede l'abolizione dell'*amparo*. Quest'ultima, tuttavia, può escludersi dato che "l'*amparo* costituzionale può ritenersi ormai radicato nell'ordinamento costituzionale spagnolo e forte è la consapevolezza della sua utilità (o indispensabilità) per la tutela dei diritti fondamentali"<sup>49</sup>. Da una parte lo scontro tra le supreme magistrature e il *Tribunal* raffredda la 'lotta politica' tra il legislatore e il *Tribunal* stesso ma, dall'altra, rischia di allontanare il giudice costituzionale dal suo compito originario di controllore del legislatore portando, probabilmente, svantaggi maggiori alla tenuta complessiva dell'ordinamento costituzionale. Ecco che il legislatore spagnolo, con la *Ley orgánica* n. 6 del 24 Maggio 2007, ha ritenuto opportuno intervenire, introducendo nuovi filtri per l'accesso al *Tribunal*. In particolare, la legge stabilisce una nuova regolamentazione sull'ammissibilità del ricorso d'*amparo* e, nel contempo, concede ai tribunali ordinari più possibilità per controllare le violazioni dei diritti fondamentali:

– si inverte il giudizio di ammissibilità: si passa dalla prova dell'inesistenza di cause di non ammissibilità alla verifica dell'esistenza di una rilevanza costituzionale nel ricorso d'*amparo* formulato. "Il ricorrente deve sostenere e dimostrare che il contenuto del ricorso giustifica una decisione sul merito da parte del *Tribunal*, a causa del suo particolare rilievo costituzionale, della sua rilevanza per l'interpretazione costituzionale, per l'applicazione della Costituzione o per la sua generale efficacia"<sup>50</sup>. Il dato di partenza diviene, quindi, una presunzione di inammissibilità, dovendo il ricorrente indicare le ragioni per le quali il ricorso dovrà essere ammesso e

---

<sup>49</sup> R. Romboli, R. Tarchi, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Op. cit.*, p. 368.

<sup>50</sup> *Ley orgánica* 6/2007 de 24 mayo, por la que se modifica la *Ley Orgánica* 2/1979, de 3 de octubre, del *Tribunal Constitucional*.

in particolare la speciale rilevanza costituzionale.

– si introduce una nuova regolamentazione della questione interna di costituzionalità “per i casi in cui l’accoglimento dell’*amparo* abbia la sua origine nell’applicazione di una legge lesiva dei diritti o delle libertà pubbliche. In tali ipotesi la nuova disciplina impone di porre la questione al *Plenum*, con sospensione del termine per emettere la sentenza dell’*amparo*, in modo tale che la questione di incostituzionalità sarà risolta dal *Plenum* con un’ulteriore sentenza”<sup>51</sup>.

– si prevede una nuova disciplina del procedimento di nullità degli atti processuali. In particolare, “s’introduce una configurazione dell’incidente di nullità degli atti giudiziari molto più estesa, perché si consente che sia richiesto sulla base di qualsiasi violazione di uno dei diritti fondamentali di cui all’articolo 53. 2 della Costituzione, invece che sulla base dell’indifendibilità o dell’incongruenza della sentenza previste fino a quel momento”<sup>52</sup>. Tale disciplina ribadisce il ruolo della magistratura come prima garante dei diritti fondamentali, estendendo alla tutela di questi ultimi un istituto fino ad allora utilizzato solo per far valere vizi processuali. Si è inteso così consentire al giudice di rimediare egli stesso ai propri errori nella speranza che ciò significhi anche una diminuzione dei ricorsi di *amparo* per la presunta violazione dell’art. 24 della Costituzione spagnola (diritto di tutela giurisdizionale per i diritti e gli interessi legittimi e il diritto al giusto processo ed al giudice precostituito per legge). Questi, infatti, durante lo scontro frontale tra corti, tra il 1980 e il 1998, rappresentavano l’80,9% dei ricorsi totali al *Tribunal* attraverso l’*amparo* costituzionale<sup>53</sup>.

Possiamo allora, a seguito della riforma del 2007, giungere a delle considerazioni aggiuntive rispetto al modello tedesco. I dibattiti dottrinali intorno al tema dell’*amparo* riguardano, in particolare, la sua ‘oggettivizzazione’ all’interno dell’ordinamento spagnolo. Bisogna comprendere se, a seguito della riforma, l’*amparo* possa essere considerato

---

<sup>51</sup> *Ley orgánica 6/2007 de 24 mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.*

<sup>52</sup> *Ley orgánica 6/2007 de 24 mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.*

<sup>53</sup> “Il principio di uguaglianza è stato richiamato nel 24,2% dei ricorsi e solamente nel 15,9% dei casi la domanda di *amparo* si è fondata sulla presunta violazione di differenti diritti o libertà. La somma delle percentuali [...] è superiore a 100, in quanto vari ricorsi lamentano la violazione di più di un diritto fondamentale” R. Romboli, R. Tarchi, *Op. cit.*, p. 355.

uno strumento di controllo oggettivo della legge con la finalità dell'eliminazione di leggi contrastanti con principi costituzionali oppure se, nonostante la riforma, occorra considerarlo come uno strumento incentrato direttamente sulla difesa dei diritti fondamentali. Centrale risulta l'interpretazione del *Tribunal* che, con la sent. 155/2009, ha cercato di 'concretizzare' il principio della 'speciale rilevanza costituzionale'. Il *Tribunal* ha intenzionalmente razionalizzato il forte potere discrezionale che aveva assunto a seguito di requisiti di ammissibilità piuttosto generici, elencando sette ipotesi di 'speciale rilevanza costituzionale':

1. il caso in cui la denunciata violazione faccia riferimento ad un problema o ad un aspetto relativo ad un diritto fondamentale, rispetto al quale non esiste una giurisprudenza costituzionale;

2. il caso in cui il ricorso offra al *Tribunal* la possibilità di mutare la propria giurisprudenza;

3. il caso in cui la supposta violazione di un diritto fondamentale viene fatta derivare direttamente da una legge o da altra disposizione di carattere generale;

4. il caso in cui si sia formata in giurisprudenza un'interpretazione seguita in maniera costante e consolidata, la quale è considerata dal *Tribunal* contraria alla Costituzione, valutando necessaria una diversa interpretazione conforme.

5. il caso in cui la denunciata violazione di un diritto fondamentale viene fatta derivare dal fatto che l'interpretazione del *Tribunal* non è uniformemente seguita dai giudici comuni o esistono decisioni contraddittorie, sia perché viene seguita una interpretazione diversa da quella data dal *Tribunal*, sia perché questa è fatta propria da alcuni, ma non da altri;

6. il caso in cui la supposta violazione di un diritto fondamentale viene fatta derivare dal fatto che il giudice è manifestamente venuto meno all'obbligo di seguire l'interpretazione indicata dal *Tribunal*;

7. il caso in cui il problema posto, al di là del fatto specifico, solleva una questione giuridica di rilevanza sociale o economica o politica generale.

L'analisi di questi requisiti risulta essenziale per comprendere come la sua componente politica sia irrinunciabile. Con l'ultima ipotesi il *Tribunal*, infatti, sembra proprio riservarsi uno spazio discrezionale per entrare nel dibattito politico. Non solo. Queste ipotesi tendono anche a ridisegnare i

rapporti tra il *Tribunal* e la magistratura ordinaria, “riservando al primo solo un intervento di controllo e di garanzia a carattere eccezionale per i casi nuovi, più difficili o di interesse generale e favorendo una maggiore e più incisiva funzione dei giudici comuni e quindi una ‘maggiore diffusione’ della tutela costituzionale dei diritti fondamentali”<sup>54</sup>. Come sostiene Romboli, questo fenomeno richiama da vicino l’esperienza italiana dell’interpretazione conforme a costituzione della quale abbiamo parlato in precedenza (con alcune riserve importanti). Ecco che la nostra comparazione con l’ordinamento spagnolo risulta pertinente in quanto ci mostra come, in un paese dove è presente lo strumento del ricorso diretto, si sia riusciti, nonostante gli inevitabili problemi ovviamente, a incanalare l’interpretazione dei giudici comuni verso il controllo del *Tribunal*, attribuendo a quest’ultimo il ruolo di giudice ‘ultimo’ capace di indicare l’interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della stessa. Inoltre, “possiamo [...] ritenere che il *Tribunal*, riservando a se medesimo il ruolo di fornire le indicazioni interpretative generali in ordine ai diritti fondamentali amparabili, si è anche preoccupato che queste indicazioni siano effettivamente e praticamente seguite dagli operatori giuridici ed *in primis* dai giudici, qualificando come ‘speciale rilevanza costituzionale’ l’ipotesi in cui ciò non avvenga e ponendo così le premesse perché il *Tribunal* possa tornare sul punto ribadendo, e facendo valere anche nel caso specifico, il proprio orientamento”<sup>55</sup>, trovando, in conclusione, una via mediana che contempera l’aspetto oggettivo di tutela della Costituzione e quello soggettivo di tutela dei diritti. “Nel nuovo *amparo* il ricorrente viene in qualche misura ad assumere la veste di soggetto che rappresenta anche una situazione “tipica”, accanto a quella personale, sia che la stessa venga ritenuta utile ed utilizzata per esprimere una nuova ed innovativa giurisprudenza del *Tribunal*, sia che invece si debba solamente ribadire una giurisprudenza già elaborata e consolidata, ma non rispettata dal giudice o da altro soggetto pubblico”<sup>56</sup>. Lo strumento del ricorso diretto potrebbe, in buona misura, arginare il problema delle ‘zone d’ombra’, ovvero di quelle

---

<sup>54</sup> R. Romboli, La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. “oggettivizzazione” dell’*amparo* costituzionale in Spagna: un’analisi comparata con l’esperienza italiana, Relazione al Seminario *de Derecho y Jurisprudencia*, organizzato dalla *Fundación colloquio juridico europeo*, Madrid, 12 novembre 2009, in V. Barsotti e G. Tarli Barbieri, Corso di giustizia costituzionale comparata (materiali), a.a. 2010/2011, p. 15.

<sup>55</sup> R. Romboli, La protezione dei diritti fondamentali, cit., p. 15.

<sup>56</sup> R. Romboli, La protezione dei diritti fondamentali, cit., p. 9.

situazioni difficilmente aggredibili dalla Consulta<sup>57</sup>. Inoltre, l'introduzione di un meccanismo capace di incidere, oltre che sulle leggi incostituzionali sul tema dei diritti, permetterebbe alla nostra Corte un confronto molto più produttivo con le Corti europee. L'importanza di questa collaborazione sarebbe anche meramente persuasiva. Il dibattito tra Corti e tra queste e il legislatore su determinati temi di rilevanza generale (si pensi ad esempio alle convivenze di fatto o ai matrimoni tra omosessuali) avrebbe la conseguenza, da non sottovalutare, di accendere gli animi dell'opinione pubblica che potrebbe svolgere una funzione di primo piano, spingendo verso una collaborazione tra la politica e il garante della Costituzione.

## 2.2 CITTADINO E DOMANDA.

Nell'esaminare i diversi scenari che vedono coinvolti i magistrati ordinari, oltre che la Corte costituzionale, è possibile affermare che, allo stato attuale, l'incertezza dell'interpretazione conforme a costituzione e l'assenza di uno strumento di raccordo reale tra le diverse pronunce mette il singolo cittadino in una condizione di generale incertezza sulle sorti del processo. La figura dell'avvocato stesso rischia di rimanere incagliata nel succedersi di pronunce provenienti da organi differenti con difficoltà ad inquadrare la materia in modo chiaro e definitivo. Lo strumento del ricorso diretto è ovviamente solo uno degli esempi che possono essere fatti per fare emergere le problematiche di un sistema che, oltre a violare incredibilmente il principio di ragionevole durata dei processi, rischia di lasciare cadere nel vuoto anche quello della certezza del diritto. La conseguenza, inevitabilmente, si trasformerebbe nella impossibilità per i diversi operatori giuridici di poter svolgere il proprio lavoro in maniera efficace e convincente. Il riparo stesso che il cittadino dovrebbe trovare nel sistema giustizia viene compromesso in assenza di un quantomeno apparente rispetto dei principi di ragionevole durata, uniformità e certezza del diritto e della giustizia stessa. Questo, evidentemente, è una possibilità reale che può veder coinvolto il singolo cittadino nel momento in cui, rivolgendosi ad un tribunale, chiede il rispetto di determinati obblighi violati e una generale applicazione della legge. Altrettanto interessanti, tuttavia, risultano i casi in cui il 'riparo' del cittadino

---

<sup>57</sup> "Bisognerebbe però attribuire alla giurisdizione costituzionale anche il controllo di costituzionalità dei semplici regolamenti di esecuzione". H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 178.

non corrisponde ad una esigenza di tutela ex post ma, bensì, ad una richiesta di giustizia che non trova nel testo della legge alcun tipo di garanzia. Abbiamo cercato di delineare anche questo tipo di problematica occupandoci del caso Englaro e di come la richiesta di tutela e giustizia sia intervenuta senza l'intermediazione della legge ma attraverso quella del giudice che si è interposto tra l'esigenza di ascolto del cittadino e il silenzio del legislatore.

Qui la domanda alla quale avevamo promesso di rispondere all'inizio di questo lavoro fa sorgere l'altra questione direttamente collegata: quanto tempo è 'ragionevole' aspettare prima di ottenere giustizia?.

In altre parole, come è possibile risolvere quei casi nei quali il cittadino si trova di fronte ad un sostanziale vuoto normativo che, singolarmente, non è certamente in grado di colmare. Anche qui sarà doveroso notare l'estrema importanza della Corte costituzionale e lo strettissimo legame che vi è tra qualunque tipo di questione giuridica e le controversie costituzionali.

### 2.3 IL RICORSO PER OMISSIONE

Il giudice costituzionale, in teoria, agisce secondo la formulazione Kelseniana del 'legislatore negativo'. "Tutte le considerazioni politiche che dominano il problema della formazione dell'organo legislativo non sono infatti in gioco quando si tratta dell'annullamento delle leggi. E qui si manifesta la distinzione tra formazione e semplice annullamento della leggi. L'annullamento di una legge avviene essenzialmente in applicazione delle norme della costituzione: manca qui del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa. Mentre il legislatore è vincolato dalla costituzione solo per ciò che riguarda il procedimento ed in modo del tutto eccezionale per quanto attiene al contenuto delle leggi da emanare, e solo mediante principi o direttive generali, i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla costituzione. E proprio per questa funzione somiglia a quella di un qualunque altro tribunale; essa è principalmente applicazione e solo in

misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisdizionale”<sup>58</sup>. Abbiamo visto come, in realtà, non sia proprio così. E la presenza in alcune Costituzioni del ricorso per omissione giustifica questa nostra tesi. Con tale strumento, infatti, si tengono presenti le ipotesi nelle quali le istanze della Costituzione possano risultare violate dall’inerzia delle autorità tenute all’attuazione delle disposizioni costituzionali. L’art. 283 della Costituzione portoghese prevede il ricorso per omissione con il quale si intende sanzionare il “non rispetto della Costituzione per omissione delle misure legislative necessarie per rendere esecutive le norme costituzionali”. Sgombriamo subito il campo da alcuni possibili equivoci. La nostra trattazione di questo tema non ha come scopo quello di suggerire, all’interno dell’ordinamento italiano, l’introduzione di tale strumento giuridico. Ci permettiamo soltanto di ampliare la ‘visuale interpretativa della Costituzione’ facendo riferimento ad alcune esperienze straniere che, a nostro parere, sono in linea teorica conformi a quanto abbiamo sostenuto fino ad ora. Per un buona riuscita di queste nostre intenzioni dobbiamo necessariamente concentrarci sulla storia di ogni esperienza costituzionale. “Siffatta previsione [l’art. 283 Cost. portoghese], [...], è particolarmente opportuna in tale ordinamento, considerato il carattere in larga misura programmatico di molte delle disposizioni della Costituzione”<sup>59</sup>. Una delle caratteristiche principali di questa costituzione, infatti, è costituita dall’intento di organizzare e limitare il potere politico conformandolo attraverso l’imposizione di norme-obiettivo. Inoltre, all’interno della Costituzione portoghese troviamo un ampio catalogo di diritti nel quale sono affermati tra i ‘soliti noti’ quelli della ‘terza’ o ‘quarta generazione’, quali ad esempio il diritto alla protezione dei dati personali, la protezione dell’ambiente e la tutela dei consumatori. Questo porta la Costituzione portoghese ad essere ‘lunga’ (288 articoli) e ‘unitestuale’ cioè contiene al suo interno tutto ciò che in termini formali è costituzionale. Non ci sono, quindi, leggi di revisione della Costituzione al di fuori del testo costituzionale così come non esistono leggi costituzionali accanto alla Costituzione. I dubbi su questo particolare tipo di ricorso non sono pochi. In particolare si pone il problema di capire quando l’*interpositio legislatoris* si renda necessaria. I principi generali per i quali tale intervento sarebbe consentito, ovvero nel caso in cui la

---

<sup>58</sup> H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 174.

<sup>59</sup> L. Azzena, in in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), tomo II, *Op. cit.*, p. 276.

Costituzione imponga al legislatore di intervenire<sup>60</sup> o l'ipotesi in cui la Costituzione pone un principio che necessita la concretizzazione del legislatore<sup>61</sup>, appaiono lontani da una rigorosa elencazione delle modalità di intervento da parte dell'organo di giustizia costituzionale. A tal proposito la stessa giurisprudenza costituzionale ha cercato di mettere ordine, delineando alcune condizioni di ammissibilità:

- 1) occorre che vi sia un obbligo costituzionale di legiferare specifico e chiaramente definito;
- 2) non deve essere in atto un procedimento legislativo volto all'adempimento;
- 3) non sia riconosciuto al legislatore un ampio margine di discrezionalità nei tempi di intervento;
- 4) la norma costituzionale non deve produrre effetti indipendentemente dall'intervento legislativo.

Il diritto di ricorrere al Tribunale costituzionale è riconosciuto:

- a) al Presidente della Repubblica, nella veste di garante del "funzionamento regolare delle istituzioni democratiche" (art. 120 Cost.);
- b) al *Provedor de Justiça*, sollecitato inoltre dai cittadini in riferimento sia alle azioni che alle omissioni dei poteri pubblici (art. 23 Cost.);
- c) ai Presidenti delle Assemblee regionali quando l'omissione coincida con una violazione dei diritti costituzionalmente garantiti delle Regioni autonome.

La decisione del Tribunale è meramente dichiarativa in quanto il compito affidatogli dalla Costituzione (art. 283, co. 2) gli impone di verificare la sussistenza di un'ipotesi di incostituzionalità per omissione e di informare l'organo competente. Il *Tribunal*, quindi, non può sostituirsi al legislatore emanando le norme necessarie né formulare alcun tipo di raccomandazione all'organo competente. Il rischio, in parole povere, è quello di una sostanziale inutilità di questo strumento. È possibile constatare, tuttavia, la volontà di contenere questo ricorso al fine di preservare il principio di separazione dei poteri. La Costituzione del 1976, infatti, consentiva quantomeno al Consiglio della Rivoluzione di formulare principi guida da

---

<sup>60</sup> Ad esempio, "la legge determina le modalità di partecipazione delle associazioni di professori, alunni e genitori, delle collettività locali e delle istituzioni a carattere scientifico nella definizione delle politiche di insegnamento" Art. 77 Costituzione portoghese.

<sup>61</sup> Ad esempio, "il diritto alla protezione della salute è realizzato dalla creazione di un servizio sanitario nazionale universale, generale e [...] tendenzialmente gratuito [...]" (art. 64, co. 2, Costituzione portoghese).

suggerire al legislatore inadempiente. In questi termini, potremmo dire, risultano molto più efficaci le ‘nostre’ pronunce additive di principio con le quali la Corte costituzionale rimette al legislatore la discrezionalità della ricerca delle soluzioni idonee non rinunciando, però, a censurare l’omissione legislativa e chiedendo poi al giudice di applicare il principio individuato nei casi concreti, senza passare, se non quando necessario, attraverso il giudizio di costituzionalità. Questo è vero ma il principio alla base dell’istituto è completamente diverso. Attraverso il ricorso per omissione, infatti, si intende censurare in modo netto l’inadempimento di un’obbligazione di legiferare che la Costituzione impone al legislatore, mettendo in evidenza l’insufficienza di quest’ultimo a ‘dare giustizia’ in un periodo ragionevole di tempo. Nel caso dell’additiva di principio, invece, il ricorso è ammesso perché si dirige contro un atto positivo del legislatore, anche se parziale. Tuttavia, in questi casi, l’oggetto del controllo non è tanto l’omissione intesa come inadempimento, quanto il fatto che la disposizione scritta, tacendo su alcuni punti, nega qualcosa a qualcuno. La Corte estende la norma vigente rimuovendo un ostacolo per la sua applicazione a certe categorie escluse. Ovviamente la diversità di prospettive dipende dalle tecniche di controllo utilizzate: mentre la Costituzione portoghese (come quella ungherese e brasiliana) prevedono un controllo astratto, il controllo della Corte costituzionale italiana si verifica in occasione dell’applicazione di una legge. La Consulta, in conclusione, non sindacava l’omissione del legislatore ma il risultato di una norma che presenta ‘lacune’ censurabili dalla stessa che, individuando il principio ‘mancante’, evita la dichiarazione di incostituzionalità.

Il controllo per omissione dunque dipende dalle caratteristiche intrinseche della stessa Costituzione. Non è sufficiente, infatti, la mera inerzia del legislatore, ma è necessario che la Costituzione gli imponga un dovere di legiferare. L’art. 3, co. 2, della nostra Costituzione impone a tutta la Repubblica (legislatore compreso) “il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Come considerare questa norma? Sarebbe censurabile attraverso il meccanismo di un ipotetico controllo astratto per omissione? Il requisito di ammissibilità della oggettiva

violazione della *lex superior*, previsto dal ricorso per omissione, prevede che ci sia una lesione effettiva della previsione costituzionale scaturente dall'inattività del legislatore. Ecco che, secondo parte della dottrina, il 'ricorso per omissione' risulterebbe più agevole senza un controllo astratto scollegato all'applicazione e interpretazione della regola giuridica al caso concreto. Il principio di uguaglianza sostanziale, e i diritti sociali che ne compongono la dimensione principale, devono sempre fare i conti con i mezzi necessari alla loro realizzazione. Il bilanciamento ulteriore che si trova a dover comporre il legislatore, dunque, non riguarda solo i principi costituzionali ma anche quello in cui una parte del rapporto è costituito dall'elemento delle risorse finanziarie disponibili. Una verifica della Consulta su questo particolare bilanciamento comporterebbe una 'contabilizzazione della Corte' che verrebbe ad assumere la funzione di 'ragioniere costituzionale'. Pensiamo che questa sia una pista poco percorribile. Tuttavia, il problema resta soprattutto per quanto riguarda i 'diritti civili', quali le numerose aspettative di giustizia richieste dagli omosessuali e da tutti coloro che richiedo l'affermazione della propria identità di genere, la tutela delle coppie di fatto e via dicendo. In tutti questi casi emerge una delle caratteristiche fondamentali del ricorso per omissione: il periodo di tempo ragionevole. Il giudizio di incostituzionalità per omissione, infatti, si traduce in un giudizio sopra il tempo, nel quale il legislatore non può dilatare l'incarico datogli dalla Costituzione (nei nostri esempi la Costituzione, espressamente, non dice nulla, ma sarebbe ovviamente tutto ricavabile da una lettura costituzionalmente orientata ed evolutiva che scaturisca dalla dignità della persona e dal suo pieno sviluppo umano), indipendentemente dal fatto che questa non abbia espressamente indicato lo spazio temporale 'ragionevole' per un suo adempimento.

Lo strumento dell'additiva di principio trova da una parte un punto di equilibrio fra l'esigenza di rimediare all'inerzia del legislatore e la salvaguardia delle prerogative del potere legislativo e, dall'altra, non aggiunge alla disposizione una norma precisa bensì un principio, consentendo ai giudici di farvi riferimento fino a quando il legislatore nella sua discrezionalità non intervenga a dettare una regola che specifichi il principio individuato dalla Corte o un diverso bilanciamento complessivo delle rispettive pretese collidenti in gioco. Siamo però tornati al punto di partenza in quanto si corre il rischio, come nel caso delle sentenze

meramente dichiarative del *Tribunal* portoghese, di risultare inefficaci verso il legislatore. La tutela dei diritti costituzionali si sposterebbe nelle aule giudiziarie correndo il rischio di un impoverimento del modello accentrato e di una interpretazione conforme a Costituzione a sua volta non in linea con quella della Corte costituzionale.

Se da una parte non appare più dubbia la possibilità di configurare un obbligo di intervento del legislatore nell'adempimento di vincoli imposti dalla Costituzione, dall'altra occorre fare attenzione all'operato della Corte che, senza uno strumento idoneo capace di censurare le omissioni del potere politico, rischia di sostituire pretese legittime di giustizia con uno spezzettamento della stessa all'interno delle aule dei tribunali ordinari, con violazione del principio di certezza del diritto e di uniformità di trattamento.

In attesa di meccanismi di 'ingegneria giuridica' più efficaci, una domanda pressante appare nella conclusione in modo ingombrante, senza essere accompagnata da una risposta esaustiva. Se non può essere imposto al legislatore un obbligo universale di regolare tutte le possibili situazioni del diritto e della vita di una comunità, significa che l'ordinamento ha delle lacune 'fisiologiche'. L'elevato numero di lacune, su intere discipline come quelle degli esempi precedenti, invece, è "patologico", nel senso che non si tratta più di una lacuna naturale ma di una omissione volontaria. Qui 'rinasce' la domanda: quanto tempo è 'ragionevole' aspettare prima di ottenere giustizia?

## 2.4 CONCLUSIONI E POTERE COSTITUENTE.

Penso sia complicato passare alla fase delle conclusioni con così tante finestre aperte che necessiterebbero di appositi singoli approfondimenti. Lo scopo di una trattazione del genere, anche un po' dispersiva probabilmente, ha avuto lo scopo di inquadrare le numerose necessità che la società italiana odierna si trova a dover affrontare. Una volta aperta una porta di tribunale, allora, i problemi, invece che iniziare a diminuire, cominciano a crescere e la teoria e la pratica giuridica trovano più di un motivo di scontro all'interno del quale il singolo cittadino si trova intrappolato. Insieme a lui, e questo forse è ancora più problematico, il giurista stesso che oggi non può più operare senza una adeguata preparazione teorica che gli permetta di ampliare la propria visuale connettendo più materie nella risoluzione di un

caso. Il diritto costituzionale tra tutte e, come abbiamo cercato di dimostrare, la dottrina della costituzione, diventano tappe obbligatorie per una efficace comprensione dei meccanismi argomentativi delle corti e dei possibili rapporti tra queste, sia sul piano nazionale che sovranazionale.

In un sistema che non occorre distruggere per farlo funzionare, abbiamo proposto strumenti utilizzati in altre costituzioni al fine di poter analizzare le possibilità di miglioramenti nel nostro sistema giuridico nazionale. Penso di aver agito onestamente mostrando affianco a questi buona parte delle complicità che potrebbero portare.

Tornando al cittadino, invece, che ovviamente non può entrare nella discussione singolarmente, la direzione da seguire, forse, potrebbe essere quella della comunione dei differenti problemi all'interno di associazioni e gruppi vari nei quali possono essere elaborati modelli e proposte per la comunità tutta. In particolare, di fronte ai numerosi casi di 'omissione', è il popolo tutto che dovrebbe 'ritrovare' la consapevolezza di essere il detentore del potere costituente. I meccanismi analizzati, benché senza una prolungata spiegazione, potrebbero essere in grado di creare all'interno della comunità quei contrasti tra poteri quali il legislatore e la Corte costituzionale che il popolo, in quanto detentore del potere costituente, potrebbe decidere, andando a svolgere fattualmente il compito di organo di chiusura del sistema giuridico, avendolo esso aperto ponendo in essere la costituzione. Questo ovviamente nelle materie e nei casi in cui sono in discussione decisioni fondamentali, quali gli esempi prospettati in precedenza, volti all'affermazione di diritti della persona, vero centro di interesse di tutto l' 'impianto costituzionale repubblicano.

Ecco allora che il principio della distinzione dei poteri potrebbe essere comunque rispettato attraverso procedimenti chiari volti all'introduzione delle decisioni popolari sulle questioni fondamentali. Lo sviluppo delle nuove tecnologie non può lasciarci indifferenti. Esse possono permettere ampi spazi di manovra in grado di rivedere gli storici strumenti di democrazia diretta. Così sta avvenendo in altri paesi dell'Europa continentale e la paura non dovrebbe essere tanto quella di mettere in discussione posizioni consolidate quanto, piuttosto, quella di un popolo incapace di pretendere ed esercitare il proprio diritto all'autoconservazione.

## BIBLIOGRAFIA

Alexy R., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della teoria dei diritti fondamentali*, in La Torre M.-Spadaro A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002

–, *Concetto e validità del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995

–, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998

Azzena L., *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in Luther J., Romboli R., Tarchi R. (a cura di), tomo II, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000

Baldassarre A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997

Belletti M., *Il sistema di giustizia costituzionale portoghese*, in Mezzetti

- L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2009
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992
- Bobbio N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995
- , *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990
- , *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993
- , voce 'Principi generali del diritto', in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Utet, Torino, 1996
- Boncinelli V., *I valori costituzionali fra testo e contesto. Regole e forme di razionalità del giudizio costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007
- Calabrò G.P., *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralista*, Giappichelli, Torino, 1999
- Caretti P., De Siervo U., *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2006
- Caretti P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005
- Caserta M., *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Giappichelli, Torino, 2005
- Cassese A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1998
- , *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005
- Cheli E., *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996
- Chiarelli G., voce 'popolo', in *Novissimo digesto italiano*, vol. XV, Utet, Torino, 1976
- , voce 'sovranità', in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Utet, Torino, 1976
- Colaiani N., *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006
- D'Alessio G. (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979
- D'Aloia A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002

- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982
- Falzea A., *La costituzione e l'ordinamento*, in "Rivista di diritto civile", n. 3 1998
- Ferrajoli L., *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001
- , *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990
- Fioravanti M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- , *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999
- , *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2001
- , *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002
- , *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1993
- Fontana G., *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in Olivetti M.-Groppi T. (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003
- Galli C., *Genealogia della politica: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996
- Ghera F., *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003
- Gianformaggio L., *Gli argomenti di Perelman*, Giuffrè, Milano, 1973
- , *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986
- Gomes Canotilho J. J., *Il diritto costituzionale portoghese*, Giappichelli, Torino, 2006
- Grossi P., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010
- Hirschman A. O., *Come complicare l'economia*, Il Mulino, Bologna, 1988
- Hobbes T., *De cive*, Editori riuniti, Roma, 2001
- , *Leviatano*, Laterza, Bari, 2006
- Inglehart R., *La rivoluzione silenziosa*, Rizzoli, Milano, 1983
- Kant I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Bari, 1988
- Kelsen H., *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966
- , *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981

- La Torre M. - Spadaro A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002
- Lombardi Vallauri L., *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981
- , *Nera luce. Saggio su cattolicesimo e apofatismo*, Le Lettere, Firenze, 2001
- , *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Cedam, Padova, 2002
- Luther J., Romboli R., Tarchi R. (a cura di), tomo I e II, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000
- Magri T. (a cura di), *Il pensiero politico di Hobbes*, Laterza, Roma-Bari, 1994
- Mengoni L., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985
- Mill J. S., Taylor H., *Sull'uguaglianza e l'emancipazione femminile*, Einaudi, Torino, 2001
- , *La Libertà*, R.C.S. Quotidiani (Edizione speciale per Corriere della Sera), Milano, 2010
- Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001
- Paladin L., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995
- Paladin L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965
- Patrono M., *Studiando i diritti. Il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confini del (nostro) tempo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 172.
- Perelman Ch., *Il dominio retorico*, Einaudi, Torino, 1981
- , *Logica giuridica, nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979
- Perlingieri P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Scuole tendenze metodi. Problemi del diritto civile*, E. S. I., Napoli, 1998
- Pizzorusso A., *Sistema italiano e sistema portoghese di giustizia costituzionale tra 'Civil law' e 'Common law'*, in Pisaneschi A., Violini L. (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De'Santi*, Giuffrè, Milano, 2007
- Rawls J., *Lezioni di storia della filosofia politica*, Feltrinelli, Milano,

2012

Rodotà S., *La vita, le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006

Rousseau J. J., *Sull'origine dell'ineguaglianza*, Editori Riuniti, Roma, 2002

–, *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 1994

–, *Scritti autobiografici*, Einaudi, Torino, 1997

Ruggeri A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002

Salerno G.M., *I nostri diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2001

Sartori G., *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1987

Scaccia G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000

Schmitt C., *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare. Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2001

–, *Donoso Cortés*, Adelphi, Milano, 1996

–, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984

–, *Ex Captivitate Salus*, Adelphi, Milano, 1987

–, *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981

–, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008

–, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 2011

–, *Teoria del partigiano*, Adelphi, Milano, 2005

–, *Terra e mare*, Adelphi, Milano, 2011

Sciolla L., voce 'Valori' in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. VIII, Treccani, Roma, 1998

Zagrebelsky G. *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008

–, *Il "crucifige!" e la democrazia*, Einaudi, Torino, 2007

–, *Il diritto mite, legge, diritti, giustizia*, Giappichelli, Torino, 1992

–, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988







