Rivista di Diritto Costituzionale

2005

Rivista di Diritto Costituzionale

Rivista dell'Associazione «Gruppo di Pisa»

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 1996 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN 88-348-6345-3

Comitato di Direzione

A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (Coordinatore scientifico), C. Pinelli, G. Pitruzzella (Direttore responsabile), R. Romboli (Coordinatore scientifico), A. Ruggeri.

Comitato Scientifico

L. Aguiar de Luque, M. Ainis, V. Angiolini, E. Balboni, M. Baudrez, M. Bertolissi, E. Bettinelli, R. Bin, B. Caravita, P. Carrozza, L. Chieffi, P. Ciarlo, V. Cocozza, P. Costanzo, L. Diez-Picazo, A. Di Giovine, M. Dogliani, G. D'Orazio †, G.F. Ferrari, G.G. Floridia, S. Gambino, S. Grassi, F. Lanchester, S. Mangiameli, A. Manitakis, R. Nania, L. Pegoraro, A. Pisaneschi, M. Raveraira, P. Ridola, E. Rossi, S. Sicardi, R. Tarchi, R. Toniatti, L. Ventura, M. Volpi, A. Weber.

Comitato di Redazione, coordinato da S. Panizza

G. Campanelli, T. Checcoli, A. Di Capua, G. Famiglietti, T. Giovannetti, N. Pignatelli, G.C. Pinelli, A. Sperti, E. Stradella.

Registrazione presso il Tribunale di Torino n. 4928 del 5 luglio 1996.

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

Indice

pag.

Ricordo di Sergio Panunzio IX

I

I Saggi 1

Le guerre, la teoria del potere costituente e il bilanciamento tra valori costituzionali
di *Antonio Ruggeri* 3

Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza
di *Filippo Donati* 27

Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali
di *Emanuele Rossi* 51

Il soggetto privato di fronte alle «nuove» tecnologie: alcuni profili problematici
di *Marcella Fortino Silvestri* 97

Il giudice nazionale come giudice comunitario
di *Francisco Fernández Segado* 129

pag.

II

I Fatti 155

La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco
di *Anna Gragnani* 157

I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare
di *Nicola Pignatelli* 243

La ragionevole durata del processo e la legge Pinto
di *Federico Gambini* 309

La Commissione europea di fronte al Parlamento
di *Tommaso Giovannetti* 352

III

Il Forum – La riforma dell'ordinamento giudiziario 395
a cura di *Massimo Luciani, Roberto Romboli*

con interventi di: C. CHIOLA, A. PATRONO, N. ROSSI, C. SALVI

pag.

IV

I Libri

437

S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*
Recensione di *Alessandro Pizzorusso* 439

Replica dell'*Autore* 447

AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*
Recensione di *Francesco Paolo Luiso* 451

G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*
Recensione di *Giuseppe Ugo Rescigno* 454

Replica dell'*Autrice* 459

Ricordo di Sergio Panunzio

La commozione che ha accompagnato la scomparsa di Sergio Panunzio è stata profonda: raramente, nel nostro ambiente, si era assistito a tanto e tanto unanime cordoglio. Tutti abbiamo compreso, subito, di aver perduto un amico discreto, ma premuroso, una persona proba, un gentiluomo. Tutto questo ha reso terribilmente duro ricevere la notizia della Sua morte, pur paventata ormai da tempo.

Sergio, però, è stato anche uno studioso di diritto costituzionale, ed è in questa chiave che la nostra Rivista lo vuole ricordare. Uno studioso, va detto subito, di primissimo livello, di grande raffinatezza, di estremo rigore, di forte originalità di riflessione. L'amicizia può indurre a ricordare più la persona che il giurista, ma questo, se è comprensibile, non è del tutto giusto e sembra fare torto alle straordinarie qualità intellettuali di Sergio e al Suo pensiero. Un pensiero che abbiamo la fortuna di trovare *oggettivato* nei suoi numerosi scritti: sulla Corte costituzionale, sulle fonti, sui diritti fondamentali, sul referendum, da ultimo sull'integrazione europea. Continueremo a studiarti, Sergio, continueremo a confrontarci con le Tue opinioni, e questo, con la salda memoria della Tua amicizia, Ti terrà ancora vivo, oltre che nei nostri cuori, nelle nostre menti.

I

I SAGGI

Le guerre, la teoria del potere costituente e il bilanciamento tra valori costituzionali *

di *Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. Il valore della pace e la teoria del potere costituente, ovverosia della problematica composizione in sistema dei valori fondamentali, in conseguenza della varietà dei «tipi» di fatto bellico e dei loro modi di riportarsi alla Costituzione. – 2. Le possibili, varie qualificazioni dei fatti bellici, in prospettiva *prescrittiva* ovvero in prospettiva *descrittiva* (e secondo lo schema della *validità* o della *effettività*). – 3. La guerra dal punto di vista della teoria dell'interpretazione: in ispecie della provata inadeguatezza delle procedure costituzionali riguardanti la gestione dei fatti bellici e del bisogno del loro rifacimento attraverso un uso accorto degli strumenti di normazione (costituzionale prima e ordinaria poi). – 4. (*segue*) La guerra dal punto di vista della teoria del «bilanciamento» tra valori: in ispecie, del (supposto) conflitto interno all'art. 11, tra le due «parti» di cui si compone, determinato da guerre non difensive, e del suo possibile ripianamento in prospettiva assiologico-sistematica. – 5. (*segue*) Ancora delle guerre, dalla prospettiva della teoria dei valori (a proposito delle guerre umanitarie e, in genere, dei conflitti bellici dotati di «copertura» costituzionale in principi fondamentali diversi da quello dell'art. 11). – 6. La «ragionevolezza» dei fatti bellici e il suo problematico e scivoloso accertamento, in contesti comunque segnati dal principio di effettività.

1. Il valore della pace e la teoria del potere costituente, ovverosia della problematica composizione in sistema dei valori fondamentali, in conseguenza della varietà dei «tipi» di fatto bellico e dei loro modi di riportarsi alla Costituzione

Il tema della guerra pone (o, meglio, ripropone), da un peculiare angolo visuale, un groviglio di questioni formidabili della teoria costituzionale; si può anzi dire che praticamente ogni questione ne sia, direttamente o indirettamente, coinvolta.

---

* Testo rielaborato di un intervento al Seminario di studi su *Guerra, terrorismo e Costituzione*, Udine 3 dicembre 2004 ed al Convegno su *Guerra, diritto e relazioni internazionali*, Pordenone 4 dicembre 2004.

È evocata in campo, in primo luogo, una teoria generale dell'ordinamento giuridico, al pari dell'indirizzo metodico che vi sta alla base e ne presiede ai suoi articolati sviluppi ai vari ordini tematici ai quali si applica. La guerra mostra, in modo assai chiaro, davvero esemplare, come non sia possibile sottrarsi alla morsa stringente di un'alternativa teorica tra i cui poli estremi incessantemente oscillano le esperienze giuridiche e le loro qualificazioni, quali quelli di *validità* ed *effettività*, vale a dire, in buona sostanza, tra dottrine di ispirazione e connotazione *prescrittiva* e dottrine *descrittive* della Costituzione [1].

Così, per esemplificare al massimo questioni bisognose di ben più analitica rappresentazione di quella che è qui possibile darvi, l'osservanza del principio pacifista, comunemente considerato racchiuso e nel modo più vigoroso espresso nell'art. 11 della Carta, si coglie ed apprezza, in modo compiuto, sul piano della teoria del potere costituente. E ciò per una duplice ragione. In primo luogo, è di tutta evidenza come il fatto bellico, sia che prenda corpo fuori (e lontano) dai confini nazionali e sia (e soprattutto) che abbia luogo entro questi ultimi, possiede pur sempre una carica potenzialmente dirompente nei riguardi della struttura costitutiva dell'ordinamento, suscettibile di essere profondamente alterata (e persino dissolta) in conseguenza dello stesso e degli effetti che dalla sua conclusione possono aversi, *malgrado il fatto in parola trovi (e debba per Costituzione trovare) la propria giustificazione, la causa come il fine, nell'intento di preservare l'identità-integrità dell'ordinamento*. E, invero, pur laddove la guerra sia presentata come servente rispetto al principio-valore della continuità dell'ordinamento, essa può comunque, obiettivamente, comportare una frattura rispetto ad esperienze pregresse, ora sul piano delle dinamiche della forma di governo e, perciò, dei modi di dislocazione interna della sovranità, ora addirittura ponendosi quale fattore genetico di una nuova sovranità, idonea a riflettersi in un mutato assetto della forma di Stato. Nelle sue proiezioni esterne come pure nei riflessi di ordine interno, la guerra può essere infatti accostata, quanto meno in potenza (o in astratto), ad uno di quei fatti eversivi dell'ordine costituzionale, quale un colpo di stato o una rivoluzione, che per la comune dottrina si pongono quali indici espressivi dell'avvento di un nuovo potere costituente [2]. Non di rado,

[1] Sui limiti cui nondimeno va soggetta quest'antica contrapposizione, v. la densa riflessione di M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 11 ss. Cfr. al suo il punto di vista ora manifestato da A. MANITAKIS, *Diritto costituzionale greco*, I, Atene-Salonicco, 2004 (in greco), p. 37 ss.

[2] Della guerra come «metodo per cambiare il diritto» discorreva già, oltre mezzo secolo addietro, J.L. Kunz, cui si richiama ora anche G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, nel momento in cui efficacemente discorre di «*guerre costituenti*» (p. 160 s.).

peraltro, il fatto bellico si accompagna al (ovvero precede o segue il) fatto interno costitutivo di un nuovo ordine costituzionale, l'uno e l'altro risultando variamente legati ed idonei a condizionarsi in modi astrattamente non tipizzati. Non si dà, tuttavia, alcun automatismo in seno a siffatta relazione, dal momento che non sempre ad una guerra esterna ne corrisponde una interna, e viceversa.

La teoria del potere costituente può, poi, essere richiamata sotto un altro aspetto, per il caso che il principio pacifista si trovi comunque costretto a ripiegare, fino a dover essere abbandonato del tutto, davanti a spinte formidabili impresse agli eventi e volte all'affermazione di un fatto bellico comunque non riportabile alla causa difensiva, pur latamente intesa, che sola ne può dare, ai sensi dell'art. 11 Cost., la giustificazione. La torsione, ancorché per un solo caso temporalmente circoscritto, del principio enunciato nell'art. ora cit., nel suo fare «sistema» coi principi costituzionali restanti, mette comunque sotto *stress* l'identità e continuità dell'ordinamento assiologicamente intesa. Ed è da chiedersi se davvero tutto possa tornare come prima, anche per ciò che attiene al modo complessivo di essere dei valori costituzionali restanti, dopo una violazione di tal fatta ad un principio fondamentale suscettibile – come si è appena rammentato – di coinvolgere nella propria caduta l'intero patrimonio dei valori fondanti la Repubblica.

La questione, in realtà, a me pare che non possa essere soddisfacentemente risolta in astratto ma che piuttosto richieda – come sempre laddove si ha a che fare con le forme concrete di inveramento dei valori – di essere colta nei modi assai varî della sua possibile storicizzazione.

In astratto, infatti, l'idea di Costituzione, quale costituita *in nuce* da un fascio di valori inscindibilmente connessi [3], porta naturalmente a ragionare nel senso del «salto» ordinamentale laddove anche uno solo dei valori su cui si regge l'ordinamento dovesse considerarsi ormai definitivamente smarrito (nel caso nostro, al valore della pace, rinunziabile unicamente a scopo di difesa, sostituendosi il «controvalore» della guerra da se medesima giustificata pure in vista del conseguimento di scopi diversi).

In concreto, tuttavia, la distanza o, all'opposto, la contiguità – se così vogliamo chiamarle – in cui l'un valore si pone rispetto ad altri consiglia di far luogo a più articolate e differenziate conclusioni. Ed è bensì vero che ogni valore di

[3] Muovo qui da un'accezione *wertorientierte* di Costituzione, a favore della quale mi sono ripetutamente dichiarato altrove, che, pur se autorevolmente contrastata (con varietà di accenti e svolgimenti), sembra nondimeno accolta dalla dottrina oggi più numerosa e – ciò che più importa – fatta propria, seppur in modo non sempre lineare, dalla giurisprudenza (e basti solo, al riguardo, richiamare la nota tesi volta a riconoscere l'esistenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale, appunto assiologicamente connotati ed invalicabili per via legale).

necessità sorregge gli altri e tutti assieme l'intero edificio ordinamentale, la stessa distinzione tra di essi risultando, almeno da un certo punto di vista, artificiosa e forzata, se si conviene che non soltanto i valori si rimandano ed implicano a vicenda ma – di più – che essi si integrano nel vivo dell'esperienza, ciascuno ponendosi quale «parte» costitutiva degli altri, senza nondimeno per ciò rinunziare alla propria specifica natura ed identità. Così, a mo' d'esempio, il valore di unità-indivisibilità dell'ordinamento ha un senso complessivo che non può essere fino in fondo apprezzato restando all'interno del recinto linguistico segnato dall'art. 5 cost. ma che richiede complesse operazioni di ricostruzione sistematica, sia di tipo «orizzontale» che «verticale»: per l'un verso, ponendo in rapporto l'enunciato dell'art. 5 coi principi fondamentali restanti («uno» ed «indivisibile» essendo l'ordinamento unicamente in quanto parimenti «uno» ed «indivisibile» risulti essere il godimento dei diritti inviolabili o l'adempimento dei doveri inderogabili in qualunque parte del territorio nazionale, così come la salvaguardia delle minoranze, l'effettivo esercizio del diritto al lavoro, ecc. [4]); per l'altro verso, cogliendo i flussi di reciproca alimentazione semantica che si intrattengono tra l'enunciato suddetto e gli enunciati di fonti sottostanti che ad esso variamente si raccordano [5].

Pure ciò posto, è ugualmente indubbio che è varia l'intensità del vincolo che viene dinamicamente a costituirsi, nel vivo dell'esperienza, tra il singolo valore (e il principio fondamentale che lo rappresenta) e i valori (e principi) restanti. Così, ad es., la guerra può «pesare» assai di più sull'indivisibilità dell'ordinamento (che, in conseguenza dell'esito infausto di quella, potrebbe persino venire meno) di quanto non possa nei confronti di altri valori (come l'eguaglianza o il diritto al lavoro), e – naturalmente – viceversa (non è detto che forti torsioni a danno dei principi ora rammentati o di altri ancora portino di necessità alla guerra, per quanto l'esperienza storica conosca – come si sa – non pochi casi di fatti bellici originati proprio da discriminazioni razziali o da altre violazioni di ordine assiologico).

---

[4] Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *«Forme» e «tecniche» dell'unità, tra vecchio e nuovo regionalismo*, in AA.VV., *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, a cura di G. ROLLA, Giappichelli, Torino, 2003, p. 91 ss.

[5] Per quanto sia di comune dominio il riconoscimento del peso avuto dalle leggi ordinarie (e da atti ancora sottostanti) in ordine alla rigenerazione di sensi degli enunciati costituzionali, ad oggi se ne avvertono poco i riflessi sul piano della ricostruzione dei singoli istituti. Sembra, insomma, di poter dire che siffatta, incessante alimentazione semantica delle formule costituzionali da formule poste in atti adottati per la loro attuazione sia più *predicata* che effettivamente *praticata*, con sensibili ed apprezzabili conseguenze di ordine sistematico. Ugualmente, non molti passi avanti si sono fatti per ciò che concerne la determinazione dei *limiti* entro cui è consentita (o tollerata …) la dipendenza semantica degli uni dagli altri enunciati (su di che, per un cenno, subito *infra*).

Approfondendo ulteriormente l'indagine, con riguardo alle singole specie di guerra, cui si farà cenno tra breve, ci si avvede che alcune di esse (e, segnatamente, la guerra al terrorismo, sia interno che internazionale), per un verso, non presentano più quei tratti di eccezionalità o temporaneità che sono usualmente considerati propri degli altri tipi di guerra (o, per l'antica dottrina, della guerra *tout court*) e, per un altro verso, proprio per il loro carattere endemico, tendono a «separare» il principio della pace dai principi fondamentali restanti, di modo che l'uno rimanga *quodammodo* ininfluente nei riguardi degli altri e delle loro pur articolate e storicamente varie forme d'implementazione nell'esperienza.

Da questa prospettiva, *una volta che si dimostri storicamente e positivamente fondata*[6], possono cogliersi alcune implicazioni di particolare spessore e significato sul piano della teoria del potere costituente. Ed è da notare come, a seconda di come ad esse si volga lo sguardo, sembri di pervenire ad esiti ricostruttivi reciprocamente divaricati ed, anzi, persino opposti (e paradossali).

E infatti.

Da un lato, parrebbe ormai provata l'inutilizzabilità della teoria in parola, dal momento che nessuna sostanziale incidenza in tesi si avrebbe da parte del fatto bellico a carico dei principi fondamentali diversi da quello della pace, che manterrebbero integro tutto quanto il loro potenziale espressivo e la capacità di orientamento delle dinamiche che connotano i più salienti sviluppi dell'ordinamento.

Da un altro lato, però, *proprio per ciò*, la teoria del potere costituente parrebbe comunque, di necessità, evocata in campo e messa sotto *stress*, sembrando – come si diceva – innaturale il fatto che un sì profondo sconvolgimento nel modo di essere di un principio fondamentale possa rimanere comunque privo di sostanziali conseguenze nei riguardi dei valori restanti. La riscontrata asistematicità, giusto nelle norme maggiormente espressive dell'ordinamento, risulta comunque incomprensibile in base all'antico, consolidato convincimento che fonda la sistematicità complessiva dell'ordinamento stesso proprio nell'attitudine indiscussa dei principi fondamentali a comporre, essi per primi, un «sistema» internamente armonico e coerente.

La verità è che – come si tenterà di mostrare tra non molto – occorre ricercare l'armonia tra i principi fondanti l'ordinamento ad un livello più alto (o profondo), dove può conseguirsi, sia pure con non poco travaglio, una loro

---

[6] Torna, una volta di più, in primo piano sulla scena il principio di effettività, a riguardo del quale ulteriori rilievi anche *infra*, dovendosi appunto verificare – ciò che, però, può farsi solo in concreto – l'effettiva inattitudine di alcune specie di guerra ad incidere sulle vicende di diritto interno, segnatamente per ciò che attiene al modo di essere dei principi fondamentali.

sintesi unitaria e coerente nella dinamica ed equilibrata composizione in sistema attraverso la tecnica del bilanciamento assiologico, vale a dire considerando il disposto dell'art. 11 non solo nella inscindibile combinazione delle sue «parti» ma – di più – nel suo porsi davanti agli altri principi (e, segnatamente, a quello enunciato nell'art. 2 della Carta).

2. Le possibili, varie qualificazioni dei fatti bellici, in prospettiva *prescrittiva* ovvero in prospettiva *descrittiva* (e secondo lo schema della *validità* o della *effettività*)

Un punto è, ad ogni buon conto (e tornando ora alla partenza del ragionamento poc'anzi fatto), a mia opinione indiscutibile: che la decisione di entrare in guerra, da chiunque sia presa (in ambito interno ovvero, e più realisticamente, in ambito esterno), si faccia in ultima istanza valutare non già con le categorie usuali della *validità* bensì con quelle della *effettività*.

In realtà, se ci si pensa, sono le prime a scivolare ed a convertirsi nelle seconde ovverosia è la prospettiva *prescrittiva* a farsi assorbire da quella *descrittiva*, che però – si faccia caso – nel momento stesso in cui si afferma ed impone, a conti fatti, si commuta essa stessa in una nuova qualificazione… *prescrittiva*. *La descrizione, insomma, fa tutt'uno con la prescrizione: è l'essere che diventa dover essere*, in modo autoreferenziale giustificandosi da sé e proponendosi quale parametro per gli ulteriori sviluppi della pratica giuridica[7].

Il punto è di straordinario rilievo, per quanto ad oggi non colto in ogni suo aspetto come si conviene. La distinzione del piano dell'*essere* da quello del *dover essere* (e la stessa contrapposizione tra gli elementi che su ciascuno di

[7] Si ha così conferma dei limiti strutturali, teorici e metodici ad un tempo, ai quali soggiace la nota dottrina che crede, senza riserva alcuna, nella legge di Hume sulla fallacia naturalistica (su ciò, per tutti, la corposa riflessione di B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994). Si tenterà di mostrare di qui ad un momento come la distanza tra i due piani dell'*essere* e del *dover essere*, in astratto e con riguardo agli stati di quiete dell'ordinamento da un certa prospettiva (ed almeno fino ad un certo punto) riscontrabile, venga dinamicamente ad accorciarsi, fino ad azzerarsi del tutto, negli stati di eccezione, laddove le qualificazioni circa la validità sono costrette ad arretrare, nella stessa misura in cui scemano fortemente le garanzie ad esse connesse, per cedere il campo a qualificazioni di altra natura (ed effetto), direttamente ed immediatamente riportabili al principio di effettività. Ed è interessante notare come, se fosse da prender per buona la nota dottrina schmittiana sugli stati in parola facendone applicazione all'ordine tematico ora trattato, dovrebbe sinteticamente o conclusivamente dirsi che la dinamica di *essere* e *dover essere*, nelle sue incessanti oscillazioni, sia piuttosto portata a farsi attrarre dal polo della indistinzione che da quello della distinzione.

essi prendono forma e dinamicamente si svolgono) non tiene in adeguato conto la circostanza per cui le norme dell'ordinamento, a partire da quelle apicali, in tanto possono esprimere la carica innovativa e prescrittiva che è loro propria, in quanto l'ordinamento nel suo complesso rinvenga in se stesso le risorse indispensabili al proprio mantenimento in vita ed alla propria trasmissione [8]. La *vis* normativa delle singole fonti (*prospettiva prescrittiva*) si radica e fonda in un *essere*, dinamicamente inteso, e dunque nel *divenire* dell'ordinamento (*prospettiva descrittiva* o *esistenziale in senso dinamico*). Solo dopo che si sia constatata l'*esistenza* in sé e per sé dell'ordinamento (e, con essa, la sua attitudine a durare nel tempo) può su di essa fondarsi la giustificazione della *vincolatività* delle norme di cui l'ordinamento stesso si compone (e, risalendo, degli atti che ne danno la produzione). Queste ultime, a loro volta, in ragione della media osservanza che è loro prestata (nella qual cosa si manifesta e risolve, in una delle sue forme, il principio di effettività), assicurano la trasmissione dell'ordinamento nel tempo, vale a dire il suo *essere* come *divenire*. Ciò che costituisce la più emblematica testimonianza, ad un tempo, del rapporto di mutua alimentazione che dinamicamente s'intrattiene tra l'ordinamento e le sue norme, il «tutto» e le «parti» che lo compongono, e della riduzione ad unità inscindibile di *essere* e *dover essere*, nel loro simultaneo e congiunto riporto all'intero ordine positivo. È questa la ragione per cui il principio di effettività (non tanto o non già delle norme *atomisticamente* considerate bensì) dell'ordinamento, *olisticamente* e *dinamicamente* considerato, sta a base di ogni qualificazione circa la giuridicità delle norme stesse e, di riflesso, circa la continuità dell'ordine al quale esse appartengono. È però ugualmente vero che l'effettività di *alcune* norme (i principi fondamentali) si irradia e riflette per l'intero ordinamento, ponendosi quale condizione di effettività di quest'ultimo. Di modo che, ove dovessero riscontrarsi esperienze giudicate, sulla base di un largo e consolidato consenso [9], come profon-

---

[8] La coattività, peraltro, com'è stato lucidamente rilevato [F. MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), p. 346], più (o prima ancora) che essere attributo delle singole norme, come «tipi» ovvero nella loro storica individualità, è proprietà dell'ordinamento nel suo complesso, dal quale, quindi, «si trasmette distributivamente alle singole norme che lo compongono».

[9] Si noti come a base dell'attitudine dell'ordinamento a trasmettersi integro nel tempo stia, *in nuce*, una *consuetudine culturale*, volta appunto al riconoscimento dell'effettività dei principi fondamentali, considerati sia singolarmente che – e soprattutto – nel loro insieme, in ragione delle rilevate implicazioni che tra di essi si intrattengono. Nella pratica giuridica, l'effettività dei principi si risolve e ridonda, infatti, nell'effettività della norma che presiede al loro riconoscimento, ovverosia, procedendo a ritroso, ne conferma l'esistenza e il vigore; in teoria, nondimeno, quest'ultima norma richiederebbe di esser tenuta comunque distinta da quelli: questa ponendosi quale *metanorma consuetudinaria*, anzi quale l'unica, «vera» *Grundnorm in*

damente ed irreversibilmente divaricate rispetto alla scrittura costituzionale, nella sua più diffusa e accreditata interpretazione, risulterebbe assai arduo seguitare a restare legati a quest'ultima, ragionando della invalidità di taluni atti o comportamenti da essa divergenti, laddove il verso ormai impresso agli eventi (e, con esso, l'indirizzo seguito dall'intero ordinamento) appaia diversamente orientato e marcatamente segnato dalle pratiche suddette.

E, invero, sarebbe a dir poco ingenuo pensare che, mentre le armi si fanno sentire in tutta quanta la loro formidabile capacità distruttiva, possa discettarsi circa la linearità e correttezza della procedura con cui la decisione bellica è adottata, il pieno rispetto delle sfere costituzionali di competenza o, ancora prima, circa l'effettiva sussistenza dei presupposti assiologico-sostanziali giustificativi dell'avvio delle operazioni belliche. L'ipotesi di una guerra messa a tacere dal verdetto di un giudice (e sia pure del massimo garante della legalità costituzionale), laddove sia ormai presa e portata ad effetto la decisione di impugnare le armi, è francamente irreale, per quanto possa considerarsi astrattamente configurabile [10]. Piuttosto, proprio la qualificazione teori-

---

senso culturale; quelli, invece, quali norme apicali *in senso positivo* (maggiori ragguagli al riguardo, volendo, nel mio *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *Dir. soc.*, 2/2004, p. 237 ss., spec. p. 249 ss.).

[10] E, invero, qui non è solo questione di ristrettezza o, come che sia, complessiva inadeguatezza dei canali di accesso alla Corte, su cui – come si sa – si è ripetutamente insistito, quanto di una sorta di preorientamento metodico-ideologico (e, per ciò pure, giuridico-ricostruttivo) da parte dello stesso giudice che, quand'anche chiamato in campo, potrebbe sentirsi costretto ad assecondare il corso degli eventi, siccome ritenuti refrattari ad esser arrestati o deviati dal loro solco con gli strumenti usuali di garanzia. È pur vero, però, che – almeno con riguardo ai fatti bellici e, forse più largamente, ai fatti di emergenza (pure bisognosi di essere puntualmente determinati) – avrebbe potuto non poco giovare la previsione di mezzi di ricorso preventivo e diretto, quale quello ad opera di una congrua minoranza parlamentare, tanto nei confronti di atti legislativi, quanto di atti di altra natura (ad es., una mozione), sì da potersi parare sul nascere il rischio dell'avvio di operazioni belliche *contra Constitutionem*. Dalla prospettiva *de iure condendo* favorevole a siffatta eventualità (a meno che la Corte, sia pure col costo di una certa forzatura, non vi dia subito spazio, facendo leva sulla formidabile risorsa dei conflitti tra poteri…), si dovrebbe invero distinguere tra tipo e tipo di atto attaccabile (alcuni, come i decreti-legge, siccome immediatamente produttivi di effetti, già solo per ciò si presentano, negli stati di eccezione, come maggiormente resistenti alla loro eventuale caducazione) e, ancora, tra l'una e l'altra specie di guerra (su di che, *amplius*, *infra*), dal momento che la risposta ad attacchi improvvisi del nemico, a differenza ad esempio della decisione di dar vita ad una guerra umanitaria, mal si presta a costituire oggetto di una *querelle* tra le forze politiche idonea a sfociare davanti alla Corte.

Pur dichiarandomi, per ragioni altrove enunciate, in via di principio contrario ai ricorsi diretti (se non per i conflitti tra Stato ed autonomie territoriali), non mi parrebbe, dunque, di doverne escludere per partito preso l'utilità in riferimento ai fatti bellici (o, meglio, ad *alcuni* di essi), sempre che – naturalmente – se ne abbia una disciplina processuale adeguata (ad es., per ciò che concerne i tempi di risposta della Corte, di necessità brevissimi, o le stesse modalità di giudizio, bisognose di esser rapportate all'eccezionalità del caso). La qual cosa – si badi – porterebbe poi, in fin dei conti, a *riconciliare validità ed effettività*, se è vero che altro è l'atteggia-

ca dell'ipotesi ora fatta rimanda – come si è venuti dicendo – a previe opzioni metodiche di fondo, quale quella che fa appunto attrarre l'analisi dal polo della *validità* ovvero (e preferibilmente o… *necessariamente*) dal polo della *effettività*, per riprender i termini essenziali di una risalente (ma praticamente viziosa [11]) prospettazione dicotomica; ed è chiaro che ove l'orientamento teorico dovesse essere (come sembra inevitabile) verso il secondo dei poli suddetti, l'esito ricostruttivo ed, ancora prima, la stessa impostazione che ad esso conduce ne risulterebbero fortemente condizionati.

Se, poi, ugualmente si dovesse optare per il mantenimento della prospettiva *normativistica* (o *prescrittiva*), in presenza del precipitoso ed impetuoso evolvere degli eventi e del loro confluire verso lo stato bellico ci si troverebbe ristretti nell'alternativa soffocante di dover considerare i principi fondamentali (o, quanto meno, quello pacifista) come dotati di natura meramente programmatica – ciò che, tuttavia, come si sa, è osteggiato da una dottrina ormai indiscussa [12] – ovvero di dover considerare la trasgressione dei principi stessi (e, segnatamente, di quello ora in rilievo), a conti fatti, non sanzionabile [13].

---

mento che comprensibilmente il giudice costituzionale potrebbe sentirsi obbligato a tenere di fronte ad un fatto oggettivamente inarrestabile ovvero ad uno comunque sorretto da larghi consensi (tra le forze politiche come pure nella comunità dei cittadini) ed altro il comportamento posto in essere in presenza di una vistosa spaccatura tra gli operatori politico-istituzionali e – ciò che forse più conta – di decisioni non ancora produttive di effetti e, dunque, concretamente «rimediabili». I margini di manovra – si converrà – di cui la Corte verrebbe a disporre sono ben diversi nell'uno e nell'altro caso.

[11] Non discuto qui se il vizio in parola si abbia e risulti irremovibile dal punto di vista teorico-generale; mi limito solo a far notare che, con specifico riguardo alle questioni poste dalle esperienze belliche (e, forse, pure, più largamente, dagli stati di emergenza in genere), la riduzione ad unità delle qualificazioni circa la validità e di quelle in ordine all'effettività sia innegabile, siccome appunto… *inevitabile*. Altrimenti, volendo a tutti i costi preservare la purezza (e l'autonomia) delle prime rispetto alle seconde, si corre il rischio di farle avvolgere in un'aura di vuoto e inconcludente astrattismo, ponendole inesorabilmente fuori della storia, pur nella crudezza e spietatezza degli eventi che ne segnano non di rado lo svolgimento. Ad ogni buon conto, come si passa subito a dire nel testo, pur laddove siffatta autonomia concettuale delle une qualificazioni fosse cocciutamente rivendicata, ugualmente sterili (e sostanzialmente non dissimili da quelle discendenti dal principio di effettività) ne rimarrebbero le applicazioni.

[12] … sulla scia, com'è a tutti noto, dell'aureo insegnamento di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

[13] Che proprio le norme apicali dell'ordinamento possano risultare sprovviste di sanzione a garanzia della loro osservanza è ormai provato (v., per tutti, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXI (1990), p. 5, con specifico riguardo al piano delle relazioni tra gli organi supremi). È pur vero che, *per regola*, i principi fondamentali sono invocabili a parametro di giudizi aventi ad oggetto atti o comportamenti con essi contrastanti; ugualmente vero è tuttavia che, con riferimento ad alcune fattispecie ovvero in presenza di talune congiunture, i rimedi legali si dimostrano inadeguati o inattivabili, per carenze strutturali dei procedimenti o per altro ancora.

Cambierebbe, sì, la *qualificazione teorica*, non però gli *effetti pratici* dalla stessa discendenti, in un caso e nell'altro il fatto bellico non potendo essere minimamente scalfito dalle armi spuntate di un diritto inesorabilmente condannato alla resa.

3. La guerra dal punto di vista della teoria dell'interpretazione: in ispecie della provata inadeguatezza delle procedure costituzionali riguardanti la gestione dei fatti bellici e del bisogno del loro rifacimento attraverso un uso accorto degli strumenti di normazione (costituzionale prima e ordinaria poi)

La questione può, poi, esser rivista, con interessanti svolgimenti ed aperture ricostruttive, sul piano della teoria dell'interpretazione.

Si è ancora da ultimo opportunamente e ripetutamente insistito [14] sul mutato significato (anzi, sui significati) del termine «guerra» in conseguenza di talune novità, sia normative che di prassi, recentemente avutesi. È la conferma di come proprio gli enunciati dotati della più larga ampiezza espressiva e – apparentemente – della maggior forza normativa debbano di continuo piegarsi davanti a determinazioni positive o meramente fattuali portate ad impiantarsi in conseguenza di mutati contesti storico-politici (qui, specificamente di ordine internazionale).

In realtà, i mutamenti in parola non attengono unicamente al quadro delle relazioni internazionali, anche in ambito interno essendosi assistito a vistose deviazioni dall'alveo costituzionale, specie rispetto allo *standard* fissato nell'art. 78, ormai da molti giudicato arcaico [15]. Deviazioni la cui *ratio* invero si fatica a comprendere ma che nondimeno – e questo solo praticamente importa – si sono ripetutamente avute, pur tra molte improvvisazioni ed anche qualche improvvida iniziativa. E, invero, il quadro costituzionale avrebbe potuto esser tenuto fermo, sol che si consideri come le «guerre» (latamente intese) alle quali ha fin qui preso parte il nostro Paese hanno tutte, per fortu-

---

[14] V., nuovamente, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., capp. I e, spec., II e V, inoltre, utilmente, F. VARI, Necessitas non habet legem*? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 189 ss.

[15] In argomento, v., part., G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., ult. cap., e P. CARNEVALE, *Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rapporti fra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del golfo persico, Kosovo e Afghanistan*, in AA.VV., *Guerra e Costituzione*, a cura di P. CARNEVALE, Giappichelli, Torino, 2004, p. 79 ss.

na, avuto carattere «esterno», in quanto poste in essere *extra moenia*, in relazione alle quali, dunque, avrebbero potuto esser messe in atto le procedure dell'art. 78 [16] senza rischio per l'integrità territoriale dello Stato e la complessiva identità dell'ordinamento. Discorso diverso potrebbe (e, forse, dovrebbe) farsi con riferimento ad eventuali guerre «interne» (e, in genere, alle situazioni di crisi istituzionali), suscettibili di rendere materialmente impossibile (o, appunto, rischioso) il rispetto delle procedure suddette e – come si è poc'anzi accennato – comportare un vistoso affievolimento, quando non l'integrale accantonamento, delle garanzie [17].

La circostanza, nondimeno, per cui il modello costituzionale è sul punto «saltato» porta acqua al mulino di quanti si sono da tempo (e variamente) dichiarati dell'idea secondo cui il modello stesso dovrebbe esser complessivamente rifatto, attraverso una nuova, organica disciplina: una disciplina che, a mia opinione, dovrebbe risultare internamente assai articolata ed adeguata alle singole specie di guerra, comunque bisognosa di esser conformata come flessibile, fissandosi dunque nella Costituzione novellata un pugno di regole essenziali concernenti la gestione degli stati bellici e rimettendosi quindi, per i loro ulteriori sviluppi, a fonti diverse (a partire da una legge-quadro, che sarebbe bene venisse alla luce con una procedura rafforzata, introdotta dalla stessa normazione costituzionale, che ad essa faccia rimando) [18].

Al di là delle prospettive che, *de iure condendo*, si aprono ad una nuova, compiuta razionalizzazione costituzionale, in merito alle quali nondimeno nulla di sicuro può al momento dirsi e deve comunque rimandarsi a studi che specificamente la riguardino, sta di fatto che i mutamenti ormai avutisi (a livello sia di prassi che di norme subcostituzionali), per ciò che concerne la gestione degli stati bellici e, ancora prima, la loro conformazione strutturale e tipologia, quale affermatasi sulla scena internazionale, sono tanti e tali da far

---

[16] … pur con le annose riserve circa alcuni loro passaggi (ad es., quanto alla forma dell'atto con cui le Camere prendono la decisione di guerra).

[17] Acclarata, poi, con relativa sicurezza la sussistenza di rischi irreparabili per la sopravvivenza stessa dell'ordinamento riconducibili alla scrupolosa osservanza delle forme costituzionali, se ne avrebbe a mia opinione non solo la liceità ma la stessa doverosità della loro messa da parte, in nome del valore (o, meglio, del «supervalore») indisponibile della identità dell'ordinamento. La questione, insomma, una volta di più, va ambientata e risolta, con accertamento ovviamente da fare in concreto, alla luce della teoria del bilanciamento tra valori costituzionali (ma, su ciò, *amplius*, *infra*).

[18] Non si trascuri, poi, il ruolo che al riguardo può (e deve) esser riconosciuto alla disciplina comunitaria, ormai divenuta anche nella materia *de qua* di particolare rilievo, secondo quanto è stato opportunamente (e con dovizia di riferimenti) fatto notare nel corso del nostro Seminario anche da L. MEZZETTI, del quale v., già, *Luci e ombre nella Costituzione europea della sicurezza e della difesa*, in *Riv. dir. pubbl. comp. ed eur.*, 4/2003, p. 1808 ss.

sì che le «guerre» e le modalità della loro gestione sono assai diverse da quelle di un tempo. Ciò che obbliga a caricare di un significato (anzi, di significati) parimenti, profondamente diversi il termine presente nell'art. 11, specie alla luce dei materiali al riguardo offerti dalle esperienze maturate in ambito internazionale, idonee ad esercitare un indiscusso primato culturale in ordine alla (ri)definizione del concetto.

V'è (o, meglio, *dovrebbe* esservi) tuttavia un fatto di misura a base di una siffatta soggezione culturale dell'enunciato costituzionale rispetto ai materiali (normativi e fattuali) provenienti *ab extra* (o *ab infra*) che, in non pochi casi, si traduce in un vero e proprio capovolgimento della gerarchia delle fonti.

La migliore dottrina ha da tempo riconosciuto l'esistenza di argini al potere di riconformazione semantica degli enunciati: in fondo, la scrittura, pur laddove dovesse esibire marcate carenze strutturali o innegabili ambiguità espressive, come non di rado si riscontra proprio in capo alle formule della Carta, delimita pur sempre l'area dei significati astrattamente possibili [19]. Quando questo limite, pur sommariamente stabilito, dovesse considerarsi, con sufficiente certezza, superato, non rimarrebbe – una volta di più – che trovare rifugio nel comodo (o accomodante) orientamento d'ispirazione (latamente) «realista» volto comunque a rinvenire una giustificazione a questo stato di cose.

Quand'anche poi la questione dovesse impiantarsi in prospettiva normativistica, ad es. ragionando del possibile avvento di norme consuetudinarie in

---

[19] Sul linguaggio costituzionale e sui non pochi né lievi problemi che esso pone alla teoria dell'interpretazione, v., tra i molti altri, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 229 ss.; A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 3 ss.; L. PERFETTI, *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori dell'interpretazione*, in *Jus*, 1993, p. 171 ss.; A.A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 55 ss.; L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, p. 95 ss.; M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 103 ss.; A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, e G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, entrambi in AA.VV., *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. PALAZZO, Esi, Napoli, 2001, rispettivamente, pp. 215 ss. e 231 ss. Infine, volendo, anche il mio *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 261 ss. e, ora, C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, III, Jovene, Napoli, 2004, p. 1665 ss. Tra i filosofi, da ultimo e per tutti, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2004, p. 267 ss.

deroga al dettato costituzionale [20], ugualmente l'esito non muterebbe, in un caso e nell'altro la «forza normativa del fatto» da se medesima affermandosi al di là (o contro) ogni diversa previsione risultante dalla scrittura costituzionale.

4. (*segue*) La guerra dal punto di vista della teoria del «bilanciamento» tra valori: in ispecie, del (supposto) conflitto interno all'art. 11, tra le due «parti» di cui si compone, determinato da guerre non difensive, e del suo possibile ripianamento in prospettiva assiologico-sistematica

Più articolato e sofisticato il ragionamento che può farsi dalla prospettiva del bilanciamento degli interessi o – il che è praticamente lo stesso – del conflitto tra valori.

Si è detto da parte di molti che si sarebbero ormai affermate (o, quanto meno, con maggiore cautela, che sarebbero in via di affermazione e consolidamento) consuetudini internazionali giustificative della c.d. *guerra giusta* (umanitaria) e, dopo il crollo delle due torri, forse pure della *guerra al terrorismo* (e, in genere, della *guerra di difesa preventiva*) [21].

---

[20] … sempre che ammissibili; ciò che però è, come si sa, assai dubbio (riferimenti, ora, nel mio *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, cit., dove peraltro si prende preliminarmente partito avverso la tesi, da noi patrocinata con particolare vigore da R. Bin, contraria alla configurabilità di norme costituzionali consuetudinarie).

[21] Acute notazioni, in prospettiva filosofica, sulla prima forma di guerra sono in E. GARZON VALDÉS, *Guerra e diritti umani* (1999), ora in *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, Il Mulino, Bologna, 2003, nonché in F. VIOLA, *Pace giusta e guerra giusta. Luci e ombre nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 212 ss.; nella stessa *Rivista*, 2004, per un confronto del punto di vista teologico e di quello giuridico, v., ora, anche P. CONSORTI, *Guerra giusta? Fra teologia e diritto*. Tra i costituzionalisti, riferimenti possono aversi da AA.VV., *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno ed internazionale*, a cura di M. DOGLIANI e S. SICARDI, Giappichelli, Torino, 1999; F. RIGANO, *La guerra: profili di diritto costituzionale interno*, in AA.VV., *La guerra. Profili di diritto internazionale e diritto interno*, Esi, Napoli, 2002, p. 19 ss.; C. DE FIORES, *«L'Italia ripuda la guerra»?. La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Ediesse, Roma, 2002, spec. p. 63 ss.; AA.VV., *Guerra e Costituzione*, cit., nonché, da ultimo, da F. SORRENTINO, *Riflessioni su guerra e pace tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. dir. cost.*, 2004. Tra gli internazionalisti, per tutti, F. LATTANZI, *Assistenza umanitaria e intervento di umanità*, Giappichelli, Torino, 1997; AA.VV., *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, a cura di N. RONZITTI, Milano, 2000; B. CONFORTI, *Guerra giusta e diritto internazionale contemporaneo*, in *Rass. parl.*, 2003, p. 11 ss.

Le ipotesi non vanno confuse tra di loro, se non altro per l'aspetto della diversa natura delle due (supposte) consuetudini in parola: l'una assai problematicamente componibile entro il quadro dell'art. 11, dal quale anzi verosimilmente è contrastata, siccome non rispondente a finalità di difesa; l'altra, invece, potendo forse considerarsi come una peculiare forma di guerra «difensiva», che si distinguerebbe da quelle usuali unicamente per le modalità del suo svolgimento [22].

Non risolutiva, a mia opinione, appare essere l'obiezione, da molti fatta, secondo cui quello al terrorismo non sarebbe *verum bellum*, nell'accezione antica (e, tuttavia, ad oggi largamente diffusa) del termine, che lo vuole esclusivamente riferito agli Stati, quali protagonisti dei conflitti, sia pure considerati anche nelle organizzazioni sovranazionali alle quali appartengono.

Per un verso, infatti, ugualmente la guerra in parola si risolve pur sempre, quanto meno sul piano degli effetti prodotti, in un attacco portato allo Stato (o agli Stati) che si presume ospiti(no) o, come che sia, favorisca(no) organizzazioni terroristiche.

Per un altro (ed ancora più rilevante) verso, poi, l'art. 11, nella sua aggiornata reinterpretazione, non fa propria alcuna accezione soggettivamente caratterizzata di guerra, riferendosi piuttosto a quest'ultima in sé e per sé, *in senso oggettivo* (o anche, come si preciserà tra un momento, *in senso teleologico* ed *assiologico*). Quand'anche, dunque, la connotazione statalistica sia fin qui stata (e, peraltro, nella gran parte delle esperienze belliche, seguiti ad essere) quella dominante e, perciò, identificante, ugualmente non ad essa soltanto si fa riferimento nella Carta. E, invero, al di là dei soggetti in campo, si tratta di far capo anche a connotati di altro genere al fine di dare la complessiva qualificazione dei fatti bellici (e, almeno in alcuni casi, la giustificazione).

Ora, se la considerazione di siffatti connotati dovesse portare a considerare il fatto bellico che li possiede come non vietato, seppure non espressamente ammesso, dalla Carta, se ne avrebbe che la consuetudine che lo fonda (e riconosce) dovrebbe considerarsi come specificativo-attuativa o, forse meglio, integrativa rispetto al modello costituzionale.

Per la verità, un'obiezione potrebbe a siffatto argomentare subito farsi. Ed è che, a rigore, nella materia *de qua* non potrebbero ammettersi consuetudini diverse da quelle meramente esecutive o specificativo-attuative dell'art. 11: essendo, infatti, in tesi riconosciute come lecite unicamente le guerre di difesa, *ogni* altra forma di guerra risulterebbe automaticamente vietata; e pari-

[22] Per una messa a punto delle condizioni e dei limiti delle guerre di difesa, nonché per la loro distinzione dalle rappresaglie armate, v., tra gli altri, P. GARGIULO, *La guerra: profili di diritto internazionale*, in AA.VV., *La guerra. Profili di diritto internazionale e diritto interno*, cit., p. 61 ss.

menti incostituzionale, di riflesso, la norma, consuetudinaria o no, che le stabilisse o giustificasse. Non si darebbe, cioè, alcuno spazio «vuoto» di regole costituzionali, colmabile da regole di altra natura, l'intero spazio essendo occupato dalla sola norma costituzionale, ad un tempo *inclusiva* (della guerra difensiva) ed *esclusiva* di ogni altra specie di guerra.

Se, tuttavia, non sembra che si dia alcuna alternativa a quest'esito ricostruttivo per ciò che attiene alle guerre *oggettivamente* considerate, diversa può, forse, essere la conclusione per l'aspetto dello *scopo* perseguito, dei *modi* apprestati, nonché degli *effetti* avuti di mira e/o realizzati mediante i fatti bellici. Da questa prospettiva, potrebbe a buon titolo argomentarsi la tesi secondo cui l'art. 11 ammetterebbe la guerra di difesa ed escluderebbe quella di offesa, volta alla *debellatio* del nemico, ma non si opporrebbe (e, comunque, non avrebbe la forza di opporsi) a fatti bellici aventi finalità diverse, specie laddove giustificati da valori *ugualmente* fondamentali di quello pacifista e, perciò, idonei a «bilanciarsi» con esso, alle condizioni e nei limiti che si tenterà, sia pure in modo sommario, di rappresentare più avanti [23].

Non occorre, per il momento, intrattenersi ulteriormente sul punto, per quanto di cruciale rilievo. Una sola cosa è, infatti, certa (ed ai limitatissimi fini di questa ricostruzione rilevante): che l'esperienza degli anni a noi più vicini, col supporto di pratiche normative volte a «razionalizzarla», mostra inequivocabilmente quanto varie e comunque, in maggiore o minore misura, debordanti dal modello costituzionale fissato nell'art. 11 siano le forme di partecipazione a fatti (*lato sensu*) bellici del nostro Paese. Si potrà pure sottilmente distinguere – come s'è fatto da parte di molti [24] – tra «conflitti armati» e «guerre» propriamente dette o, ancora, tra queste ultime e le «operazioni di polizia internazionale» (non saprei, tuttavia, dire con quanta capacità di persuasione, specie nei riguardi di coloro che partecipano agli uni ed alle altre a

[23] Giusta la premessa, qui data per acquisita, secondo cui i principi fondamentali posseggono tutti la medesima forza, è fuori discussione che l'art. 11, laddove in conflitto con altri principi, non possa ad ogni modo, per sistema o in astratto, avere la meglio. Ugualmente vero è però che, in concreto, i casi della vita obbligano a far luogo a delle «graduatorie» tra principi, secondo ragionevolezza. Il punto è che altro è il modo con cui esse prendono corpo in situazione di quiete istituzionale (od ordinamentale) ed altra ancora la «ragionevolezza» quale risorsa da spendere in condizioni di emergenza. Nell'un caso, l'operatore (e, segnatamente, il giudice costituzionale, quale garante ultimo della legalità costituzionale e dell'equilibrio assiologico ad essa sotteso) si trova davvero in posizione «terza», equidistante rispetto ai contendendi in campo; nell'altro, di contro, potrebbe trovarsi costretto dagli eventi ad indirizzarsi verso una soluzione comunque preorientata (ma v., su ciò, gli ulteriori svolgimenti di seguito fatti nel testo).

[24] V. il chiaro quadro di sintesi che ne fa G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., p. 77 ss.

rischio della propria vita…); ma che almeno alcune delle guerre o dei conflitti in parola non possano dirsi a finalità di difesa non par dubbio.

Ora, nel momento in cui a loro giustificazione dovesse addursi l'esistenza di una incipiente consuetudine internazionale (a sua volta sorretta o integrata da una consuetudine di diritto interno [25]), il conflitto tra l'art. 10 e l'art. 11 risulterebbe evidente e – temo – non componibile. L'esito di uno scontro siffatto sarebbe però, a prima vista, paradossale. I disposti ora richiamati, infatti, presentano una diversa complessiva connotazione e si muovono su piani parimenti diversi, aspirando ad ogni buon conto alla reciproca, armonica e necessaria integrazione. Il secondo esprime una *norma di valore*, il primo una *sulla produzione giuridica* [26]; questa è stata pensata – com'è a tutti noto – al servizio di quella, tant'è che la giustificazione usualmente data dell'immediato, automatico ingresso delle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale in seno all'ordine interno (e della loro forza – piace a me dire [27] – «paracostituzionale») è proprio rinvenuta con riguardo alla loro naturale

---

[25] Indici rivelatori di quest'ultima sarebbero, più ancora dei singoli atti adottati dagli organi supremi per avviare e gestire le operazioni belliche, la loro composizione in un disegno unitario, nonché il riconoscimento dato dall'insieme degli organi governanti e – soprattutto – dalla comunità governata della sua validità, quale conformità ai fini-valori costituzionali complessivamente considerati. Una volta di più, come si vede, *la validità fa tutt'uno con l'effettività*, l'una e l'altra poggiando su una *Grundnorm* sulla produzione giuridica, di natura consuetudinaria e di orientamento assiologico. La circostanza, poi, per cui ripetute (e, dunque, non più meramente occasionali) sono – come si diceva – le deviazioni dalle procedure solenni indicate nell'art. 78, norma da molti considerata ormai desueta, sembra dare inequivoca conferma del vigore della metanorma in parola.

[26] Anche F. SORRENTINO, *Riflessioni su guerra e pace tra diritto internazionale e diritto interno*, cit., è tornato, da ultimo, ad intrattenersi sulla diversa natura dei principi fondamentali suddetti, pervenendo tuttavia ad un esito ricostruttivo a mia opinione non in tutto condivisibile, non assegnando il giusto rilievo all'art. 2, quale principio ugualmente evocato in campo e concorrente coi valori restanti, coi quali ad ogni modo è tenuto a «bilanciarsi» ed a fare dinamicamente «sistema», secondo quanto si preciserà meglio tra non molto.

Merita, poi, di essere rammentato che lo stesso art. 11, a seguito di un faticoso (e, però, fin troppo creativo…) lavorio dottrinale e giurisprudenziale, è stato commutato in norma sulla produzione, con specifico riguardo ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, essendosi – come si sa – rinvenuto il fondamento del primato delle fonti sovranazionali proprio nel valore della pace e della giustizia tra le Nazioni. Tuttavia, a prescindere dalla forzatura insita in siffatto orientamento, palesemente dovuto al fine di rinvenire una giustificazione costituzionale come che sia al processo d'integrazione tra gli ordinamenti e, per quanto possibile, di imprimere una spinta vigorosa ai suoi ulteriori sviluppi, innegabile rimane il fatto che, al di là dell'ambito di esperienza ora rammentato, il principio della pace è (e nella sua essenza rimane) appunto un principio di ordine sostantivo (o, meglio, assiologico-sostantivo), impregiudicata restando poi la determinazione delle modalità, degli atti e dei procedimenti, con cui nel modo migliore servirlo.

[27] Rimando, per ciò, al mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 205 ss.

vocazione a servire i fini-valori della pace e della giustizia internazionale.

Così stando le cose, viene davvero difficile da pensare ad una sorta di sopraffazione della norma strumentale su quella di valore, conseguente al riconoscimento ed alla «copertura» costituzionali dalla prima offerti a regole o principi consuetudinari volti a sollecitare l'adozione di pratiche belliche al di là dello stretto alveo segnato dall'art. 11.

Due notazioni, tuttavia, devono al riguardo essere fatte: l'una, con dovizia di argomenti, ancora da ultimo riproposta da un'autorevole dottrina [28], che tuttavia, come subito si dirà, persuade solo fino ad un certo punto; l'altra, che parrebbe ardita o temeraria, alla luce di talune letture solitamente fatte della Carta, e che però ugualmente appare ai miei occhi meritevole di essere senza alcun preconcetto vagliata.

Per l'un verso, può dirsi – come da alcuni s'è detto – che le nuove forme di guerra urtano con l'art. 11 solo fino ad un certo punto o, meglio, lo fanno unicamente nei riguardi della sua prima parte, in cui vigorosamente si enuncia il principio che vuole circoscritti i fatti bellici alla sola causa di difesa. La seconda parte del disposto ora richiamato, invece, parrebbe richiedere l'adempimento degli obblighi di solidarietà tra gli Stati discendenti dalla loro collocazione in seno ad organismi internazionali costituiti allo specifico fine di salvaguardare la pace e la giustizia. Se, poi, si considera che – come si è dietro rammentato – le guerre alle quali il nostro Paese potrebbe essere chiamato a prender parte sono decise *ab extra* (purtroppo, come insegna la vicenda dell'IRAQ, in condizioni di evidente sofferenza dell'ONU e con un ruolo egemone degli U.S.A. ormai incontrastato [29]), se ne ha un'ulteriore sottolineatura dei vincoli di solidarietà suddetti: come dire, insomma, che in sede di «bilanciamento» tra la prima e la seconda parte dell'art. 11 l'ago della bilancia tenda sempre più vistosamente a pendere a favore di quest'ultima [30]; ciò che, tuttavia, può ammettersi alla *sola* condizione che le operazioni militari e i fatti bellici in genere siano decisi in seno alle organizzazioni internazionali e nel pieno rispetto delle procedure che le governano. Solo in tal caso, infatti, sarà possibile evocare in campo in modo appropriato l'art. 11, seconda parte, stimolando le pratiche interpretative che l'abbiano ad oggetto a mostrarsi sensibili nei riguardi delle più vigorose e diffuse esperienze [31].

---

[28] Il riferimento è, ancora una volta, a G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit.

[29] Per tutti, P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, p. 329 ss.

[30] V., con esemplare chiarezza, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., p. 42 ss., part. p. 63.

[31] È qui il *punctum crucis* della questione ora discussa; quali che siano i modi con cui ad

Il punto di debolezza di un ragionamento siffatto, verso il quale non poca dottrina si mostra oggi tendenzialmente incline nel momento in cui appare maggiormente preoccupata delle esigenze espresse dalla seconda parte dell'art. 11, piuttosto che dalla prima, sta a mia opinione proprio nella sua partenza, vale a dire nell'idea, per vero non poco accreditata, che l'una parte sia fino in fondo separabile dall'altra e che esse non compongano piuttosto un «tutto» internamente inscindibile (quanto meno, tale apparendo in prospettiva assiologicamente orientata [32]). Il fine-valore è, inequivocabilmente, enunciato nella ricerca della pace incondizionata o, meglio, condizionata all'eventuale riscontro del bisogno di interromperla, per un tempo che si sottintende esser il più breve possibile, allo scopo di difendere l'integrità-identità dell'ordinamento minacciata dal nemico: tra Hobbes e Locke [33], insomma, la Carta si schiera senza esitazione dalla parte del secondo, la pace ponendosi quale condizione di *fisiologico* sviluppo dell'ordinamento, la guerra invece come un fatto *eccezionale* [34].

La seconda parte dell'art. 11, in cui si discorre dei limiti alla sovranità dello Stato giustificati dal fine della costruzione di un ordine internazionale in cui regni la pace e la giustizia fra le Nazioni, poggia, per logica ed assiologica necessità, sulla prima parte, vale a dire sul ripudio della guerra «come strumento di offesa» e «mezzo di risoluzione delle controversie internazionali». La pace (di cui alla seconda «parte»), insomma, si ricerca e consegue, unita-

---

essa dovesse nuovamente guardarsi, nessuna acrobazia teorico-dogmatica può tuttavia, a mia opinione, giustificare esiti ricostruttivi del dettato costituzionale tali da convertire innaturalmente il riferimento in esso fatto alle organizzazioni internazionali in un tacito, incondizionato avallo dell'operato di singoli Stati (e, segnatamente, della superpotenza americana).

[32] E, invero, come si passa subito a dire, per quanto ciascuna delle formule iscritte nell'art. 11 possegga, innegabilmente, una sua propria autonomia di significato, l'immediata e, a mia opinione, non rescindibile derivazione dalla prima delle espressioni restanti non può revocarsi in dubbio sullo specifico piano di una teoria della Costituzione assiologicamente segnata.

[33] … il cui pensiero è opportunamente richiamato da G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., p. 92 s.

[34] Che questa sia la via maestra tracciata nella Carta non si dubita; la guerra al terrorismo, tuttavia, potrebbe scompaginare il quadro ora sommariamente tracciato, ponendosi essa come uno stato permanente al quale – piaccia o no – non è possibile sottrarsi e comportando, perciò, un vistoso rovesciamento nel rapporto tra *regola* ed *eccezione*, secondo quanto si fa giustamente rilevare nella più recente dottrina (ancora *op. ult. cit.*, spec. al cap. IV). La riconduzione della guerra in parola al *genus* costituzionale delle guerre difensive, su cui – come si diceva – nondimeno la teoria è ad oggi divisa, potrebbe comunque ripianare il potenziale conflitto tra le due «parti» in cui per taluno si articola il dettato costituzionale, la seconda facendosi riportare alla prima ed, anzi, in essa interamente risolvendosi (ma v., al riguardo, le notazioni subito di seguito svolte nel testo).

mente alla giustizia [35], attraverso la … *pace* (di cui alla prima «parte»), non la guerra: tanto più una guerra non dettata dal fine della difesa. Per questo verso, i vincoli ai quali l'Italia può (e deve) sentirsi astretta, in seno ad organizzazioni internazionali particolari come pure alla Comunità generale, sono unicamente quelli di cui si dimostri il fermo e chiaro orientamento alla costruzione della pace realizzata – è qui il punto – non già attraverso le guerre (e, comunque, le guerre non difensive) bensì attraverso pratiche di pace e di giustizia.

Si coglie qui nuovamente il fitto legame che sussiste in seno alla tavola dei valori, giustizia e pace facendo (ed anzi *dovendo effettivamente* fare [36]) tutt'uno e non concependosi neppure un ordine internazionale pacificato ed edificato su intollerabili ingiustizie, così come non ammettendosi «giuste» relazioni tra gli Stati (e i soggetti in genere componenti la Comunità internazionale) ovvero tra i soggetti, individui e gruppi, operanti in seno ai singoli Stati che risultino imposte col clamore delle armi.

5. (*segue*) Ancora delle guerre, dalla prospettiva della teoria dei valori (a proposito delle guerre umanitarie e, in genere, dei conflitti bellici dotati di «copertura» costituzionale in principi fondamentali diversi da quello dell'art. 11)

Il quadro è, tuttavia, assai più complicato di quanto già di per sé non appaia essere restando nell'*hortus conclusus* dell'art. 11. E, invero, il problema non sta tanto nel modo con cui si pongono l'una davanti all'altra la prima e la seconda parte dell'art. 11, a mia opinione assiologicamente inautonome, quanto piuttosto nel modo con cui l'art. cit. sta in rapporto con altri disposti parimenti espressivi di principi fondamentali, coi quali – come si diceva – è comunque tenuto a fare «sistema».

Viene qui in rilievo la seconda delle osservazioni cui si faceva poc'anzi cenno. È infatti da chiedersi se il fondamento delle guerre umanitarie e, forse pure, delle stesse guerre preventive possa rinvenirsi nell'art. 2 della Carta (o

---

[35] Sul controverso significato di giustizia internazionale v., ora, I. TRUJILLO, *Paradigmi della giustizia internazionale. Argomenti pro e contro il dovere di aiuto ai popoli svantaggiati*, in *Ragion pratica*, 22/2004.

[36] Ancora una testimonianza, come si vede, della necessaria *reductio ad unum* di *essere* e *dover essere* (e, perciò, delle prospettive, *descrittiva* e *prescrittiva*, da cui essi possono essere compiutamente riguardati).

in altri disposti ancora, parimenti invocabili a tutela dei diritti fondamentali e, in ultima istanza, della dignità della persona umana).

Non esito qui a dichiararmi favorevole, sotto un profilo teorico-astratto (e con le opportune precisazioni), a quest'ipotesi ricostruttiva, nondimeno bisognosa essa pure di essere – come sempre – messa alla prova dei fatti [37]. Non si nega invero che, quando fu scritto l'art. 2, si pensava al riconoscimento dei diritti *all'interno* della Repubblica, con riguardo ad ogni sede o fatto in cui essi potessero trovarsi esposti a rischio di menomazione e, persino, di sopravvivenza. Ma la *vis* innovativa che tale enunciato è in grado di esprimere è tale da potersi irradiare pure in «luoghi» esterni alla Repubblica stessa. Ci si può anzi spingere forse ancora oltre, ragionando nel senso che – fin dove vi riesce – la Repubblica (non soltanto *può* ma) *deve* dare il proprio concorso alla diffusione del valore «supercostituzionale» – come si è ritenuto altrove di chiamarlo [38] – della dignità dell'uomo e, derivato da questo, del valore del riconoscimento, il più largo possibile alle condizioni storicamente date, dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili di solidarietà.

Chi si oppone senza riserva alcuna ad ogni forma di «guerra giusta», restando ancorato ad una lettura… letteralistica ed autoreferenziale dell'art. 11, dovrebbe chiedersi se lo stesso principio fondamentale in parola, visto nella unità significante delle formule che lo compongono come pure in rapporto a formule espressive di principi diversi, tolleri la perdurante (ed anzi vieppiù aggravata) esistenza di condizioni di *pace ingiusta*, edificata sulle macerie di diritti fondamentali calpestati e di doveri inderogabili inadempiuti e non fatti valere [39].

---

[37] E, invero, sarebbe ingenuo trascurare come dietro alla motivazione umanitaria stiano alle volte inconfessabili ragioni di ordine economico o politico, che portano ad impugnare le armi per il controllo di territori di cruciale importanza strategica. Si tratta, dunque, di sottoporre l'analisi dei fenomeni di volta in volta osservati ad un severo scrutinio assiologicamente caratterizzato, distinguendo i fatti bellici la cui connotazione umanitaria, in sede di «bilanciamento», risulti a conti fatti recessiva, rispetto a connotati di altra natura, dai fatti nei quali essa sia invece predominante o, quanto, sostanzialmente equivalente alle componenti di natura diversa.

[38] Si rinvia ad A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

[39] Si è fatto di contro notare (da F. RIGANO, *La guerra: profili di diritto costituzionale interno*, cit., p. 21) come giustizia ed ingiustizia siano «valori identificabili soltanto soggettivamente» e che, pertanto, «non rimane che disvelare la falsità del dilemma tra guerra giusta e guerra ingiusta e concludere apoditticamente che l'uso della violenza armata è un fatto in insanabile contrasto con i valori di civiltà cui ha attinto la nostra cultura». Opinione, questa, che nondimeno sembra essa pure troppo schematica e perentoria nella conclusione, dal momento che, seppure con riguardo a molte congiunture la qualificazione su ciò che è «giusto» (o «ingiusto») possa dimostrarsi essere scivolosa o – diciamo pure – *obiettivamente soggettiva*, si danno

Senza alcuna retorica, vorrei insomma dire che la Repubblica ha una *missione*, una vera e propria opera di *evangelizzazione assiologica* (laicamente intesa) da compiere, concorrendo con gli altri ordinamenti di derivazione liberale e d'ispirazione pluralista alla diffusione del patrimonio di beni-valori costituito per la realizzazione, la massima possibile, della personalità di ciascun essere umano. L'esportazione di siffatto patrimonio non soltanto non è ostacolato ma è, anzi, sollecitato dall'art. 2, *proprio* nel suo fare «sistema» con gli artt. 10 e 11, vale a dire in considerazione della naturale vocazione internazionalista dell'ordinamento, che si oppone frontalmente ad ogni forma di insensato e sterile *nazionalismo costituzionale*, di chiusura in modo autoreferenziale dell'ordinamento in se stesso, in vista dell'appagamento, il massimo storicamente possibile, dei bisogni più largamente avvertiti.

Tutto questo, ovviamente, non è esente da limiti né, ancora prima, rimane indifferente a condizioni, sostantive e procedimentali, idonee a giustificare i fatti armati.

E, infatti, nessun intervento umanitario può trovare giustificazione laddove, come si faceva poc'anzi notare, adottato al di fuori delle organizzazioni internazionali e senza la piena osservanza delle norme che ne danno il reggimento [40]. La capacità espansiva (la vera e propria *vocazione tirannica*, com'è stata magistralmente definita [41]) dei principi fondamentali non può irragionevolmente portare alla sistematica sopraffazione ed al vero e proprio annientamento di uno o più principi fondamentali da parte di un altro (o di altri). L'*equilibrio ragionevole* (assiologicamente inteso) tra l'art. 11 e l'art. 2, nel loro mutuo condizionamento come pure in rapporto ad altri enunciati anco-

---

altre congiunture in cui, a pena di cadere preda di un relativismo cognitivo ed assiologico senza speranza, la qualificazione è unanimemente (o, quanto meno, con larghissima maggioranza) condivisa in seno alla Comunità internazionale (di qui, appunto, l'importanza capitale che giudizi siffatti abbiano il loro luogo elettivo in seno all'ONU). D'altro canto (e in generale), se rinunziassimo in partenza a prendere partito attorno ai valori etici costituzionalizzati (e, perciò, ai «fatti» ad essi riportabili), pur con le cautele richieste nei singoli casi, finiremmo proprio col devitalizzare la Costituzione della sua forza, della sua naturale attitudine a dare un orientamento assiologicamente giustificato alle dinamiche di apparato e, più largamente, agli sviluppi della vita di relazione. Assumiamoci, dunque, fino in fondo le nostre responsabilità, qualificando ciò che è oggettivamente ingiusto, perlomeno alla luce della nostra cultura d'ispirazione liberale, e che pertanto attiva un dovere morale e giuridico di dire e di fare per reprimerlo o, quanto meno, per evitarne l'ulteriore espansione e diffusione.

[40] Com'è stato, ancora da ultimo, opportunamente fatto notare (P. CONSORTI, *Guerra giusta?*, cit., ult. par.), interventi militari illegittimi per il diritto internazionale sono, per ciò stesso, anche *giuridicamente ingiusti*. Ovviamente, non è poi detto che il rispetto delle procedure legali basti, per ciò solo, a connotare un fatto bellico come «giusto» per l'aspetto morale o teologico (ma, di ciò, non è, ora, evidentemente possibile curarsi).

[41] Il riferimento è, ovviamente, in primo luogo alla poderosa riflessione schmittiana.

ra di valore, va faticosamente ricercato e messo a punto e preservato con riguardo alle condizioni storico-politiche a contorno. L'accelerazione a favore di interventi armati a finalità umanitaria ovvero il freno ad essi dato non possono dipendere unicamente da considerazioni teorico-astratte, che anzi sul piano in cui queste vicende maturano e giungono a conclusione sarebbero del tutto prive di senso, quanto piuttosto devono porsi quali esiti naturalmente e linearmente conseguenti di una reinterpretazione costantemente aggiornata, sistematica, dell'*intero* quadro costituzionale, nell'incessante riconformazione semantica alla quale esso soggiace in forza dei più pressanti bisogni, così come qualificati – è qui il fuoco della questione – alla luce del valore indisponibile e non bilanciabile della dignità della persona umana.

6. La «ragionevolezza» dei fatti bellici e il suo problematico e scivoloso accertamento, in contesti comunque segnati dal principio di effettività

Per la prospettiva ora consigliata, peraltro, non dovrebbe mai perdersi di vista che gli stessi interventi umanitari possono mettere a repentaglio (per non dire che espongono a sicuro pregiudizio) diritti inviolabili delle popolazioni residenti nelle zone d'intervento, alle volte inevitabilmente costrette a pagare un prezzo d'incalcolabile entità, in termini di vite umane sacrificate e di sofferenze complessivamente patite. La proporzione tra costi e benefici, la congruità dei mezzi allo scopo e, in una parola, la complessiva «ragionevolezza» – se così vogliamo chiamarla – del fatto bellico danno la *misura costituzionale*, il *fine* ed il *confine* ad un tempo, in prospettiva assiologicamente orientata, dello stesso.

Anche le modalità dell'intervento umanitario, dunque, e non solo quest'ultimo in sé e per sé considerato, rilevano in sede di «bilanciamento» degli interessi in campo. E quando si ha a che fare con le guerre è sempre assai arduo trovare una credibile giustificazione all'antica credenza secondo cui il fine giustifica il mezzo (o, meglio, *ogni* mezzo).

Si ha così ulteriore conferma di come la ragionevolezza davvero si ponga – com'è stato efficacemente fatto notare in sede di ricostruzione teorico-generale [42] – quale «principio architettonico del sistema»: può ora aggiungersi, *anche nelle sue proiezioni esterne*, sul piano dei rapporti e delle complessive vicende interordinamentali, e con riguardo a fatti, quale quelli bellici, che

[42] L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005.

tendenzialmente dovrebbero considerarsi irragionevoli, anzi sommamente irragionevoli. La circostanza, poi, per cui le sole guerre costituzionalmente consentite (*rectius*, tollerate) sono quelle a scopo difensivo (pur latamente inteso) ed a presidio dei diritti umani, unitamente alla considerazione per cui l'ordinamento fisiologicamente si evolve in condizioni di pace (e non di guerra), fa presumere – ed è presunzione che, ovviamente, ammette la prova del contrario – il carattere complessivamente *incostituzionale* (per non dire *anticostituzionale* [43]) del fatto bellico. Di modo che – al pari di ciò che si ha tutte le volte che si sia in presenza di fatti eccezionali o di atti o comportamenti adottati in situazioni di emergenza [44] – si avrebbe qui un'*inversione dell'onere della prova*: assumendosi, dunque, come *invalida*, in prospettiva assiologica, la decisione di guerra e gravando piuttosto su chi l'ha adottata il peso di dar la dimostrazione della sua validità, anche (e soprattutto) davanti alla comunità, così direttamente e gravemente coinvolta dalla decisione stessa.

Due ultime, rapidissime notazioni.

La prima è che la conclusione alla quale si è appena giunti parrebbe tuttavia non valere per forme di guerra ormai stabilizzate o endemiche, quale quella al terrorismo, ove si convenga che esse purtroppo non assumono più le sembianze di mere «parentesi», che interrompono il fisiologico divenire pacifico dell'ordinamento. Per strano (e persino paradossale) che possa per più aspetti sembrare, qui varrebbe piuttosto la regola opposta; e i governanti che decidessero di deporre le armi o, come che sia, di abbassare la guardia nella lotta al terrorismo avrebbero l'obbligo di dimostrare la liceità del comportamento tenuto, in rapporto all'intera tavola dei valori costituzionali, avuto riguardo al fatto del supposto scampato pericolo per le istituzioni e i cittadini [45]. In ogni caso, le misure adottate per farvi fronte devono mostrarsi ade-

---

[43] Per questa distinzione, A. SPADARO, già in *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Esi, Napoli, 1990, p. 262 ss. e, quindi, in altri scritti.

[44] Per talune esemplificazioni, con riguardo al piano delle fonti e della loro composizione in sistema, v., volendo, il mio *A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordine nel sistema delle fonti,* in AA.VV., *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. CARETTI e A. RUGGERI, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1 ss., nonché in «*Itinerari*» *di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 2, *Studi dell'anno 2002*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 73 ss., spec. p. 108 ss. Per un chiaro quadro degli stati di emergenza, di recente, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003 (e, specificamente per lo stato di guerra, p. 253 ss.) e F. VARI, Necessitas non habet legem*?*, cit.

[45] Si ha qui una particolarmente significativa riprova di come non di rado il «vero» parametro nei giudizi di costituzionalità (latamente intesi, siccome comprensivi, oltre che di quelli specificamente dati dalla Corte costituzionale, di ogni forma di qualificazione costituzionale e da qualunque parte provenga) non necessariamente risulti costituito unicamente da materiali normativi ma piuttosto anche (o principalmente) da «fatti», sia pure frammisti, alle volte

guate, strettamente necessarie, rispetto allo stato dei fatti e bisognose, pertanto, di esser prontamente rimosse o variamente aggiustate col mutare dello stesso [46].

La seconda notazione è che, ferma restando la responsabilità politica diffusa dei governanti di turno (nei limiti, come si sa assai stretti, in cui i meccanismi che presiedono alla sua attivazione si dimostrino operanti), vuoi per l'adozione di misure abnormi in rapporto allo stato dei fatti e vuoi per la mancata adozione di misure considerate necessarie, il giudizio sulla validità – come si è venuti dicendo – viene comunque naturalmente a confluire ed a risolversi in una qualificazione orientata dal principio di effettività. La qual cosa gioca, a conti fatti, a favore degli eventi bellici comunque idonei a radicarsi nell'ordinamento e nell'esperienza [47], quale che ne sia il fondamento teorico rinvenibile nel sistema costituzionale e nei suoi valori.

---

in modo inscindibile, ai materiali stessi. In argomento, notazioni di sintesi in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 69 ss.; ulteriori, pertinenti rilievi, con specifico riguardo al rilievo dei fatti scientifico-tecnologici nei giudizi di costituzionalità ma con considerazioni di più largo raggio, in G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezza della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'ALOIA, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli di Torino, e già, dello stesso, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. MALFATTI, R. ROMBOLI, R. TARCHI, Giappichelli, Torino, 2002, p. 431 ss.

[46] La proporzione tra misure normative e condizioni di fatto dalle stesse riguardate è stata più volte (e sia pure con varietà di accenti) messa in evidenza dalla giurisprudenza (esemplarmente, con riguardo alla disciplina adottata per fronteggiare il fenomeno del brigatismo rosso, nella famosa sent. n. 15 del 1982).

[47] Di qui – si torna a dire – l'importanza, davvero capitale, della previsione di misure di garanzia, quale il ricorso diretto delle minoranze parlamentari, idonee, almeno in alcuni casi, a prevenire la stessa nascita del fatto bellico e, comunque, il suo radicamento nel tessuto sociale ed ordinamentale.

Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza

di *Filippo Donati*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Schemi costituzionali di reazione giuridica all'emergenza costituzionale e «normalizzazione» dell'emergenza. – 3. L'ausilio interpretativo dell'art. 15 CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. Alcune conclusioni, anche con riferimento alle limitazioni alla possibilità di deroga derivanti da altri obblighi internazionali.

1. Premessa

Il tema dell'emergenza costituzionale [1] attraversa come un filo rosso molta della riflessione giuspubblicistica italiana [2] – analogamente, del resto, a quel-

[1] Per accedere ad una recente ed assai completa ricostruzione (G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003), si è di fronte ad una emergenza costituzionale laddove in un dato ordinamento giuridico sopravviene una situazione di fatto, di natura provvisoria ed imprevista (cioè insuscettibile di essere ricompresa fra le fattispecie già oggetto di disciplina), che determini effetti antigiuridici: l'autore assume il termine nel senso ampio di effetti idonei a mettere in crisi valori e posizioni soggettive dell'ordinamento giuridico di riferimento.

[2] Non è questa la sede per ripercorrere interamente la copiosa produzione dottrinaria sul punto. Ci si limita quindi alle più recenti opere monografiche, rinviando anche alle rispettive indicazioni bibliografiche: V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit.; nonché G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 437 ss.; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni* (Capri, 3-4 giugno 2005), *paper*. Anche in questa *Rivista*, di recente, sono stati pubblicati interessanti contributi in materia: G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, p. 3 ss.; F.

la di altri paesi europei – fin dai tempi dello stato liberale, e tale riflessione aumenta di intensità soprattutto nei momenti di particolare delicatezza, in cui l'emergenza, oltre ad essere oggetto di indagine teorica, si presenta altresì come elemento dell'attualità politica, giuridica e costituzionale [3].

Il motivo di tale centralità è molto evidente: le situazioni emergenziali rappresentano infatti una sorta di zona di limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare le forze contrapposte della reazione all'emergenza stessa (spesso declinata in forme che tendono ad imporre di prescindere dall'applicazione del diritto ordinario [4], il quale a sua volta solo raramente prevede strumenti di «gestione» dell'emergenza [5]) e della applicazione di un diritto dettato prevalentemente per situazioni comunque fisiologiche, ancorché non sempre «ordinarie». Una sorta di banco di prova, quindi, della «resistenza» o più in generale del *perimetro* del diritto pubblico rispetto alle forze della contingenza e dell'attualità (se non anche, talvolta, della storia stessa [6]), che possono rendere il diritto pubblico ordinario inadeguato od inidoneo ad affrontarle; una verifica di come l'ordinamento riesca ad assorbire le spinte (pericolose per il suo stesso assetto, o per l'integrità dei suoi principi fondamentali [7]) che gli provengono dall'esterno, o di come, ed in che misura, l'ordinamento stesso consenta alla sospensione od alla deroga del diritto ordinario in relazione a situazioni emergenziali e straordinarie.

L'obiettivo degli studi sull'emergenza costituzionale intesa in senso esclu-

---

VARI, Necessitas non habet legem? *Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, *ivi*, p. 189 ss.

[3] Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Scritti Minori*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 190 ss.

[4] Sullo sfondo, resta fondamentale l'approccio alle tematiche dello stato di eccezione proposto da C. SCHMITT (ad es. in *Der Hüter der Vefassung*, Berlino, 1931, trad. it. di A. CARACCIOLO, *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 176 ss.)

[5] In realtà, come è noto, anche il diritto costituzionale prevede alcune clausole che contemplano la necessità/emergenza e ne integrano la gestione all'interno degli strumenti «ordinari». Si pensi, in particolare, alla previsione del decreto-legge (art. 77 Cost.), ed alla deliberazione dello stato di guerra (art. 78 Cost.), che costituisce la situazione emergenziale per eccellenza (F. VARI, Necessitas non habet legem?, cit., p. 191). Anche tutti gli altri settori del diritto contemplano ipotesi di applicazione di regole particolari in caso di emergenza, urgenza o necessità: si pensi, solo esemplificativamente, allo strumento processuale cautelare residuale previsto dall'art. 700 c.p.c., o allo «stato di pericolo» che consente la rescissione del contratto *ex* art. 1447 c.c., alla legittima difesa come scriminante del reato (per altri esempi, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pp. 15-16).

[6] V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., p. 9, osserva come «la distinzione degli aspetti giuridici da quelli storici, politici e sociali […] negli studi sulla sospensione e sulla deroga» non possa «mai tramutarsi in assoluta incomunicabilità».

[7] P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, cit., p. 6.

sivamente giuridico [8], quindi, non può che consistere soprattutto nell'indagine in ordine alle dinamiche che, all'interno dei moderni stati costituzionali postbellici – e quindi necessariamente prescindendo da tentazioni «decisionistiche» che, anche se declinate in termini di risposta non irrazionale all'emergenza, sarebbero verosimilmente incompatibili con l'assetto dei poteri e con la garanzia dei diritti prefigurati dalle costituzioni contemporanee [9] – consentono all'ordinamento di reagire alle situazioni che richiedono un intervento del diritto differente rispetto a quello ordinario, ma in un contesto che non neghi ed anzi riaffermi la continuità costituzionale [10], e che quindi non sia incompatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento stesso.

Anche durante l'emergenza, però, esiste un *bisogno* di diritto. Anzi, proprio durante le situazioni emergenziali, che possono essere le più diverse ed eterogenee, la richiesta di interventi di regolazione e di tutela giuridica (intesi ovviamente in senso ampio, comprensivo delle decisioni e non limitati all'esercizio del potere normativo) assume forse una intensità addirittura superiore; e ciò specialmente a livello di organizzazione costituzionale, cioè per quanto concerne le regole di base su cui appoggia l'ordinamento giuridico: il pensiero, ovviamente, va soprattutto al sistema costituzionale di tutela dei diritti individuali e collettivi, alle procedure democratiche di determina-

---

[8] Prescindendo quindi da una nozione più descrittiva o storica di emergenza, cui sarebbero riconducibili tutte le situazioni nelle quali si crea una totale frattura della continuità costituzionale, in vista dell'instaurazione di un ordinamento giuridico nuovo (ad esempio, il colpo di stato immediatamente riuscito). In questi casi l'ordinamento giuridico viene sostanzialmente travolto in favore di una situazione più fluida nella quale operano forze tecnicamente *non legali* (ancorché, accedendo alla notissima teoria romaniana, *legittime* in quanto espressione della necessità, anche di tipo storico-sociale, come fonte del diritto: cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, 151 ss.). Quando invece l'emergenza costituzionale viene gestita senza negare la sopravvivenza dell'ordinamento, e quindi attraverso meccanismi interni all'ordinamento stesso (ancorché eventualmente tali da «rimetter[ne] in gioco l'unità e l'armonia interiore», V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 5), è possibile ricorrere alle categorie della «sospensione» e della «deroga», senza con ciò uscire da un contesto di sostanziale continuità costituzionale e senza assistere all'instaurazione di un ordinamento completamente nuovo. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 138 ss., descrive tale distinzione in termini di contrapposizione fra un modello «dualista» dell'emergenza – nel quale la soluzione emergenziale proviene dall'esterno dell'ordinamento, dal quale prescinde – e modello «monista» – nel quale il diritto dell'emergenza è un «sottosistema» dell'ordinamento complessivamente inteso.

[9] Si vedano le riflessioni di M.R. FERRARESE, *Lo stato di eccezione nella globalizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2004, 148 ss.

[10] A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, 3-5.

zione del soggetto di volta in volta deputato a stabilire la disciplina delle diverse fattispecie, agli stessi meccanismi di tutela della costituzione rispetto alle sue violazioni. Il bisogno di diritto, in queste situazioni, assume però due direzioni che possono contrapporsi: emerge un bisogno di superamento delle regole ordinarie che consenta all'ordinamento di resistere alle pressioni emergenziali (ed eventualmente di evolversi verso forme nuove), ma emerge altresì la necessità di tutelare le regole di fondo dell'ordinamento, i suoi stessi principi fondamentali, la cui sospensione o negazione comporterebbe necessariamente un ripensamento della stessa struttura costituzionale complessiva [11].

Ciò premesso in linea generale, non deve però dimenticarsi che l'emergenza costituzionale è un tema troppo ampio e riferito ad una pluralità di situazioni anche piuttosto diverse fra di loro, per non essere oggetto di una qualche delimitazione.

Sotto un profilo storico [12], si è osservato come spesso taluni importanti snodi del pensiero costituzionalistico, e delle stesse scelte attraverso le quali il costituzionalismo moderno si è affermato, rappresentino proprio il precipitato delle risposte di volta in volta date dagli ordinamenti alle sfide dell'emergenza [13]. Sulla stessa linea ma più in generale, un esame storico delle situazioni emergenziali e delle relative reazioni registrate nei vari e diversissimi ordinamenti costituzionali, ha consentito di tracciare una linea di demarcazione – che appare comunque piuttosto delicata e talvolta opinabile – fra emergenze costituzionali che sono state finalizzate o comunque hanno avuto quale esito una sensibile evoluzione costituzionale (cosicché l'ordina-

---

[11] Si pensi, ad esempio, ad una situazione emergenziale dovuta ad insurrezione o fatti di terrorismo: in quel caso, come meglio si cercherà di evidenziare *infra*, a fronte di un fatto sopravvenuto idoneo ad alterare profondamente il complesso di regole giuridiche ordinarie, il «bisogno di diritto» richiede: (i) regole giuridiche finalizzate al superamento dell'emergenza ed al ristabilimento della situazione di ordine: ad esempio, provvedimenti che stabiliscano regole ferree in materia di circolazione, di detenzione di armi, di possibilità di riunirsi, ecc.; (ii) regole giuridiche che consentano di limitare il potere esercitato anche in un contesto emergenziale nel quadro di una serie di principi il cui superamento comporterebbe un totale mutamento costituzionale: ad esempio, divieto di omicidio, divieto di tortura, ecc.

[12] Per il quale, si vedano soprattutto, G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti*, cit., *passim*; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 43-136.

[13] A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., 3, osserva come taluni degli aspetti più centrali e delicato dei moderni sistemi costituzionali costituiscano in realtà «razionalizzazioni elaborate in risposta ai grandi rivolgimenti politico-sociali che, nel corso della storia, si sono svolti in circostanze eccezionali e drammatiche». Cfr. altresì P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, cit., 24

mento messo in crisi dall'emergenza, al termine della medesima, non era più sovrapponibile rispetto a quello precedente, ancorché esso non fosse mai stato concretamente travolto e compromesso dall'emergenza stessa) [14], rispetto ad emergenze costituzionali che hanno visto prevalere la «tipica» concezione di conservazione dell'ordinamento, per la quale di fronte all'emergenza l'ordinamento stesso reagisce – eventualmente anche attraverso penetranti e significative deroghe, sospensioni od eccezioni alle proprie stesse regole [15] – avendo come prima finalità la propria sopravvivenza e conservazione [16] (intesa sia in senso autoreferenziale, di conservazione dell'ordinamento in quanto tale, sia nel senso più «virtuoso» di mediata conservazione e difesa degli interessi, delle posizioni giuridiche e dei valori che l'ordinamento stesso garantisce e tutela).

Come è ovvio, è principalmente in questo contesto – l'unico, peraltro, che si presta ad un esame sostanzialmente giuridico che possa in parte prescindere da elementi storici o sociali, e che non involga la tematica del potere costituente – che si collocano i problemi relativi al *quantum* di deroga o di sospensione del diritto ordinario che possono essere effettivamente considerati ammissibili nell'ambito di una situazione di emergenza, senza che la reazione alla emergenza stessa trasmodi in una evoluzione dell'ordinamento che, più che preservarlo, ne neghi i fondamenti stessi [17].

---

[14] Come è stato osservato in dottrina, le reazioni alle emergenze costituzionali di questo genere, tendono a non distinguersi chiaramente da concreti esercizi di potere costituente (G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 149).

[15] V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., *passim*, effettua una importante distinzione fra i concetti di necessità/urgenza ed emergenza, collocandola anche sulla sfondo dell'evoluzione del diritto costituzionale italiano precedente e posteriore all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

[16] In dottrina normalmente viene valorizzato principalmente ed in prima battuta l'elemento conservativo dell'emergenza (*rectius*: della reazione all'emergenza) in quanto da un punto di vista giuridico le misure dettate per affrontare l'emergenza – quando non si tratti di totali rotture dell'ordinamento giuridico – hanno di regola una finalità di «resistenza» rispetto alla crisi: cfr. P.G. GRASSO, voce *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir*., vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, 866 ss. Più recentemente la verifica storico-giuridica dei concreti esiti ai quali hanno condotto talune situazioni emergenziali, ha indotto invece una sensibile dottrina a metterne in evidenza altresì la funzione «evolutiva» sotto il profilo costituzionale: cfr., in particolare P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 77 ss., che distingue dalla emergenza, la cui tematica trova tutta svolgimento presupponendo la sopravvivenza di un dato ordinamento giuridico, la figura della crisi costituzionale, nella quale si manifesta invece la prospettiva del mutamento dell'ordine costituzionale.

[17] G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 152 ss. propone un *tertium genus* fra emergenza finalizzata alla formazione di un nuovo ordinamento giuridico ed emergenza contro cui l'ordinamento giuridico reagisce con propri meccanismi interni eventualmente sospensivi o derogatori; si tratta della «emergenza assoluta», nella quale la finalità di

In questa sede ci si propone di svolgere qualche breve riflessione proprio in ordine al contenuto ed alle modalità di esercizio dei poteri emergenziali in contesti di emergenza «conservativa»; in particolare, si cercherà di verificare in quali termini la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in applicazione soprattutto dell'art. 15 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) possa contribuire a delineare la fisionomia – procedurale e contenutistica – dei poteri emergenziali in tali contesti, anche alla luce delle diverse esperienze costituzionali sull'emergenza.

2. Schemi costituzionali di reazione giuridica all'emergenza costituzionale e «normalizzazione» dell'emergenza

Se quello delle reazioni alle situazioni emergenziali *all'interno* di un dato ordinamento è il campo materiale più interessante per chi intenda studiare da un punto di vista giuridico la fisionomia dell'emergenza e l'area delle conseguenze possibili sull'ordinamento, una ulteriore distinzione effettuata dalla dottrina – specialmente, come è ovvio, sotto un profilo comparatistico – è quella avente ad oggetto la presenza o meno, nei singoli ordinamenti costituzionali di meccanismi legali di reazione all'emergenza.

Come è noto, infatti, alcune Costituzioni si sono dotate di clausole che contengono meccanismi finalizzati a scattare in stati di «eccezione», variamente intesi e declinati, mentre altre – come quella italiana – non prevedono disposizioni generali sul punto, ma solo singoli poteri che trovano come fondamento l'emergenza [18]. Nel primo caso, è evidente il tentativo dei legislatori

---

conservazione dell'ordinamento è perseguita consapevolmente con strumenti del tutto incompatibili con l'ordinamento giuridico che si intende conservare, di talché al momento della chiusura della emergenza è necessario un atto che pur estraneo all'ordinamento, tenda alla sua ricomposizione ed alla sanatoria dell'attività svolta durante lo stato emergenziale (il riferimento dell'autore è specialmente diretto al meccanismo britannico del *Bill of Indemnity*).

[18] Ciò non implica che nei paesi in cui le Costituzioni siano prive di clausole esplicite «di eccezione» non vi sia alcun fondamento per l'esercizio di poteri emergenziali. Basti soltanto ricordare, a tale proposito, la contrastata riflessione dottrinaria in ordine alla idoneità del decreto legge a porsi quale fonte susccettibile di dar luogo a sospensioni o deroghe alla Costituzione (cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova, p. 340 ss.). Si pensi, sempre nell'ordinamento italiano, ai poteri di ordinanza prefettizia, od alla discutibile legge n. 225 del 1992, che ha istituito un potere di ordinanza di necessità in capo al governo per motivi di protezione civile: si dubita, peraltro, che tali ordinanze di protezione civile possano avere contenuti derogatori la Costituzione (G.U. RESCIGNO, *Svilup-*

costituzionali di contenere l'irrompere del «*fatto eccezionale*» nel campo del diritto costituzionale, di «*normalizzare*» la situazione emergenziale inserendola in un quadro costituzionale che ne prevede la ricorrenza [19], e quindi predisponendo meccanismi ancora pienamente giuridici finalizzati alla relativa gestione [20].

Non è possibile in questa sede effettuare un *excursus* completo sulle scelte, talvolta molto differenti, dei diversi legislatori costituzionali in punto di reazione all'emergenza. Si può però cercare di effettuarne una classificazione sulla base di due parametri fondamentali, che costituiscono poi i sintomi stessi della reazione «eccezionale» di un ordinamento allo stato di emergenza: (i) la portata della modificazione delle competenze fra organi dello stato e fra apparati, e (ii) la portata della deroga rispetto al diritto costituzionale ordinario per quanto concerne in particolare la tutela dei diritti fondamentali.

Incrociando questi due parametri, ma concentrandosi principalmente sul primo [21], le soluzioni prescelte nei paesi nei quali la Costituzione detta disposizioni in materia sono riconducibili ad alcuni schemi fondamentali, talvolta coesistenti nel medesimo ordinamento costituzionale:

(a) concentrazione nel medesimo soggetto del potere di individuare la concreta sussistenza di uno stato di emergenza e di adottare le misure necessarie a reagire [22]; è il modello fatto proprio dall'art. 16 della Costituzione francese della V Repubblica, che consente al Presidente, ampiamente libero – perlomeno sulla carta [23] – da limiti o contrappesi giuridici effet-

---

pi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza ed altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sent. n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in *Giur. cost*., 1996, p. 2198).

[19] G. De Vergottini, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, cit., p. 439.

[20] T. Groppi, *Dopo l'11 settembre: la «via canadese» per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quaderni cost.*, 2005, p. 576.

[21] Le Costituzioni tendono infatti a privilegiare il profilo dell'organizzazione dei poteri di emergenza su quello del relativo contenuto: la fondamentale scelta che si opera, infatti, è quella di decidere *chi* riconosce l'emergenza e *chi* è abilitato a dettarne la disciplina (si vedano la regola particolarmente *tranchant* dell'art. 16 della Costituzione francese, ma anche quella dell'art. 78 della Costituzione italiana).

[22] Questo soggetto può essere anche il Parlamento, come accade nel sistema irlandese, nel quale la Costituzione esclude che la legge con la quale si accerta lo stato di emergenza possa essere oggetto di dichiarazione di incostituzionalità (cfr. P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, cit., p. 33).

[23] Come riferisce A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., p. 32 ss. l'approccio della riflessione scientifica francese alla problematica dell'art. 16 è nel senso di depotenziarne la portata e sdrammatizzarne i contenuti.

tivamente incisivi [24], di adottare «*les mesures exigées par ces circonstances*» [25];

(b) concentrazione in capo al governo del potere di individuare la ricorrenza di una situazione di emergenza, con introduzione di un controllo parlamentare di carattere sostanzialmente politico, da esercitarsi nel corso dell'applicazione delle misure emergenziali, normalmente per definirne la durata originariamente limitata [26]; tali misure normalmente assicurano il funzionamento di tutti gli organi costituzionali durante l'emergenza e non escludono un controllo giurisdizionale sulle misure emergenziali [27]. Tale controllo è

[24] Il citato art. 16 della Costituzione francese, infatti, introduce a fronte dell'ampio potere presidenziale eccezionale, contrappesi assai modesti, quali (i) l'obbligo di una «*consultation officielle*» con il Primo Ministro e con i presidenti dei due rami del Parlamento e del Consiglio costituzionale al momento in cui il Presidente intenda avvalersi dei suoi poteri eccezionali, (ii) informazione della Nazione mediante un messaggio, (iii) la consultazione del Consiglio costituzionale in ordine alle misure adottate, (iv) la garanzia di prosecuzione delle riunioni del Parlamento anche durante il periodo emergenziale, (v) il divieto di scioglimento dell'Assemblea nazionale. Come è stato rilevato in dottrina, l'unico esempio di applicazione dell'art. 16 da parte del Presidente De Gaulle nel 1961 ai tempi della crisi di Algeri, ha dimostrato la scarsa efficacia delle misure costituzionalmente previste per limitare un potere presidenziale sostanzialmente pieno (cfr. P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, cit., p. 31; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., p. 29 ss.).

[25] Nel modello francese i presupposti per l'attivazione del potere eccezionale presidenziale sono estremamente ampi: «*lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu*» e, soprattutto, è carente un sistema di tutela giurisdizionale avverso le misure presidenziali. Inoltre – ma è ciò che più rileva – i poteri presidenziali possono consistere in deroghe o sospensioni della Costituzione prive di limitazioni con riguardo al *quantum* e con riguardo ai singoli diritti oggetto di compressione.

[26] Ancora in Francia è questo il caso dell'ipotesi di *état de siege* (stato d'assedio) disciplinata dall'art. 36 della Costituzione, e dell'ipotesi di *état d'urgence* (stato di necessità), disciplinata (non dalla costituzione ma) da una legge ordinaria del 1955, che ha trovato una recentissima applicazione a seguito degli scontri nella *banlieu* parigina del novembre 2005; la legittimità costituzionale di quest'ultima previsione è stata confermata da una pronuncia del Consiglio costituzionale del 1985, che ha sostanzialmente attribuito al legislatore ogni scelta in ordine al bilanciamento fra interessi costituzionalmente protetti, ivi compresa l'opzione derogatoria o sospensiva. In entrambi i casi le misure adottabili implicano importanti limitazioni delle libertà costituzionali (soprattutto della libertà domiciliare e di circolazione, nonché del diritto di difesa: si pensi alla possibilità di affidare alla giustizia militare il perseguimento di reati che rientrerebbero nella competenza della giurisdizione ordinaria), ed il controllo parlamentare è diretto a definirne la portata cronologica.

[27] Pur nella sua obiettiva diversità, è riconducibile a questo contesto anche la prassi britannica del *Bill of Indemnity*, cioè sostanzialmente della ratifica politica da parte del Parlamento dell'esercizio di poteri emergenziali del governo (*rectius*: l'esonero da responsabilità per illeciti compiuti nell'interesse nazionale). Come è stato efficacemente osservato (A.

però spesso di fatto molto limitato, anche per una qualche deferenza o cautela del giudiziario ad interferire in materie che sono sentite come intimamente «politiche» e connesse con quella che in passato veniva definita la «ragione di Stato»;

(c) condivisione fra governo e parlamento della scelta di esercitare poteri eccezionali, mediante un meccanismo di proposta governativa ed approvazione parlamentare della dichiarazione dello stato di emergenza, nell'ambito della quale vengono definite le modalità e le condizioni dei poteri esercitabili e dei diritti oggetto di limitazione o sospensione [28].

Come è evidente da questa sinteticissima classificazione (cui sfugge l'esempio unico dell'emergenza «individuale» dell'ordinamento spagnolo [29]), gli schemi costituzionali di reazione giuridica alle situazioni emergenziali, come anticipato, esprimono lo sforzo dei costituenti di recuperare al diritto – ancorché ad un diritto eccezionale, ma non *extra ordinem* – le ipotesi di irruzione di gravi turbative che impediscono l'applicazione del diritto ordinario, ed hanno alcune caratteristiche comuni: (i) da un lato presentano un deciso

---

BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., p. 64) nemmeno il meccanismo tipicamente anglosassone del *judicial review* è riuscito a costituire un efficace contrappeso rispetto al potere emergenziale esercitato dal governo e poi «coperto» dal *Bill of Indemnity*.

[28] È il caso della costituzione spagnola (art. 116), che prevede due livelli di stato di emergenza suscettibili di comprimere diritti costituzionali – stato di eccezione e stato di assedio – diversificati per i presupposti e per le conseguenze. In entrambe le ipotesi alla proposta governativa di dichiarazione della situazione emergenziale deve corrispondere una deliberazione parlamentare, preventiva/autorizzativa per la dichiarazione dello stato di eccezione (meno invasivo delle libertà costituzionali), approvativa/dichiarativa per l'attivazione dello stato di assedio. Anche la legislazione costituzionale tedesca, integrata sul punto nel 1968, prevede alcune forme di dichiarazione di stati di eccezione (stato di difesa e stato di tensione) sottoposte ad un controllo parlamentare incisivo sui presupposti; vi è però la possibilità di dichiarare uno stato di emergenza interna con semplice decreto del governo federale. Mediante quest'ultimo strumento il governo tedesco ha effettuato una importante ristrutturazione dell'assetto delle forze di polizia sul territorio (spesso in contrasto con le competenze dei *Länder*): cfr. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., p. 47.

[29] L'art. 55, comma 2 della Costituzione spagnola introduce una singolare ipotesi di sospensione individuale di alcuni diritti costituzionalmente garantiti (libertà di domicilio, di corrispondenza, durata massima della custodia cautelare) connessa alle investigazioni nei confronti di appartenenti a bande armate o organizzazioni terroristiche. La Costituzione affida ad una legge organica il compito di individuare i concreto i casi di sospensione individuale dei diritti, garantendo un controllo parlamentare continuo. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., pp. 53-54 rileva come in molti casi la limitazione individuale delle libertà costituzionali – strumento di evidente delicatezza – sia stato utilizzato con eccessiva ampiezza, e come le leggi organiche succedutesi non siano mai riuscite ad elaborare un modello davvero efficiente di controllo parlamentare sull'esecuzione delle misure derivanti dall'applicazione dell'art. 55, comma 2 della Costituzione.

accentramento delle competenze in capo all'esecutivo (con un controllo più o meno incisivo del parlamento), (ii) dall'altro conferiscono la possibilità di derogare, comprimere o limitare situazioni soggettive e diritti fondamentali: non è questa la sede per indicare compiutamente quali siano i diritti che le varie Costituzioni consentono di conformare limitativamente nell'emergenza, ma essi vanno dalla libertà di circolazione a quella domiciliare, dalla stessa libertà personale (specialmente declinata in termini di libertà dagli arresti) alla libertà di corrispondenza, alla libertà di manifestazione del pensiero, al diritto di difesa, (iii) il giudizio in ordine alla necessità di reagire al fatto emergenziale non ha carattere libero, ma quantomeno discrezionale, in quanto implica una scelta funzionalizzata ad una finalità conservativa dell'ordinamento e delle situazioni giuridiche ad esso riconducibili.

Nel più recente periodo, però, pur in presenza di uno stato di latente e «globalizzata» emergenza derivante dall'affermazione del terrorismo internazionale, sempre più raramente gli Stati dotati di clausole di emergenza e stati di eccezione costituzionali vi accedono e li utilizzano. Come è stato notato, si assiste ad una sorte di «*normalizzazione dell'emergenza*», che ha come presupposto la circostanza per cui «*lo stato di pericolo viene fatto rientrare nella quotidianità*», e dunque si preferisce utilizzare, per opporvisi, le fonti ordinarie [30].

Ciò vale ovviamente a maggior ragione per quegli ordinamenti in cui non è costituzionalmente previsto uno stato di eccezione: si pensi proprio al caso italiano [31], nel quale la obiettiva emergenza del terrorismo degli anni Settanta ed ottanta del secolo scorso, così come l'emergenza terroristica successiva agli attentati dell'11 settembre 2001, è stata affrontata mediante una legislazione dichiaratamente «*emergenziale*» (o meglio, che aveva come sfondo quello della emergenza terroristica) ma in realtà da un punto di vista formale del tutto riconducibile agli ordinari schemi costituzionali di produzione normativa [32].

---

[30] G. De Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza*, cit., il quale cita numerosi esempi di legislazione di fatto emergenziale (spesso dichiaratamente tale), ma adottata mediante procedure ordinarie, nonché casi di «stabilizzazione» di discipline originariamente emergenziali.

[31] L'osservazione qui brevemente formulata, era già desumibile nella ben più ampia analisi di V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., in particolare p. 206 ss., il quale segnalava già a metà degli anni Ottanta del secolo scorso come le leggi emergenziali trovassero in dottrina e giurisprudenza un trattamento differente rispetto alle norme meramente «necessitate»: di queste ultime, veniva valorizzato e sottolineato il carattere intrinsecamente provvisorio, mentre rispetto alle prime – anche se se ne confermava la portata derogatoria rispetto alla Costituzione – non si effettuava uno scrutinio altrettanto stretto in ordine agli effetti nel tempo.

[32] G. Tarli Barbieri, *Le nuove disposizioni in materia di prevenzione e repressione del ter-*

Sotto questo profilo, occorre riconoscere che l'ordinamento giuridico italiano è favorito sulla strada della «*normalizzazione dell'emergenza*» dalla presenza in Costituzione dello strumento del decreto legge, e soprattutto della prassi in ordine al suo utilizzo, che ne ha col tempo mutato la fisionomia da strumento straordinario a strumento ordinario di legislazione: è stato dunque possibile elaborare norme dichiaratamente cagionate da un contesto emergenziale, ma che ponevano le basi di una disciplina duratura, stabile, e quindi destinata a trovare applicazione anche a fattispecie tutt'affatto diverse rispetto ai fatti che avevano dato luogo all'introduzione delle norme stesse nell'ordinamento [33].

Si può osservare, fra l'altro, che la carenza di un procedimento formale distinto da quelli ordinari di produzione degli atti, volto a rimarcare anche su quel piano la distinzione fra intervento emergenziale e diritto ordinario, stempera ulteriormente i confini fra le due aree, e rende ancora più complesso un giudizio intorno alla effettiva ricorrenza della situazione emergenziale.

È evidente che una situazione di questo tipo sposta ulteriormente la necessità di verifica sul secondo dei criteri di identificazione delle misure emergenziali cui si è sopra fatto cenno: se l'emergenza non modifica l'assetto dei poteri fra organi costituzionali e viene «incanalata» in strumenti di produzione di regole ordinari e stabili [34] (nel senso di non provvisori [35]), allora – se non

---

rorismo internazionale, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, p. 777 ss., ripercorre la recente legislazione in materia di lotta al terrorismo internazionale, evidenziando come essa, sotto il profilo della scelta delle modalità di adozione, abbia ripercorso schemi collaudati nella citata legislazione emergenziale antiterroristica «interna», con ampia utilizzazione del decreto legge (che, come è ben noto, ha ampiamente smarrito, nel nostro ordinamento, le originarie caratteristiche di strumento da utilizzarsi in casi particolarissimi ed, appunto, emergenziali).

[33] Con riferimento alla legislazione emergenziale in materia di catastrofi e calamità, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., p. 209, rileva come esse «sono state reputat[e] strumenti insostituibili ed adatt[e], come ogni altro strumento legislativo e normativo ordinario, a costruire stabilmente un modello di pianificazione delle attività pubbliche del settore».

[34] Si pensi alla legislazione emergenziale che modifica il codice penale (ad esempio, la modifica dell'art. 270-*bis* c.p. mediante il decreto legge n. 374/2001 in materia di repressione del terrorismo internazionale): è evidente che questa normativa ha una aspirazione alla stabilità così forte da andare ad incidere sui testi normativi almeno tendenzialmente più stabili, come i codici.

[35] Si è già accennato a come la provvisorietà sia considerata una delle caratteristiche precipue del fatto emergenziale (G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 166). La stabilizzazione di norme di origine emergenziale – anche se, lo si ripete, immesse nell'ordinamento mediante moduli di produzione normativa non derogatori – ha verosimilmente una ulteriore causa (ed un connesso effetto) nella tecnica adottata dal legislatore italiano, che ha preferito elaborare disposizioni caratterizzate da un certo grado di generalità ed astrattezza, e come tali

si vuole ritenere l'emergenza come una semplice *occasio legis* alla stregua di qualunque altra, implicante però una portata derogatoria e/o sospensiva del diritto ordinario – il riflesso della situazione emergenziale non può che prodursi sul versante del *contenuto* delle norme adottate su quella base e con quella premessa. Più che l'alterazione delle competenze costituzionali ordinarie nella produzione normativa o comunque nell'imposizione delle regole dell'emergenza, dunque, assume oggi un rilievo davvero centrale il tema del confine contenutistico di tali regole; come si è accennato in principio di questo contributo, si tratta del problema del perimetro del diritto pubblico emergenziale e della portata delle deroghe al diritto ordinario che esso comporta. In altre parole, l'attuale assetto dei poteri di emergenza, che spesso tende a non contemplare più una diretta alterazione delle competenze ordinarie, richiede all'interprete un maggiore approfondimento delle fattispecie che possano essere ricondotte al novero di quelle emergenziali, in quanto esse dal punto di vista formale vanno sostanzialmente a diluirsi nella massa della legislazione ordinaria, ancorché comportando – diversamente da quella – significative alterazioni e deroghe di posizioni soggettive di diritto.

3. L'ausilio interpretativo dell'art. 15 CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Il discorso sul contenuto e sui limiti delle norme emergenziali, che concerne le norme dichiaratamente emergenziali (cioè prodotte mediante il ricorso a meccanismi costituzionali di gestione dell'emergenza) ed *a fortiori* le norme la cui natura emergenziale si coglie solo dal relativo contenuto e non invece dalle modalità di produzione, non può prescindere oggi da un riferimento al diritto internazionale convenzionale.

Come è infatti stato recentemente osservato con riferimento al massimo degli stati di eccezione – lo stato di guerra – il costituzionalismo contemporaneo è stato progressivamente «imbrigliato» da alcuni strumenti di politica internazionale che hanno limitato la completa discrezionalità statale, tradizionalmente ritenuta un riflesso stesso della sovranità, rispetto alla individuazione della contingenza emergenziale [36] e, come cercheremo subito di verifi-

suscettibili di consolidarsi e permanere anche dopo il venir meno dell'esigenza emergenziale che le aveva occasionate.

[36] M.R. Ferrarese, *Lo stato di eccezione nella globalizzazione*, cit., p. 149. L'autrice fa riferimento alla progressiva perdita in capo agli stati dello *ius ad bellum*, a seguito della «invenzione della pace» come valore internazionale.

care, anche rispetto al contenuto delle norme adottate in conseguenza di tale contingenza.

Nell'economia del presente contributo, ci si occuperà particolarmente della giurisprudenza formatasi sull'applicazione dell'art. 15 della CEDU, che appare interessante sotto vari profili. In primo luogo, molta della riflessione recente sulla emergenza costituzionale è ormai concentrata sulla emergenza di carattere internazionale, particolarmente in connessione con gravissimi fenomeni terroristici che hanno colpito gli Stati Uniti e l'Europa a partire dal 2001 [37]: la natura internazionale della CEDU, nonché la sua tendenziale portata di *standard* uniforme di tutela dei diritti fondamentali, quindi, ben si prestano ad una riflessione «trasversale» – comune ai diversi ordinamenti – in ordine ai requisiti minimi comuni (in particolare quelli di carattere negativo) della reazione da riservare alla emergenza di carattere internazionale.

Più in generale, la stessa struttura dell'art. 15 della CEDU dà per presupposta l'esistenza di un potere statale di deroga anche alle norme costituzionali/convenzionali sui diritti fondamentali in caso di emergenza, e quindi riconosce (anche se verosimilmente non legittima [38]) l'assetto di poteri di «eccezione» eventualmente predisposto in ciascuno Stato [39]; ciò premesso, però, la CEDU stabilisce anche alcune limitazioni di contenuto che si impongono anche in casi di estrema emergenza: si tratta dunque di limiti che il rispetto dell'ordinamento internazionale impone alla stessa ampia discrezionalità sta-

---

[37] Come è noto, in moltissimi paesi del mondo si è proceduto ad una revisione della legislazione per adeguarla alle emergenze terroristiche manifestatesi in modo drammatico con gli attentati di New York, Washington, Bali, Madrid e Londra, dopo l'11 settembre 2001 (una rassegna in G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza*, cit.). Le misure adottate negli Stati Uniti a partire dal *Patriot Act 2001* e dall'*Home Security Act* hanno comportato un sensibile aumento dei poteri dell'esecutivo, connesso con una estensione della nozione di terrorismo idonea a ricomprendere fattispecie potenzialmente ancora non pericolose e con la compressione sensibile di talune libertà costituzionali senza la previsione di appositi contrappesi (si pensi alla complessa regolamentazione in ordine alla intercettazione segreta di comunicazioni): cfr. M. BELLAZZI, *I «Patriot Acts» e la limitazione dei diritti costituzionali negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 2003. Sulle misure adottate in Canada si veda recentemente T. GROPPI, *Dopo l'11 settembre: la «via canadese»*, cit., p. 573 ss.

[38] In ordine alla impossibilità di fondare sull'art. 15 CEDU, così come su altre norme di diritto internazionale, un potere statale interno di «eccezione» qualora esso non sia espressamente previsto dalla rispettiva Costituzione, cfr. F. VARI, Necessitas non habet legem?, cit., pp. 201-202, e dottrina ivi citata.

[39] Secondo G. CATALDI, *Art. 15 - Deroga in stato di urgenza*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 426, l'art. 15 CEDU è «il tributo che la Convenzione paga alla ragion di stato».

tale [40] che normalmente sta alla base delle scelte in materia di misure emergenziali e del giudizio di necessità in ordine all'adozione di tali misure.

Il citato articolo 15 CEDU [41], infatti, stabilisce che «*in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*» gli stati firmatari possono «*adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda*» [42]; tali misure, inoltre, sono ammissibili solo se non violano alcuni precetti inderogabili della CEDU stessa: il diritto alla vita [43], il divieto di tortura, il divieto di riduzione in schiavitù, il principio di tassatività dei reati e delle pene e di irretroattività della legge penale, e se «*non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale*» [44]. Si tratta dell'unica clausola derogatoria «orizzontale» della convenzione, cioè dell'unica clausola che consente la compressione indefinita nel *quantum* (eventualmente fino al completo annullamento) dei diritti convenzionali, fatti salvi quelli espressamente esentati [45].

La tecnica è quindi in linea di principio analoga a quella cui si è fatto cenno con riferimento al concetto generale di emergenza: la situazione emergenziale consente misure emergenziali che derogano alle regole comuni in materia di diritti, e si prestano quindi a cagionare un *vulnus* potenzialmente assai grave nel sistema costituzionale di protezione delle situazioni giuridiche sog-

---

[40] G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 198 ss. si esprime in termini di discrezionalità – intesa come collegamento teleologico con le finalità della Costituzione e dell'ordinamento – in contrapposizione alla completa libertà.

[41] Sul quale si veda anche C. OLIVIER, *Lois d'exception et état d'urgence: protection pu menace pour la democratie? Une Analyse au regard du droit international*, in *Cahiers de la Sécurité interièure*, 2003, p. 29 ss.

[42] Le misure derogatorie sono sottoposte ad un regime di comunicazione agli organi della CEDU, sia in relazione alla loro adozione (ivi compresi i motivi dell'adozione stessa), sia in relazione alla loro cessazione (art. 15, par. 3, CEDU).

[43] Salvo il caso delle decesso «*causato da legittimi atti di guerra*».

[44] Tale riferimento agli «altri obblighi» di diritto internazionale ha una potenzialità espansiva delle limitazioni di contenuto all'adozione statale di misure emergenziali. Si pensi, ad esempio, a quei diritti che l'art. 15 CEDU non fa rientrare fra i limiti alla deroga convenzionale, ma che finiscono per rientrarvi in quanto ritenuti inviolabili da altri strumenti di diritto internazionale, quale il Patto internazionale dei diritti civili e politici (che considera inviolabili, fra gli altri, la libertà di manifestazione del pensiero, il principio del *ne bis in idem* ed il principio di non discriminazione).

[45] In realtà tutte le libertà convenzionali presentano clausole di limitazione della portata dei rispettivi diritti, ma si tratta di clausole di «interferenza» (E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 42 ss.), che possono essere variamente interpretate dal legislatore statale «ordinario». La clausola dell'art. 15 CEDU, invece, si presta ad una applicazione limitativa in quanto derogatoria potenzialmente onnicomprensiva ed «trasversale».

gettive. Significativamente, però, la CEDU – in termini non troppo dissimili rispetto a quanto previsto da taluni sistemi costituzionali nazionali [46] – individua espressamente alcuni limiti alla deroga, i quali quindi si prestano, perlomeno ad una prima lettura, ad essere interpretati come aspetti del contenuto materiale del sistema di protezione giuridica dei diritti insuscettibili di essere travolti dal diritto dell'emergenza.

Sul punto, prima di intraprendere un breve *excursus* giurisprudenziale, è forse opportuno formulare una succinta riflessione in ordine alla portata degli obblighi convenzionali di fronte a situazioni di gravissima emergenza. Se infatti è vero che l'emergenza, interna o esterna poco importa, potrebbe astrattamente legittimare – come in certi paesi sicuramente legittima già a livello costituzionale – misure derogatorie o sospensive della Costituzione quando esse siano finalizzate alla salvaguardia complessiva o addirittura alla stessa sopravvivenza dell'ordinamento giuridico ed alla tutela di diritti da tale ordinamento garantiti, ci si potrebbe chiedere se gli obblighi convenzionali internazionali possano costituire un ostacolo insuperabile alla reazione dell'ordinamento giuridico contro il fattore emergenziale che ne metta in pericolo la sopravvivenza. In altre parole, qualora di fronte ad una emergenza abnorme – ma purtroppo non del tutto scolastica – l'organo nazionale deputato ad intervenire con le misure resesi necessarie, ritenesse indispensabile comprimere taluni dei diritti «intoccabili» anche in caso di urgenza *ex* art. 15 CEDU (o, forse più verosimilmente, taluni dei diritti derivanti dal riferimento agli «*altri obblighi derivanti dal diritto internazionale*»), la presenza della convenzione costituirebbe un impedimento ad adottare le misure emergenziali?

Il problema si è posto in passato e potrebbe essere destinato a porsi in futuro:

(a) in un caso l'ostacolo posto dalla CEDU alla realizzazione di misure emergenziali ritenute assolutamente necessarie indusse la Grecia a denunciare il trattato e ad uscire dal sistema convenzionale [47]. Può apparire provoca-

---

[46] Si pensi, ad esempio, alla dichiarazione dello stato di eccezione nella Costituzione spagnola, che deve individuare quali fra i diritti costituzionali potranno essere effettivamente derogati.

[47] Il caso *Greek Colonels* – che non giunse mai ad una decisione degli organi di Strasburgo per la denuncia da parte della Grecia dello Statuto del Consiglio d'Europa – aveva ad oggetto la legittimità dell'apposizione della deroga *ex* art. 15 CEDU da parte del governo greco reduce dal colpo di stato del 1967, con riferimento a numerose misure considerate da quel governo emergenziali. Si trattava, in particolare, di misure direttamente sospensive di norme costituzionali, nonché di ulteriori misure ampiamente limitative della libertà convenzionali (casi di tortura, confisca proprietà privata).

torio o fuorviante utilizzare come metro di paragone un caso che riguardava misure decisamente liberticide poste in essere da un governo autoritario appena insediatosi a seguito di un colpo di stato [48]. Ma se si tiene in considerazione il problema del rapporto fra convenzione ed emergenza, depurato dalle connotazioni storiche del caso concreto, e se si considera che la valutazione in ordine alla sussistenza di una situazione di emergenza ed in ordine alle misure necessarie per porvi rimedio incombe sostanzialmente allo stato, si vede bene che le limitazioni convenzionali al potere di deroga sono comunque sottoposte ad un arco di tensioni assai forte [49], che potrebbe essere ancor più difficilmente sostenibile per lo stato qualora la Corte procedesse ad uno *strict scrutiny* di merito come quello che gli organi di Strasburgo avevano effettuato nei confronti della Grecia, restringendone in modo sensibile il margine autonomo di apprezzamento per le scelte emergenziali interne [50].

(b) Nella recente riflessione soprattutto statunitense, sembra andare affermandosi una nuova dimensione del bilanciamento fra interessi costituzionalmente rilevanti che – forse in modo apparentemente un po' cinico – rifiuta di escludere dal bilanciamento stesso taluni valori in quanto meritevoli di tutela «ad ogni costo» [51]. Esemplare, in questi termini, è la nota pro-

---

[48] Come si è avuto modo di segnalare in altra sede (F. DONATI e P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1° giugno 2002*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 75) il giudizio in ordine al caso *Greek Colonels* risulta intriso di valutazioni politiche, e per certi versi distante dalla giurisprudenza della Corte sull'art. 15 CEDU, all'epoca ancora giovane (era stato deciso sostanzialmente solo il caso *Lawless*). In particolare, emerge una certa tendenza degli organi di Strasburgo a verificare nel merito l'esistenza dei casi di urgenza necessitanti le misure restrittive della libertà convenzionale.

[49] È nota la frase del Presidente Lincoln in ordine alla limitazione delle misure emergenziali di fronte al principio dell'*habeas corpus*: «*devono tutte le leggi restare inapplicate* tranne una*, e deve il governo stesso andare in pezzi per non violare quella legge?*» (*Message to congress in special session* del 4 luglio 1861, citata da B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1029, trad. it. a cura di A. FERRARA, *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi, Roma, 2005, p. 27).

[50] E. KASTANAS, *Unité e diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 127 e M. O'BOYLE, *The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle?*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, p. 25, rilevano come il giudizio nei confronti della Grecia non fu affatto esente da elementi di politicità e di pregiudizio in ordine ad un regime che palesava il suo volto sostanzialmente autoritario.

[51] Si veda la proposta di B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza*, cit., pp. 81-82 di «barattare» limitazioni al fondamentalissimo principio dell'*habeas corpus* in cambio dell'elaborazione di meccanismi procedurali volti a tenere sotto continuo controllo le reazioni governative alle situazioni emergenziali.

vocatoria tesi sull'uso della tortura, peraltro debitrice di premesse filosofiche utilitaristiche anglosassoni molto risalenti, secondo la quale un riesame della ammissibilità della tortura oggi dovrebbe partire dalla constatazione per cui «*ci sono diversi valori importanti che entrano in contrapposizione l'uno con l'altro*». Il primo di tali valori è «*l'incolumità e la sicurezza dei cittadini di una nazione*», ed il secondo «*è il mantenimento delle libertà civili e dei diritti umani […] che richiede di non accettare che la tortura diventi una parte legittima del nostro sistema giuridico*»: in certi casi la scelta della tortura potrebbe non essere da escludere, purché essa si svolga sulla base di procedure e meccanismi trasparenti e democratici (che rappresentano il terzo valore in gioco) [52].

Ovviamente sono infiniti i motivi, di ordine giuridico ma anche di ordine operativo, che non consentono di aderire in alcun modo ad una tesi del genere [53], ma il fatto stesso che sia stata formulata – peraltro in un contesto come quello statunitense che storicamente valorizza i diritti individuali – indica che la qualificazione delle situazioni emergenziali nell'epoca del terrorismo internazionale può tendere ad un significativo ripensamento culturale sui presupposti e quindi anche sui contenuti dei poteri emergenziali, cui le maglie eventualmente troppo strette dello scrutinio della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine alle limitazioni della deroga convenzionale *ex* art. 15 CEDU, potrebbero offrire una resistenza che potrebbe essere ritenuta eccessiva in una congiuntura emergenziale particolarmente delicata [54].

Come si vedrà subito, però, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha delineato il sistema di controllo in ordine alla deroga convenzionale in modo da lasciare agli Stati un margine di libertà di apprezzamento molto ampio e qualificato. Tant'è che in nessuna occasione – salvo quella particolarissima delle misure emergenziali autoritarie in Grecia, cui si

---

[52] A.M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, 2002, trad. it a cura di C. CORRADI, *Terrorismo*, Carocci, Roma, 2003. p. 125 ss., in partic. p. 144.

[53] Di tali motivi dà una completa indicazione P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza, principi fondamentali*, cit., pp. 67-68.

[54] Qualche suggestione nel senso indicato emerge dalla recente legislazione antiterroristica inglese del 2001, in relazione alla quale la Gran Bretagna ha fatto di nuovo ricorso, dopo diversi anni, alla clausola di deroga *ex* art. 15 CEDU. Si pensi, ad esempio, alla non semplice compatibilità fra la previsione sulla possibilità di trattenere indefinitamente gli stranieri sospettati di terrorismo senza processo (censurata anche dai *Law Lords* in un arresto del 16 dicembre 2004), con la clausola di non discriminazione, che parrebbe rientrare nel novero delle limitazioni alla possibilità di deroga attraverso il riferimento che l'art. 15 CEDU fa agli «altri obblighi internazionali», fra i quali figura certamente il Patto internazionale dei diritti civili e politici, che prevede a sua volta come inderogabile il principio di non discriminazione.

è accennato – la Corte ha ritenuto illegittima l'apposizione della deroga *ex* art. 15 CEDU.

Fin dalla prima pronuncia sull'art. 15 CEDU, la celebre sentenza *Lawless*[55], la Corte ha infatti preso posizione in ordine ai vari elementi che danno luogo alla complessa fattispecie convenzionale, non mancando di lasciare agli stati una importante autonomia interpretativa.

Nella fattispecie il ricorrente – più volte sottoposto a limitazioni della libertà personale per vari motivi connessi alla sua affiliazione all'IRA – aveva subito alcuni periodi di carcerazione senza processo, sulla base di una legislazione irlandese del 1940 (oggetto di avvalimento della deroga *ex* art. 15 CEDU), volta a conferire al governo poteri di detenzione senza processo nei casi in cui fosse in questione il «*mantenimento della pace e dell'ordine pubblico*». La Corte ha esaminato in primo luogo la sussistenza del requisito del «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» e lo ha ravvisato in una «*situazione di crisi o di pericolo eccezionale ed imminente che colpisce l'insieme della popolazione e costituisce una minaccia per la vita organizzata della comunità che compone lo Stato*»: ciò posto, ha ritenuto «ragionevole» l'argomentazione del governo irlandese, che aveva ravvisto tali estremi nella esistenza di un esercito segreto che agisce alle spalle dell'ordine costituzionale ed usa la violenza per raggiungere i suoi obiettivi: al di fuori, quindi del criterio del fatto emergenziale quale fatto provvisorio ed inatteso. Quanto al requisito della «stretta misura» di conformità dei provvedimenti d'emergenza con la situazione che ne ha reso necessaria l'adozione, la Corte non si sottrae ad un giudizio di proporzionalità della misura rispetto all'esigenza perseguita. Entrambi i giudizi sono formulati dalla Corte tenendo sempre sullo sfondo un riferimento ancora embrionale ad un «*certo margine di apprezzamento*» da riconoscersi agli stati sia nella fase dell'individuazione della situazione emergenziale (sottoponibile solo ad un giudizio di ragionevolezza) sia alla scelta delle misure concrete da adottare (sottoponibili ad un *test* di proporzionalità).

È però con la sentenza *Regno Unito c. Irlanda* del 1978[56] – «monumentale» anche per l'ampiezza argomentativa – che la Corte imposta in maniera assai più robusta la sua giurisprudenza sull'applicazione dell'art. 15 CEDU. Posta di fronte a vari casi di esercizio di poteri «extragiudiziari» di arresto e di trattenimento dei presunti terroristi nordirlandesi da parte del governo dell'Irlanda del Nord, la Corte effettua in primo luogo un'ampia e dettagliata ricostruzione delle vicende storiche, che, a far data dal 1922, hanno accom-

---

[55] Caso *Lawless*, sent. 7 aprile 1961. Tutte le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sono reperibili sul sito *web* della Corte all'URL *www.echr.coe.int*.

[56] Caso *Gran Bretagna c. Irlanda*, sent. 18 gennaio 1978.

pagnato il distacco dell'Irlanda (salvo l'Ulster) dalla Gran Bretagna [57], per poi passare a verificare la sussistenza degli elementi richiesti dall'art. 15 CEDU. Su questo punto, la Corte stabilisce che «*compete innanzitutto a ciascuno stato contraente, responsabile della «vita della sua nazione», di determinare se un «pericolo pubblico» la minacci e, in caso positivo, fino a che punto può agire per cercare di dissiparlo*». Lo Stato, infatti è «*in contatto diretto e costante con le realtà pressanti del momento» e dunque» le autorità nazionali si trovano en linea di principio meglio posizionate del giudice internazionale per pronunciarsi sulla presenza di tale pericolo, come sulla natura e sull'estensione delle deroghe necessarie per scongiurarlo*».

In definitiva, l'art. 15 CEDU lascia agli Stati, in virtù della rispettiva *better position* in ordine alla percezione della situazione interna «*un ampio margine di apprezzamento*» rispetto all'individuazione della circostanza emergenziale, e rispetto alla selezione ed attuazione delle misure ritenute necessarie per gestire tale contingenza. La Corte precisa che ciò non implica il venir meno di un qualsiasi suo ruolo di valutazione, dato che essa «*ha competenza a decidere se* [i provvedimenti emergenziali] *hanno ecceduto la «stretta misura» rispetto alle esigenze della crisi*», con riferimento al momento in cui i provvedimenti furono concretamente adottati e non mediante un giudizio *ex post* (che sarebbe inammissibilmente basato anche sull'esperienza effettiva delle misure emergenziali «alla prova dei fatti»). In questo contesto, la Corte ha valutato positivamente – con un ragionamento che desta qualche perplessità [58] – gli elementi di attenuazione degli effetti delle misure emergenziali limitative delle libertà. Tali elementi possono essere, secondo la Corte, sia intrinseci all'ordinamento oggetto del giudizio [59], sia espressamente inseriti nella disciplina emergenziale sotto esame [60].

Il caso *Branningan and Mc Bride* del 1993 [61] – assai simile nei presupposti al caso *Regno Unito c. Irlanda* – ha dato una chiara conferma dei precetti desumibili dalla giurisprudenza del 1978. Anche in questo caso la Corte,

---

[57] Questa ricostruzione, effettivamente «a tinte foschissime», consente alla Corte di considerare sussistente *in re ipsa* il requisito della ricorrenza del necessario pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione.

[58] F. DONATI e P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 79.

[59] La Corte, su questo punto, fa riferimento al meccanismo dell'*habeas corpus*, quale principio generale dell'ordinamento giuridico britannico.

[60] La Corte valuta positivamente, sotto tale profilo, talune disposizioni – francamente piuttosto deboli per quanto concerne la protezione effettiva dei diritti fondamentali – inserite nella legislazione emergenziale (si trattava dell'istituzione di istanze non giurisdizionali incaricate di procedere ad una revisione delle misure di limitazione delle libertà).

[61] Caso *Brannigan and Mc Bride*, sent. 26 maggio 1993.

posta di fronte a casi di arresti e trattenimenti per lunghi periodi di tempo senza intervento del giudice, in condizioni disagevoli e sotto una continua pressione psicologica della polizia, riconosce che l'ampio margine di apprezzamento concesso allo Stato non sia stato superato nel caso di specie né con riguardo alla ricorrenza di una situazione di emergenza qualificata ai sensi della convenzione, né con riguardo al profilo della proporzionalità dei provvedimenti rispetto alle esigenze emergenziali [62].

Nel caso *Aksoy* del 1996 [63] le premesse sono analoghe a quelle sviluppate nella giurisprudenza *Branningan*, ma l'esito è diverso. La vicenda oggetto del giudizio era ancora una volta quella di un sospetto terrorista appartenente al partito curdo PKK, il quale era stato arrestato e trattenuto per molti giorni dalla polizia turca, senza accesso all'esterno, senza contatto con un legale e senza verifiche giurisdizionali; inoltre, nel periodo di trattenimento l'arrestato era stato sottoposto a maltrattamenti ed a torture di vario genere e notevole brutalità.

La Corte in primo luogo valuta in senso astrattamente positivo la ricorrenza dei requisiti *ex* art. 15 CEDU per la deroga al regime convenzionale: in particolare, la Corte condivide la logica necessariamente emergenziale che presiede gli interventi del governo turco nella zona in cui operano gruppi terroristici curdi [64]. La differenza con i casi precedenti consiste nella circostanza per cui il governo turco avrebbe superato il pur ampio margine di apprezzamento concessogli nella individuazione delle misure emergenziali, incorrendo in una delle eccezioni che non consentono l'applicazione della deroga *ex* art. 15 CEDU [65].

---

[62] Anche nel caso *Branningan* la Corte fa positiva menzione dei meccanismi di attenuazione delle disposizioni più lesive dei diritti, quali elementi idonei a confermare la complessiva proporzionalità delle misure adottate rispetto alla esigenza emergenziale.

[63] Caso *Aksoy c. Turchia*, sent. 18 settembre 1996.

[64] Anche nel caso *Demir c. Turchia*, sent. 23 settembre 1998, la Corte fa riferimento ad una situazione emergenziale che coinvgolge una vasta area della Turchia, aderendo integralmente alla rappresentazione della situazione fatta dal governo turco. Nel più recente caso *Ahmet Özkan c. Turchia*, sent. 6 aprile 2004, la Corte richiama la giurisprudenza *Aksoy* e *Demir* in ordine allo stato d'emergenza nell'area in cui operano i sostenitori del PKK, ma questo non le impedisce di considerare incompatibile con la convenzione un contegno consistente nell'arresto e nel trattenimento di gruppi di persone per molti giorni prima di essere portati di fronte ad un'istanza giurisdizionale.

[65] La Corte ravvisava in particolare la sussistenza degli estremi di violazione del divieto di tortura *ex* art. 2 CEDU.

4. Alcune conclusioni, anche con riferimento alle limitazioni alla possibilità di deroga derivanti da altri obblighi internazionali

Una complessiva valutazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla tematica dell'emergenza *ex* art. 15 CEDU, quindi, fornisce molti elementi di interesse, suscettibili di confluire in una più ampia riflessione sulla emergenza costituzionale. Schematizzando, tali elementi potrebbero essere quantomeno i seguenti:

(i) per quello che concerne il profilo della individuazione del fatto/situazione emergenziale, la Corte sembra piuttosto restia a sindacare le valutazioni effettuate dagli Stati nell'ambito del loro margine di apprezzamento; il rivendicato giudizio di ragionevolezza ha sempre dato esiti conformi alle posizioni espresse dagli Stati.

Ad esempio, la Corte ha omesso qualsiasi valutazione in ordine alla provvisorietà della situazione emergenziale, alla sua natura, nonché alla eventuale sensibile distanza temporale fra prodursi della situazione emergenziale ed elaborazione della relativa disciplina, ovvero attuazione delle misure concrete. Sotto questo profilo, la Corte ha disatteso lo schema ideale del fatto emergenziale come fatto critico, antigiuridico, imprevisto, provvisorio e necessitante misure immediate di reazione, ed ha quindi sostanzialmente rinunciato a sindacare la già accennata tendenza alla «normalizzazione» della emergenza, che passa attraverso la produzione delle relative norme mediante strumenti ordinari e non eccezionali. Sembra ragionevole confermare che, sotto questo profilo, la *better position* degli stati ne amplia moltissimo il margine di apprezzamento, e quindi, per utilizzare un termine più vicino al diritto interno, la discrezionalità.

Il giudizio di ragionevolezza, infatti, non sembra essere interpretato dalla Corte in termini molto severi e stretti, per cui è estremamente agevole, per gli Stati, provare l'esistenza di una situazione di emergenza che non sia completamente irragionevole ed arbitraria.

(ii) Per quanto riguarda la valutazione della «*stretta misura*» – cioè sostanzialmente della proporzionalità delle misure emergenziali rispetto alla situazione che ne è fondamento – la giurisprudenza di Strasburgo ci consegna qualche elemento ulteriore, derivante da uno scrutinio dotato di tratti di maggiore approfondimento.

A fronte di un originario orientamento che consentiva anche in quest'ambito agli Stati di godere di un assai ampio margine dei apprezzamento (e quindi escludeva in radice la possibilità di passare al giudizio di proporzionalità), la Corte non ha però rinunziato a ritagliarsi col tempo un ruolo signifi-

cativo, che può riguardarsi sotto due aspetti: (a) un ruolo di attento custode «quantitativo» dell'area della deroga, sia sotto il profilo temporale sia sotto il profilo territoriale [66], (b) un ruolo di custode «qualitativo» dei contenuti della deroga: su quest'ultimo punto la giurisprudenza della Corte, oltre ad esaminare le singole misure in sé, le ha giudicate in riferimento al complesso normativo in cui esse si andavano a collocare, ed ha altresì individuato quali parametri del giudizio di proporzionalità quelli della «*natura dei diritti*» in gioco, del «*tipo di situazione*» emergenziale, della sussistenza di strumenti di garanzia interni idonei a temperare l'incisione dei diritti ad opera delle misure derogatorie [67]. In altre parole, la Corte – a partire dalla giurisprudenza *Brannigan* e *Aksoy* – ha elaborato formule autonome di giudizio sulla proporzionalità delle misure emergenziali, astrattamente idonee a limitare anche il margine di apprezzamento statale in materia.

(iii) Per quanto concerne infine le limitazioni alla possibilità di deroga – che dovrebbero dare l'esatta ed immediata misura del nucleo costituzionale impermeabile persino alle più gravi emergenze costituzionali – la relativa definizione si deve mutuare dalle pronunce della Corte in materia, rispettivamente, di diritto alla vita, divieto di tortura, divieto di riduzione in schiavitù, principi di legalità ed irretroattività della legge penale, nonché da quanto desumibile in ordine a quei diritti che siano qualificati come inderogabili da altri strumenti di diritto internazionale, richiamati dall'art. 15 CEDU [68].

Sul punto, è opportuno ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esteso la propria dottrina del margine statale di apprezzamento – nata con la citata sentenza *Lawless* nel quadro dell'applicazione dell'art. 15 CEDU – all'applicazione di molte altre norme convenzionali, alcune delle quali certamente riconducibili alle norme limitative della clausola di deroga dell'art. 15 CEDU, perlomeno nella via mediata delle norme inderogabili previste da altri obblighi internazionali [69]. Inoltre, tutte le limitazioni relative

---

[66] In varie occasioni la Corte ha escluso l'applicabilità della deroga quando i fatti oggetto del giudizio si erano svolti in aree estranee a quelle interessate alle misure derogatorie, ai sensi della notificazione statale del ricorso all'art. 15 CEDU (Caso *Sakik c. Turchia*, sent. 26 novembre 1997; caso *Yourttas c. Turchia*, sent. 27 maggio 2004; caso *Sadak c. Turchia*, sent. 8 aprile 2004).

[67] Particolarmente valorizzate, in questo contesto, risultano le circostanze della presenza di strumenti di tutela giurisdizionale e di controllo parlamentare, come osserva anche P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza, principi fondamentali*, cit., p. 55.

[68] Per un *excursus* completo sulla giurisprudenza in tali materie, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza, principi fondamentali*, cit., p. 57 ss.

[69] Si discute sulla estensione della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito degli articoli 2, 3 e 4 della CEDU: cfr. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella conven-*

ai diritti convenzionali sono subordinate al rispetto del parametro della «necessità in una società democratica», cioè debbono rispondere ad un «bisogno sociale imperioso».

Dunque quella dell'ampiezza del margine di apprezzamento – che qui si intende come tecnica di delimitazione del campo d'azione rispettivamente degli Stati (discrezionalità) e della Corte (*judicial review*), distinta e preventiva rispetto all'applicazione dei canoni ermeneutici della ragionevolezza e della proporzionalità – è indubbiamente la chiave per interpretare efficacemente le ricadute della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla definizione della emergenza costituzionale: più si amplia il margine di apprezzamento statale, più si riconosce discrezionalità agli Stati, e più libero sarà lo Stato di individuare le situazioni emergenziali e le misure finalizzate alla tutela emergenziale dell'ordinamento e dei valori e diritti in esso coinvolti.

Appaiono interessanti, in questo contesto, quei filoni giurisprudenziali che, in materie diverse dall'art. 15 CEDU ma con riferimento a diritti che potrebbero essere fatti rientrare nel novero delle limitazioni alla clausola di deroga, valorizzano parametri di contenimento del margine di apprezzamento quali la esistenza di un *consensus standard* europeo sul contenuto del diritto [70], la «*particolare qualità*» [71] del diritto sottoposto a limitazioni, le caratteristiche «*oggettive*» di una *società democratica* [72].

In tutti questi casi, le tecniche giurisprudenziali di limitazione del margine di apprezzamento possono avere una ricaduta sul versante della legislazione emergenziale, qualora si ritenga che l'apertura agli «*altri obblighi derivanti dal diritto internazionale*» involga anche diritti delineati in tale senso dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In altre parole, le tecniche di contenimento del margine di apprezzamento elaborate al di fuori della giurisprudenza sulla deroga *ex* art. 15 CEDU possono avere un rilievo – e quindi condizionare più o meno ampiamente la discrezionalità degli Stati – se si ammette che la Corte, investita della questione sulla validità di una deroga *ex* art. 15 CEDU, la ritenga lesiva di un limite inderogabile derivante da altri

---

zione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessarietà e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza del principio, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, pp. 751-752. Sulla applicazione della dottrina al di fuori dell'art. 15 CEDU, F. DONATI e P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 85 ss.

[70] Casi *Handyside*, sent. 7 dicembre 1976, caso *Sunday Times (I)*, sent. 29 aprile 1979, caso *Muller c. Svizzera*, sent. 24 maggio 1988.

[71] Caso *Dudgeon*, sent. 22 ottobre 1981; caso *K e T. c. Finlandia*, sent., 12 luglio 2001.

[72] Su tutti questi aspetti, sia consentito un ultimo rinvio a F. DONATI e P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, 87 ss.

obblighi internazionali, ed interpreti tale limite inderogabile secondo la propria giurisprudenza.

In conclusione, sembra di poter sostenere che dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emerge una fisionomia dell'emergenza costituzionale diversa ma non troppo dissimile rispetto a quella che tende ad emergere in taluni ordinamenti costituzionali. Il diritto dell'emergenza si delinea come ampiamente, ma non completamente, libero da vincoli: in particolare, il meccanismo del margine di apprezzamento – che come si è cercato di vedere è un meccanismo *in progress* che risente fortemente delle opposte tensioni provenienti dagli Stati e dalla Corte – consente alla Corte di mantenere un certo controllo qualitativo in ordine alla portata delle deroghe. Non è escluso che tale controllo possa funzionare in modo analogo, o forse addirittura con più efficienza, rispetto allo strumentario che ad esempio la nostra Corte costituzionale ha elaborato in ordine alla verifica di situazioni di emergenza [73], al fine di garantire con un significativo grado di attendibilità e coerenza un equilibrio fra diritti individuali e necessità di reazione rispetto a situazioni emergenziali [74].

---

[73] Ampiamente sul punto P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza, principi fondamentali*, cit., p. 93 ss.

[74] Si pensi al particolarissimo risalto che oggi viene dato al c.d. «diritto alla sicurezza», declinato in termini prettamente giuridici di pretesa verso lo Stato, che entra in forte rapporto dialettico con la libertà personale: T.E. FROSINI e C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004.

Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali *

di *Emanuele Rossi*

SOMMARIO. 1. Premessa: i diritti di libertà e gli ordinamenti giuridici particolari. – 2. Libertà e statuti regionali dopo la riforma dell'art. 123 della Costituzione. – 3. La situazione degli statuti regionali italiani dopo la riforma costituzionale. – 4. Principi e diritti negli statuti già approvati o in corso di approvazione. – 5. (*segue*) In particolare: il riconoscimento del diritto di voto agli stranieri. – 6. (*segue*) La tutela di forme di convivenza diverse dalla famiglia. – 7. La «soluzione» offerta dalla Corte costituzionale. – 8. Gli strumenti per la garanzia dei diritti. – 9. Conclusioni.

1. Premessa: i diritti di libertà e gli ordinamenti giuridici particolari

La legittimità, prima ancora che la opportunità, della previsione di un catalogo di principi e di diritti negli statuti regionali ordinari, come ridisciplinati a livello costituzionale dalla legge cost. n. 1 del 1999, presuppone una risposta all'interrogativo su quale sia il livello di governo nel quale è possibile operare un riconoscimento dei diritti della persona e delle formazioni sociali nell'attuale assetto ordinamentale: assetto segnato, come noto, da un ripensamento della tradizionale configurazione dei rapporti tra ordinamenti giuridici distinti, sin qui caratterizzata, almeno dopo i Trattati di Vestfalia del

* Il presente lavoro è frutto di una elaborazione progressiva, che prende la mosse dal contributo *Principi e diritti nello statuto. I rapporti con la società civile*, in E. ROSSI-T. GROPPI-R. TARCHI (a cura di), *Idee e proposte per il nuovo statuto della Toscana*, Torino, 2002, p. 47 ss.; si è sviluppato in un seminario organizzato da A. Simoncini presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata e successivamente in un incontro di studio tenuto presso l'Università di Barcellona. Il testo della relazione presentata in tale altra sede è stato pubblicato in lingua spagnola con il titolo «Derechos de libertad y Estatudos regionales. La situación italiana», in J.M. CASTELLÁ-E. EXPOSÍTO, *Derechos y libertades en los Estadios conpuestos*, Barcelona, 2006, pp. 201-234. Alcune considerazioni sono state riprese anche dal commento agli artt. 4 e 5 dello statuto della Toscana, curato con la collaborazione di G. MARTINICO e pubblicato in P. CARETTI-M. CARLI-E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Torino, 2005, p. 39 ss.

1648, dalla supremazia del diritto degli Stati su ogni altro livello. La prospettiva verso la quale si sta muovendo l'ordinamento italiano – ma, più in generale, potrebbe dirsi gli ordinamenti europei e fors'anche la stessa comunità internazionale – è nel senso di «concepire l'organizzazione giuridica dell'umanità articolata su una pluralità di livelli – locale, regionale, statale, continentale, mondiale – nell'ambito del quale nessuno si presenta come assolutamente prevalente su ogni altro» [1].

Se così è, sembra superata la tradizionale concezione che riservava in via esclusiva allo Stato il riconoscimento (ed in certa misura la connessa tutela) dei diritti della persona: coerentemente, viene avanzata l'esigenza «che la dottrina giuridica si adatti meglio alle circostanze della storia, ossia ad un contesto in cui la pretesa di porre regole come giuridiche non sia più solo degli Stati nazionali che abbiamo sin qui conosciuto ed in cui il predominio del diritto statale, là dove permanga, non sia più scontato» [2]. Tutto questo vale, in primo luogo, con riguardo alla dimensione sovra-nazionale, nella quale lo sviluppo di documenti e carte internazionali ha da anni consentito l'affermazione dell'idea in base alla quale vi sono alcuni diritti la cui tutela prescinde dallo *status civitatis* ed investe la dimensione che potremmo chiamare dello *status humanitatis*, così assecondando una concezione universale dei diritti dell'uomo [3]. Incontestabile risulta al riguardo il consistente e qualificato sviluppo che ha avuto, specie negli ultimi decenni, la stipulazione di accordi internazionali finalizzati al riconoscimento di diritti fondamentali della persona, mediante i quali gli Stati contraenti si sono impegnati al loro rispetto e a sanzionarne le violazioni. Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, il riconosciuto valore di «clausola a fattispecie aperta» attribuito alla disposizione di cui all'art. 2 Cost. ha comportato che le dichiarazioni adottate mediante accordi internazionali, e recepite nell'ordinamento interno, devono essere utilizzate ai fini dell'individuazione della categoria dei diritti inviolabili, operando esse un possibile arricchimento del catalogo: o mediante l'introduzione di un diritto «nuovo», ovvero attraverso l'attribuzione di nuovi contenuti a diritti già previsti in Costituzione, ovvero ancora con la previsione di forme di tutela giurisdizionale ulteriori rispetto a quelle previste dall'ordinamento interno [4]. Va peraltro sottolineato che, secondo l'interpreta-

---

[1] Così A. PIZZORUSSO, *Prime osservazioni sulla Costituzione europea in corso di approvazione*, in *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 137.

[2] Così, da ultimo, V. ANGIOLINI, *Il diritto degli individui*, Torino, 2005, p. 12.

[3] Tendenza che pone problemi di conciliabilità con l'evoluzione nel senso della *regionalizzazione* e *specializzazione* dei diritti: su tale argomento v., per tutti, DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998.

[4] Tale aspetto è comune ad altre esperienze costituzionali: secondo la sent. n. 78 del 1982 del Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, «*la Constitucion se inserta en un contexto*

zione condivisa, le norme internazionali pattizie entrano nel nostro ordinamento al medesimo livello delle norme che le recepiscono, e che quindi gli atti suddetti, recepiti con legge ordinaria, non sarebbero in grado di modificare la disciplina costituzionale delle libertà: e tuttavia il contenuto di tali accordi è utilizzabile ai fini indicati – per riprendere una nota distinzione – in quanto diritto non scritto, vale a dire quali strumenti esegetici delle disposizioni costituzionali; come affermato dalla Corte costituzionale, «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coessenziali alla dignità della persona, *ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione*» (corsivo aggiunto) [5].

Tali cataloghi vanno, come noto, crescendo sia di numero che di consistenza: accanto a quelli storicamente più risalenti (la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo come successivamente specificata nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici; la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con annessi Protocolli addizionali), si è in tempi relativamente recenti aggiunta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui inserimento all'interno del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nel caso di sua ratifica ed entrata in vigore, potrebbe attribuirle la forza di strumento mediante il quale integrare e precisare il catalogo dei diritti della persona da riconoscere anche all'interno dell'ordinamento nazionale.

A questa tendenza «dall'alto» fa poi riscontro una tendenza integratrice proveniente «dal basso», attraverso la previsione di cataloghi di diritti emanati da ordinamenti giuridici «interni» allo Stato. A tale riguardo l'esperien-

---

internacional en materia de derechos fundamentales y libertades publicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaration Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menziona el precepto». In dottrina v. CRUZ VILLALON, *Contenido, y posicion y proteccion jurisdiccional de los derechos fundamentales en Espana*, in *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee*, a cura di A. ROMANO, Milano, 1994, p. 229 ss.

[5] Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2991 ss., su cui v. le osservazioni di C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2997 ss., che inscrive il principio elaborato dalla Corte nell'ambito del «crescente ricorso in sede giurisdizionale all'eterointegrazione di contenuti normativi, sintomo vistoso della crisi dell'esclusività statualistica». In merito alla funzione ermeneutica svolta dalle dichiarazioni internazionali dei diritti nei confronti delle disposizioni costituzionali interne v. anche F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 89.

za comparata dimostra che negli Stati federali, o comunque in quelli «composti», anche gli Stati membri partecipano alla definizione del catalogo dei diritti, secondo due direttrici fondamentali: una funzione di supplenza ovvero di integrazione dei diritti statali nei confronti di quelli federali [6]. La prima linea di tendenza si è realizzata, ad esempio, nell'esperienza della Confederazione svizzera, in cui la limitatezza del catalogo di diritti contenuto nella Costituzione federale del 1874, e la contemporanea maggiore estensione dei cataloghi contenuti nelle Costituzioni cantonali, ha consentito al Tribunale costituzionale elvetico di elaborare una giurisprudenza in base alla quale i diritti previsti a livello cantonale venivano riconosciuti come diritti non scritti nell'ordinamento confederale: come è avvenuto, ad esempio, in relazione al diritto di proprietà, non riconosciuto dalla Costituzione federale ma tratto dal «diritto costituzionale comune» dei Cantoni [7]. Al contrario, una logica di tipo integrativo si è affermata negli Stati uniti d'America, nella Repubblica federale tedesca ed in Austria, laddove «le Costituzioni degli Stati membri possono riconoscere o «nuovi» diritti che non si pongano in contrasto con quelli federali ovvero un maggior grado di garanzia con effetti limitati al proprio territorio» [8]. Analogamente, l'esperienza spagnola, nella quale la tematica in questione è oggi al centro di accesi dibattiti relativamente alla revisione di alcuni statuti di autonomia [9], ha individuato nella garanzia di alcuni diritti civili speciali (con riguardo in particolare ai Paesi Baschi, a Navarra e alla Catalogna) uno dei tratti del cosiddetto «*hecho diferencial*» che caratterizza il modello di Stato *autonomico* introdotto dalla Costituzione spagnola [10].

---

[6] In tal senso R. BIFULCO, *Nuovi statuti regionali e («nuovi») diritti regionali*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1757 ss.

[7] L'esperienza svizzera è illustrata da K. SCHWEIZER, *Homogenitat und Vielfalt im schweizerischen Staatsrecht*, in D. THURER, J.F. AUBERT e J.P. MÜLLER (a cura di), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 164 ss. Peraltro, come noto, nel 1999 la Confederazione elvetica ha approvato una riforma costituzionale includendo in essa un catalogo di diritti: su ciò si v. S. CECCANTI, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica della giurisprudenza del Tribunale federale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, p. 999 ss.

[8] Così ancora R. BIFULCO, *Nuovi statuti regionali*, cit., p. 1758.

[9] Si v., ad esempio, la situazione della Catalogna, relativamente alla quale alcuni partiti hanno proposto l'inserimento nel relativo statuto di un catalogo di diritti che ampli la portata dei diritti costituzionalmente garantiti, con specifico riferimento ai diritti civili, di partecipazione, di «terza generazione», sociali ed economici, culturali e linguistici. Su tale dibattito, e per complessive considerazioni sulla costituzionalità di previsioni siffatte nel quadro dei principi della Costituzione spagnola v. J.M. CASTELLÀ ANDREU, *La funcion constitucional del Estatuto de Autonomia de Cataluna*, Barcelona, 2004, p. 158 ss.

[10] Così, da ultimo, A. CASTRO JOVER e D. MILANI, *Il fattore religioso negli statuti delle* «Comunidades autonomas», in *Quad. dir. e pol. eccles.*, 2005, p. 322. Sulla (assai discussa) pro-

Su un diverso piano può ricordarsi l'esperienza storica in base alla quale la tutela delle minoranze presenti su un dato territorio si è realizzata proprio attraverso la previsione di forme di autonomia territoriale [11], a conferma della connessione che può sussistere tra differenziazione in ragione del territorio e tutela dei diritti.

Questo complesso movimento (dall'alto e dal basso) se da un lato conduce ad una concezione nella quale la tutela dei diritti risulta una competenza diffusa, così da superare la concezione cara al costituzionalismo classico che attribuisce allo Stato il monopolio della tutela dei diritti [12], d'altro canto impone la ricerca di un livello di omogeneità perlomeno sostanziale [13] nella garanzia dei diritti su tutto il territorio nazionale, in ordinamenti statali nei quali il principio d'uguaglianza rappresenta una prospettiva non eludibile ed un principio contenente vincoli giuridici e non meramente programmatici. Tale prospettiva, nella quale il nostro Paese è pienamente inserito, ha le potenzialità necessarie per realizzare quel modello pluralistico che è presupposto del principio di sussidarietà, come sancito sia a livello comunitario dal Trattato di Maastricht che a livello nazionale dal novellato art. 118 della Costituzione, ma che già era inscritto nella trama costituzionale ben prima della riforma del 2001.

In siffatta direzione, si è da taluni rilevato come la normativa contenuta negli statuti regionali in ordine all'affermazione di principi e soprattutto con riguardo alla statuizione di diritti possa contribuire alla costruzione di un diritto costituzionale sub-nazionale europeo [14], alla pari delle Costituzioni degli enti sub-nazionali dei diversi Paesi europei. Malgrado tale suggestiva ipotesi, non può tuttavia essere sottaciuto che la prova in ordine all'effettività

---

posta di statuto del Paese Basco, che tenderebbe ad introdurre nello statuto una «Carta di diritti e doveri civili e politici della cittadinanza basca», cfr. E. VIRGALA FORURIA, *Sulla Proposta di uno statuto indipendentista per il Pais Vasco*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 401 ss. In generale, sul ruolo svolto dal Tribunale costituzionale spagnolo nella definizione del modello di Stato *autonomico* v., da ultimo, E. EXPOSITO GOMEZ, *Tribunal constitucional y Estado autonomico: la distribucion competencial*, in E. BETTINELLI e F. RIGANO (a cura di), *La riforma del titolo V e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, p. 617 ss.

[11] Cfr., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, p. 355 ss.

[12] Come ha rilevato D. SCHEFOLD, *L'effettività del principio di eguaglianza negli ordinamenti multilevel: i sistemi tedesco, spagnolo e italiano a confronto*, in G. BERTI e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, p. 80, «la pluralità degli ordinamenti o delle mani pubbliche «multilevel» è una caratteristica essenziale dello sviluppo del diritto pubblico».

[13] Su tale concetto si rinvia a M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, p. 44 ss.

[14] B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002, p. 58.

sia dei principi come (forse ancor di più) dei diritti previsti nei diversi statuti deve fare i conti con numerosi fattori, quali la concreta azionabilità delle previsioni statutarie, nonché la compatibilità di diversi sistemi di disciplina e di garanzia di situazioni analoghe nei differenti ordinamenti regionali. Quanto al primo aspetto vi è il sospetto (e forse anche di più), che – come si dirà – trova consistente alimento nella giurisprudenza costituzionale, che gli statuti possano rappresentare dei «manifesti» senza reale forza giuridica, con il rischio «di condensare negli statuti una *summa* di grandi principi e valori universali, assegnando alle regioni un improbabile ruolo di nuovi centri gravitazionali della trasformazione sociale» [15]: così alimentando uno scarto potenzialmente assai pericoloso tra le attese che si verrebbero ad alimentare nei cittadini e le conseguenze concrete di siffatte previsioni. Ma su questo tornerò.

2. Libertà e statuti regionali dopo la riforma dell'art. 123 della Costituzione

Sotto un diverso piano, la legittimità della previsione di principi e diritti negli statuti regionali ad autonomia ordinaria deve essere valutata in relazione al disposto contenuto nel nuovo art. 123 della Costituzione, come modificato dalla legge cost. 22 novembre 1999, n. 1 [16], il quale stabilisce, lo si ricorda, che «ciascuna Regione ha uno Statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento».

Vanno preliminarmente segnalate le differenze con la precedente statuizione della medesima disposizione costituzionale, la quale circoscriveva l'ambito riservato allo statuto all'organizzazione interna della regione, all'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della regione, alla pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali: non vi è dubbio, al riguardo, che gli aspetti che il «nuovo» statuto è chiamato a disciplinare siano sensibilmente più ampi. In secondo luogo va ricordata la diversa procedura approvativa: se infatti la Costituzione del 1948

---

[15] A. ZORZI GIUSTINIANI, *Potestà statutaria e forma di governo regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in G. VOLPE (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, 2003, p. 48.

[16] Sulla quale v., complessivamente, C. FUSARO e M. CARLI, *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. BRANCA e proseguito da A. PIZZORUSSO), Bologna-Roma, 2002.

attribuiva la competenza ad approvare gli statuti al Parlamento nazionale, mediante una legge che abbisognava di una preventiva approvazione da parte del Consiglio della Regione interessata, con la riforma del 1999 lo statuto è configurato come atto rimesso in via esclusiva alla determinazione politica regionale, sì da configurarlo come *un atto di autonomia* (i cui limiti, peraltro, e come si dirà, sono segnati dalla Costituzione [17]), oltre che come un *atto unitario* (sebbene le regioni possano approvarlo o modificarlo anche «a pezzi», come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 304 del 2002 [18]). Ciò conduce all'ovvia considerazione che lo statuto *non è* una Costituzione, né ha la forza (e il compito) di derogare alla Costituzione nazionale; l'art. 123 Cost., anzi, stabilisce che esso deve essere «in armonia» con essa [19]: con riguardo all'esatto significato da attribuire a tale previsione, alle numerose ipotesi interpretative avanzate in dottrina (che andavano dal considerare tale espressione come mero rispetto della Costituzione ovvero dei suoi soli principi supremi [20], al ritenere che in essa dovesse ricomprendersi anche l'osservanza delle caratteristiche organizzative dello Stato [21] od anche il rispetto dell'interesse nazionale [22]) ha offerto una riposta decisa la Corte costituziona-

---

[17] Su tali concetti e per una configurazione complessiva dello statuto nel nuovo assetto costituzionale v. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti*, cit., spec. p. 82 ss. Nel senso che a seguito delle riforme costituzionali intervenute le regioni non siano più configurabili come meri enti autonomi bensì «titolari di un potere normativo in larga misura parallelo a quello dello Stato» cfr. A. PIZZORUSSO, *Problemi del regionalismo/federalismo italiano: a) lo Statuto della Regione Toscana alla vigilia dell'approvazione della sua nuova versione*, in *Comparazione giuridica*, cit., p. 266.

[18] Corte cost. 3 luglio 2002, n. 304, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3245 ss. Sulla correttezza sul piano giuridico di tale affermazione, ma anche sull'inopportunità politica di «interventi statutari singolari, sincopati e a singhiozzo» v. B. CARAVITA DI TORITTO, *L'autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 2004, p. 312.

[19] In ordine a tale previsione v., in generale, A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell'«armonia con la Costituzione» e i rapporti fra lo statuto e del altre fonti del diritto*, in AA.VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione*, Milano, 2001, p. 81 ss.; C. PETTINARI, *Nota a margine dei concetti di «armonia con la Costituzione» e di «spirito della Costituzione»*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1891 ss.; C. CALVIERI, *Il controllo degli statuti regionali e delle leggi statutarie*, in E. BETTINELLI e F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V*, cit., p. 10 ss. Per una ricostruzione delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza costituzionale sul punto cfr. R. ROMBOLI, *Il sistema dei controlli sullo statuto e sulle leggi regionali*, in G.F. FERRARI e G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, p. 241 ss.

[20] È la tesi avanzata da S. MANGIAMELI, *Aspetti problematici della forma di governo e della legge elettorale regionale*, in *Le Regioni*, 2000, p. 574.

[21] Così U. DE SIERVO, *I nuovi statuti regionali nel sistema delle fonti*, in A. FERRARA (a cura di), *Verso una fase costituente delle regioni?*, Milano, 2001, pp. 347-348.

[22] C. FUSARO e M. CARLI, *Elezione diretta*, cit., p. 31.

le [23], secondo la quale «il riferimento all''armonia', lungi dal depotenziarla, rinsalda l'esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione, poiché mira non solo ad evitare il contrasto con le singole previsioni di questa, dal quale non può certo generarsi armonia, ma anche a scongiurare il pericolo che lo statuto, *pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito*». Tale soluzione, che era sembrata «prudentemente messa da parte in due successive pronunce» [24], è stata successivamente ripresa e ribadita dalla sentenza n. 2 del 2004 [25]; sebbene essa crei problemi su altri piani (in particolare circa il contenuto autonomo di tale concetto rispetto a quelli propri dell'insieme delle disposizioni costituzionali [26]), tuttavia sul punto in questione è assai chiara e risolutiva: secondo la giurisprudenza costituzionale, lo statuto è subordinato a tutte le norme costituzionali e, *in più*, ne deve rispettare «lo spirito» [27].

Dalle disposizioni costituzionali richiamate, come interpretate dalla giurisprudenza costituzionale, consegue in primo luogo che lo statuto non può diminuire (o addirittura eliminare) la portata dei principi costituzionali, e che neppure vi è bisogno di una ripetizione di essi nello statuto. Né convince la tesi di chi ritiene che la riproprosizione di alcuni principi costituzionali nello statuto assolverebbe alla funzione di selezionare, fra tutti quelli sanciti nella Costituzione, quelli che ad avviso del legislatore statutario emergono dai convincimenti delle diverse sensibilità politiche della comunità regionale [28]: se la

---

[23] Con la già citata sentenza n. 304/2002, commentata da S. MANGIAMELI, *La nuova potestà statutaria delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2358 ss.

[24] Così M. OLIVETTI, *Lo «spirito della Costituzione»: un concetto giuridicamente inutile*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 41: il riferimento è alle sentenze 5 giugno 2003, n. 196, in *id.*, 2003, p. 1489 ss. (dove si legge che «è ovvio … che gli statuti nel disciplinare la materia dovranno essere in armonia *con i precetti e con i principi* tutti ricavabili dalla Costituzione») e 21 ottobre 2003, n. 313, *id.*, 2003, 2952 ss.

[25] Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 2, in *Giur. cost.*, 2004, p. 9 ss.

[26] Un'interessante ipotesi ricostruttiva sul punto è stata avanzata da S. GAMBINO, *Statuti regionali e «armonia» con la Costituzione. Brevi note sulla forma di governo prevista dello Statuto calabrese*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, per il quale in detta formula «si riassume e si sostanzia la conformazione degli statuti ai principi della cittadinanza unitaria e sociale, per quanto concerne l'ambito dei diritti della persona, nonché ai nuovi principi organizzatori del decentramento istituzionale (con la sussidiarietà, la leale cooperazione, la differenziazione e l'adeguatezza)».

[27] Al contrario, altri (A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2005, p. 196) propone una lettura diversa della disposizione costituzionale, da intendersi come limite (per il legislatore statutario) meno intenso di quello dell'«osservanza», «dando l'opportunità agli statuti, proprio in quanto fonti apicali dell'ordinamento regionale, di non allinearsi pedissequamente a quanto stabilito nelle formule costituzionali di organizzazione».

[28] Così E. CECCHERINI, *Commento all'art. 3*, in P. CARETTI, M. CARLI e E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana*, cit., p. 25.

regione è chiamata a dare attuazione e a rispettare *tutti* i principi costituzionali, che qualcuno di questi sia richiamato e qualche altro no non può avere alcun significato, se non di creare confusione sul piano giuridico ed interpretativo. A cosa potrebbe servire, ad esempio, scrivere nello statuto che tutti i cittadini della regione hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, quando ciò è già sancito per tutti i cittadini italiani?

Ad analoga conclusione deve giungersi in relazione alla possibile previsione di diritti di libertà o di doveri, individuali o collettivi: anche per essi ciò che è sancito in Costituzione non può essere né eliminato né contraddetto o limitato dallo statuto.

Ciò non significa peraltro che lo statuto sia configurabile alla stregua di una legge (regionale) come le altre: proprio la particolare procedura mediante la quale lo statuto regionale deve essere approvato, simile a quella stabilita dall'art. 138 Cost. per la revisione costituzionale, ha fatto parlare di una «rigidità» dello statuto o dello stesso come «norma fondamentale» [29], rispetto al quale la legge ordinaria regionale deve ritenersi quindi subordinata. Ancora la Corte costituzionale ha affermato che «la previsione di un controllo di legittimità costituzionale in via preventiva delle deliberazioni statutarie è intesa ad impedire che eventuali vizi di legittimità dello statuto si riversino a cascata sull'attività legislativa e amministrativa della regione»: in tal modo facendo intendere che le previsioni statutarie vincolano la legislazione regionale. Lo statuto si configura pertanto come indirizzo e limite, ma anche come *vincolo giuridico* (e non solo politico) per il legislatore regionale [30].

La particolare e problematica configurazione della fonte statuto, alla luce di quanto si è detto, pone delicati problemi in ordine al tema in esame, vale a dire alla legittimità di introdurre nello statuto «nuovi» o «diversi» principi (non contraddittori o alternativi a quelli costituzionalmente stabiliti, secondo quanto si è detto), e «nuovi» o «diversi» diritti rispetto a quelli già stabiliti a livello nazionale mediante le fonti costituzionali. Ci si è chiesti se ciò sia consentito (e, se sì, in quale misura e a quali condizioni) oppure se non sia preferibile che di questo lo statuto non si occupi, limitandosi a disciplinare gli aspetti organizzativi dell'ente regione.

Con riferimento ai *principi*, se su un piano di valutazione politica, oltre che

---

[29] Così, ad esempio, G. VOLPE, *Modelli costituzionali e nuovi statuti regionali*, in V. ANGIOLINI, L. VIOLINI e N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello Stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, Milano, 2002, p. 235.

[30] Secondo U. DE SIERVO, *I nuovi statuti regionali*, cit., p. 100, lo statuto si colloca «in una posizione di superiorità rispetto all'esercizio delle diverse funzioni regionali: pertanto il suo rispetto appare necessario e tutelato da tutti i diversi strumenti a tutela della legalità costituzionale».

di corretta utilizzazione degli strumenti normativi, possono condividersi le osservazioni di chi paventava il rischio (poi puntualmente verificatosi) «che la cattiva cultura politica ed istituzionale di buona parte della classe politica, nonché la sua forte tendenza a qualificarsi in termini astrattamente ideologici o a cercare così di mettere strumentalmente in difficoltà gli avversari politici, porterà ad animati dibattiti sui «massimi sistemi» per giungere a formulare alcuni o molti principi direttivi dell'attività regionale dall'inesistente efficacia giuridica o vane rivendicazioni di spazi ulteriori rispetto al disegno costituzionale ed alle sue leggi attuative»[31], diversa mi pare la conclusione cui si debba giungere ragionando sul piano della legittimità costituzionale. Con riferimento infatti a quest'ultimo profilo, la possibilità di prevedere nello statuto alcuni principi *ulteriori* rispetto a quelli contenuti in Costituzione, o principi che si pongono come *specificazione* di quelli contenuti o tratti da essa, non può essere esclusa in via generale. D'altra parte questo credo che sia voluto dal legislatore costituzionale del 1999, allorché ha sostituito la versione precedente dell'art. 123 Cost. (che demandava allo statuto, come si è detto, la determinazione delle «*norme relative all'organizzazione interna della Regione*») con la nuova formulazione sopra richiamata, nella quale si demanda allo statuto la determinazione dei «*principi fondamentali di organizzazione e funzionamento*» della Regione: e mentre i *principi di organizzazione* possono (e debbono) riguardare le modalità di definizione interna delle competenze e di attribuzione di esse ai diversi livelli, i *principi di funzionamento* altro non possono essere – mi pare – che l'indicazione delle finalità e degli obiettivi che la Regione pone in termini generali alla propria azione[32]. Analogamente, altri[33] hanno rilevato che il riconoscimento alle regioni del potere di definire la forma di governo incide di necessità sull'attribuzione del potere di definire anche la forma di stato, atteso che «il conferimento ad un'entità politica del-

---

[31] U. De Siervo, *La fonte statuto: natura e limiti*, in T. Groppi, E. Rossi e R. Tarchi, *Idee e proposte per il nuovo statuto della Toscana* (a cura di E. Libone), Torino, 2002, p. 31. Analogamente R. Bin, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 2005, p. 18, ritiene che le disposizioni contenenti principi negli statuti siano non solo inutili ma, potenzialmente, anche dannose.

[32] In relazione alla necessità di una lettura valorizzante della previsione costituzionale in esame, tendente a porne in luce gli elementi innovativi, quale «occasione unica per dare compiuta attuazione al nuovo disegno della Regione, con ricadute di grande impatto e visibilità per la generalità dei cittadini, e conseguente radicamento delle Regioni nella società» v. M. Carli, in M. Carli e C. Fusaro, *Elezione diretta*, cit., pp. 188-189. Per una critica alla formula usata dal legislatore di revisione costituzionale, sebbene con esclusivo riferimento alla parte organizzativa delle Regioni, v. R. Tosi, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, in *Regioni*, 2000, p. 536 ss.

[33] R. Bifulco, *Nuovi statuti regionali*, cit., p. 1762.

la piena potestà in materia di forma di governo non può andare disgiunto dal potere di intervenire normativamente anche sugli aspetti che regolano il rapporto dell'autorità con la comunità sottostante». Altri ancora hanno dedotto la possibilità per gli statuti di prevedere disposizioni programmatiche e di principio dall'aumento delle competenze regionali e dall'eliminazione dei controlli statali, con la conseguenza che lo statuto «dovrà offrire un quadro di riferimento unitario agli interventi regionali sulle amplissime materie ormai affidate alla potestà legislativa regionale» [34]. Va peraltro ricordato come non siano mancate voci drasticamente contrarie a ritenere sussistente questa possibilità per il legislatore statutario regionale, ovvero a ritenere del tutto inutile, e giuridicamente dannoso, il suo esercizio: tali previsioni, infatti, secondo tale autore, non avrebbero alcuna efficacia giuridica, non creando diritti e doveri in capo ai singoli; né avrebbero effetto normativo sulla successiva legislazione regionale e neppure potrebbero costituire una guida interpretativa delle successive leggi regionali. In sostanza, il dibattito intorno ad esse avrebbe indotto l'equivoco di fondo di ritenere lo statuto regionale come «un documento politico atto a fondare una mitologica «comunità regionale» e non un regolamento giuridico rivolto a mettere in un corretto ed efficiente assetto il sistema dei poteri della Regione e le sue procedure decisionali» [35]. Per ribattere – sul piano giuridico, che altra è la valutazione in ordine alla opportunità politica, come si è detto – a tale drastica conclusione, credo che basti la considerazione di quanto già la Corte costituzionale aveva affermato in relazione agli statuti regionali del 1970, allorché giustificò la previsione di clausole indicanti i principi e le finalità dell'azione regionale in forza del ruolo della regione «come ente esponenziale della collettività regionale e del complesso dei relativi interessi ed aspettative» [36]: se ciò valeva in presenza di

---

[34] B. Caravita Di Toritto, *L'autonomia statutaria*, cit., p. 337. Analogamente S. Gambino, *Federalismo e diritti (forma di Stato e diritti fondamentali)*, in V. Piergigli (a cura di), *Federalismo e* devolution, Milano, 2005, p. 68, ritiene che «rispetto al precedente testo, la nuova formulazione dell'art. 117 Cost. prevede (e consente) ambiti competenziali in materie che hanno riflessi (…) sui diritti fondamentali, sia sociali che civili».

[35] R. Bin, *Dopo gli statuti, c'è molto da fare*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2005, n. 1, pp. 8-9. Da notare come nel medesimo fascicolo della rivista ove è pubblicato l'articolo appena richiamato, e che contiene la condanna più netta delle previsioni di principio, nelle pagine successive se ne trova la sua più alta (e, a modesto avviso di chi scrive, eccessiva al pari dell'altra) celebrazione: «lo Statuto dell'Emilia-Romagna tende a non essere – e non deve essere – semplicemente lo statuto di un ente pubblico. È qualche cosa di più e di diverso, deve costituire la carta di riconoscimento di un intero sistema di cittadini, organizzazioni sociali, organizzazioni delle nostre realtà, istituzioni dei vari livelli del nostro territorio» (M. Lombardi, F. Matteucci e P. Zanca, *Lo Statuto regionale: un nuovo quadro per le istituzioni dell'Emilia-Romagna*, *ivi*, p. 14).

[36] Corte cost. 20 marzo 1972 n. 40, in *Giur. cost.*, 1970, p. 490 ss.

una disposizione costituzionale che è sicuramente più restrittiva di quella contenuta nella legge cost. n. 1 del 1999, mi pare che non sia possibile negare che valga tutt'oggi [37].

Con riguardo innanzitutto ai principi, una prospettiva da seguire per tenere insieme le diverse esigenze rappresentate potrebbe muoversi nella direzione di prevedere negli statuti quei principi che siano in qualche modo connessi alle esigenze proprie e specifiche della comunità regionale: chi scrive aveva proposto al riguardo che le regioni avrebbero potuto inserire nel proprio statuto principi riferiti ad aspetti in qualche modo caratterizzanti *l'identità* ovvero la *«vocazione» regionale,* in relazione quindi alla storia, alle tradizioni, alla cultura di quel territorio: questo al fine non di dividere il Paese o di creare steccati o differenziazioni, ma per offrire ad esso un apporto in termini positivi, nella costruzione di un'identità nazionale plurale (come di fatto è poi nella realtà delle cose) [38].

Discorso analogo, ma non del tutto coincidente, può farsi per i *diritti*. Va precisato al riguardo che se non è possibile, in forza di quanto detto, una diminuzione in ordine ai diritti riconosciuti dalla Costituzione, forse è possibile, con alcune puntualizzazioni di cui si dirà, aggiungerne altri e specificare quelli previsti. Alle suggestioni comparatistiche sopra indicate, si potrebbe aggiungere un dato ricavabile dal testo novellato della Costituzione. Il nuovo art. 117 stabilisce infatti che spetta allo Stato la determinazione dei «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*»: il che significa – in primo luogo – che altri diritti (che non devono necessariamente essere garantiti su tutto il territorio nazionale) possano essere previsti a livello regionale, ed inoltre che, garantito il livello essenziale, le regioni possano aumentare la portata e la garanzia sia dei diritti civili che di quelli sociali [39], analogamente peraltro a quanto previsto dalla Costituzione tedesca, la quale, secondo l'opinione dot-

---

[37] Ed in effetti, nelle sentenze n. 372, 378 e 379 del 2004, di cui si dirà, la Corte espressamente richiama il passaggio della sentenza n. 40 del 1972 indicato nel testo.

[38] Un riferimento in tal senso anche in A. PIZZORUSSO, *Premessa*, in P. CARETTI, M. CARLI e E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana*, cit., p. 15 ss., il quale tuttavia giunge ad escludere, con riferimento alla situazione italiana, la possibilità di riferirsi ad «un'identità regionale con criteri paragonabili a quelli che consentono di parlare di un'identità dei popoli degli Stati europei oppure anche di un'identità europea».

[39] In tal senso anche B. CARAVITA DI TORITTO, *L'autonomia statutaria*, cit., p. 337. Nettamente contrario ad una qualsiasi ipotesi di previsione di diritti fondamentali da parte degli statuti regionali è P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Le Regioni*, 2005, p. 28, per il quale la disciplina dei diritti fondamentali è riservata alla Costituzione, ed agli statuti regionali non può essere riconosciuta nemmeno la competenza ad adottare una disciplina di tipo integrativo-attuativo.

trinale più diffusa, consente alle Costituzioni statali di allargare l'ambito di protezione dei diritti fondamentali sanciti a livello federale.

Credo tuttavia che occorra distinguere tra «categorie» di diritti, con riguardo cioè alla tradizionale classificazione tra diritti di libertà, diritti politici, diritti sociali e diritti cosiddetti della «terza generazione».

Quanto ai primi (*diritti di libertà*, sia individuali che collettivi), non vi è dubbio che essi costituiscano il campo più problematico, specie in considerazione delle note obiezioni in merito all'allargamento della categoria dei diritti: secondo tali obiezioni, l'enucleazione di «nuovi» diritti (salvo determinare cosa significhi tale attributo, come si dirà) può confliggere con precise norme costituzionali (magari attributive di altri diritti) e può comportare l'imposizione di un corrispondente obbligo a carico di altri [40]: in ogni caso, impone un diverso bilanciamento, il quale potrà a sua volta comportare una limitazione, o perlomeno un diminuita protezione, di diritti costituzionalmente garantiti. Malgrado tale obiezione, ed altre secondo le quali i diritti della persona non potrebbero essere previsti dagli statuti in forza della riserva di legge statale con la quale i diritti costituzionali sarebbero garantiti [41], credo tuttavia che non sia in assoluto precluso allo statuto individuare e garantire ulteriori diritti, alcuni dei quali potrebbero essere conseguenti all'introduzione di principi (alla pace, allo sviluppo, all'ambiente) o alla previsione di politiche da perseguire da parte della regione; mentre altri potrebbero essere oggetto di specifica previsione (ad esempio, diritti legati alla sfera della bioetica, diritti connessi alla tutela della riservatezza a fronte dell'evoluzione dei sistemi di tipo informatico [42], ecc.). Del resto, il cambiamento di prospettiva che anche su tale punto si deve registrare a seguito dell'approvazione del nuovo art. 117,

---

[40] Sono le obiezioni da tempo formulate da A. PACE e dallo stesso da ultimo ribadite in *Problematica delle libertà costituzionali*, *Parte generale*, III ed., Padova, 2003, p. 20 ss.

[41] V., ad esempio, A. LUCARELLI, *Dagli slogan alla politica delle istituzioni. Il caso degli statuti regionali*, in *Mezzogiorno Europa*, 2000, p. 8. Altri, più recentemente, hanno richiamato il principio della riserva di legge come coessenziale alla tutela dei diritti fondamentali, ma senza specificare che debba trattarsi di legge *statale*: così P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, II ed., Torino, 2005, p. 90.

[42] Sebbene tale diritto sia costantemente ritenuto già garantito dalla Costituzione ed annoverato tra i diritti «della terza generazione» o tra i diritti «nuovi» (cfr. G. BUSIA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, p. 481), tuttavia una sua espressa previsione, specie in relazione a quella che è stata segnalata come la nuova frontiera per tale diritto, ovvero la protezione dei dati genetici (così G.L. FAMIGLIETTI, *Il diritto alla riservatezza o la riservatezza come diritto. Appunti in tema di riservatezza ed intimidad sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale e del Tribunal Constitucional*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005), potrebbe consentire il perseguimento di un diverso bilanciamento nei confronti di altri diritti.

primo e quarto comma, della Costituzione induce a ritenere possibile tale evoluzione [43].

L'ambito dei diritti politici è forse quello che impedisce una valutazione unitaria. Al suo interno, infatti, sono compresi alcuni diritti che hanno diretta ed inscindibile connessione, come si dirà, con lo *status civitatis*: il che impedisce di ritenerli disponibili ad opera di istanze sub-nazionali. Altri, al contrario, hanno – rispetto a detta dimensione – un legame più flessibile; si pensi ad esempio agli strumenti di consultazione e partecipazione che già sono stati riconosciuti da alcune leggi, specie con riguardo alla dimensione degli enti locali: una loro considerazione ad opera degli statuti, per le sfere di competenza regionale, non dovrebbe pertanto ritenersi vietata.

Quanto infine ai *diritti sociali* credo che non vi siano ostacoli teorici al loro eventuale ampliamento, ed anzi è su questo punto che in misura maggiore si dovrebbero impegnare (o avrebbero dovuto impegnarsi) gli statuti, a condizione che le prestazioni ad essi relative riguardino l'amministrazione regionale (mentre più problematica è la loro previsione allorché mediante essa si intendano attribuire ulteriori responsabilità agli enti locali).

3. La situazione degli statuti regionali italiani dopo la riforma costituzionale

Prima di esaminare in che modo gli statuti hanno affrontato e risolto il problema del riconoscimento e della tutela dei diritti della persona, occorre fare cenno alla situazione relativa allo stato di avanzamento delle procedure di approvazione degli stessi ad opera delle quindici regioni ad autonomia ordinaria.

Al momento gli statuti già approvati e promulgati sono quelli della Puglia, che per prima ha tagliato il traguardo il 27 maggio 2004 [44], della Calabria (che ha proceduto a modifiche ed alla conseguente riapprovazione dello statuto a seguito della parziale dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte costituzionale [45]), del Lazio, della Toscana, dell'Umbria, della Liguria, del-

---

[43] Così anche M. OLIVETTI, *Nuovi statuti*, cit., p. 142 ss.; R. BIFULCO, *Nuovi statuti*, cit., p. 1763.

[44] Data dell'entrata in vigore: la seconda approvazione era intervenuta il 5 febbraio 2004; trascorsi i tre mesi per la richiesta di referendum, lo statuto è stato pubblicato nel Bollettino ufficiale in data 12 maggio.

[45] Con sentenza Corte cost. n. 2 del 2004, cit.

l'Emilia-Romagna, del Piemonte e delle Marche. La Campania ha effettuato, prima della fine della legislatura, soltanto la prima lettura; così pure l'Abruzzo, dopo che il testo approvato definitivamente era stato impugnato dal Governo; mentre le restanti quattro regioni (Basilicata, Lombardia, Molise e Veneto) sono ancora indietro [46].

Degli statuti approvati in seconda deliberazione dai rispettivi Consigli, alcuni sono stati fatti oggetto di ricorso alla Corte costituzionale da parte del Governo, secondo quanto previsto dall'art. 123, secondo comma, della Costituzione: si tratta degli statuti della Calabria (come si è detto), della Toscana (che invece non ha subito alcuna censura di incostituzionalità [47]), dell'Emilia-Romagna [48] e dell'Umbria [49] (anch'essi per taluni aspetti ritenuti contrastanti con la Costituzione e successivamente promulgati con omissione delle disposizioni dichiarate incostituzionali [50]), dell'Abruzzo e della Liguria (che dopo il ricorso governativo, e senza attendere le decisioni della Corte, hanno provveduto a modificarli e riapprovarli [51]). In nessuna Regione si è proceduto alla richiesta di referendum popolare: possibilità prevista, come detto, dall'art. 123 Cost.

Particolarmente rilevanti e significativi, specie in ordine al merito delle questioni prospettate, come si dirà, sono stati i ricorsi relativi alle tre regioni

---

[46] Lo statuto della Puglia è stato promulgato con legge regionale 12 maggio 2004, n. 7; quello della Calabria con legge regionale 19 ottobre 2004, n. 25; quello del Lazio con legge statutaria 11 novembre 2004, n. 1; quello della Toscana è stato pubblicato sul BURT dell'11 febbraio 2005; quello del Piemonte è stato promulgato con legge statutaria 4 marzo 2005, n. 1; quello delle Marche con legge statutaria 8 marzo 2005, n. 1; quello dell'Emilia Romagna con legge regionale 31 marzo 2005, n. 13; quello dell'Umbria con legge regionale 16 aprile 2005, n. 21; quello della Liguria con legge statutaria 3 maggio 2005, n. 1.

[47] Corte cost. 2 dicembre 2004, n. 372, in *Foro it.*, 2005, I, p. 297 ss.

[48] Su cui v. Corte cost. 6 dicembre 2004, n. 379, in *Foro it.*, 2005, I, p. 293 ss.

[49] Corte cost. 6 dicembre 2004, n. 378, in *Foro it.*, 2005, I, p. 295 ss.

[50] In entrambi i casi il Consiglio regionale non ha provveduto alla riapprovazione del testo, ma ha «preso atto» delle pronunce della Corte: il Presidente ha successivamente provveduto alla promulgazione dello statuto come risultante dalle stesse pronunce. Tale procedimento ha formato oggetto di ricorso, sia relativamente allo statuto della regione Umbria che in relazione a quello dell'Emilia-Romagna, da parte del Governo, che ha rilevato la necessità di una riapprovazione dello statuto (con doppia lettura) da parte del Consiglio e di una riapertura dei termini per la richiesta di referendum popolare. Su tali vicende v. C. PADULA, *Il problema dell'annullamento parziale dello Statuto: conseguenze sul procedimento statutario*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005; D. BALDAZZI, *La seconda impugnazione dello statuto dell'Emilia-Romagna: spunti per una riflessione sul concetto di «novità normativa»*, *ivi*, 2005.

[51] Mentre tuttavia la Regione Liguria è riuscita a completare l'*iter* entro la fine della legislatura, l'Abruzzo ha effettuato soltanto la prima approvazione del nuovo testo; cosicché a seguito della fine della legislatura la procedura è ripresa, nell'attuale, da capo.

«rosse» del Centro Italia: si tenga presente che le disposizioni sulle quali il Governo ha sollevato dubbi sono state quattro per l'Umbria, nove per l'Emilia-Romagna, ben dodici per la Toscana, mentre è singolare che salvo alcuni rilievi prospettati nei confronti della Liguria e dell'Abruzzo, per gli statuti delle regioni governate da una maggioranza di centro-destra non sia stato ravvisato il benché minimo dubbio di costituzionalità [52].

4. Principi e diritti negli statuti già approvati o in corso di approvazione

Così definito il contesto, si può a questo punto rivolgere l'attenzione agli statuti che sin qui sono stati approvati definitivamente o perlomeno sono giunti ad uno stato avanzato del loro *iter* di approvazione (si prenderanno cioè in considerazione quei testi già promulgati e quelli che hanno già ricevuto una prima approvazione ad opera dei rispettivi Consigli regionali), per valutare quali principi e quali diritti sono in essi riconosciuti e come si intenda garantirli con appositi istituti.

Sul piano dei diritti, può osservarsi in primo luogo come pressoché tutti gli statuti contengano un richiamo, oltre che alla Costituzione italiana, ai documenti del diritto internazionale che riconoscono diritti della persona, così operandosi una sorta di rinvio. Così ad esempio alcuni statuti richiamano espressamente la Carta di Nizza (ad esempio Abruzzo, Puglia, Calabria, Marche e Lazio); altri ancora la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (Puglia, Umbria, Marche, Lazio); altri ancora la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino (Puglia); altri infine «gli accordi fra gli Stati per la Costituzione europea» (Toscana).

Da un punto di vista strettamente giuridico tali richiami non sembrano apportare nulla di concreto, anche nell'ipotesi in cui si usino formule giuridicamente significative (come ad esempio lo statuto della Calabria, che afferma di «far propria la carta dei diritti dell'Unione europea»): essi hanno soltanto il valore di un riferimento culturale, la cui utilità può essere eventualmente apprezzata sul piano politico, ma senza che da essa sia possibile trarre alcun

[52] Suscita un certo scalpore la mancata impugnazione dello statuto del Lazio, la cui approvazione è avvenuta in modo a dir poco discutibile (dal punto di vista della correttezza costituzionale della prassi seguita), senza che peraltro il Governo nazionale abbia eccepito alcunché. Per una descrizione della vicenda sia consentito rinviare a E. Rossi, *L'approvazione dello statuto del Lazio ed il «controllo» del Governo*, in *Quaderni cost.*, 2005, p. 151 ss.

rafforzamento in ordine alla tutela dei cittadini della regione. Anche perché se così non fosse si dovrebbe ritenere che nelle regioni i cui statuti non contengono tali richiami detti documenti non dispieghino la propria efficacia: conseguenza che, ovviamente, deve essere assolutamente respinta.

Più interessante è l'esame dei principi che gli statuti pongono a fondamento dell'azione della regione cui si riferiscono, nonché dei diritti che essi intendono riconoscere ai loro cittadini (o alle persone che si trovino a vivere sul relativo territorio): e per lo più una distinzione tra principi e diritti risulta problematica, dato l'intreccio assai stretto che alcune formulazioni realizzano tra i due.

Al riguardo va osservato che tutti gli statuti presi in considerazione contengono ampi richiami sia ai principi che ai diritti, e che pertanto nei fatti il dubbio sopra prospettato è stato superato nel senso della ammissibilità della loro previsione: ciò può ritenersi avvalorato anche dalla constatazione che alcuni di questi statuti, come detto, sono stati vistati dal Governo, il quale non ha evidentemente ravvisato in essi (anche nella parte in cui affermano principi e riconoscono diritti) alcun vizio di costituzionalità; ed anche gli stessi ricorsi governativi nei confronti di alcuni statuti si sono incentrati su alcuni di questi principi o diritti, contestandone la correttezza costituzionale ma singolarmente considerati, non con riguardo alla loro previsione in termini generali [53].

Entrando nel merito di tali «cataloghi», e senza alcun intento di esaustività nell'analisi, va segnalata la ricorrenza di alcune disposizioni che riprendono, talvolta anche con le medesime parole, principi già espressamente sanciti dalla Costituzione italiana. Così è, ad esempio, per il principio di eguaglianza, declinato sia nel versante eguaglianza formale che su quello dell'uguaglianza sostanziale: lo statuto dell'Emilia-Romagna, ad esempio, stabilisce che la Regione ispira la propria azione «all'attuazione del principio di uguaglianza, di pari dignità delle persone e al superamento degli ostacoli di ordine economico, sociale e territoriale che ne impediscono la piena realizzazione», con un evidente riecheggiare dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione. Anche l'apparente estensione di tale principio, ad esempio, «ad ogni componente della comunità» regionale (come ad esempio fa il Lazio) deve intendersi come

---

[53] Dall'esame dei ricorsi governativi nei confronti degli statuti emerge un'impressione di forte casualità nelle scelte governative, come sottolinea anche T. Groppi, *La «Consulta» dell'Emilia-Romagna nel quadro dei nuovi organi regionali di garanzia statutaria*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2005, p. 81. Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine a detti ricorsi v., ora, P. Passaglia, *Il controllo di legittimità costituzionale degli statuti ordinari*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 2005, p. 135 ss.

nulla di più rispetto al principio di cui all'art. 3 Cost., data la nota giurisprudenza costituzionale che ritiene l'espressione «tutti i cittadini» di cui alla disposizione costituzionale ricomprensiva anche dei non cittadini. Analogamente deve dirsi per il principio democratico (cui fanno riferimento gli statuti del Lazio, della Liguria, dell'Abruzzo e dell'Umbria); per quello di sussidiarietà, espressamente introdotto nella Costituzione con la riforma del 2001, che viene ripreso da tutti gli statuti, sia con riguardo alla sua dimensione verticale che a quella orizzontale; per il principio della tutela ambientale (tratto dalla giurisprudenza costituzionale in via interpretativa dall'art. 9 Cost.); per il principio di solidarietà (che è inscritto nell'art. 2 Cost.); per la tutela delle minoranze linguistiche già sancito dall'art. 6 della Costituzione (previsto ad esempio nello statuto della Puglia ed anche in quello della Calabria, che ricomprende in esso anche le minoranze etniche e religiose); per il principio della parità tra i sessi (stabilito in via generale dall'art. 3 e specificato da numerose disposizioni costituzionali, e da ultimo nel novellato art. 51); per il rispetto delle «diverse culture, etnie e religioni», che altro non è che una specificazione del principio costituzionale pluralistico; e per altri ancora.

Altri principi costituiscono invece un'esplicitazione di quanto è sancito dalla Costituzione in modo non espresso ma non per questo meno chiaramente: si pensi ad esempio al principio di promozione della pace e dell'amicizia tra i popoli (così sancito dallo statuto del Lazio, ma con formulazioni analoghe previsto anche da quelli della Puglia, della Liguria, dell'Umbria e della Toscana), che trova solido fondamento soprattutto nell'art. 11 Cost.; o si consideri il principio della «giustizia» (posto tra gli obiettivi da perseguire dagli statuti della Liguria, dell'Abruzzo e della Toscana), nonché quelli di partecipazione e di pluralismo. Alcuni di questi principi, tuttavia, vengono espressi mediante formulazioni che in certa misura cercano (nelle intenzioni di chi li ha posti) di ampliarne la portata: si pensi ad esempio alla disposizione contenuta nello statuto dell'Umbria nella quale si pone come valore fondamentale dell'identità di quella regione «la cultura della pace e della non violenza», così introducendo un concetto (quello della non violenza) che dovrebbe porsi come metodo per la realizzazione dell'obiettivo complessivo della realizzazione della pace. Analogamente potrebbe dirsi per la tutela del «patrimonio faunistico e floristico», prevista dallo statuto della Calabria, che dovrebbe costituire una specificazione della tutela ambientale sopra indicata; ovvero per la promozione «della riduzione e del riciclaggio dei rifiuti, del contenimento dei rumori e delle emissioni inquinanti, nonché della ricerca e dell'uso di risorse energetiche pulite e rinnovabili», prospettive che si ricollegano senz'altro alla tutela ambientale sopra richiamata, ma che al contempo hanno lo scopo di precisarne gli ambiti concreti di applicazione.

Alcuni principi costituiscono poi il senso dell'evoluzione sociale che ha

caratterizzato l'ordinamento italiano rispetto alle previsioni contenute nella Costituzione del 1948: si pensi ad esempio alla particolare enfasi che è dedicata al tema dell'accoglienza e dell'integrazione degli stranieri presenti sul territorio regionale. Lo statuto dell'Umbria, sul punto, stabilisce che «la Regione riconosce il valore umano, sociale e culturale della immigrazione e favorisce il pieno inserimento nella comunità regionale delle persone immigrate»; mentre quello del Lazio impegna la regione a «favorire l'integrazione degli stranieri, regolarmente soggiornanti, nel rispetto delle loro culture nonché le relative associazioni e comunità»; quello della Toscana stabilisce che tra le finalità prioritarie della Regione vi debba essere «l'accoglienza solidale delle persone immigrate, secondo i principi del pluralismo delle culture, del reciproco rispetto e dell'integrazione sociale». Non è inutile ricordare, al riguardo, che la Costituzione italiana prevede, tra i principi fondamentali, una riserva di legge rinforzata per la tutela giuridica dello straniero, mentre il tema dell'immigrazione non è espressamente trattato, dato che, come noto, nel periodo storico in cui la Costituzione fu scritta il problema sociale era costituito dall'emigrazione degli italiani verso altri Paesi e non viceversa.

In generale, e conclusivamente sul punto, occorre dire che la previsione di principi nei diversi statuti non sembra rispondere a quella logica che sopra si è richiamata, vale a dire principi che in certa misura tendono a rappresentare l'identità ovvero la vocazione regionale: salvi alcuni casi sporadici, l'obiettivo che sembra aver mosso i diversi legislatori statutari sembra invece andare più nella direzione di «manifesti» ideali (se non anche ideologici) che con la particolare situazione della regione hanno poco o nulla a che vedere (si pensi, per fare un solo esempio, ai richiamati principi di democrazia e giustizia, ovvero al riconoscimento del «patrimonio spirituale, fondato sulla storia civile e religiosa dell'Umbria» che tale Regione «assume come valore fondamentale della propria identità, da trasmettere alle future generazioni» [54]: principi che in verità o fanno parte di tutto il patrimonio nazionale o non fanno parte neppure di quello di una singola regione).

Passando dal piano di principi a quello dei diritti, e detto della difficoltà di individuare con nettezza i confini tra i due ambiti, si è in presenza, anche in questo caso, di disposizioni assai ricche ed articolate, ed in grande misura ridondanti se non del tutto inutili (o pericolose).

Un primo gruppo può essere individuato nei diritti che la Costituzione prevede in modo molto chiaro e puntuale, e che vengono sostanzialmente

---

[54] Con specifico riguardo alla tematica della disciplina del fenomeno religioso negli statuti regionali approvati sia consentito rinviare a E. Rossi, *Il «fenomeno religioso» nei nuovi statuti regionali. Prime osservazioni*, in *Quaderni dir. e pol. eccl.*, n. 2/2005, p. 297 ss.

ripetuti senza aggiungere nulla alla tutela apprestata a livello nazionale. Si pensi, per fare alcuni esempi, al diritto alla salute, al lavoro, alla cultura, all'istruzione, alla libertà d'iniziativa economica, all'informazione, alla maternità; ai diritti dei minori, degli anziani, dei disabili (o dei «diversamente abili» secondo una terminologia più avanzata [55]), degli indigenti e in generale delle fasce deboli. Anche in questi casi si operano talvolta delle specificazioni: così ad esempio lo statuto della Toscana prevede «la promozione e il sostegno delle iniziative contro la pena di morte, la tortura, la riduzione in schiavitù, le mutilazioni del corpo», tutti aspetti contenuti nel diritto alla libertà personale; mentre su un diverso piano si «promuove un sistema di istruzione e formazione che favorisca la crescita personale nell'intero arco della vita» (così espressamente lo statuto ligure, ma analoghe previsioni sono contenute anche in altri statuti). In questo contesto devono essere segnalate anche le disposizioni che riconoscono il particolare apporto sociale della famiglia, e che di conseguenza ne apprestano specifica tutela (principio contenuto in tutti gli statuti): disposizioni che nulla sembrano aggiungere a quanto già chiaramente espresso nel testo costituzionale. Un problema, in tal senso, è rappresentato dall'eventuale estensione di alcuni dei diritti riconosciuti alla famiglia anche ad altre forme di convivenza: ma su ciò torneremo.

Ancora una volta, ci troviamo dunque di fronte a mere ripetizioni di disposizioni costituzionali che, in forza di quanto detto, si applicano a tutte le regioni indipendentemente dal richiamo nei rispettivi statuti: per tali ragioni esse risultano inutili nella sostanza e potenzialmente pericolose, potendo ingenerare confusione interpretativa nell'ipotesi in cui la ripetizione avvenga mediante alcuni mutamenti di espressioni linguistiche (come normalmente avviene) e dare perciò luogo a possibili antinomie giuridiche (che peraltro andrebbero risolte in base al criterio gerarchico). Senza dimenticare il fatto che la novazione dei diritti già sanciti a livello costituzionale potrebbe limitare la valenza ermeneutica della cinquantennale giurisprudenza costituzionale che quei diritti ha interpretato ed ampliato, individuando altresì i criteri in base ai quali essi devono essere bilanciati e garantiti.

Più interessante è l'esame del gruppo di diritti che si presentano in certa misura almeno come «nuovi», sebbene questa qualifica richieda alcune puntualizzazioni. Intanto occorre chiarire in riferimento a quali parametri sia possibile valutare la «novità»: se cioè con riguardo alla Costituzione italiana

---

[55] Interessante è anche l'analisi di tali diritti sotto l'aspetto dell'evoluzione del linguaggio: la categoria cui ci si riferisce era chiamata, dalla Costituzione del 1948, quella dei «minorati»; successivamente si è passati a chiamarli «handicappati», poi «portatori di handicap», poi «disabili» ed infine «diversamente abili».

nel suo dato letterale; ovvero alla stessa come vivente nell'interpretazione giurisprudenziale (e della Corte costituzionale in particolare); ovvero ancora in relazione alle varie «carte» dei diritti che si sono affermate sia sul piano interno che in quello internazionale. Se si considerano unitariamente i cataloghi dei diritti da tutto ciò deducibili, ed ancor di più se accanto ai diritti espressamente previsti si ritengono appartenenti ai cataloghi suddetti i diritti impliciti, quelli strumentali ed anche quelli trasversali [56], forse nessun diritto può ritenersi «nuovo»: nuova può essere al massimo l'espressione linguistica utilizzata, ma il contenuto del diritto probabilmente può ritenersi garantito da uno o più dei materiali appena indicati [57]. A meri fini didascalici, possiamo allora considerare questa categoria come l'insieme dei diritti che sono espressi o mediante formulazioni «nuove» rispetto a quelle della Costituzione, o che non sono ricavabili dalla Costituzione ma, caso mai, da testi internazionali, ovvero ancora che costituiscono quei «diritti della terza generazione» che si suole contrapporre a quelli di libertà, a quelli politici e a quelli sociali: avvertendo in tutto ciò che si tratta di operazione assolutamente opinabile, come sarebbe opinabile ogni tentativo di ricostruire in astratto la differenza tra contenuti di diritti espressi con diverse formulazioni linguistiche; ovvero di differenziare tra diritti che non trovano alcun fondamento in Costituzione ed altri che al contrario da essa possono essere tratti in via ermeneutica.

Pur con tali precisazioni, emerge dalla lettura degli statuti l'importanza che viene quasi generalmente riconosciuta, ad esempio, al «diritto allo sport», conseguente all'impegno posto alla regione di incentivare «lo sviluppo dell'attività sportiva, amatoriale e agonistica e di promuoverne lo svolgimento da parte di ogni individuo, riconoscendone gli effetti positivi per il benessere psicofisico e per l'aggregazione sociale» (così ad esempio lo statuto del Lazio, ma il diritto all'attività sportiva è previsto in diversi statuti); ovvero al diritto «alla sicurezza ed educazione alimentare», ricavabile ancora una volta quale riflesso dell'impegno della Regione ad «assicurare le migliori condizioni di vita, la salute delle persone e la tutela dell'ecosistema» (così lo statuto dell'Emilia-Romagna); ovvero ancora ai diritti dei consumatori, la cui tutela, riconosciuta dai trattati istitutivi dell'Unione europea ed ora anche dalla Carta dei diritti fondamentali (oltre che dalla legislazione ordinaria statale), viene resa espressa in alcuni statuti (Lazio, Emilia-Romagna, Umbria: in quest'ultimo si stabilisce che «la Regione concorre a tutela-

---

[56] Riprendo le espressioni usate da F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., p. 2.

[57] Anche secondo A. PACE, *Problematica*, cit., p. 26, «il compito di individuare un «nuovo» diritto senza negare l'importanza dell'enunciato costituzionale non è sempre facile».

re i diritti dei consumatori e favorisce la correttezza dell'informazione, la sicurezza e la qualità dei prodotti»; in quello dell'Emilia-Romagna si impegna la Regione ad operare per «tutelare i consumatori nell'esercizio dei loro diritti di associazione, informazione, trasparenza e controllo sui singoli servizi e prodotti»); ed anche al diritto «alla pace» («la Regione riconosce nella pace un diritto fondamentale della persona e dei popoli»: così lo statuto dell'Umbria, ma analogamente quello della Puglia). In questo ambito va forse collocata anche la previsione che riconosce «il diritto all'informazione e all'accesso alle procedure di adozione e alle tecniche di procreazione assistita, senza discriminazioni, nel rispetto delle leggi nazionali» (così lo statuto della Campania). Alcuni statuti precisano, all'interno del riconoscimento del principio di eguaglianza, che esso deve essere garantito anche con riguardo all'orientamento sessuale: previsione che come noto è già iscritta nei trattati comunitari (ed ora ripresa nella Carta di Nizza), ma che non è – almeno espressamente – sancita dalla Costituzione italiana, che tra le discriminazioni vietate dall'art. 3 include il sesso ma non l'orientamento sessuale. Altri diritti sono poi conseguenza dei principi sopra enunciati: si pensi ad esempio ai diritti connessi all'impegno per politiche di accoglienza, integrazione e solidarietà nei confronti delle persone straniere immigrate; ovvero ai diritti conseguenti all'impegno sancito per un ambiente salubre, per uno sviluppo sostenibile, per la salvaguardia dell'assetto del territorio, per un equilibrio ecologico; ovvero ancora in riferimento all'impegno per tutelare il pluralismo dei mezzi di comunicazione e la possibilità di fruizione delle reti informatiche (la Regione persegue «la promozione dei diritti al pluralismo dell'informazione e della comunicazione, dell'accesso alla cultura come bisogno individuale e valore collettivo»: così ad esempio lo statuto della Toscana). Ciò potrebbe in verità valere anche per previsioni del tutto generiche e da cui potrebbero derivare conseguenze applicative le più varie ed imprevedibili: si pensi ad esempio alla disposizione dello statuto dell'Umbria in cui si impegna la regione ad operare «al fine di impedire lo spopolamento del territorio».

Da segnalare come in tutti gli statuti sia contenuta una disposizione che impegna le regioni a mantenere e rafforzare i legami con i propri cittadini residenti all'estero e con le relative organizzazioni: ciò a sottolineare il valore che ha avuto per il nostro Paese il fenomeno emigratorio ed in una sorta di «risarcimento» per non essere stato il territorio capace di offrire a tutti la possibilità di un lavoro e di un mantenimento dignitoso. Disposizione siffatte sembrano in grado di alimentare, se non veri e propri diritti, perlomeno legittime aspettative in quanti si trovano in tale situazione: ad esempio in ordine a forme di sostegno (sia in termini di contributo finanziario che attraverso servizi) per le organizzazioni richiamate.

Una previsione che può dirsi senz'altro «nuova» in relazione alla Costituzione italiana è quella riguardante i diritti degli animali [58]. Al riguardo, lo statuto del Piemonte stabilisce che «la Regione riconosce il rispetto dei diritti degli animali, promuovendone la cura e la presenza nel proprio territorio al fine di garantire una corretta convivenza con l'uomo»; mentre quello della Calabria pone tra gli obiettivi della Regione «il rispetto ed il riconoscimento dei diritti degli animali, promuovendone la cura e la presenza nel proprio territorio per l'affermazione del principio di una corretta convivenza con l'uomo». In parte diversa è la formulazione dello statuto della Toscana, che pone il principio della «promozione della cultura del rispetto per gli animali»: espressione che non sembra fondare un «diritto degli animali» (come invece fanno le altre disposizioni richiamate), essendo incentrata direttamente sulle persone e indirettamente sugli animali. Tutte queste previsioni, se prese sul serio, pongono tuttavia alcuni interrogativi: il rispetto deve essere dovuto a tutti gli animali? anche a quelli destinati alla macellazione per il consumo umano? e come si concilierebbe detta tutela con la conservazione della biodiversità (sancita da alcuni statuti), la quale potrebbe richiedere la selezione di alcuni animali? [59].

In generale, e conclusivamente sul punto, può osservarsi come la previsione di diritti negli statuti (si tratti di diritti più o meno «nuovi») avviene per lo più non in via diretta (salvo alcuni casi), ma è al contrario ricavabile – come detto – in via indiretta, ovvero come riflesso dell'impegno che viene assunto dalla regione nel perseguire specifiche politiche o nel realizzare determinati principi. Ciò ha riguardo, naturalmente, alle competenze in generale riconosciute alle regioni e alla difficoltà, di cui daremo conto tra breve, di rinvenire efficaci strumenti per la garanzia dei diritti «riconosciuti». Ma con la conseguenza di fare degli statuti, in queste parti, delle «carte» la cui reale efficacia rischia di essere sostanzialmente nulla.

---

[58] La cui tutela tuttavia, almeno secondo G. GEMMA, *Costituzione e diritti degli animali*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 615 ss., costituisce un «imperativo costituzionale», stante la stretta correlazione fra costituzionalismo e diritti degli animali, pur dovendosi ritenere tali diritti recessivi rispetto a quelli riconosciuti alle persone.

[59] Sulla necessità di differenziare, come fa anche la legislazione nazionale, tra «categorie» di animali (insetti *vs.* primati, animali da macellazione *vs*. animali da affezione o *vs*. animali nocivi per l'uomo, e così via) cfr. P. VERONESI, *Gli animali nei recinti della Costituzione, delle leggi e della giurisprudenza*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 618.

5. (*segue*) In particolare: il riconoscimento del diritto di voto agli stranieri

Come si è accennato, alcuni degli statuti regionali sin qui approvati sono stati impugnati davanti alla Corte costituzionale dal Governo nazionale; tra i numerosi motivi di impugnazione che l'esecutivo ha sottoposto alla valutazione della Corte due attengono specificamente alla tematica dei diritti: in particolare, la previsione di forme di riconoscimento del diritto di voto agli stranieri e di misure di tutela per le convivenze diverse dalla famiglia.

Vediamo il primo punto.

Lo statuto della Toscana stabilisce all'art. 3, sesto comma, che «*la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati*»; mentre lo statuto dell'Emilia – Romagna impegna la regione a perseguire l'obiettivo tendente ad assicurare, «*nell'ambito delle facoltà che alla regione sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti*» [60].

Prima di analizzare i rilievi di costituzionalità sollevati dal Governo, è opportuno definire il quadro costituzionale connesso a tali profili. Come noto, il novellato art. 117 della Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia delle leggi elettorali relative ad organi dello Stato (secondo comma lett. *f*), nonché la legislazione elettorale relativa agli organi di governo dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane (secondo comma, lett. *p*); mentre l'art. 122 Cost. stabilisce che «il sistema di elezione (…) del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché nei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica». Tra le competenze esclusive dello Stato è poi ricompresa la materia dell'immigrazione, della cittadinanza e dello stato civile (materie rispetto alle quali l'elettorato ha elementi di contiguità ma anche di distinzione), nonché la discipli-

[60] Altri statuti, peraltro non impugnati, contengono delle formule più vaghe, ma che in realtà potrebbero anche consentire un'estensione del diritto di voto: si pensi ad esempio alla disposizione dello statuto laziale in cui si stabilisce che la Regione «salvaguarda e valorizza il diritto alla libertà e *garantisce l'eguaglianza di ogni componente della comunità laziale nell'esercizio dei diritti* civili, sociali, economici e *politici* sanciti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (corsivo aggiunto). Sebbene la formula sia generica, tuttavia l'utilizzazione della formula «comunità laziale» anziché quella di «cittadini», e la previsione dell'eguaglianza dei diritti politici per essa potrebbe senz'altro giustificare (ed anzi richiedere) un'estensione del diritto di voto anche ai non cittadini relativamente alle elezioni in cui sia di competenza regionale: ma il Governo nazionale non ha ravvisato la necessità di impugnare, neppure per questa parte, lo statuto laziale.

na della condizione giuridica dello straniero [61]. Va infine ricordato che, a norma dell'art. 48 della Costituzione, «sono elettori tutti i *cittadini*».

Le richiamate disposizioni costituzionali escludono indubbiamente la possibilità di intervenire, da parte regionale, sulle elezioni politiche nazionali (come è ovvio) e su quelle comunali e provinciali [62]; mentre in relazione a quelle regionali, qualora si interpreti l'art. 122 nel senso di considerare rientrante nell'espressione «sistema di elezione» anche i profili inerenti all'elettorato attivo e passivo [63], il problema sarebbe costituito dalla interpretazione dell'altra parte della disposizione contenuta nel medesimo art. 122, con la quale si attribuisce alla *legge regionale* la competenza a regolare la materia, nell'ambito dei principi stabiliti dalla legge nazionale. Al riguardo, si tratta di valutare se la riserva di legge regionale posta da detta disposizione sia da considerare preclusiva ad un intervento del legislatore statutario: preclusione che mi parrebbe da escludere, in quanto ciò che potrebbe fare la legge regionale (qualora ovviamente quella nazionale glielo consentisse) potrebbe farlo anche, nei termini generali di una prospettiva da perseguire, lo statuto.

Superato questo ostacolo, se ne pone un altro, di carattere più generale, relativo alla legittimità costituzionale dell'ipotetico riconoscimento del diritto di voto agli stranieri per le elezioni regionali in riferimento sia all'art. 48 che all'art. 1 Cost.: il punto è cioè di capire se anche per le elezioni regionali

---

[61] Anche in relazione a tale competenza, sembra a chi scrive che non ogni aspetto della condizione dello straniero nell'ordinamento italiano debba essere regolata dallo Stato, perché altrimenti si violerebbe il criterio di ripartizione delle competenze. Piuttosto, ritengo che anche detta competenza debba essere interpretata alla luce del riparto delle materie, per cui spetta allo Stato la disciplina della condizione giuridica dello straniero in generale e nei confronti dell'ordinamento internazionale, mentre non si deve escludere la possibilità per le regioni di disciplinare aspetti di detta condizione che abbiano a che fare con le proprie competenze costituzionalmente stabilite.

[62] Relativamente alle quali, infatti, la legge (statale) 8 marzo 1994, n. 203 ha recepito la convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale firmata a Strasburgo il 5 febbraio 1992, soltanto nella parte relativa al riconoscimento delle libertà di espressione, riunione e associazione ed in quella relativa agli organi consultivi per la partecipazione dei residenti stranieri a livello locale, mentre ha evitato di ratificare il capitolo C relativo al riconoscimento del diritto di voto.

[63] Ma, in senso contrario, T.F. GIUPPONI, *Il voto amministrativo agli stranieri: verso un diritto «condizionato»?*, in *Quaderni cost.*, 2004, p. 126 ss., secondo il quale il diritto di voto non può essere fatto rientrare nel concetto di «legislazione elettorale», né in quello di «sistema di elezione» e neppure di «legge elettorale», costituendo di tutto questo un presupposto di operatività. Per tale A., pertanto, l'allargamento dei diritto di elettorato attivo agli stranieri, anche con riguardo alle elezioni comunali e circoscrizionali, richiede una revisione costituzionale dell'art. 48 Cost.

(come per quelle degli enti locali) per il riconoscimento del diritto di voto debba intendersi vincolante l'appartenenza al «popolo», sulla base ad esempio del carattere unitario della partecipazione alle consultazioni elettorali deducibile dalla Costituzione [64]; o se viceversa tale vincolo si debba intendere riferito al solo Parlamento nazionale [65]. La tesi limitativa risulta ad oggi tutt'altro che certa e consolidata, per la presenza di spinte diverse sia sul piano concettuale (connesse al ruolo delle costituzioni ed al loro rapporto con le società pluralistiche), che su quello politico (si pensi ai frequenti dibattiti tendenti ad estendere, mediante leggi ordinarie o addirittura attraverso gli statuti degli enti locali, anche ai non cittadini la partecipazione a consultazioni elettorali sub-nazionali) [66]; ma soprattutto essa risulta contraddetta dalle

---

[64] Così, in modo assai netto, G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Torino, 2004, p. 130, che giunge in forza di tale motivazione a negare agli statuti ogni possibilità di estensione del diritto di voto, anche per i referendum. Con riguardo invece ai cittadini comunitari, lo stesso A. ammette che il riconoscimento del diritto di voto alle elezioni comunali «riveste un ruolo essenziale nel favorire l'inserimento delle singole persone nei luoghi si effettiva residenza», costituendo quindi una «valorizzazione del legame del singolo con il territorio»: affermazioni che non sembrano – da un lato – del tutto coerenti con l'affermato carattere unitario della rappresentanza, e che, d'altro canto, potrebbero essere validamente sostenute anche nei confronti degli stranieri extra-comunitari.

[65] Su tali profili v. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti*, cit., p. 474. Va peraltro ricordato che la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di configurare, nell'ordinamento italiano, un «popolo regionale»: cfr. sentenza 14 novembre 2000, n. 496, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3798 ss., che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge regionale con la quale si intendeva promuovere un referendum consultivo della popolazione residente relativamente alla presentazione da parte del Consiglio regionale di una proposta di legge costituzionale che si proponeva la finalità di conferire a quella regione forme e condizioni particolari di autonomia. Sulla successiva giurisprudenza della Corte, sempre in relazione al concetto di «popolo regionale» v. A. BONOMI, *Unità nazionale - Regioni: «l'una contro l'altra armata»? (Una riflessione sulle sentenze Corte cost. n. 106/2002 e n. 306/2002*), in *Le Regioni*, 2004, p. 77 ss. Su tale problematica cfr. complessivamente, e per tutti, E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano, 1997, pp. 205-206.

[66] Si ponga mente, a quest'ultimo riguardo, alla richiamata Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, con la quale gli Stati contraenti si sono impegnati (nella parte non ratificata dall'Italia) «a concedere il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali ad ogni residente straniero, a condizione che questi soddisfi alle stesse condizioni di quelle prescritte per i cittadini ed inoltre che abbia risieduto legalmente ed abitualmente nello Stato in questione nei cinque anni precedenti le elezioni» (art. 6). Nel disegno di legge governativo che ha poi dato luogo alla legge n. 40 del 1998 il Governo intendeva riconoscere tale diritto, ma detta previsione è stata poi stralciata sulla base della considerazione che siffatta modifica avrebbe richiesto un procedimento di revisione costituzionale. Su ciò v. L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, p. 35 ss.; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 176. Nel senso che il riconoscimento dei diritti politici agli stranieri debba ricavarsi dall'interpretazione delle disposizioni che riguardano il diritto di asilo (art. 10, terzo

disposizioni contenute nel Trattato di Maastricht sull'Unione europea, recepito nel nostro ordinamento, che ha ammesso i cittadini di uno dei Paesi dell'Unione europea alle elezioni comunali ed alle elezioni del Parlamento europeo, alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato di residenza [67].

Su un piano leggermente diverso si muove la linea interpretativa di chi ritiene che i diritti politici devono essere riconosciuti come diritti fondamentali soltanto ai cittadini, senza tuttavia che ciò valga ad escludere la possibilità per la legge di estenderli anche ad altri; in tal caso tali diritti non godrebbero di copertura costituzionale, ma nemmeno sarebbero in contrasto con la Costituzione [68]. Tale conclusione è stata sostenuta, sebbene con riguardo all'area degli obblighi costituzionali (ma il ragionamento deve essere coerentemente esteso anche all'ambito dei diritti), dalla Corte costituzionale in una decisione che aveva come oggetto l'obbligo di prestare il servizio militare: secondo la Corte, la disposizione costituzionale che individua i destinatari di un obbligo ha lo scopo «di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale» [69]. E nella stessa sentenza fa riferimento ad una «comunità di diritti e di doveri più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto»: diritti e doveri che dunque possono essere oggetto di previsione e specificazione anche ad opera del legislatore statutario regionale.

Sulla base delle considerazioni svolte, sembrano perlomeno dubbie le apodittiche affermazioni di chi ha denunciato, durante il dibattito precedente l'approvazione degli statuti, che un'eventuale norma che introducesse il diritto di voto ad alcune categorie di stranieri «contrasterebbe con i principi,

---

comma, Cost.) e l'impegno dell'Italia a consentire le limitazioni di sovranità che si rendono necessarie per assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni (art. 11 Cost.) v. A. PIRAINO, *Appunto sulla condizione giuridica degli «stranieri» nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, p. 998 ss.

[67] Come noto, le modalità di esercizio dell'elettorato attivo e passivo per le elezioni comunali dei cittadini comunitari sono state successivamente definite mediante il d.lgs. 12 aprile 1996, n. 197, contenente norme di attuazione della direttiva comunitaria n. 94/80/CE.

[68] E. GROSSO, *Straniero*, cit., p. 175 ss.; ma nello stesso senso A. PACE, *Problematica*, cit., p. 319, che richiama a sostegno di tale tesi la l. 18 gennaio 1989, n. 9, con la quale è stato esteso il diritto di elettorato passivo al Parlamento europeo ai cittadini di altri Paesi europei.

[69] Corte cost. 18 maggio 1999, n. 172, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1697 ss., con nota di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, il quale sottolinea come con tali affermazioni la Corte sembra evocare una concezione della cittadinanza, fondata sui diritti e sui principi costituzionali, più ampia della cittadinanza giuridica definita dalle leggi che stabiliscono i criteri di attribuzione della cittadinanza. Per la possibilità di far valere il principio affermato dalla Corte anche nell'ipotesi dell'esercizio del diritto di voto agli stranieri v. C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, p. 300.

la lettera e lo spirito della Costituzione»[70], o sarebbe «una evidente forzatura politica, in aperto contrasto con le norme e i principi costituzionali»[71].

Vi è infine da ricordare che oltre alle elezioni, in tutti gli statuti sono previste forme di consultazione della popolazione (ad esempio, referendum consultivi, propositivi, e così via) per le quali, specie nell'ipotesi in cui esse non abbiano valore vincolante, non si ravvisa alcun valido motivo perché non si possa prevedere – sempre ovviamente che lo si voglia – il coinvolgimento anche di soggetti residenti ma privi nella cittadinanza italiana[72], analogamente a quanto già previsto dalla legislazione nazionale in relazione alle forme di partecipazione dello straniero alla vita pubblica[73].

Le previsioni sopra richiamate contenute negli statuti della Toscana e dell'Emilia-Romagna sono state fatte oggetto di impugnazione governativa davanti alla Corte costituzionale: secondo il Governo, infatti, entrambe le previsioni risultavano contrastanti sia con l'art. 48 (nella parte in cui riserva il diritto di elettorato attivo ai soli cittadini), che con l'art. 117, secondo comma, lett. *f)* e *p)* (in quanto sarebbe violata la riserva di legge statale in materia di organi statali e leggi elettorali, nonché di legislazione elettorale degli enti locali); sia infine con l'art. 121, secondo comma, della Costituzione (disposi-

---

[70] V. le dichiarazioni rese da P. ARMAROLI e riportate nell'articolo «*Il Governo può ricorrere alla Consulta*», in *Il Giornale della Toscana*, 29 gennaio 2002, p. 2.

[71] V. le dichiarazioni rese da A. BALDASSARRE e riportate nell'articolo citato nella nota precedente.

[72] Ciò si deduce chiaramente dall'art. 8, quinto comma, del T.U.E.L. (D.Lgs. n. 267 del 2000), che – con riguardo agli enti locali – demanda allo statuto la promozione di forme di partecipazione alla vita pubblica locale degli stranieri regolarmente soggiornanti, in attuazione della legge 8 marzo 1994, n. 203: come affermato dal Consiglio di Stato, in un parere che ha peraltro negato la possibilità agli enti locali di prevedere il diritto di voto agli stranieri sia nei riguardi delle elezioni comunali come di quelle circoscrizionali (sez. I, parere n. 9771/04 del 16 marzo 2005), «l'esercizio dell'elettorato è assoggettato ad una normativa autonoma e distinta rispetto a quella concernente le altre forme di partecipazione alla vita pubblica locale». Tale parere si inscrive in una vicenda che aveva visto l'organo consultivo dapprima riconoscere la possibilità agli statuti comunali di attribuire agli stranieri extracomunitari residenti nel relativo territorio il diritto di elettorato attivo e passivo per la costituzione dei consigli circoscrizionali (sez. II, parere 28 luglio 2004, n. 8007), per poi negare successivamente tale possibilità con parere dell'Adunanza delle sezioni I e II (parere n. 11074/04 del 6 luglio 2005) e con il parere n. 9771/04 sopra richiamato. Sulla base di quest'ultimo, il Governo ha annullato in via straordinaria la delibera statutaria del Comune di Genova che aveva previsto l'estensione ai cittadini extracomunitari dell'elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali e circoscrizionali. Su tale vicenda v. T.F. GIUPPONI, *La partecipazione degli stranieri extracomunitari alle elezioni comunali e circoscrizionali: le (contraddittorie) risposte di Palazzo Spada al «caso Genova»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005.

[73] Su cui v., per tutti, C. CORSI, *Lo Stato*, cit., p. 288 ss.

zione che stabilisce la facoltà del Consiglio regionale di fare proposte di legge alle Camere: secondo il Governo «un'eventuale proposta di legge alle Camere di segno contrario rispetto all'estensione del diritto di voto contrasterebbe con la disposizione statutaria sopra richiamata»).

Di tali motivi credo si possa dire che il terzo appariva anche a prima vista privo di qualsiasi consistenza giuridica e del tutto pretestuoso (se lo statuto è la fonte fondamentale della Regione ben può limitare l'azione degli organi regionali, senza che questo costituisca una violazione della Costituzione); il secondo facilmente risolvibile, nel senso sopra indicato, in via interpretativa (è evidente che l'estensione di voto cui si riferiscono i due statuti non va intesa né con riguardo alle elezioni nazionali né a quelle degli enti locali ma, come si è detto, esclusivamente a quelle regionali o ad altre forme di consultazione non necessariamente di tipo elettorale); ed anche il primo poteva risultare facilmente superabile, tenendo conto che sia la formulazione toscana, con la precisazione che quell'obiettivo (che è comunque una mera indicazione programmatica) deve realizzarsi «nel rispetto dei principi costituzionali», che quella emiliana (che stabilisce che il riconoscimento del diritto di voto deve essere assicurato «nell'ambito delle facoltà che sono costituzionalmente riconosciute» alla regione) sembrano mettere al riparo la disposizione e la sua successiva applicazione da vizi di costituzionalità.

Peraltro la Corte costituzionale ha risposto ai dubbi del Governo evitando di entrare nel merito (come si dirà), con una motivazione che ha sollevato non poche perplessità nella dottrina.

6. (*segue*) La tutela di forme di convivenza diverse dalla famiglia

Un altro aspetto che ha attirato l'attenzione sia delle istituzioni che del dibattito politico e giornalistico riguarda la possibilità e l'opportunità, ma anche la legittimità costituzionale, di previsioni statutarie relative a situazioni di convivenza diverse dalla famiglia, e variamente definite con le espressioni unioni civili, famiglie di fatto, forme di convivenza, e così via.

Al riguardo va preliminarmente segnalato che tutti gli statuti, senza alcuna eccezione, riaffermano quanto già stabilito nella Costituzione in ordine alla tutela, alla valorizzazione, alla promozione della famiglia: così, solo per fare alcuni esempi, lo statuto delle Marche «riconosce il valore storico, sociale ed economico della famiglia e concorre a garantire l'esercizio più ampio dei diritti e dei doveri familiari, anche promuovendo le responsabilità genitoriali. A tal fine adotta le più opportune politiche di sostegno alle giovani coppie e alle famiglie socialmente svantaggiate, con particolare riguardo a quelle

numerose, a quelle monoparentali e a quelle con componenti disabili o invalidi». Lo statuto del Lazio «riconosce i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio e la sostiene nell'adempimento della sua funzione sociale»; quello calabrese pone tra le proprie finalità «il sostegno della famiglia, orientando a tal fine le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi». Ancora, l'Emilia-Romagna prevede il riconoscimento e la valorizzazione della «funzione delle formazioni sociali attraverso le quali si esprime e si sviluppa la dignità della persona e, in questo quadro, lo specifico ruolo sociale della famiglia, promuovendo le condizioni per il suo efficace svolgimento». Quanto previsioni come queste siano in grado di aggiungere qualcosa alla tutela sancita dalle disposizioni costituzionali, e quanto possano effettivamente condizionare le scelte e le politiche dei legislatori regionali (o siano invece mere enunciazioni di principio) non è possibile dire in questa sede: e tuttavia deve registrarsi come il tema della famiglia, istituzione considerata da alcuni come destinata all'estinzione, sia ancora particolarmente sentito (almeno a parole) nella realtà italiana.

Accanto a siffatte previsioni, alcuni statuti contengono una disposizione riguardante forme di convivenza diverse dalla famiglia.

In particolare, lo statuto della Toscana indica, tra le finalità prioritarie per le politiche regionali, dopo «la tutela e la valorizzazione della famiglia fondata sul matrimonio», «*il riconoscimento delle altre forme di convivenza*». Analogamente, lo statuto dell'Umbria prevede che «la Regione riconosce i diritti della famiglia e adotta ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida. Tutela altresì forme di convivenza». Lo statuto della Campania, per il quale peraltro si è avuta soltanto la prima lettura, pone tra gli propri obiettivi della Regione «il riconoscimento e il sostegno alla famiglia e alle unioni familiari, orientando a tal fine le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi».

Le previsioni contenute negli statuti della Toscana e dell'Emilia-Romagna hanno dato luogo sia ad accesi dibattiti (specie in ambito cattolico, con l'intervento diretto delle gerarchie ecclesiastiche [74]), come anche a ricorsi da parte del Governo nazionale. Quest'ultimo ha dapprima censurato la disposizione dello statuto toscano in quanto essa, secondo il ricorso, «esula dalle competenze regionali e segnatamente dalla fonte statutaria. In particolare, il riconoscimento è suscettibile di equiparare giuridicamente le altre forme di convivenza alla famiglia fondata sul matrimonio, (…) operando un'invasione della competenza esclusiva statale in materia di «ordinamento civile», ai sen-

[74] Echi di tale dibattito possono leggersi in E. Rossi, *Le Chiese e gli statuti regionali*, in *Annale de Il Regno. Chiesa in Italia*, Bologna, 2004, p. 197 ss.

si dell'art. 117, secondo comma, lett. *l*) della Costituzione. Inoltre, l'art. 29 Cost. stabilendo inequivocabilmente che «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», esclude, di conseguenza, il riconoscimento giuridico di forme di convivenza ulteriori e diverse che, seppur ricompresse tra le finalità che la Regione intende perseguire, attengono comunque ad ambiti e materie sottratte alla competenza legislativa regionale. Risulta altresì violato l'art. 2 Cost., che prevede il riconoscimento da parte della Repubblica solamente dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, e non il riconoscimento di generiche ed ampie forme di convivenza. Si evidenzia, infine, che tale riconoscimento, non essendo ricompreso nei rapporti etico-sociali della Carta costituzionale, risulta in contrasto con l'art. 123 Cost., il quale prevede che lo Statuto debba essere predisposto in armonia con la Costituzione stessa».

La formulazione dello statuto umbro (che, lo si ricorda, prevede che la Regione «tutela altresì forme di convivenza»), risultava invece, a giudizio del Governo «non in armonia con la Costituzione» essendo una formula «di ambigua genericità ed indiscriminata estensione, in relazione alla quale non è dato neppure comprendere quali siano i contenuti e gli effetti del "riconoscimento" e se l'oggetto di questo vada o meno oltre la convivenza *more uxorio*, come rapporto di fatto tra uomo e donna, al quale soltanto, e ad assai limitati effetti, già sono ricollegate dall'ordinamento generale alcune conseguenze giuridiche». Secondo il Governo nazionale, «un siffatto riconoscimento in termini generali, ancorché generici, potrebbe infatti costituire la base statutaria di interventi normativi regionali per una disciplina specifica», che risulterebbe in contrasto con i parametri costituzionali sopra richiamati nel ricorso contro lo statuto toscano. In più si aggiunge che «la forma plurale ed indeterminata usata nella proposizione statutaria, che sembra voler considerare anche forme di convivenza ulteriori rispetto a quella *more uxorio*, ed il carattere generale ed indiscriminato dell'enunciato (…), lasciano fondatamente supporre che la ripetuta disposizione postuli un'incongrua ed inammissibile dilatazione dell'area delimitata dai valori fondanti dell'art. 2 Cost. e debba pertanto considerarsi incompatibile con la Carta fondamentale», anche in considerazione del fatto che detta disposizione, essendo ricompresa nell'area dei principi programmatori, «non esprime da un lato, alcun interesse proprio della comunità regionale, non contiene, dall'altro, alcun concreto contenuto programmatorio che non sia quello di una vaga dimensione libertaria».

Dal tono di tali ricorsi emerge un dubbio di fondo in ordine ai profili di incostituzionalità rilevati dal Governo: non è del tutto chiaro, in sostanza, se la previsione, e la connessa tutela, di forme di convivenza diverse ed ulteriori rispetto alla famiglia venga censurata in quanto contraria ai principi costituzionali e segnatamente all'art. 29, ovvero se il parametro sia costituito dalla

supposta violazione delle disposizioni attributive di competenza alle regioni, e segnatamente di quelle che definiscono l'ambito di azione riservato alla fonte statutaria. Il dubbio è, come è evidente, foriero di conseguenze rilevanti: nel primo caso, infatti, una disciplina giuridica sarebbe vietata anche al legislatore statale; nel secondo, essa sarebbe preclusa soltanto alla Regione, o forse addirittura al solo legislatore statutario regionale, mentre sarebbe costituzionalmente ammissibile se proveniente dal legislatore nazionale ovvero da quello (non statutario) regionale. Peraltro va ricordato che in base alla giurisprudenza costituzionale consolidata, il primo dubbio dovrebbe essere facilmente risolvibile, se è vero che, come affermato dalla Corte costituzionale, la tutela costituzionale riservata alla famiglia non esclude la possibilità di prevedere forme di tutela anche per le convivenze *more uxorio* quali formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost., dal momento che «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare, anche a sommaria indagine, costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche» (sentenze n. 237 del 1986 e n. 281 del 1994 [75]). Più in particolare, nella sentenza n. 8 del 1996 [76] la Consulta ha affermato che «la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, come tale, non esclude affatto la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altra che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza» di cui all'art. 3 Cost.

Se dunque sul piano del diritto costituzionale vivente il primo dubbio dovrebbe considerarsi superato, non sembra neppure che la genericità delle disposizioni adottate nei due statuti siano da intendersi come finalizzate a modificare le norme sull'«ordinamento civile»: piuttosto, esse potrebbero essere considerate come volte a indirizzare le politiche regionali secondo una linea di tendenza che spetta proprio allo statuto indicare.

Peraltro va segnalato che un siffatto dibattito giuridico-costituzionale si svolge in una fase storica nella quale, anche in forza di spinte provenienti dall'ordinamento comunitario, particolarmente acceso è il dibattito sull'opportunità di prevedere, in ambito nazionale, una qualche disciplina legislativa in favore delle forme di convivenza diverse dal matrimonio. Deve infatti segnalarsi che nel corso della legislatura in corso sono state numerose le proposte di legge presentate al Parlamento italiano e tendenti ad introdurre una disciplina delle convivenze diverse dalla famiglia: tali proposte, tutte di iniziativa

---

[75] Corte cost. 18 novembre 1986, n. 237, in *Giur. cost.*, 1986, p. 2056 ss.; 6 luglio 1994, n. 281, *id.*, 1994, p. 2484 ss.

[76] Corte cost. 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, p. 81 ss.

parlamentare (ad eccezione di una di iniziativa regionale), sono state presentate da parlamentari dei diversi schieramenti politici (da Rifondazione comunista a Forza Italia e Alleanza nazionale).

Alcune di tali proposte sembrano rifarsi alla normativa francese del PACS, riprendendo anche nel titolo la medesima formulazione; altre proposte intendono invece disciplinare la «*convivenza familiare*», definita come «il rapporto tra due persone, legate da comunione di vita materiale e spirituale, che coabitano stabilmente». Altre ancora si riferiscono genericamente alle forme di «*unione civile*», intendendo con tale formulazione o un non meglio definito «contratto» tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso ovvero l'accordo tra «due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, che intendano legarsi o siano legate da comunione di vita materiale e spirituale».

In particolare merita di essere segnalata un'iniziativa di legge *nazionale* approvata dal Consiglio regionale della Toscana e presentata al Parlamento ai sensi dell'art. 121 della Costituzione: tale proposta, dal titolo *Disciplina delle unioni di fatto*, risponde all'esigenza, come si legge nella Relazione di accompagnamento, «di riconoscere e formalizzare modalità di convivenza tra persone non unite dal matrimonio come risposta ad una domanda ormai presente e diffusa, al fine di consentire ai cittadini una scelta più libera nell'organizzazione della propria vita attraverso una forma riconosciuta dallo Stato», così da «porre tutti i cittadini stabilmente conviventi nella condizione di essere liberi di scegliere quale assetto conferire ai loro rapporti, secondo il principio di uguaglianza giuridica e di pari dignità stabilito dalla Costituzione». La linea di continuità tra tale iniziativa e la previsione dello statuto indica l'importanza che la maggioranza politica della Regione Toscana evidentemente annette alla disciplina giuridica di siffatte situazioni.

Anche su tali profili, come su quelli relativi al diritto di voto agli stranieri, la Corte costituzionale si è pronunciata: ma, come subito si dirà, tali pronunce lasciano del tutto aperta e impregiudicata la soluzione del problema.

7. La «soluzione» offerta dalla Corte costituzionale

A fronte delle questioni poste dal Governo alla Corte costituzionale nei ricorsi indicati, le regioni interessate si erano difese davanti alla Consulta offrendo una lettura delle disposizioni tendente ad escludere che con esse si volessero rivendicare nuove competenze: piuttosto, dette previsioni avrebbero dovuto qualificarsi come norme meramente «programmatiche», sicché le censure governative avrebbero dovuto dichiararsi infondate e comunque inammissibili «nella parte in cui prospetta(va)no la lesione di competenze

legislative dello Stato che le norme impugnate, per la loro natura e per i loro contenuti, non potrebbero vulnerare» (così, puntualmente, la memoria della Regione Toscana).

La Corte costituzionale, nelle richiamate sentenze nn. 372, 378 e 379 del 2004, in certa misura riprende e sviluppa tale valutazione, ricordando come anche negli statuti regionali entrati in vigore nel 1971 fossero contenute «indicazioni di obiettivi prioritari dell'attività regionale» e che ad esse la stessa Corte avesse riconosciuto «la funzione di legittimare la Regione come ente esponenziale della collettività regionale e del complesso dei relativi interessi ed aspettative», da perseguire «non soltanto attraverso l'esercizio della competenza legislativa ed amministrativa, ma anche avvalendosi dei vari poteri, conferiti alla Regione stessa dalla Costituzione e da leggi statali». Se dunque il ruolo che deve essere riconosciuto alle Regioni, quali soggetti cui spetta la rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività, legittima, «accanto ai contenuti necessari degli statuti regionali, altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo», tuttavia deve essere precisata la «misura dell'efficacia giuridica» di tali proclamazioni: ed al riguardo la Corte afferma che «alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto». Pertanto, le suddette previsioni non possono essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, avendo «carattere non prescrittivo e non vincolante», e svolgendo «una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa». Alla luce di tale ricostruzione, conclude la Corte, le enunciazioni contenute nell'art. 4 «non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali», ed il relativo ricorso deve pertanto essere dichiarato inammissibile.

Tale soluzione, che – come è evidente – «butta la palla in angolo» e non entra nel merito dei rilievi formulati dal Governo, è stata oggetto di serrate critiche da parte di chi ha censurato il risultato di devitalizzare la forza normativa di siffatte disposizioni [77], riducendone la funzione ad un ruolo ancora

[77] A. RUGGERI, *La Corte, la «denormativizzazione» degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 2005, p. 41 ss. Analogamente M. PEDETTA, *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle «forme di convivenza» mettendoli nel limbo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005, ha parlato di «ectoplasmi di norme», conseguenti alla volontà della Corte di collocare le enunciazioni delle

inferiore a quello proprio dei Preamboli [78]. In realtà occorre rilevare che la bontà delle conclusioni cui giunge la Corte potrà essere valutata soltanto alla luce della prassi applicativa, ed in particolare delle future determinazioni degli attori regionali (legislatore e amministrazione): come ha affermato autorevole dottrina, «non si può escludere che, andando di contrario avviso rispetto alla Corte costituzionale, attori giuridici ed anzitutto organi giudiziari siano indotti a trattare quelle statuizione alla stregua di disposizioni normative, ovvero di disposizioni dalle quali è consentito trarre norme giuridiche» [79]. Se infatti, stando alle motivazioni della sentenza costituzionale, si dovrebbe escludere che le disposizioni in commento possano essere considerate quali parametri per la valutazione della legittimità costituzionale delle leggi regionali [80], ovvero quale vincolo alla discrezionalità dell'amministrazione, tuttavia il loro inserimento nello statuto, oltre «a segnare una linea di sviluppo delle politiche pubbliche regionali» [81] fa di loro, come è stato suggestivamente detto, «una sorta di elementi del paesaggio culturale o istituzionale della Regione: se si vuole elementi di arredo, privi di valore normativo, ma tuttavia significativi» [82]. E pertanto, come si è detto, la partita resta, ad avviso di chi scrive, del tutto aperta: occorrerà valutare infatti, alla prima occasione in cui una legge regionale intenda dare applicazione a siffatte previsioni, quale sarà la reazione del Governo ed, eventualmente, della Corte costituzionale. Solo allora potremmo cominciare a capire cosa può effettivamente significa-

---

disposizioni statutarie in una sorta di «limbo» giuridico. Anche secondo F. PIZZETTI, *Il gioco non valeva la candela: il prezzo pagato è troppo alto*, in *Regioni*, 2005, p. 37 ss., in questo caso il prezzo pagato dalla Corte (per affermare la forza limitata dello statuto in relazione alle fonti costituzionali) è stato troppo alto, pregiudicando la «forza» propria di ogni atto normativo, il significato e il valore dell'atto di promulgazione e lo stesso rapporto tra cittadino e comando insito nell'atto di promulgazione.

[78] T. GROPPI, *I nuovi statuti delle Regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379 del 2004 della Corte costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2004, che argomenta tale conclusione sulla base dell'affermazione contenuta nelle motivazioni delle tre pronunce in cui si legge che alle disposizioni in esame non possa essere riconosciuta neppure «una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti».

[79] S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme e valore meramente culturale e politico*, in *Le Regioni*, 2005, p. 12. Analogamente M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, *id.*, p. 21 ss., ritiene che il punto della giuridicità delle disposizioni di principio resta, dopo la sentenza della Corte, seriamente aperto.

[80] In tal senso R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 2005, p. 19 per il quale qualora ciò avvenisse la Regione avrebbe «un argomento per difendersi in giudizio, sostenendo appunto che gli enunciati programmatici degli Statuti non sono capaci di produrre alcun effetto normativo».

[81] P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali*, cit., p. 29.

[82] G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, in *Le Regioni*, 2005, p. 33.

re riconoscere dei principi o dei diritti «politicamente» in un atto legislativo e non «giuridicamente».

Residua infine un dubbio di fondo, acutamente avanzato da Falcon [83]: come si sarebbe comportata la Corte se le enunciazioni statutarie avessero riguardato contenuti palesemente ed irrimediabilmente in contrasto con la Costituzione (se avessero previsto, per usare l'esempio proposto dallo stesso A., «che la Regione opererà per lo smantellamento dello Stato sociale, o per l'uscita dell'Italia dall'Unione europea o addirittura per ripristinare una società di tipo patriarcale»)? È pensabile ritenere che la Corte avrebbe ritenuto inammissibili i ricorsi, lasciando così in vita le disposizioni statutarie, argomentando sull'assenza della loro efficacia giuridica?

8. Gli strumenti per la garanzia dei diritti

Per completare l'analisi, occorre a questo punto rivolgere seppur brevemente l'attenzione agli strumenti ed agli istituti giuridici che le regioni hanno individuato per offrire una qualche forma di garanzia ai diritti e di rispetto dei principi posti nei rispettivi statuti, tenendo conto dell'impossibilità per le regioni di prevedere norme penali (dato che anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione resta allo Stato la competenza a disciplinare l'«ordinamento penale») ed anche nella sostanziale impossibilità di prevedere forme di garanzia giurisdizionale alla principale categoria dei diritti previsti negli statuti, ovvero i diritti sociali [84]. Anche in questo caso non mancano elementi di innovatività, accanto peraltro ad istituti che già sono stati sperimentati nel corso dell'esperienza regionale ed in generale ordinamentale italiana.

---

[83] G. FALCON, *Alcune questioni*, cit., p. 34. Sulle pronunce della Corte v. anche A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; A. CARDONE, *Brevi considerazioni su alcuni profili processuali della recente giurisprudenza «statutaria» della Corte costituzionale*, *ivi*; A. ANZON, *L'«inefficacia giuridica» di norme «programmatiche»*, in *Costituzionalismo.it*; G. SEVERINI, *Cosa ha detto la Corte costituzionale sullo Statuto umbro*, in *federalismi.it*; R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia delle disposizioni «programmatiche» degli Statuti ordinari*, id.

[84] In ordine a tali problemi, in generale, v. S. VUOTO, *Il riconoscimento e la tutela delle situazioni soggettive degli utenti nei servizi socio-assistenziali: spunti ricostruttivi alla luce della legge quadro n. 328 del 2000 e del nuovo Titolo V della Costituzione*, in E. ROSSI (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2004, p. 315 ss. La distanza tra il riconoscimento dei diritti sociali come diritti assoluti e l'inadeguato livello di effettività della loro tutela è stata osservata da tempo dalla dottrina: cfr. sul punto P. DE VEGA GARCIA, *Mondializzazione e diritto costituzionale. La crisi del principio democratico nel costituzionalismo attuale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 1031 ss.

Tra gli organi «nuovi» va segnalata la previsione, contenuta in quasi tutti gli statuti approvati o in corso di approvazione (con l'eccezione, al momento, delle Marche tra quelli in vigore, e Campania tra quelli approvati soltanto in prima lettura), di un organo tendente a far valere (nei termini in cui si dirà) la superiorità dello statuto rispetto alle altre fonti regionali, ed in particolare alle leggi regionali [85]. Tale organo, chiamato a seconda degli statuti Consulta (di garanzia) statutaria (in Emilia-Romagna, Liguria e Calabria); ovvero Collegio di garanzia (in Toscana), Comitato di garanzia statutaria (Lazio); Consiglio statutario (Puglia); Commissione per le garanzie statutarie (Basilicata, Piemonte, Umbria) e così via, dovrebbe essere composto da personale esperto in ambito giuridico; ad esso verrebbe attribuita, tra le altre competenze, la verifica, su richiesta proveniente da vari soggetti istituzionali, della conformità delle norme regionali alla fonte statutaria, per modo che di esse possa eventualmente operarsi un riesame. A tale funzione principale ne vengono aggiunte altre, come ad esempio il giudizio sull'ammissibilità dei referendum previsti dai rispettivi statuti, il parere su alcune tipologie di regolamenti regionali, la soluzione di eventuali conflitti di competenza tra gli organi della regione e tra gli enti locali e la regione. Tale organo, in quanto competente a rilevare la difformità di una proposta di legge regionale rispetto alla disposizioni statutarie, e nell'ipotesi in cui lo statuto preveda il riconoscimento di diritti, ha indubbiamente una funzione di garanzia dei diritti stessi [86], sebbene vada ricordato come la riserva di giurisdizione costituzionale alla Corte costituzionale e più in generale il principio di unità della giurisdizione costituzionale (sancito a partire dalla sentenza n. 6 del 1970 della Corte costituzionale) non consenta di attribuire a tali organi la competenza a dichiarare l'illegittimità delle disposizioni legislative regionali ma soltanto la possibilità di formulare un parere al Consiglio regionale [87].

---

[85] Per una rassegna v. BARBERO, *Lo «stato dell'arte» dei procedimenti di revisione degli statuti regionali: gli organi di garanzia statutaria*, in *www.federalismi.it*, 2005.

[86] Analogamente, ora, R. ROMBOLI, *Commento*, in P. CARETTI, M. CARLI e E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana*, cit., p. 293, per il quale le richiamate decisioni della Corte costituzionale (n. 372 del 2004 ss.) vanno sicuramente nel senso di un ridimensionamento del ruolo di tali organi: e tuttavia per le considerazioni sopra fatte in relazione alla «forza» di dette sentenze molto dipenderà dall'atteggiamento che verranno concretamente ad assumere detti organi nella loro «giurisprudenza».

[87] T. GROPPI, *Regioni ed enti locali. Organo regionale di garanzia statutaria*, in T. GROPPI, E. ROSSI e R. TARCHI, *Idee e proposte*, cit., p. 57 ss. Da ricordare come la sentenza n. 378 del 2004, cit., abbia risolto una questione di costituzionalità relativa alla previsione di un organo siffatto da parte dello statuto della regione Umbria: la Corte per il momento ha respinto l'eccezione di incostituzionalità, ma al contempo ha affermato che l'organo può formulare esclusi-

Sempre in relazione agli organi di garanzia, va segnalata la previsione, contenuta senza eccezioni in tutti gli statuti regionali, dell'istituto del difensore civico, al quale è demandata «la tutela non giurisdizionale nei casi di cattiva amministrazione» (statuto della Toscana) ma anche «la tutela del singolo cittadino e di interessi collettivi particolarmente rilevanti» (statuto Liguria) e «la tutela dei diritti e degli interessi di persone ed enti nei confronti di soggetti, individuati dalla legge, che esercitano una funzione pubblica o di interesse pubblico per garantire l'imparzialità, il buon andamento e la trasparenza nell'azione amministrativa» (statuto Puglia). Circa tale istituto, che come noto è già previsto a livello provinciale e comunale (oltre che regionale), si è molto discusso in questi anni in relazione alla reale efficacia della sua azione, potendo ad esso attribuirsi poteri di tipo esclusivamente sollecitatorio nei confronti dell'amministrazione ovvero, come affermato dalla Corte costituzionale, «funzioni connesse alla tutela della legalità e della regolarità dell'amministrazione»: tant'è vero che alcune disposizioni regionali tendenti ad attribuire a tale organo anche un potere sostitutivo nei confronti degli enti locali sono state censurate dalla Corte costituzionale in quanto, secondo la Consulta, l'attribuzione di poteri sostitutivi da parte di una legge regionale deve «salvaguardare, pur nella sostituzione, il valore costituzionale dell'autonomia degli enti locali. Tra questi principi, (…) quello secondo il quale l'esercizio del potere sostitutivo deve essere affidato a un organo di governo della Regione o deve comunque svolgersi sulla base di una decisione di questo, stante l'attitudine dell'intervento a incidere sull'autonomia costituzionale dell'ente sostituito» [88]: principio che preclude quindi la possibilità di attribuire poteri sostitutivi al difensore civico regionale, il quale è titolare di funzioni assimilabili a quelle di controllo [89].

Le previsioni statutarie relative al ruolo attribuito alla difesa civica sembrano essere mosse, come si è visto, dall'esigenza di individuare forme di garanzia dei diritti (o delle situazioni giuridiche soggettive in generale) alternative rispetto agli strumenti giuridici tradizionali. In tale direzione, la Risoluzione approvata dal Congresso delle Regioni in data 5 giugno 2002 aveva auspicato l'attribuzione al difensore civico «di più ampie prerogative in materia di accertamento e valutazione degli atti e dei comportamenti dell'amministrazione», anche con specifico riguardo a funzioni di «mediazione e di con-

---

vamente pareri, senza che sia possibile prevedere obblighi di riesame o di maggioranze qualificate nella fase di riapprovazione.

[88] Corte cost. 15 giugno 2004, n. 173, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1787 ss.

[89] Per una recente ricostruzione del ruolo del difensore civico v. M. Mariani, A. Di Bernardo e A. L. Doria (a cura di), *Il Difensore civico*, Torino, 2004.

ciliazione», potenzialmente in grado di diminuire il ricorso a controversie di tipo giurisdizionale.

Alla luce di tale prospettiva, si è sottolineato come lo svolgimento di tale attività di mediazione «potrebbe sfociare in una soluzione consensuale, verbalizzata dal difensore civico e immediatamente esecutiva», così attribuendo piena dignità ad un compito che il difensore civico regionale svolge oggettivamente da lungo tempo, creando la possibilità di arricchirlo con le modalità del contraddittorio, ed enfatizzando con ciò il significato della «tutela non giurisdizionale» assicurata ai diritti e agli interessi» [90].

Sulla base dell'esperienza della difesa civica da un lato, e di autorità di garanzia previste dalla legislazione nazionale, alcuni statuti prevedono poi l'istituzione di specifiche autorità di garanzia anche a livello regionale: così ad esempio lo statuto della Puglia, che attribuisce ad esse «poteri di accesso agli atti normativi e amministrativi e funzioni di tutela e salvaguardia, nell'interesse della più compiuta fruizione dei diritti garantiti», individuandole, oltre che nel difensore civico, nel «Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, che interviene nella tutela dei diritti dei cittadini pugliesi stabilitisi all'estero» e nel «Comitato per l'informazione e la comunicazione, che interviene a tutela della conoscenza e trasparenza dell'azione legislativa e amministrativa». Una generica previsione che attribuisce alla legge regionale la possibilità di istituire organismi indipendenti è contenuta anche negli statuti della Liguria e delle Marche. Altri statuti scelgono la strada di uffici di garanzia «tematici»: così ad esempio due regioni prevedono l'istituzione di un «garante per l'infanzia e l'adolescenza», al fine di «garantire la piena attuazione dei diritti e degli interessi sia individuali che collettivi dei minori» (disposizione identica contenuta sia nello statuto delle Marche che in quello dell'Emilia-Romagna), sulla base dell'esperienza già in atto in una regione a statuto speciale (il Friuli-Venezia Giulia); mentre la Liguria prevede un «Comitato regionale per le Comunicazioni, autorità indipendente di garanzia, con funzioni di consulenza e di gestione nel campo delle comunicazioni».

Un'altra via per garantire, più che il controllo, il monitoraggio e lo stato di attuazione dei diritti (sebbene nella realtà effettiva questa distinzione potrebbe risultare priva di conseguenze), è quella intrapresa da quegli statuti che prevedono l'istituzione di un «Osservatorio dei diritti» cui è demandato il compito di «verificare costantemente e periodicamente l'attività e lo stato di attuazione delle iniziative relative» alle disposizioni che prevedono diritti e principi ispiratori dell'azione regionale (così lo statuto dell'Abruzzo); nella

[90] Così M. Manetti, *Commento all'art. 56*, in P. Caretti, M. Carli e E. Rossi (a cura di), *Statuto della Regione Toscana*, cit., p. 78.

medesima direzione si pone la previsione di organismi consultivi a livello tematico, aventi l'obiettivo di verificare l'attuazione di alcuni principi in ambiti determinati: così ad esempio molti statuti prevedono l'istituzione di apposite commissioni per le pari opportunità (Calabria, Toscana, Campania, Piemonte, Marche); altri vi affiancano anche una Consulta per gli immigrati (Campania) nonché una «consulta regionale femminile, organo consultivo che svolge anche delle indagini conoscitive sulla condizione della donna» (Campania).

Una previsione in certa misura originale è quella contenuta nello statuto della Toscana, per la quale «la regione assume a base della sua azione i principi e i diritti del presente titolo, dei quali verifica periodicamente lo stato di attuazione». Tale soluzione non va dunque nella direzione di istituire un apposito organismo cui attribuire il controllo e la verifica dell'attuazione dei principi e dei diritti, bensì di individuare una modalità operativa, consistente appunto nella verifica periodica. Detta verifica dovrebbe essere svolta all'interno del Consiglio regionale come sede principale, ma anche all'interno delle commissioni consiliari: al riguardo, va segnalato come in sede di lavori consiliari per l'approvazione dello statuto, il Presidente della Commissione statuto giustificò l'aumento del numero dei consiglieri regionali proprio con l'esigenza di rendere possibili commissioni consiliari rappresentative, quale «condizione necessaria per l'effettivo esercizio di maggiori compiti affidati allo Statuto alle commissioni, che dovranno verificare gli effetti prodotti dalle politiche regionali e *l'applicazione dei diritti e dei principi sanciti dal Titolo Primo*» (corsivo aggiunto). Non è peraltro agevole, almeno in questa fase, capire come siffatta verifica potrà realizzarsi: dovrebbe escludersi al riguardo che essa possa svolgersi «caso per caso», vale a dire in relazione ad ogni proposta di legge o ad ogni provvedimento amministrativo di cui il Consiglio sia in qualche modo investito, ma che al contrario sia necessario dedicare ad essa uno spazio temporale specificamente dedicato, quasi una sorta di «sessione» periodica. E neppure è possibile immaginare quali potranno essere i risultati e le conseguenze di siffatta verifica [91]: aspetti che soltanto l'esperienza applicativa potrà indicare.

Con riguardo, in generale, all'esame condotto nel presente paragrafo in relazione alle modalità individuate negli statuti per la garanzia dei principi e dei diritti in essi contenuti, e nei limiti in cui è possibile fare un ragionamento complessivo per tutte le categorie di diritti sopra ricordate, emergono alcune inevitabili perplessità, soprattutto in ordine ai poteri effettiva-

[91] Su tali aspetti sia consentito rinviare a E. Rossi e G. Martinico, *Commento agli artt. 4 e 5*, cit.

mente riconoscibili ai diversi organi o alle differenti procedure previste, e quindi alla concreta efficacia delle loro azioni. Il rischio, già segnalato ma che trova motivi di rafforzamento alla luce della presente rassegna, è che molti dei diritti che lo statuto formalmente «riconosce» restino un mero *flatus vocis*, in quanto privi di conseguenze effettive (e non soltanto sul piano della azionabilità): così da farne un «manifesto» privo di effettiva consistenza giuridica.

9. Conclusioni

A conclusione di questa rassegna, può dirsi come l'esame degli statuti regionali sul punto offra indubbiamente un ottimo punto di osservazione, più che sul piano normativo, su quello *culturale*, al fine di comprendere alcuni tratti dell'evoluzione sociale del nostro Paese, e delle sensibilità presenti in ordine alla tutela dei diritti della persona. Sebbene, come detto, non sia semplice e neppure univoca la valutazione in ordine a quali diritti sia possibile parlare di «novità» o non novità, tuttavia anche soltanto la diversa formulazione di taluni diritti, ovvero la specificazione di contenuti che sono (o possono essere) ricompresi in diritti costituzionalmente garantiti, come anche il silenzio su altri, è significativo della sensibilità e delle esigenze che si intendono garantire. La strada scelta sin qui dei legislatori statutari regionali non consente invece, se non in minima parte, di ricostruire profili «identitari» della singole regione relativamente alle altre: ma forse anche questo è il segno che – nella realtà delle cose – le regioni non differiscono l'una dall'altra per elementi di questa natura, e che pertanto la mancata previsione statutaria altro non è che la conseguenze di una situazione di fatto. Del resto occorre ricordare che in Italia le regioni hanno una storia assai breve, essendo state previste e «costituite» soltanto dalla Costituzione del 1948, mentre la storia ordinamentale precedente vedeva piuttosto nei Comuni l'ente di riferimento per i cittadini e di contrapposizione al potere statale.

Una seconda considerazione è legata al problema già segnalato in ordine all'effettività dei diritti previsti nei diversi statuti ed alla compatibilità di un diverso regime di garanzia della persona nei differenti ordinamenti regionali. Quanto al primo aspetto si è già detto, nel corso dell'esposizione, quanto sia forte il rischio di fare degli statuti dei «manifesti» senza reale forza giuridica: a conferma di questo stanno le formulazioni utilizzate, che opportunamente evitano di utilizzare le formule tipiche del *riconoscimento* dei diritti, e preferiscono fare uso di espressioni che pongono la garanzia dei diritti quale obiet-

tivo dell'azione regionale [92], ovvero quale oggetto delle proprie finalità [93], in alcuni casi neppure distinguendo in modo netto tra principi e politiche [94]. Il senso complessivo di tali espressioni deve leggersi quale volontà di incentrare il riferimento ad un impegno «politico» per la regione, quasi una sorta di indicazione programmatica che deve essere perseguita al di là ed oltre le maggioranze politiche contingenti: ciò suscita peraltro alcune perplessità, in relazione alla idoneità dello statuto a definire le priorità dell'azione di governo. Viene da chiedersi infatti se queste ultime non debbano essere invece riservate alla dinamica politico-legislativa, lasciando allo statuto il compito di definire una cornice più generale di principi e valori che fungano insieme da obiettivi complessivi e da limiti all'azione di governo.

L'altro aspetto è connesso ai rischi di una differenziazione nella tutela dei diritti tra regione e regione, che coinvolge la problematica indicata in premessa. Va detto al riguardo che si tratta di una preoccupazione di indubbio pregio, specie con riguardo ad alcuni diritti: il ricordato parere del Consiglio di Stato sul «caso Forlì», ad esempio, ha motivato l'esclusione della possibilità per gli statuti comunali di prevedere una differenziazione nell'ambito dell'elettorato attivo proprio ritenendo di doversi escludere «che i diritti politici (…) possano avere un contenuto differenziato nell'ambito della Repubblica e che possano perciò (…) espandersi o comprimersi via via che ci si trasferisce nel territorio». E sebbene l'ambito dei diritti politici abbia in tal senso una specificità non del tutto assimilabile agli altri diritti, tuttavia non vi è dubbio che l'esigenza di garantire il principio d'eguaglianza ponga problemi rilevanti anche in relazione ai diritti civili e sociali.

A tal riguardo va tuttavia rilevato come non manchino, nell'ordinamento, principi e strumenti a garanzia dell'unitarietà del trattamento giuridico tra tutti i cittadini dello Stato: tra questi, in primo luogo, la già ricordata previsione costituzionale in ordine alla competenza statale ad assicurare i «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*», previsione cui si ricollega la tutela di cui all'art. 120 Cost., in forza della quale è riconosciuto un potere sostitutivo del Governo nei confronti di organi delle Regioni, delle Città metropolitane,

---

[92] Così ad esempio lo statuto calabrese, per il quale «la regione ispira in particolare la sua azione al raggiungimento dei seguenti obiettivi», o quello laziale, in forza del quale «la regione promuove ogni iniziativa per favorire …».

[93] Così, sempre ad esempio lo statuto toscano, per il quale «la Regione persegue, tra le finalità prioritarie»; lo statuto pugliese, a mente del quale la Regione «persegue il benessere e la sicurezza» dei suoi abitanti.

[94] E. VIVALDI, *Le politiche sociali nei nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, in *Studi Zancan*, 2005, fasc. 2, p. 45, che cita al riguardo gli statuti della Calabria, della Liguria e dell'Umbria.

delle Province e dei Comuni «*quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali*».

Ciò tende a salvaguardare il livello di unitarietà, ovvero di omogeneità, che si intende garantire a livello nazionale: mentre per quanto riguarda ciò che sta «oltre» tale livello, credo che si debba ragionare in termini di uguaglianza «a cerchi concentrici» [95], o forse meglio ancora a vari gradi di insiemi, per cui ad ogni livello si deve rispondere all'esigenza di garantire parità di trattamento tra gli appartenenti ad esso, mentre al livello superiore occorre garantire pari condizioni tra gli appartenenti ai diversi sottoinsiemi. In una prospettiva (più o meno) «federalista» (sia all'interno dello Stato che all'esterno, cioè in ambito comunitario), credo che occorra ragionare in questi termini, pretendendo che ogni livello di governo garantisca il grado di unitarietà che determina, e lasciando agli altri livelli la possibilità di stabilire il proprio in un sistema di compatibilità.

Un'altra considerazione che la vicenda descritta in queste pagine fa sorgere riguarda i presupposti in forza dei quali un diritto può dirsi giuridicamente (e perciò effettivamente) sussistente. Un recente pregevole lavoro sostiene al riguardo che «nella prospettiva della c.d. globalizzazione, si può ragionevolmente sostenere che un *diritto* sicuramente esiste se sono chiari: a) il soggetto (anche collettivo) che ne beneficia e che quindi può «azionare» la relativa tutela connessa alla situazione giuridica attiva; b) il soggetto (anche collettivo) che ne ha il corrispettivo dovere; c) la natura del dovere stesso; d) le sanzioni da applicare nell'ipotesi di violazione dei doveri e gli organi chiamati ad accertare la violazione ed applicare giuridicamente le sanzioni; f) i mezzi finanziari, per far fronte al diritto stesso» [96]. Se effettivamente così fosse, si dovrebbe dedurre che quelli previsti dagli statuti regionali non sono *diritti*, perché privi di almeno alcuni (se non tutti) dei requisiti sopra descritti. E tuttavia se davvero si dovesse seguire quella linea di ragionamento si dovrebbe concludere che di diritti veri e propri, anche al di fuori delle fonti statutarie regionali, ne esistono ben pochi: giacché tali non dovrebbero essere considerati non solo i diritti previsti da molti documenti internazionali, ma anche alcuni diritti costituzionali, almeno per come essi sono formulati

---

[95] E. Rossi, *L'effettività del principio di eguaglianza negli ordinamenti multilevel: i sistemi tedesco, spagnolo e italiano a confronto*, in G. Berti e G.C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2004, p. 151 ss.

[96] Così A. Spadaro, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali»*, Soveria Mannelli, 2005, p. 100.

(si pensi, per fare un esempio, al diritto al lavoro sancito dall'art. 4 Cost.). Ed allora credo che si debba giungere ad una diversa conclusione: che cioè la categoria «diritti» non può essere considerata unitariamente, e che la previsione di un diritto non significa attribuire allo stesso uno «statuto» in tutto e per tutto uguale agli altri [97]. Piuttosto, occorre ritenere che esistono diritti (e previsioni normative di diritti) attinenti a sfere diverse e dalle quali possono derivare pretese ed obblighi differenziati, senza che questo significhi inutilità della previsione di diritti che in tutto o in parte difettino dei requisiti sopra indicati: comunque essi potranno esercitare un'influenza (o sul piano delle politiche pubbliche ovvero su quello dell'interpretazione, ad esempio; per non dire della possibile valenza «culturale»).

Per concludere, occorre anche segnalare che mentre si scrivono queste note, è in corso in Italia un processo che potrebbe portare a riformare sensibilmente la Costituzione vigente, anche con riguardo all'assetto regionalista [98]. Tra le misure che interessano in questa sede occorre ricordare le spinte contrapposte che sembrano giungere, da un lato, dalla previsione di un certo allargamento delle competenze legislative regionali: in base alla formulazione approvata dal Parlamento, gli elenchi attualmente contenuti nella disposizione costituzionale verrebbero modificati mediante il passaggio di alcune materie dall'ambito della competenza concorrente a quello di competenza esclusiva statale (energia, reti di trasporto e navigazione di interesse nazionale, tutela del credito, tutela della salute); con una riduzione quindi e non con un aumento per le competenze regionali. D'altro canto, all'attuale previsione contenuta nell'art. 117 Cost., in base alla quale «spetta alle regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato», ne verrebbe sostituita una in forza della quale «*spetta alle regioni la potestà legislativa esclusiva in materia di assistenza e organizzazione sanitaria, organizzazione scolastica e gestione degli istituti scolastici e di formazione, compresa la definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione, polizia amministrativa regionale e*

---

[97] Così anche A. PIZZORUSSO, *Le «generazioni» dei diritti*, in S. PANIZZA e R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, II ed., Pisa, 2004, p. 337, il quale, ragionando sulla categoria dei diritti di c.d. terza generazione, ritiene che essi non siano univocamente assimilabili né alla categoria dei diritti «individuali», tesi a difendere l'individuo dalle interferenze dei pubblici poteri, né a quella dei diritti sociali, caratterizzati dall'insorgere di pretese ad ottenere prestazioni da parte dei pubblici poteri, potendosi avvicinare talora ai primi e talaltra ai secondi.

[98] Si fa ovviamente riferimento alla riforma di numerose disposizioni della Parte II della Costituzione, approvate dal Parlamento in via definitiva (cioè con doppia approvazione ad opera di entrambe le Camere), e sulla quale si svolgerà il referendum ai sensi dell'art. 138 Cost.

locale», nonché «*ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato*».

D'altro canto, con effetto paradossalmente controproducente nei confronti dell'autonomia delle Regioni, verrebbe eliminata la previsione, contenuta nell'attuale art. 116, terzo comma, che consente alle Regioni che lo richiedono di ottenere competenza legislativa in materie ulteriori rispetto a quelle che già hanno in via ordinaria, tra le quali «le norme generali sull'istruzione» e la tutela della salute: in sostanza la stagione della possibile «asimmetria» tra le regioni, introdotta con la riforma del 2001 anche sulla base di suggestioni spagnole e sino ad ora rimasta inattuata, verrebbe eliminata senza possibilità di essere sperimentata.

Un po' in controtendenza rispetto a questo (forse apparente, per quanto si è detto) allargamento di competenze regionali, e comunque a garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento sta poi la reintroduzione del limite dell'«interesse nazionale» per la legislazione regionale: in sostanza, quando il Governo ritenga che una legge regionale pregiudichi l'interesse nazionale della Repubblica deve inviare entro quindici giorni la legge al Consiglio regionale, perché rimuova la causa del pregiudizio. Se la regione non provvede, il Governo sottopone la questione al Parlamento in seduta comune che la può annullare. Anche su questo non è forse inutile ricordare che un istituto simile era già contenuto nella Costituzione del 1947, e che non ha mai avuto alcuna applicazione: proprio per tale motivo la riforma del 2001 l'aveva eliminato, ed ora viene reintrodotto senza la prospettiva reale che esso possa essere effettivamente utilizzato. Oltretutto, questo tipo di limite non riguarda la violazione di norme (costituzionali o di altra natura), ma attiene ad un concetto del tutto indefinito e perciò rimesso alla discrezionalità del *continuum* Governo-Parlamento, quale appunto quello di «interesse nazionale» [99]. Sebbene tale ultima previsione sia riferita solo alle leggi regionali e non anche agli statuti, tuttavia è evidente che essa potrà dispiegare i propri effetti anche sulle disposizioni statutarie: se ad esempio una legge regionale, attuativa di una disposi-

[99] Analogo discorso potrebbe farsi per l'allargamento della sfera di operatività del potere sostitutivo, di cui all'art. 120 Cost. Sull'eliminazione del limite dell'interesse nazionale e sui suoi possibili effetti sulla giurisprudenza costituzionale v. A. BARBERA, *Scompare l'interesse nazionale?*, in *Forum di Quad. cost.*; C. MAINARDIS, *Il nuovo regionalismo italiano ed i poteri sostitutivi statali*, ibid. Sulla eliminazione solo formale del concetto di interesse nazionale e sulla sua sopravvivenza nel nuovo Titolo V cfr., tra gli altri, C. CALVIERI, *Stato regionale in trasformazione: il modello autonomistico italiano*, Torino, 2002, p. 122; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, p. 381 ss.; M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, p. 377 ss., che ritiene tale principio sostituito dai principi di sussidiarietà e di adeguatezza. In giurisprudenza cfr. Corte cost. nn. 303 del 2003 e 16 del 2004.

zione statutaria, fosse annullata per contrasto con l'interesse nazionale, le conseguenze si dovrebbero o potrebbero ripercuotere sulla stessa disposizione statutaria.

Questa situazione complessiva, in continua e non lineare evoluzione, non consente alle regioni di avere di fronte un quadro ordinamentale chiaro e definito in ordine al quale poter sviluppare con sufficiente certezza le proprie scelte: e ciò indubbiamente ha conseguenze anche sui limiti all'autonomia statutaria e sulle prospettive che in ordine ad essa si potranno realizzare.

Il soggetto privato di fronte alle «nuove» tecnologie: alcuni profili problematici

di *Marcella Fortino Silvestri*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Globalizzazione, tecnologia e diritti della persona. – 3. I diritti della persona nello spazio europeo. Il ruolo dei giudici. – 4. La persona tra i prodigi e le insidie di Internet. – 5. La risposta del legislatore europeo e nazionale al problema della tutela della *privacy*: il codice in materia di trattamento dei dati personali. – 6. Il consenso al trattamento dei dati personali: una fragile tutela della *privacy*. – 7. I codici di deontologia e buona condotta, fonte *a latere* della disciplina della *privacy*. Il ruolo del garante. – 8. I limiti e le lacune della disciplina sulla tutela della *privacy* in Internet. – 9. Protezione dei dati personali e tutela della dignità.

1. Il problema

Se si volesse utilizzare uno schema tipico del diritto processuale per descrivere il rapporto intercorrente tra i due termini del binomio – innovazioni tecnologiche e diritti fondamentali – si dovrebbe ricorrere alla formula «innovazioni tecnologiche *versus* diritti fondamentali», o sarebbe più opportuno prefigurare un intervento adesivo delle prime nella lotta condotta dai secondi per la loro affermazione e realizzazione?

L'interrogativo, oltre che metaforico, è chiaramente retorico, volto a mettere in luce la complessità del problema, riflesso della complessità del reale, ribelle ad essere ingabbiato in schemi definiti che presuppongono che la magmatica materia del progresso tecnologico diventi «più riposata, più chiara, più percepibile, più definibile» [1]. Obiettivo difficile da raggiungere nel settore della ricerca scientifica e tecnologica più che in ogni altro, settore in cui l'impulso a «seguire virtude e conoscenza» insito nella natura umana,

[1] Le aggettivazioni sono riferite da P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 154, alla difficoltà di sistematizzazione giuridica dei fenomeni relativi alla globalizzazione.

anch'esso libertà primaria e fondamentale, determina, in un continuo gioco di rimando, la creazione di scoperte capaci di soddisfare esigenze e bisogni che si levano dalla società, le quali, a loro volta, sollecitano il sorgere di nuove esigenze, di nuovi bisogni, stimolo per l'ulteriore ricerca.

Al giurista che «non può fingersi sordo» ai problemi di una società in continuo movimento, né «tentare di abituarsi al rumore, per subirne più la molestia»[2], spetta da sempre il compito di comprendere e razionalizzare il mondo che muta, agevolato nel suo cammino da un armamentario di categorie che, forti di una tradizione secolare, hanno la capacità di adattarsi, di rigenerarsi, di espandersi fino a determinare la nascita nuove categorie. Ma l'armamentario, pur rinnovato, non è in grado, da solo, di sciogliere le perplessità e le incertezze, che si producono in una società in «continuo divenire», non è in grado, da solo, di dare risposte alla contraddizione che esplode negli uomini, «stupiti e commossi» dinanzi ai «miracoli» compiuti dalle conquiste della scienza e della tecnica, ma, al contempo, ribelli «all'idea di asservimento», al pericolo di perdere o di subire una compressione delle loro libertà[3]. Questo, ridotto all'essenziale, il nodo ultimo dei problemi connessi al progresso scientifico e tecnologico, nodo ancora irrisolto, perché sui contrapposti interessi che lo nutrono non è ancora calata la sera della compiuta razionalizzazione[4]. La quale tuttavia esige, quale indispensabile presupposto, che di essi venga effettuata una valutazione, che su di essi maturi una scelta. Né assoluta né drastica, ma frutto di un delicato ed attento bilanciamento tra le esigenze in conflitto, alla luce dei valori forti, di quegli «elementi teleologici che rappresentano le forze vive, le direttrici di movimento del processo storico in atto»[5].

Valutazione ardua, non solo per il tumultuoso progredire della scienza e della tecnica, in relazione al quale è sorpassato oggi ciò che era nuovo ieri, ma per la necessità che essa venga operata tenendo conto di uno scenario costituito, non più dal rassicurante ma ormai angusto spazio localizzato dello Stato, ma dall'inquietante e complesso spazio globale.

---

[2] S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 89.

[3] S. PUGLIATTI, *Per un convegno di diritto cosmico*, in *Grammatica e diritto*, cit., p. 255.

[4] L'immagine del diritto che, come l'hegeliano uccello di Minerva, attende la sera per razionalizzare interessi ormai consolidati, è utilizzata da P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, cit., p. 154 e da S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2004, 3, p. 365.

[5] S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 125; S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia*, cit., p. 365.

2. Globalizzazione, tecnologia e diritti della persona

Crea sgomento rilevare come in un medesimo momento storico, da un verso, si assista all'impetuoso crescere di diritti, tale da far definire l'epoca in cui viviamo «l'età dei diritti» [6], da qualcuno qualificati «insaziabili» [7], dall'altro, si levi un accorato appello che invoca il «ritorno» del diritto e delle regole soprattutto con riferimento allo spazio globale, che sembra sottrarsi ad esse e ricercare una regolamentazione autonoma, ispirata a valori e principi estranei alla tradizione del moderno Stato di diritto [8].

Che l'integrazione globale abbia subito un'accelerazione in virtù delle innovazioni tecnologiche è osservazione comune [9], così come acquisita è la notazione che l'effetto principale del non nuovo fenomeno «globalizzazione» [10], in sé né buona né cattiva, si sia prodotto essenzialmente sul terreno economico, dominato dal sistema di produzione capitalistico [11]. La combinazione dei due fattori – si osserva – ha determinato il predominio, a livello mondiale, della logica di mercato: la carica espansiva, che da sempre ha connotato le forze economiche, ha infatti trovato nelle tecniche info-telematiche il supporto migliore e più efficace per realizzare l'aspirazione del mercato ad infrangere le barriere spaziali e le regole ad esse connesse, avvertite come limite alla attuazione delle proprie leggi. Internet e il connesso spazio virtuale realizzano quella deterritorializzazione funzionale all'espansione del primato dell'economia che, in esso, non ha bisogno di confrontarsi con leggi, principi, regole che disciplinano gli spazi geograficamente definiti, imponendo le sue leggi, frutto di una decisione, nella quale è assente qualunque

---

[6] È il titolo del libro di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

[7] A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli (a cura di), *Diritti fondamentali*, Bari, 2001, p. 179.

[8] «*Contra spem in spem credit*»: con queste parole P. Grossi chiude il suo saggio «*Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*», cit., p. 164; con gli stessi accenti: G. Rossi, *La sfida dei diritti al tempo della guerra*, in «*la Repubblica*», 16 novembre 2003; S. Rodotà, *Ciò che resta dei diritti ai tempi della globalizzazione*, in «*la Repubblica*», 28 giugno 2002; L. Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 1, p. 18 ss.; N. Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Scienza e insegnamento del diritto privato*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 92; Id., *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001, p. 82; Id., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 634.

[9] V., per tutti, J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. it., Torino, 2002, *passim*, e, in partic., p. 252 ss.

[10] La notazione è comune. G. Rossi, *La sfida*, cit., p. 1, colloca l'inizio del fenomeno alle migrazioni asiatiche.

[11] Cfr., in particolare, J.E. Stiglitz, *op. cit.*, p. 252 ss.

mediazione politica, priva dunque *in radice* di ogni carattere di democraticità [12]. Così, «mentre politica e diritto rimangono fedeli alla terra, l'economia varca i confini, si spoglia di ogni passato, converte i luoghi in mercato» invocando a sua difesa «la neutralità degli affari o l'etica dell'impresa, o consimili formule di ingannatoria dissimulazione» [13].

«Alla globalizzazione economica … non ha corrisposto, se non in sporadici e modesti tentativi, alcuna "globalizzazione giuridica"» [14]. Ed è questo il punto. Si profila in questo scenario la crisi dello Stato, l'erosione della sua sovranità [15], il mutamento genetico del diritto, le cui fonti di produzione devono oggi essere rinvenute nelle grandi multinazionali, «veri sovrani della globalizzazione» [16], che attraverso i contratti dal contenuto generalmente atipico, formulati e strutturati da tecnici raffinati, perseguono i loro scopi, tutti interamente definiti dalla logica economica che li muove [17].

Nasce «l'altro diritto», il diritto globalizzato, indifferente ai valori tradizionali dei nostri ordinamenti giuridici, al rispetto e alla tutela della persona, libero da quei vincoli che, nello spazio localmente definito dello Stato di diritto, imbrigliano anche il diritto privato dei contratti che, pur nato per regolamentare operazioni economiche, quei valori non può ignorare. «Diritto privato prodotto da privati» [18], al di fuori di qualsiasi progetto politico che, più o meno condivisibile, disegna, nello Stato di diritto moderno, i fini da raggiungere, predispone i mezzi, è soggetto ad un controllo democratico, condizione essenziale della sua legittimità. O, forse, come è stato acutamente notato, diritto frutto anch'esso di un progetto politico, alternativo ed in conflitto con quello racchiuso nelle mura dello Stato di diritto, che viene configurato

---

[12] Per una magistrale sintesi del processo, denunciato e descritto negli scritti di coloro che si occupano del fenomeno sotto diverse angolazioni, cfr. P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., p. 154 ss.

[13] N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, cit., p. 628.

[14] G. ROSSI, *La sfida*, cit., p. 1. Le ragioni del cattivo funzionamento delle tre principali istituzioni che governano la globalizzazione – l'FMI, la Banca mondiale e il WTO – sono analizzate da J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione*, cit. 9 ss.

[15] S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, *passim*, descrive la progressiva perdita di sovranità esterna ed interna dello Stato.

[16] S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., p. 15.

[17] Come ha dimostrato M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*, Bologna, 2000, *passim*. V., pur se con diverso accento, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 233; ID., *Fonti e sistema*, in *Scienza e insegnamento*, cit., p. 66 ss., il quale vede nel contratto, reso uniforme dai «Principi dei contratti commerciali internazionali» redatti da Unidroit, la vera fonte del diritto civile, che attraverso esso, nel villaggio globale, può ritrovare l'antica unità, l'originaria universalità» (p. 71).

[18] P. GROSSI, *Globalizzazione*, cit., p. 158.

come ineluttabile prodotto «delle leggi naturali dell'economia», di un mercato, in sé neutrale e a-politico [19].

Si assiste, come è stato detto, «alla vendetta del diritto privato», che riempie gli spazi lasciati vuoti dal diritto pubblico e, segnatamente, dal diritto pubblico internazionale, diritto duttile e al contempo dispotico perché statuito unilateralmente, diritto dunque che «riflette la legge del più forte» a livello delle relazioni sovra- o extra-nazionali [20]. Per questo diritto, creato da «poteri privati», gli uomini non sono *cives*, portatori di diritti fondamentali da tutelare e proteggere, ma, volta a volta, «consumatori», «distributori», «produttori», miriadi di *homines oeconomici* in miniatura, su cui si riflettono, senza una loro adeguata consapevolezza, gli effetti di un sistema globale sguarnito di garanzie. L'ordine locale, pur imperfetto e lacunoso in cui essi vivono, presidiato tuttavia da carte costituzionali e da organi di garanzia interni allo Stato attenti alla tutela della loro qualità di persona, non riesce ad impedire che gli effetti di quello che è stato definito «caos globale» [21], in cui la decisione è frutto della convenienza economica del momento, li coinvolga. La pervasività della logica economica penetra infatti nello spazio geograficamente definito attraverso quelle innovazioni tecnologiche che costituiscono, al contempo, premessa per la mondializzazione dell'economia e la efficienza delle sue leggi, e mezzo per incidere direttamente sulla persona, mettendo in forse la sua sfera privata e quella serie indefinita di diritti fondamentali, sinteticamente definiti con l'espressione «*privacy*».

Ed è questa duplicazione del soggetto – *civis* e *homo oeconomicus* – come destinatario di un diritto duplicato che forse costituisce la chiave per spiegare l'antinomia rilevata tra proliferazione dei diritti fondamentali e l'angosciosa constatazione «dell'assenza del diritto». Certo, nell'ordine internazionale sono fiorite e fioriscono Carte, Convenzioni, Dichiarazioni di diritti «che promettono pace, sicurezza, garanzia delle libertà fondamentali e dei diritti sociali degli abitanti del pianeta». «Grazie ad esse gli uomini sono incomparabilmente più uguali, sul piano giuridico, che in qualunque epoca della storia. Ma sono anche, di fatto, incomparabilmente più diseguali» [22]. L'assenza o

---

[19] N. IRTI, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli, 2005, p. 338 ss.

[20] L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo*, cit., p. 19.

[21] Z. BAUMAN, *La società individualizzata*, Bologna, 2002, p. 49 ss.; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, 2002, p. 91 ss., lo definisce «disordine globale».

[22] L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 21. Secondo i dati riportati nei rapporti annuali dell'*United Nations Development Programme*, nel 1960 al quinto più ricco della popolazione toccava il 70,2% del PIL mondiale, mentre al quinto più povero il 2,3%. Nel 1997, il rapporto era di 86: 1. Cfr. L. GALLINO, *Globalizzazione e diseguglianze*, Bari, 2000, pp. 70-71.

l'insufficienza di istituzioni e organi in grado di garantire la loro attuazione, di assicurare la giustiziabilità delle loro violazioni, rischia di trasformare tuttavia quelle «Carte» in una, tanto alta quanto sterile, proclamazione di principi. In questo scenario, «l'altro diritto», quello prodotto dai poteri privati, raggiunge l'uomo nel suo ordine locale che, quando non è assistito, sul piano formale, dalla garanzia assicurata dallo Stato di diritto, e sconta, sul piano sostanziale, povertà ed emarginazione, lascia campo libero alla legge del più forte, determinata dal profitto, indifferente al sacrificio dei diritti dei più deboli. Nell'ordine locale degli Stati di diritto occidentali, Costituzione, leggi attuative, organi di garanzia preposti al controllo di legittimità delle stesse, intessono intorno all'individuo una rete di protezione a maglie strette che, anche se non sempre efficiente, denuncia tuttavia con forza la sua eventuale lacerazione. La persona appare tutelata da una serie crescente di diritti, che appaiono però segnati dalla loro origine storica, la quale ha determinato la loro struttura, ha condizionato la riflessione giuridica su di essi, ha inciso sulla loro evoluzione. I diritti di libertà, costituzionalmente sanciti, rivendicano per i soggetti infatti spazi di autonomia nella gestione della loro sfera personale col pensiero volto essenzialmente all'interferenza dello Stato, al rischio, che ha costituito realtà per un lungo periodo della storia del cammino umano, della compressione autoritaria delle loro libertà spirituali. I dolorosi echi di un tragico passato impongono di considerare il rischio mai del tutto scomparso. Oggi, tuttavia, la sfera di libertà del soggetto è concretamente minacciata anche da altre forze che, in modo differente, insidiano diritti che costituiscono, a livello costituzionale, patrimonio intangibile delle persone [23]. L'aggressione proviene dai poteri privati che, tramite il potente aiuto delle innovazioni tecnologiche, mettono in forse sia il diritto alla *privacy*, nelle mille sfaccettature che oggi questa espressione assume, che il diritto alla libertà di espressione. Paradossalmente, anche il diritto di proprietà, fondamento primo della logica capitalistica, subisce i contraccolpi di questo nuovo attacco alla persona, almeno con riferimento al diritto di proprietà intellettuale [24].

In attesa che si compia la costruzione di un ordine giuridico mondiale ordinato secondo i valori di giustizia sociale ed equità che reggono i nostri ordinamenti giuridici, invocato da chi denuncia in modo accorato l'assenza del diritto nello spazio globale, costruzione lenta e faticosa che presuppone il felice esito di una «rivoluzione», legata al capovolgimento dei rapporti di for-

---

[23] La necessità di un costituzionalismo di diritto privato, che elabori una «dottrina dei limiti ai poteri del mercato non meno che ai poteri dello Stato», è sottolineata da L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 16.

[24] N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, cit., p. 634.

za nello scenario mondiale [25], è possibile rinvenire negli ordini locali strumenti e istanze di protezione e di garanzia della persona e dei suoi diritti fondamentali dagli effetti connessi all'attuale primato della logica economica in ambito mondiale, che, tramite le nuove tecnologie, rimbalzano in mille rivoli sfiorando o invadendo la solida sfera di libertà del *civis* nello spazio statale?

3. I diritti della persona nello spazio europeo. Il ruolo dei giudici

Dalla recente storia delle vicende prodottesi nello spazio europeo sembra provenire una prima, anche se limitata, risposta agli interrogativi posti. Le Corti di giustizia, in questi ultimi anni, attingendo alla pluralità di tutele, promananti da ordinamenti e fonti diverse (dalle Convenzioni internazionali alle Costituzioni degli Stati membri, alla Carta di Nizza), sembrano orientate a ricercare e applicare quella che maggiormente consente di tutelare il valore leso nella specifica controversia portata alla loro attenzione, realizzando una massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali della persona [26], i quali trovano fondamento e legittimazione nelle moderne Carte costituzionali [27].

È questo forse uno dei risultati di quel processo che viene riassunto nella formula sintetica ma efficace: «dall'Europa del mercato all'Europa dei valori

---

[25] P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina (Enna), 2001, pp. 131-135, dimostra che solo a tale condizione è possibile che i diritti umani non siano ridotti a strumento con il quale «si realizza il dominio dell'Occidente sull'intero pianeta»; è possibile condurre la battaglia per la loro universalità reale. Nello stesso senso: A BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., p. 328 ss.

[26] G. SILVESTRI, *La formazione graduale di uno* jus commune *europeo dei diritti fondamentali*, relazione tenuta nel Convegno «*Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*», Messina, 28-30 settembre 2005, i cui atti sono in corso di pubblicazione (p. 15 rel.); nello stesso senso: V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della post modernità*, in *Categorie e istituti del dirito civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 55. L'applicazione della Carta europea dei diritti di Nizza da parte dei giudici nazionali e della Corte di giustizia è documentata in CELOTTO e PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005, p. 427. Definisce illusoria la soluzione secondo la quale i diritti fondamentali possano essere arbitrati dal potere giurisdizionale, «perché elimina la questione del modo in cui una società è organizzata, che è invece la questione centrale»: P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, cit., pp. 135-140.

[27] P. CARETTI, *La tutela de diritti fondamentali nella prospettiva dell'Unione europea*, in P. BILANCIA e E. DEMARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti,* Milano, 2004, p. 72: nella attuale fase Stato e i diritti nascono insieme e insieme trovano la loro legittimazione in un nuovo tipo di Costituzione.

e dei diritti» [28], immagine la cui capacità suggestiva, al contempo, evoca le linee di un progetto ideale che si sta faticosamente realizzando, e rammenta la connotazione marcatamente economica che ha caratterizzato, nella sua origine, l'Europa. Connotazione che manifesta ancora tutta la sua capacità di resistenza, se uno dei redattori della Carta dei diritti fondamentali di Nizza insieme agli osservatori più attenti delle dinamiche europee, nell'acceso dibattito intorno alla redazione di un codice di diritto privato europeo, paventano il rischio di avere «una Unione europea a due velocità: una Unione "costituzionale", fondata sui diritti fondamentali; una "Unione privatistica", ancora ancorata alla logica di mercato» [29], denunciano il *deficit* di democrazia nella produzione del diritto europeo dei contratti [30], veste giuridica delle operazioni economiche, affidata a tre protagonisti: «i giuristi accademici, la tecnocrazia europea, le forze di mercato [31]».

Ritorna anche nello spazio europeo il tema del diritto duplicato, della duplicazione delle fonti, della duplicazione dei destinatari – *cives* europei e consumatori, produttori, distributori –, di un diritto privato che non riesce a sottrarsi alla pervasiva logica economica. Temperata, ad esempio, nello specifico settore del diritto dei contratti dei consumatori, come nel progetto di armonizzazione del diritto dei contratti contenuto nel Piano d'azione redatto dalla Commissione europea [32], dalla presenza delle clausole di buona fede e correttezza, dagli obblighi di informazioni funzionali al principio di trasparenza, previsioni peraltro necessarie per garantire alle imprese la fiducia dei

---

[28] Il ricorso ad essa è frequente: S. RODOTÀ, *Il codice civile e il nuovo tipo di Costituzione. Processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 1, p. 25; G. AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2005, p. 63; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della potmodernità*, cit., p. 53. La formula è stata utilizzata anche come titolo di una sessione dei lavori del convegno messinese «*Il ruolo della civilistica italiana*», cit.

[29] S. RODOTÀ, *op. et loc. ult. cit.*; P. CARETTI, *La tutela multilivello*, cit., p. 74, sottolinea la inversione di rapporto realizzatasi nello spazio europeo tra finalità di carattere economico della Comunità e tutela dei diritti fondamentali, essendo, a differenza che nelle Costituzioni nazionali, i secondi subordinati alle prime.

[30] È il *leit motiv* che attraversa il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, redatto da un Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, e pubblicato, ora, col titolo *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 1, p. 99 ss.

[31] S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 27; l'approccio tecnocratico è con forza denunciato dal «manifesto» cit., p. 102 ss.; nello stesso senso A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 1, p. 75 ss.

[32] *Maggiore coerenza nel diritto europeo dei contratti – Un piano d'azione* (Bruxelles, 12 febbraio 2003), COM (2003) 68 def.

consumatori essenziale per la realizzazione dei loro fini [33], ma che si esauriscono in una tutela prevalentemente formale, «procedurale», costituita dalla garanzia dell'equilibrio giuridico tra le parti contrattuali. «Neutra» è stata definita la concezione del contratto emergente dalla regolamentazione fin qui emanata dall'Unione europea, concezione cui è «precluso ogni anelito sociale» [34]. Anche nello spazio europeo si leva la voce accorata dei giuristi che reclamano, in previsione della redazione del nuovo codice di diritto privato europeo, che in esso vivano i principi e i diritti codificati nella Carta di Nizza, traduzione e sintesi di principi consacrati nelle Costituzioni statali e nelle Convenzioni internazionali, perchè attraverso essi penetri anche nel settore del diritto dei contratti, il fine di giustizia sociale [35], pena la creazione di un doppio circuito e di un doppio diritto, incompatibile con l'indivisibilità dei valori fondamentali proclamata nella Carta.

L'esperienza europea, in cui si riproduce, pur se con le dovute diversificazioni, il tentativo delle forze economiche di usufruire di un diritto proprio, che, seguendo percorsi paralleli, non si incontri e non si intersechi mai con il diritto sancito nelle Carte dei diritti fondamentali, ci indica tuttavia che, pur in questo momento di incertezza e transizione, c'è un'istanza, quella giudiziaria che, volta a volta, può creare quell'integrazione tra i due diritti [36], meta

---

[33] È la critica condotta al *Piano d'azione dal Manifesto*, cit., p. 112, per il quale «la Commissione presenta i provvedimenti a tutela del consumatore non tanto come norme designate ad aiutare le parti più deboli, ma come provvedimenti di correzione del mercato, ovvero finalizzati a prevenire distorsioni nella concorrenza» attraverso una più completa informazione del fiducioso consumatore. Con la conseguenza che: «le fonti di disuguaglianza diverse dall'asimmetria informativa tra le parti contrattuali tendono a non essere prese in considerazione». Sembra fare propria la critica: A. SOMMA, *Giustizia sociale*, cit., p. 77.

[34] G. ALPA, *I «Principles of European Contract Law» predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483.

[35] *Il Manifesto*, cit., p. 123, i cui redattori mettono inoltre in forse che simili finalità possano essere raggiunte, nel multiforme quadro economico e normativo dello spazio europeo, tramite la redazione di un codice di diritto privato europeo, mezzo tecnico caratterizzato dalla staticità e dalla rigidità (p. 129); A. SOMMA, *Giustizia sociale*, cit., pp. 96-97, avverte del rischio insito nelle discussioni sulla adeguatezza della «forma codice», che possono spostare l'attenzione dalle finalità sostanziali alla scelta del mezzo tecnico attraverso cui realizzarle.

[36] G. SILVESTRI, *La formazione graduale di un* jus *comune europeo*, cit., p. 11 s. rel., sottolinea che «l'incontenibile espansione globale del potere giudiziario nell'epoca contemporanea è anche l'effetto della crisi dell'indirizzo politico» e che le lacune della politica vanno riempite in qualche modo «senza trincerarsi dietro comode interpretazioni rigide della separazione dei poteri». Analogamente: A. SOMMA, *Giustizia sociale*, cit., pp. 92-93, secondo cui: «La valorizzazione della prassi applicativa consente di ovviare in parte alla crisi di cui soffre il circuito della politica per effetto delle trasformazioni indotte dalla mondializzazione economica»; essa peraltro «ha consentito la rilettura dell'ordinamento civilistico individualista alla luce delle

non ancora raggiunta sul piano della normazione generale. Il recente ed ancora limitato orientamento delle Corti europee e nazionali volto a verificare la compatibilità delle operazioni contrattuali con i diritti fondamentali sanciti delle Carte, che ha condotto, ad esempio, nel caso Omega [37], la Corte europea di giustizia a ritenere legittimo il divieto di una attività economica, realizzata attraverso l'uso di tecnologie, perché violava il principio di dignità, traccia una strada, percorribile anche nell'ipotesi che la lesione dei diritti fondamentali avvenga ad opera dei poteri privati [38]. La *Drittwirkung*, l'applicazione diretta delle norme costituzionali ai rapporti di diritto privato [39], diventa così, nell'attuale momento storico, un possibile percorso, pur se anch'esso insufficiente, affinché i diritti umani non costituiscano categoria *naturale* priva di storicità [40], ma diventino lo strumento di emersione, anche se, per così dire, «a valle», di quella dimensione politica e democratica, di cui si lamenta il *deficit* «a monte», ossia nel processo di produzione del «diritto privato» transnazionale ed europeo.

---

massime su cui si fonda il sistema democratico»; M. ALCARO, *Economia totale e mondo della vita*, Roma, 2003, p. 25 ss.

[37] Sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs Gmb H*. V. la penetrante analisi di F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 600 ss.; M.E. GENNUSA, *La dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 174 ss.

[38] L'applicazione diretta della Convenzione di Strasburgo in relazione a controversie relative a rapporti tra privati è rintracciabile nella giurisprudenza dei Paesi che hanno ratificato la Convenzione, come, ad esempio, quella della Corte d'appello di Bruxelles (25 febbraio 1988), che ha negato la sospensione della fornitura di energia elettrica al debitore in quanto misura contraria alla dignità umana. Una rassegna dei casi più significativi è in G. ALPA e M. HANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 60.

[39] Il problema che ha determinato un acceso dibattito, relativo, innanzitutto, alla concepibilità giuridica della teoria, quindi, alle modalità – dirette o indirette – di applicazione, sembra oggi superato, essenzialmente in relazione alla concezione dei diritti fondamentali come valori, la cui «multidimensionalità e multidirezionalità» fa apparire «antiquato» il problema della loro efficacia nei confronti dei terzi: A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, p. 310. Si sottolinea altresì – P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, p. 62 – che «l'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati» si pone «come garanzia contro la stabilizzazione di poteri sociali». In proposito cfr. lett. *ivi* cit. Contro un'applicazione diretta nei rapporti tra privati della Carta di Nizza cfr.: M. CARTABIA, *Commento all'art. 51*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 345; a favore G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 22 rel.

[40] U. ALLEGRETTI, *Diritti fondamentali e globalizzazione. Dialogando con Pietro Barcellona (e altri)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 2, p. 580 ss.

4. La persona tra i prodigi e le insidie di Internet

«Sindrome del pesce rosso», «sindrome del grande fratello» [41], «uomo di vetro» [42] costituiscono tutte metafore che rendono immediatamente percepibile la collocazione della persona all'interno di una società che, in virtù dell'impatto delle innovazioni tecnologiche, ed in particolare di Internet [43], sulle modalità delle comunicazioni e delle relazioni, viene definita «società della classificazione», «società della sorveglianza» [44], «società di informazioni» [45]. La forza suggestiva delle immagini addita al giurista il rischio che la tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali, ed in particolare del diritto alla *privacy*, sia inadeguata e insufficiente di fronte ad una evoluzione tecnologica che appare ed è autosufficiente, in grado cioè di creare sempre nuove utilità, senza bisogno di interventi esterni che non siano di carattere tecnico [46], di fronte ad una persona che coglie a piene mani tutta la valenza positiva delle nuove utilità, senza avvertire fino in fondo quale è il prezzo che realmente paga per godere degli indubbi vantaggi connessi alle infinite possibilità offerte da Internet.

Protetto dalle mura della propria casa l'utente di Internet – a differenza del telespettatore che può soltanto «ricevere» informazioni, potendo al più operare con il suo telecomando una selezione di quelle notizie che vengono trasmesse [47] – naviga, interagisce, accede a banche dati aggiornate in tempo

---

[41] L'immagine coniata da Orwell è utilizzata da F. Di Ciommo, *Diritti della persona tra* media *tradizionali e avvento di Internet*, in G. Comande, *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, p. 9, per descrivere la sensazione dell'uomo medio che si sente collocato in un'ampolla di cristallo trasparente, continuamente osservato e spiato da milioni di occhi.

[42] È la metafora usata da S. Rodotà, *Tecnopolitica*, Bari, 1997, p. 136, che sottolinea come «non a caso l'immagine ci arriva dritta dai tempi del nazismo».

[43] Nata poco più di vent'anni addietro in seguito ad un esperimento intrapreso, a fini militari, dalla Difesa statunitense, Internet costituisce, oggi, la rete telematica globale che, sfruttando la tecnologia digitale e quella telematica, collega milioni di computer in grado di dialogare tra loro a distanza, e permette agli utenti di navigare in uno spazio virtuale comune, attraverso protocolli comuni, tra cui quello attualmente più diffuso è il *World Wide Webe*, con architettura ipertestuale. L'unità di base del *Www* è la *home page*, da cui si può cominciare la navigazione verso altri siti. Cfr. G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002, p. 19 ss.; F. Di Ciommo, *Diritti della persona*, cit., p. 15.

[44] S. Rodotà, *Tecnopolitica*, cit., p. 135 ss.

[45] F. Di Ciommo, *Diritti della persona*, cit., p. 17.

[46] F. Di Ciommo, *Diritti della persona*, cit., p. 15.

[47] F. Di Ciommo, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 125.

reale, fa ricerca entrando nelle biblioteche più prestigiose, visita musei collocati in lontane parti del mondo, si aggira tra le vetrine piene degli articoli di cui ha bisogno, sceglie il luogo delle sue vacanze, prenota viaggi, paga con carta di credito i propri acquisti, conclude transazioni, trova in altri utenti, che anch'essi percorrono lo spazio virtuale, gli ideali «compagni» di «discussioni» o di appassionanti «giochi», non sempre reperibili nello spazio localmente definito in cui egli vive la sua vita sociale. A sua volta può immettere in rete informazioni che possono raggiungere un numero indefinito di altre persone.

I miracoli della tecnologia «stupiscono» «commuovono», conquistano gli uomini, che, sempre più numerosi, considerano il *cyber*-spazio una parte integrante e essenziale dello spazio locale in cui vivono, spazio composito che costituisce l'ambito ormai unico e indistinguibile in cui esprimere e sviluppare la propria personalità.

Le quotidiane incursioni nella rete, passeggiate nelle strade del «villaggio» globale, non attraversate dalla «gioventù del loco», che «mira ed è mirata e in cor s'allegra», struggente e nostalgica immagine di una vita racchiusa e definita in piccoli e conclusi spazi, ma percorse con finalità complesse e multiformi dall'uomo del duemila, nascondono però insidie, trappole, trabocchetti volti a monitorare, registrare, controllare ogni passo, ogni incontro, ogni manifestazione di gusto, interesse o desiderio espresso dal navigatore nelle sue incursioni nello spazio virtuale. I *file* di *log* [48], i *cookies* [49], gli *web bug* [50], gli *spyware* [51], la c.d. *Persistence* di *Internet Explorer* [52], gli *adware* [53] sono altrettanti e sempre nuovi strumenti attraverso cui tracciare un profilo dell'utente, essenziale alla strategia di *marketing* delle imprese che operano

[48] *File* di testo in cui viene registrata l'attività di applicazioni *software* installate su un computer, documentando tutta l'attività che il singolo navigatore ha svolto sulla rete durante il singolo collegamento. Questa come le successive definizioni sono tratte da G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., p. 49 ss.

[49] O «biscottini», *file* di piccole dimensioni che consentono al *server* di scrivere in modo permanente alcune informazioni sul computer, in modo che risulti con che frequenza il navigatore accede al sito, quali acquisti compie, al fine di tracciare il profilo dell'utente.

[50] Cimici web, etichette elettroniche che si nascondono all'interno di *banner* pubblicitari e aiutano siti *web* e imprese pubblicitarie a seguire gli spostamenti dei visitatori sulla rete.

[51] Codici in grado di raccogliere dati ed inviarli via Internet al produttore del *software* in cui sono contenuti o a società di telemarketing.

[52] Il metodo consente di al sito di archiviare le ricerche effettuate dall'utente pur senza l'uso di *cookies*.

[53] *Software advertising supported*, che possono essere utilizzati gratuitamente dagli utenti che sono però costretti a vedere *banner* pubblicitari a margine dell'applicazione.

nel mercato senza territorio di Internet, e per consentire l'attivazione di nuovi mercati in cui oggetto degli scambi sia, in ultima analisi, la persona, ricostruita attraverso le informazioni sulle scelte da essa operate.

Il contraccolpo sulla sfera personale delle persone è eclatante ed evidente, i suoi effetti multiformi, soprattutto nella individuazione di rimedi che consentano al *civis* di mantenere la tutela offerta nello spazio locale dal suo *status* anche quando si addentra nello spazio virtuale, ma che, al contempo, non sottraggano al mercato globale miriadi di *homines economici* in miniatura spaventati dai rischi non sempre percepibili cui sono esposti. E multiformi sono i soggetti che, spinti da diversificati interessi, si occupano e si preoccupano della tutela della *privacy* delle persone. Concetto che ha già subito una inevitabile estensione: da diritto alla riservatezza, inteso come diritto ad esser lasciati soli, libertà essenzialmente negativa volta ad impedire intrusioni nella vita privata e familiare della persona, a diritto al controllo sulle informazioni sulla propria vita privata [54], che il primo presuppone ma che si arricchisce di un ambito di autonomia e di intervento, che lo accosta maggiormente al concetto di libertà positiva [55].

Sulla base di tale estensione, risposta della riflessione giuridica sul fenomeno, sono fioriti, al di là dell'esito legislativo, i tentativi di soluzione, proposti, da un verso, dalla stessa tecnologia che predispone strumenti attraverso cui gli utenti possono proteggersi dai danni provenienti dall'uso della stessa, creando per ciò stesso un nuovo mercato, per altro verso, dai protagonisti

---

[54] Che il concetto di *privacy* vada oggi ben oltre all'originario riferimento al «diritto ad esser lasciato solo» è osservazione comune. Cfr., in particolare: U. DE SIERVO, *La privacy*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, cit., p. 347 ss.; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari-Roma, 1999, p. 201; ma sul tema del rapporto tra *Privacy* e controllo dei dati personali nella ricchissima letteratura nazionale e straniera, e, in particolare nordamericana, v.: V. FRANCESCHIELLI (a cura di), *La tutela della privacy informatica*, Milano, 1998; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; G. CIACCI, *Internet e diritto alla riservatezza*, in *Dir. trim. civ. e proc. civ.*, 1999, p. 233; G. COMANDÈ, *Banche di dati giuridici e privacy*, in F. DI CIOMMO (a cura di), *Le banche di dati giuridici*, Milano, 2002, p. 95; C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla legge n. 675 del 1996*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 1049 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione di dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339; N. LUGARESI, *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Milano, 2000; H. HENDERSON, *Privacy in the Information Age*, New York, 1999; N. IMPARATO, *Public Policy and the Internet Privacy*, *Taxes and Contract*, Stanford, 2000; E.S. KOSTER, *Zero privacy: personal data on the Internet*, 12 *Computer Lawyer* 10 (1999).

[55] Che ogni libertà contenga una miscela di aspetti dell'una e dell'altra dimensione (negativa e positiva), presenti cioè momenti di definizione in relazione al non-impedimento, quanto profili definitori in relazione al «controllo», cioè alla capacità di auto-determinazione del singolo è concetto acquisito nella riflessione costituzionalistica. Sul punto cfr., in particolare: A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 272 ss.

della recente «rivoluzione tecnologica», gli *Internet services provider*, i cui interessi collimano e si intersecano con quelli degli operatori economici che di essi si servono, spinti a ciò anche dagli indirizzi contenuti in Raccomandazioni del Consiglio d'Europa.

Le c.d. *Privacy enhancing technologies* (*Pet*) [56], oltre che la crittografia [57] e la steganografia [58], sono da annoverare tra le risposte tecnologiche al problema. La loro applicazione è tuttavia allo stato esigua [59], anche se la loro utilizzazione è invocata quale strumento, pur se accessorio, di controllo sulla sfera privata anche dallo stesso Garante per la protezione dei dati personali [60]. L'altra strada percorsa dai gestori dei siti Web è quella della rassicurazione esplicita dei consumatori, tramite la pubblicazione nel sito della propria *privacy policy*, ossia delle regole che i gestori del sito si impegnano a rispettare nel trattamento dei dati personali: solo la «tranquillizzazione» dell'utente, il rafforzamento della sua fiducia può consentire di sfruttare appieno le potenzialità del commercio elettronico. È questa la strada tracciata peraltro, sulla scia dell'esempio nordamericano [61], dalla Raccomandazione n. R. (99) 5 del Comitato dei ministri agli Stati membri per la protezione della *privacy* su Internet, che contiene delle *guidelines*, ossia dei suggerimenti non rivolti agli Stati, ma, direttamente, ai navigatori-utenti e ai *providers*, per i quali si aggiunge la raccomandazione di dotarsi di «codici di condotta» [62]. Ed i *providers* si adeguano: nelle *homepage*

---

[56] Sistema che, attraverso tecniche differenziate, consente ai navigatori di mantenere segreti i dati o alcuni dati personali.

[57] Sui problemi giuridici connessi alla crittografia, come tecnica che permette di «cifrare» un messaggio rendendolo incomprensibile a tutti, tranne che al suo destinatario, cfr. l'ampia analisi di G. Ziccardi, *Crittografia e diritto*, Torino, 2003, *passim*.

[58] L'insieme delle tecniche che consentono a due o più persone di comunicare tra loro nascondendo il messaggio dentro un altro messaggio con diverso aspetto e contenuto, in modo da impedire la sua conoscenza a eventuali terzi osservatori.

[59] G. Ziccardi, *Crittografia*, cit., p. 16, che analizza i motivi del ridotto uso della crittografia «solo meccanismo di sicurezza che protegge direttamente le informazioni che passano dal controllo fisico del mittente al controllo fisico di chi le riceve».

[60] Discorso del Presidente Stefano Rodotà. Relazione annuale 2004, pronunciata il 9 febbraio 2005, p. 3. Cfr.: *www.garanteprivacy.it*.

[61] La percezione del problema negli Stati Uniti è viva. Nel rapporto denominato *Options for Promoting Privacy on the National Information Infrastructure* della National Information Infrastructure Task Force-Information Policy Committee, dell'aprile 1997, si sottolinea come il controllo del consumatore sulla raccolta e la diffusione dei dati personali, garantito attraverso pratiche leali di trattamento dei dati nella società dell'informazione, è condizione necessaria per il fiorire del commercio elettronico. Per maggiori informazioni, cfr.: G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, cit., pp. 51-52.

[62] La raccomandazione, adottata dal Comitato dei ministri il 23 febbraio 1999 al 660° *meeting* dei *Ministers Deputies*, nell'Appendice II, destinata agli utenti, e nell'appendice III, rivol-

di migliaia di siti si trova un *link*, in cui si informa l'utente dei dati raccolti, dell'uso che ne verrà fatto, dei sistemi di sicurezza che verranno adottati, dei rimedi apprestati a garanzia dell'utente in caso di mancato rispetto delle regole. Dall'altra parte del computer il navigatore che, rassicurato, «clicca» il suo «si», esprime il suo assenso al trattamento dei suoi dati personali.

Ancora una volta la regola nasce dall'accordo privato, ancora una volta «l'altro diritto», quello prodotto dai «poteri privati» tesi a realizzare il loro interesse economico, domina lo spazio virtuale; ma, per la prima volta forse, una parte della sfera spirituale della persona, raccolta in quei dati che disegnano a tutto tondo l'uomo, è oggetto della contrattazione. Il diritto fondamentale alla *privacy*, nell'accezione ampia in cui oggi viene inteso, la stessa dignità della persona appare nello scenario descritto un diritto di carta, che si piega dinanzi alla forza congiunta della logica economica e della tecnologia.

Ma gli Stati, l'Unione europea, fondata sui diritti, che nell'ultimo scorcio del secolo che fu e nell'inizio di questo nuovo millennio ha tentato di mutare il volto all'Europa privatistica fondata sulla logica di mercato, assistono impotenti a questo attacco ai diritti dell'uomo? Ci si deve arrendere ad un uso della tecnologia che esalta il carattere anarchico ad essa connaturato per rendere invincibile la altrettanto naturale anarchia del mercato?

5. La risposta del legislatore europeo e nazionale al problema della tutela della *privacy*: il codice in materia di trattamento dei dati personali

Quando si discute dei diritti della persona in relazione alle potenzialità invasive della tecnologia si allude ad una vicenda complessa che, iniziata più di un trentennio addietro, solo da qualche anno coinvolge il problema della tutela della vita privata rispetto alla rete telematica globale costituita da Internet, il cui massiccio utilizzo collocato intorno alla metà degli anni novanta [63],

---

ta ai fornitori di accesso, ricorda ai primi i rischi concreti che corrono collegandosi ad Internet, ed ai secondi la necessità di garantire in massimo grado la *privacy* dei navigatori, sembra presupporre il convincimento che solo i soggetti privati, spinti dal loro interesse individuale, possono realizzare la tutela della riservatezza. E la notazione acquista maggiore importanza se si considera che la Raccomandazione citata è cronologicamente successiva alla direttiva 95/46/CE, in attuazione della quale è stata emanata la legge 31 dicembre 1996, n. 675. Su entrambe v. il successivo par. 5.

[63] A. Di Martino, *La protezione dei dati personali*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 397.

segna l'inizio della c.d. terza fase della evoluzione delle tecnologie informatiche [64]. Con quella che è stata definita «rete delle reti» [65], «autostrada di dati» [66], «il motore della rivoluzione culturale e relazionale in atto» [67], il problema della tutela della *privacy*, della possibilità di protezione dei dati relativi alla vita privata e di relazione della persona, ha assunto infatti aspetti e dimensioni nuovi e diversi. La potenziale aggressione ai diritti della persona, attraverso Internet, infatti acquista un grado di indeterminatezza, fino a qualche anno addietro sconosciuto, che impone anche un ripensamento dell'impostazione del ragionamento giuridico che ha nutrito il dibattito e sostenuto le normative europee e nazionali sulla tutela dei dati personali.

Abbandonata la concezione della *privacy* come diritto ad esser lasciati soli, connotata dall'esasperato individualismo di un'epoca che in esso rinveniva essenzialmente la tutela di una ridotta categoria di cittadini, quelli che avevano la possibilità reale di «vivere da soli», aiutati in ciò dall'altro pilastro della società borghese, costituito dal diritto di proprietà [68], la tutela della *privacy* come diritto alla protezione e al controllo sui dati della propria vita privata si impone, all'apparire delle prime innovazioni tecnologiche, come esigenza di garanzia diffusa dei cittadini di fronte a soggetti determinati, essenzialmente le pubbliche amministrazioni [69], che possedendo, esse sole, i potenti ritrovati della tecnologia, avevano la possibilità, attraverso i sistemi elettronici di archiviazione dei dati, di catalogare, controllare, sorvegliare la vita dei cittadini, senza distinzione di appartenenza a classi o a *élite*. La portata rivoluzionaria della tecnologia [70] che rende tutti i cittadini eguali di fronte a se stessa fa sì che l'esigenza del controllo sul trattamento dei dati personali affiori sorretta dalla forza della compiuta rivoluzione e imponga una normativa che quella esigenza soddisfi: la libertà negativa dei pochi, contenuta

---

[64] G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, cit. p. 49; A. Di Martino, *op. cit.*, p. 367 ss.

[65] S. Simitis, *Internet oder der entzuberte Mytos*, in *Festschrift für Kübler*, Heidelberg, 1997, p. 292.

[66] H.W. Arnd, *Datenschutz im Internet*, in *Festschrift für Arnd*, Heidelberg, 2001, p. 393.

[67] F. Di Ciommo, *Diritti della personalita tra media tradizionali e avvento di Internet*, in *Persona e tutele giuridiche*, cit., p. 15.

[68] S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 23 ss., che sottolinea come «la nascita della *privacy* … si presenta come l'acquisizione di un privilegio da parte di un gruppo».

[69] È la c.d. prima fase dell'evoluzione informatica, collocata negli anni settanta del novecento. Cfr.: G. Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 43; A. Di Martino, *La protezione dei dati personali*, cit., p. 373; S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 44.

[70] Cfr. F. Di Ciommo, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, materializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 117; F. Rampini, *Una rivoluzione in corso*, Bari, 2000, *passim*.

nell'originario concetto di *privacy*, si fa libertà positiva di tutti. Ma su di essa pesa, inevitabilmente, l'esito di un necessario bilanciamento tra le finalità «pubblicistiche» che caratterizzano in questa fase l'uso dei ritrovati tecnologici – dalla sicurezza pubblica alla difesa dello Stato – e l'esigenza della persona alla tutela e al controllo delle notizie che riguardano la sua vita privata e di relazione. Problema antico che, reso acuto dalla capacità invasiva delle tecnologie, impone soluzioni le quali, pur non sconvolgendo l'esito della necessaria e tradizionale valutazione che attribuisce preminenza all'interesse collettivo, ne ridisegnano le modalità di attuazione: il diritto alla protezione dei dati personali, attribuendo al singolo poteri di controllo e di accesso sul proprio patrimonio informativo e imponendo regole generali sulla circolazione delle informazioni, diventa, in ultima analisi, criterio per la legalità dell'azione pubblica [71].

Ben più arduo il problema degli effetti del successivo uso generalizzato delle tecnologie informatiche, soprattutto dopo l'avvento di Internet, sulla sfera di riservatezza del singolo: la catalogazione e la diffusione dei dati personali non è più appannaggio dei pubblici poteri, ma formidabile strumento in mano a poteri privati per la realizzazione delle strategie imprenditoriali [72]. È assente in questo caso il poderoso spartiacque costituito dall'interesse pubblico. Si fronteggiano in campo aperto due interessi, entrambi riconducibili, pur se con diverse gradazioni, a soggetti privati: il diritto delle persone alla protezione dei propri dati personali e l'interesse economico delle imprese a conoscere, conservare, arricchire, distribuire un catalogo di fotografie quanto più penetranti degli utenti navigatori.

La risposta al problema viene data dall'Unione europea prima, dal nostro Stato in un secondo tempo, con una normativa che, attraverso successivi ampliamenti [73], disegna ora, con l'emanazione del Codice in materia di prote-

---

[71] S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 44 ss.

[72] La successive fasi dell'evoluzione tecnologica vengono ricondotte, rispettivamente, agli anni ottanta e prima metà dei novanta – periodo in cui l'utilizzazione molto più ampia dei computer consente ai privati,e in modo specifico alle imprese, la elaborazione informatica dei dati per le esigenze del mercato – e alla fine del secolo trascorso e all'inizio del nuovo millennio, caratterizzate dall'apparizione di Internet. Cfr., per tutti, S. SIMITIS, *Virtuelle Präsenz und Spurenlosigkeit. Ein neues Datenschutzkonzept*, in *25 Jahre Datenschutz*, a cura di W. HASSEMER, Baden-Baden, 1996, pp. 30-33; ID., *Internet oder der entzauberte Mythos*, in *Festschrift für Kübler*, Heidelberg, 1997, p. 292.

[73] In dottrina si usa distinguere tra più generazioni di norme più o meno corrispondenti alle diverse fasi della evoluzione informatica. Durante il corso degli anni settanta le prime risposte ai problemi connessi all'uso delle tecnologie per la elaborazione dei dati personali vengono fornite da diversi Paesi dell'Europa: Svezia (1973), Germania (1977), Francia, Danimarca e Norvegia (1978). (Per un'accurata analisi dei modelli regolativi seguiti da queste pri-

zione dei dati personali (c.d. Codice sulla *privacy*) [74], una generale e minuziosa tutela della persona in relazione a tutti quei settori di attività che, posti in essere da poteri pubblici o da privati, presuppongono un trattamento dei dati personali, attuato con qualsiasi strumento, elettronico o meno [75]. Tutela che, pur incentrata sulla proclamazione del principio innovatore, contenuto all'art. 1 del citato codice, ispirato all'art. 8 della Carta di Nizza, secondo cui «Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano», non sembra discostarsi dai tradizionali meccanismi di garanzia sperimentati nelle precedenti normative, ed in particolare nella legge n. 675/96: la difesa della persona è affidata essenzialmente al rispetto delle regole imposte (artt. 3 e 11) [76] a chi, potere pubblico o privato, operi il trattamento, pena l'illegittimità dell'operato del primo, l'illiceità del comportamento del secondo. I diritti dell'interessato sorgono *a posteriori* e si muovono lungo la linea del potere di conoscenza, di controllo, di rettificazione e di opposizione rispetto ai dati già raccolti (art. 7) [77], ma si assottigliano rispetto al sorgere dello stes-

---

me legislazioni v.: A. Di Martino, *La protezione dei dati personali*, cit., p. 381 ss.). Negli anni Ottanta i primi interventi della Comunità europea: la direttiva dell'OCSE (1980) e la Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa sulla «protezione degli individui rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali». La direttiva 95/46/CE costituisce la c.d. «terza generazione» delle leggi sulla tutela dei dati personali, tese a tutelare qualsiasi trattamento dei dati personali, a prescindere dagli archivi elettronici, che viene in Italia attuata dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675 (sulla quale v. A. Scalisi, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, 2002, p. 188 ss.). La continua evoluzione delle tecnologie nello specifico settore delle comunicazioni telematiche rende necessaria l'emanazione della direttiva 2002/58/CE che ha l'obiettivo di fornire un pari livello di tutela ai dati personali e alla vita privata degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica e che sostituisce la direttiva 97/66/CE, relativa alla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni.

[74] D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, T.U. in materia di protezione dei dati personali, modificato con d. l. 24 dicembre 2003, convertito, con modifiche, dalla legge 26 febbraio 2004, n. 48.

[75] Le regole sono dettate, nella seconda parte de codice, artt. 46-140, per i trattamenti effettuati dai settori: giudiziario, da parte delle Forze di Polizia, difesa e sicurezza dello Stato, ambito pubblico, ambito sanitario, istruzione, per scopi storici, statistici o scientifici, lavoro e previdenza sociale, bancario e assicurativo, delle comunicazioni elettroniche, delle libere professioni e delle investigazioni private, giornalistico, letterario e artistico e di *marketing* diretto.

[76] L'art. 3 pone il principio di necessità nel trattamento dei dati, possibile appunto solo in caso di necessità; l'art. 11 fissa le modalità di trattamento dei dati che devono essere trattati: a) in modo lecito e secondo correttezza; b) per scopi determinati espliciti e legittimi; che devono essere: c) esatti e aggiornati; d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono i raccolti e trattati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti e trattati.

[77] L'art. 7 statuisce che l'interessato ha diritto di ottenere l'indicazione: a) dell'origine dei dati personali; delle finalità e modalità del trattamento; c) della logica applicata in caso di trattamento effettuato con l'ausilio di strumenti elettronici; d) degli estremi identificativi del tito-

so trattamento di quei dati, cui è stata accordata solenne protezione: la naturale prevalenza dell'interesse pubblico, come detto, limita la garanzia del diritto della persona al rispetto delle modalità attraverso cui il potere pubblico attua il trattamento dei dati [78]; la ricerca dell'equilibrio con interessi riconducibili ai privati che effettuano il trattamento trova soluzione normativa nella necessità, suscettibile peraltro di parecchie eccezioni, del consenso, pur circondato di particolari cautele, dell'interessato (art. 23).

In relazione al settore di attività del trattamento dei dati personali effettuato da privati, il legislatore nazionale e europeo sembra, da un verso, abdicare alla funzione di valutazione degli interessi contrapposti, laddove il bilanciamento appare affidato, in ultima analisi, al consenso dell'interessato, per altro verso, risolvere, attraverso eccezioni o adattamenti, il conflitto, in ragione della prevalenza di interessi «altri» rispetto a quello della protezione dei dati personali [79]. Si instaura in definitiva un regime di libertà di circolazione delle informazioni [80], condizionato nel primo caso alla necessità del consenso dell'interessato, incondizionato nel secondo, pur se temperato da cautele e limiti, in relazione alle modalità attraverso cui lo stesso trattamento è posto in essere [81].

Certo, il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali entra con forza nella regolamentazione, che appare permeata da una profonda sensi-

---

lare, del responsabili o dell'incaricato designato; ed ancora: a) l'aggiornamento, la rettificazione e l'integrazione dei dati; b) la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati tranne che l'adempimento si riveli impossibile o comporti un impiego di mezzi sproporzionato rispetto al diritto trattato. L'interessato ha altresì il diritto di opporsi: al trattamento dei dati personali anche se pertinenti allo scopo della raccolta: a) per motivi legittimi; b) se questo è effettuato al fine di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazioni commerciali.

[78] In base all'art. 18 i soggetti pubblici, salvo quanto previsto per gli esercenti delle professioni sanitarie, non devono richiedere il consenso dell'interessato.

[79] Sono le deroghe alla regola del consenso previste nell'art. 24, che possono essere raggruppate tre categorie: a) la prima riconducibile alla finalità del trattamento: dati raccolti in base ad un obbligo legale (lett. *a*); per salvaguardare la vita e l'incolumità fisica di una persona (lett. *e*); per perseguire un legittimo interesse del titolare del servizio o di un terzo destinatario (lett. *g*); per scopi di ricerca scientifica, storica, statistica (lett. *i*); b) l seconda collegata alla particolare provenienza delle informazioni – pubblici registri, elenchi, atti o comunque documenti conoscibili da chiunque – (lett. *c*); c) la terza relativa a trattamenti di dati nell'ambito di determinate attività contrattuali (lett. *b*), economiche (lett. *d*), investigative (lett. *f*), di organizzazioni senza scopo di lucro (lett. *h*). La esclusione del consenso, oltre alle ipotesi relative alla raccolta dei dati raccolti da soggetti pubblici, salvo l'ipotesi degli esercenti le professioni sanitarie, è prevista anche per le attività giornalistiche (art. 137, secondo comma).

[80] G.P. CIRIELLO, *Commento alle Disposizioni generali,* in *Il codice sulla protezione dei dati personali* (a cura di G.P. CIRIELLO), Milano, 2004, p. 7.

[81] Il riferimento è agli artt. 3 e 11, già illustrati.

bilità nei confronti della tutela della persona – la normativa sul trattamento dei cosiddetti dati sensibili ne è un importante esempio – ma la sua difesa rispetto alle ipotesi in cui emerge l'esigenza di non comprimere la circolazione delle informazioni, effettuata essenzialmente attraverso Internet, per favorire l'interesse, anch'esso generale, ad una espansione del mercato e dell'economia, è affidata alla valutazione solitaria del soggetto da tutelare, attraverso la manifestazione di un consenso che, addossando all'individuo la responsabilità della scelta, garantisce l'equilibrio formale delle posizioni in potenziale conflitto, obiettivo indispensabile, ma al contempo, limite della normativa. Riemerge la problematica relativa alla tutela del contraente debole, se si tien conto che il consenso legittima, molto spesso, lo scambio tra servizi e informazioni di carattere strettamente personale. Riemergono tutte le perplessità, i dubbi, le critiche che, avanzati sul piano generale della tutela del consumatore, acquistano un significato più profondo se si considera la particolare natura dell'oggetto del consenso e lo sfuggente luogo dello scambio: Internet.

6. Il consenso al trattamento dei dati personali: una fragile tutela della *privacy*

«Il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'art. 13 [82]»: così il terzo comma dell'art. 23 del Codice in materia di protezione dei dati personali, regola generale applicabile a tutti i settori disciplinati dal Codice, fatte salve le eccezioni, anch'esse previste in via generale (art. 24), e le specificazioni della regola per singoli e determinati settori di attività di trattamento dei dati.

Al di là della natura autorizzatoria o negoziale del consenso [83], quel che

[82] Articolo relativo alla corretta informazione della persona, che, per esser tale deve informare la stessa: a) delle finalità o le modalità del trattamento cui sono destinati i dati; b) della natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati; c) delle conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere; d) dei soggetti o delle categorie di sogetti ai quali i dati possono essere comunicati; e) dei diritti di cui all'art. 7; f) degli estremi identificativi del titolare e del responsabile.

[83] Problema su cui si registrano opinioni diversificate della dottrina: attribuisce natura autorizzatoria al consenso chi sottolinea la capacità dello stesso di permettere un'azione altrimenti, in sua assenza, vietata, anche in considerazione della circostanza che l'attribu-

rileva ai fini della valutazione della effettività tutela della *privacy* della persona è che attraverso il consenso, «libero», «specifico», «informato» e «documentato», si rende possibile l'immissione di altri nella sfera personale del disponente.

La gabbia delle condizioni poste a presidio della validità del consenso dell'utente appare formalmente solida, ma sostanzialmente affidata al rispetto da parte di chi raccoglie i dati delle regole procedimentali fissate: l'informazione, la specificità della stessa, la documentazione. A tali condizioni, il consenso si presume valido, perchè espresso in presenza di condizioni che ne garantiscono la consapevolezza e dunque la libertà. La validità del consenso, a sua volta, diventa la condizione di legittimità del trattamento [84].

Il pensiero corre al meccanismo previsto al secondo comma dell'articolo 1341 c.c., in cui la esplicita sottoscrizione da parte di un contraente delle clausole vessatorie predisposte dall'altro attribuisce legittimità e efficacia alle stesse [85]. Il pensiero corre alle perplessità suscitate da una disciplina del contratto che si risolve nella previsione di regole procedurali e di obblighi di informazione e di trasparenza, necessarie e sufficienti a tutelare contraenti con pari forza contrattuale, ma inadeguate a difendere il contraente debole.

E l'asimmetria informativa che caratterizza il «titolare» del trattamento e

---

zione ad esso di una natura negoziale presupporrebbe una reificazione del dato personale, oggetto della cessione: A. FICI e E. PELLECCHIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione de dati personali*, Milano, 2003, pp. 499 e 504-509, reificazione esclusa da A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, *ivi*, pp. 145-148; sostengono invece la natura negoziale del consenso, visto come atto di disposizione che, più che produrre un trasferimento di diritti di marca rigidamente proprietaria, rende possibile l'ammissione di altri nella sfera giuridica del disponente: F. BILOTTA, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in V. CUFFARO e V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 2000, p. 89; V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium juris*, 1997, p. 469, che ricollega però il principio di negoziabilità dei dati alla valutabilità economica della prestazione oggetto dell'obbligazione. S. PATTI, *Commento all'art. 12*, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Tutela della privacy. Commentario alla legge 31 dicembre 1996, n. 675*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 1999, p. 359 ss., rileva come la regola del consenso costituisca «la conferma della centralità della libera scelta e del potere decisionale dell'interessato nella materia dei diritti fondamentali».

[84] S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 62 ss.; E. GIANNANTONIO, *Responsabilità civile e trattamento dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1999, p. 1037, secondo cui la legge ha introdotto una regolamentazione procedimentale della raccolta dei dati; C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla legge n. 675 del 1996*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 1062, ritiene che la normativa, che tende a legittimare l'attività dei soggetti che professionalmente svolgono attività di raccolta dei dati, si risolve nella «tutela dell'attività delle banche dati, per garantirne, in definitiva, una sorta di immunità»; G.P. CIRIELLO, *op. cit.*, p. 5.

[85] Il rilievo è di C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni*, cit., p. 1062.

«l'interessato» [86], per usare le definizioni del codice, emerge con nettezza dalla lettura dei numerosi e successivi interventi del Garante che segnala e censura casi di coartazione del consenso [87], ipotesi di utilizzazione dei dati al di fuori della finalità espressa nell'informativa [88], fattispecie di equivoca formulazione nella richiesta del consenso in relazione alla possibilità di trasmettere i dati raccolti a terzi soggetti [89], casi di persuasione occulta o di scorretta raccolta del consenso effettuata lasciando intendere che il diniego del consenso potrebbe comportare la mancata esecuzione di prestazioni, eseguibili anche in assenza di consenso [90]. Emergono le infinite e indefinibili modalità attraverso cui la professionalità e l'esperienza di chi tratta i dati riesce a distorcere sottilmente l'informazione o a condizionare alla preventiva adesione al trattamento la fruizione di servizi, conquistando così il «libero» consenso del pur «informato» utente, consenso che costituisce suggello di legittimità dell'intera operazione, «foglia di fico elargita al *civis* dal "codice della *privacy*"» [91].

Se la tecnica del consenso mostra i suoi limiti nei settori in cui il trattamento dei dati avviene al di fuori della cosiddetta «rete delle reti», in quest'ultima essa si riduce a mera apparenza di tutela della persona. La rapidità e l'immediatezza della comunicazione elettronica, l'*habitus* mentale di «leggerezza» che caratterizza l'utente di Internet, la curiosità intellettuale e minuta che lo spinge a visitare siti sempre diversi, il numero indefinibile di offerte provenienti da ogni parte del mondo, il piacere di accedere a notizie utili rendono, tutti insieme, il navigatore medio soggetto particolarmente disponibile al consenso, soprattutto se si considera che molto spesso a quest'ultimo è

---

[86] Cfr. G. Comandé, *Commento agli artt. 11-12*, in E. Giannantonio, M.G. Losano e V. Zeno Zencovich (a cura di), *La tutela dei dati personali*, *Commentario alla legge n. 676 del 1996*, Padova, 1999, p. 149; A. Scalisi, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 242.

[87] Provvedimenti Garante 28 maggio 1997, (in *Boll.*, I, 1997, n. 1, p. 17), e 13 febbraio 1998, (in *Boll.*, II, 1998, n. 3, p. 16) con il quale ultimo lo stesso rilevava la violazione del principio nella circolare dell'area legale di una banca che raccomandava di ottenere dai clienti un consenso «totale» sulle attività necessarie alla prosecuzione del rapporto, su quelle accessorie e sul trattamento dei dati, con ciò coartando la determinazione dell'interessato e violando il principio di specificità del consenso.

[88] È l'ipotesi del c.d. *tying*, ovvero dell'acquisizione del consenso per una precisa finalità. successivamente connessa ad attività e finalità diverse. Cfr. Provvedimento garante 28 luglio 1997, in *Boll.*, I, 1997, n. 1, p. 24, sulla lesione di un diritto politico fondamentale in relazione ad un modulo predisposto dal Comitato promotore di un referendum che rendeva inscindibile la sottoscrizione referendaria dal consenso al trattamento dei dati personali.

[89] Provvedimento 21 ottobre 1997 in *Boll.*, I, 1997, n. 2, p. 21.

[90] Provvedimento Garante 8 settembre 1997, in *Boll.*, I, 1997, n. 2, p. 13.

[91] Così: R. Aloisio e M. Cicala, *Il codice della privacy tutela l'anonimato delle parti nel processo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 3, p. 504.

condizionata la possibilità dell'accesso al sito [92]. E il consenso permette che il dato diventi oggetto di attività organizzate di elaborazione, si trasformi in «merce facilmente inseribile in un processo di produzione destinato a produrre altre merci dello stesso *genus*». L'informazione diventa così «una risorsa di base attraverso la quale creare altre informazioni, utilizzabili a servizio di strategie imprenditoriali» [93]. La persona rischia in tal modo di essere sottoposta a «quella moderna gogna elettronica rappresentata da una perenne presenza in rete di un numero crescente di dati personali» [94].

7. I codici di deontologia e buona condotta, fonte *a latere* della disciplina della *privacy*. Il ruolo del garante

Il problema dell'effettività del diritto alla protezione dei dati personali si pone in modo particolarmente acuto in Internet anche per l'attuale assenza di quell'ulteriore forma di disciplina prevista dal Codice della *privacy*, ed attuata in relazione ad altri settori di trattamento di dati, costituita dal codice di deontologia e buona condotta [95]. L'art. 133, che prevede l'istituzione di tale codice, non è stato ad oggi attuato.

La mancanza non è di poco conto. Mediante tale strumento, espressione di un sistema di *Self-Regulation*, proprio del sistema giuridico statunitense [96], adattato al sistema di *Strict Regulation*, tipico della Unione europea, attraverso l'attribuzione di poteri di verifica e controllo dello stesso ad un'autorità

---

[92] P. Morozzo della Rocca, *Commento all'art. 12*, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *Tutela della privacy*, cit., p. 367; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 284.

[93] C. Camarda, *Mercato delle informazioni*, cit., p. 1057.

[94] *Relazione del Garante 2004*, cit., p. 1.

[95] Sono stati approvati sino ad ora quattro codici di deontologia e buona condotta per il trattamento dei dati personali in relazione ad attività: giornalistiche (*G.U.* 13 agosto 1998, n. 179), effettuate per scopi storici (*G.U.* 5 aprile 2001, n. 80), per scopi statistici e di ricerca scientifica (*G.U.* 1 ottobre 2002, n. 230), in tema di credito al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti (*G.U.* 23 dicembre 2004, n. 300).

[96] Cfr.: S.F. Bonetti, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet:i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 1120. Per l'indicazione dei limiti di una tutela dei dati personali affidati, come avviene negli Stati Uniti, alla autoregolamentazione, v.: B.K. Groemminger, *Personal privacy on the Internet: should it be a Cyberspace entitlement?*, in *36 Ind. L. Rew*, 2003, p. 827.

amministrativa indipendente, si è realizzata in diversi settori di attività privati che presuppongono il necessario trattamento dei dati, una significativa intensificazione della tutela dei diritti della persona [97]. Le regole prodotte dagli stessi operatori del settore, conoscitori più attenti dei singoli problemi settoriali, e sottoposte al controllo e alla verifica del Garante, unite alle norme che in via generale dettano i criteri di correttezza del comportamento nel trattamento dei dati personali hanno fornito al Garante, nei settori in cui si opera l'archiviazione e il trattamento dei dati personali, la possibilità di intervenire dando risalto a quella parte della normativa che maggiormente attua quel diritto alla protezione della sfera privata e relazionale della persona, finalità ultima della intera legge.

Legge che, pur avendo il merito di aver unificato in un testo unico il numero impressionante di leggi, leggine ed altri provvedimenti seguiti all'entrata in vigore della legge n. 675 del 1996, da un verso, sconta l'ambizione di regolamentare l'intero sistema – dalle regole generali alle previsioni particolari disciplinate fin «nei dettagli e nei particolari più volatili» [98] – rendendo al contempo non lineare la tecnica normativa e più facilmente superabile il suo contenuto, per altro verso, mostra profili di inadeguatezza nell'utilizzazione della tecnica del consenso, che può apparire idonea solo se accompagnata da un penetrante controllo sul rispetto da parte dei titolari del trattamento delle regole di necessità, liceità, determinatezza, esattezza, pertinenza fissati agli artt. 3 e 11 del codice. Solo un controllo preventivo ed effettuato tenendo presenti i valori di libertà e dignità della persona può garantire pienamente quel diritto alla protezione dei dati che, per essere effettivo, esige che quella protezione sia dall'ordinamento garantita *a priori* e al di là di un consenso che risente della fragilità e della debolezza dell'utente, *a priori* e al di là dell'appello alla giustizia, che presuppone un cittadino forte e consapevole.

Baricentrica in questo contesto è la figura del Garante che, attraverso le procedure di notifica e informazione previste quali condizioni di esercizio dell'attività di trattamento dei dati, tramite il sistema delle autorizzazioni e delle ispezioni, con la verifica dei codici di deontologia e buona condotta, ed infine attraverso le segnalazioni, i reclami, i ricorsi dell'utente, ha la concreta possibilità di garantire la reale attuazione delle regole di un gioco corretto e

---

[97] I lati positivi del sistema pluridisciplinare introdotto con il codice della *privacy* sono illustrati da C. D'AGATA, *«Self» e «Strict» regulation: il trattamento via Internet dei dati personali nell'approccio «pluridisciplinare» di tutela introdotto dal codice della privacy*, in *Dir. inf.*, 2004, 883 ss.

[98] M. GRANIERI, *La tutela dei diritti nella normativa sul trattamento dei dati personali: un bilancio provvisorio*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 827.

trasparente, che, vivificate da un costante controllo sulla loro effettività, non affidino al solitario consenso dell'utente la realizzazione del diritto alla protezione dei dati personali.

Al di là delle perplessità e dei dubbi sollevati in relazione all'istituzione di un'autorità indipendente, che, caratterizzata da una piena autonomia amministrativa e dalla totale indipendenza dall'apparato di governo e di indirizzo politico, e dotata di poteri normativi, amministrativi e giurisdizionali, costituisce «sfida ai principi più riveriti degli ordinamenti moderni»: dal principio di unitarietà di azione dei pubblici poteri, al principio di democraticità degli ordinamenti ed infine a quello di tripartizione dei poteri [99], non si può non rilevarne l'essenzialità in un settore in cui la tutela del diritto fondamentale alla *privacy*, che compendia e presuppone la garanzia della libertà e della dignità umana, esige non solo che la stessa venga assicurata, per così dire, a valle, nel momento in cui la lesione si è verificata attraverso la tutela giurisdizionale, ma che ad essa sia assicurata protezione, a monte, attraverso un'attività di controllo e monitoraggio effettuato da esperti, che, si ammonisce, devono essere pure saggi, trasparenti e responsabili [100].

Sembra questa una strada attraverso cui il diritto che oggi, dalla legge e dalla Carta di Nizza, è definito, non più diritto alla riservatezza né all'autodeterminazione informativa né al controllo sul trattamento dei propri dati personali, ma diritto «alla protezione» della propria sfera privata può esplicare tutte le potenzialità in esso racchiuse, che trovano alimento e nutrizione nel necessario aggancio agli artt. 2 e 3, secondo comma, della nostra Carta costituzionale.

E l'attività del Garante in questi anni, pur di fronte ad una legge carica di eccessive previsioni, quasi rivincita di un esasperato e improduttivo positivismo sordo all'esigenza autorevolmente manifestata di una legislazione *soft* per principi, pur di fronte ai tentativi di letture riduttive in funzione della tutela di interessi economici che si presumono lesi da una solida difesa della persona, è stata ispirata a saggezza e tesa all'attuazione dei principi di dignità, libertà, eguaglianza, che, presenti nelle varie Carte costituzionali, riempiono di contenuto quel diritto alla protezione dei dati personali sancito dalla legge e costituiscono la bussola attraverso cui conformare i diritti delle persone, sminuzzati, sezionati, decomposti in una miriade di norme di dettaglio. È stato detto che «libertà e diritti sono, insieme, forti e fragilissimi. Vivono non nelle forme giuridiche alle quali sono affidati, ma nelle capacità di uomini e

---

[99] V., per tutti S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., p. 23 ss., che descrive l'impatto costituito dalle autorità indipendenti sul modello di organizzazione dello Stato, e ne segnala i limiti.

[100] S. CASSESE, *op. cit.*, p. 27.

istituzioni di dare ad essi attuazione, di difenderli contro insidie e attacchi ai quali sono incessantemente esposti» [101].

Peraltro, anche in ambito europeo, nonostante che l'armonizzazione delle varie legislazioni sui dati personali perseguita dalla direttiva 95/46/CE abbia di mira la doppia finalità della tutela dei diritti fondamentali e della realizzazione del mercato interno [102], l'interpretazione adottata dalla giurisprudenza della CGCE sembra privilegiare la prima delle due riconoscendo proprio nei diritti fondamentali una «ragione imperativa» idonea a limitare la libera circolazione delle merci [103]. Laddove lo scontro si è posto tra un interesse generale all'informazione e la tutela del diritto alla *privacy*, la decisione della CGCE, facendo esplicito riferimento l'art. 8 della Cedu, è stata nel segno del bilanciamento [104].

Ritorna il tema dell'appello ai giudici e alla *Drittwirkung*, prezioso strumento per ricomporre ad unità la frastagliata moltitudine delle norme, per ricostruire una tutela giurisdizionale che, ispirata e guidata dagli indivisibili valori di dignità, eguaglianza, giustizia, libertà, restituisca l'immagine di una persona indivisibile, tutelata e difesa nella unicità derivante dalla sua umanità.

8. I limiti e le lacune della disciplina sulla tutela della *privacy* in Internet

I problemi rimangono ancora tuttavia del tutto aperti in relazione alla tutela della *privacy* su Internet: la mancata adozione del codice di deontologia, la incontrollabile produzione di sempre nuovi strumenti tecnologici, i pressanti interessi di mercato che dalle informazioni traggono linfa vitale per la loro sopravvivenza ed espansione ed infine lo sfuggente e inafferrabile spazio virtuale in cui lo scambio delle informazioni avviene, tracciano un quadro di cui, di norma, si segnalano i pericoli, ma che ancora manca di soluzioni appaganti.

Le norme contenute nel Titolo X del Codice della *privacy*, intitolato Comunicazioni elettroniche, riferite sia alle comunicazioni nel mondo della

---

[101] *Relazione del Garante 2004*, cit., p. 7.

[102] Cfr. A. Di Martino, *La protezione dei dati personali*, cit., p. 416.

[103] Sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00 del 12 giugno 2003.

[104] Sentenza 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, in *Foro it.*, 2003, IV, 310, con nota di A. Palmieri.

telefonia che a quelle del mondo della rete Internet, danno attuazione alla direttiva 2002/58/CE [105], intervenuta per adeguare la precedente direttiva 97/66/CE «agli sviluppi verificatisi nei mercati e nelle tecnologie dei servizi di comunicazione elettronica, al fine di fornire un pari livello di tutela dei dati personali e della vita privata agli utenti dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, indipendentemente dalle tecnologie utilizzate».

Lo sforzo del legislatore europeo di trovare un punto di equilibrio tra esigenze del mercato e tutela della sfera personale dell'utente è evidente, ma il risultato appare deludente. L'*incipit* delle norme del codice che attua la direttiva europea, riferibili specificamente alle comunicazioni su Internet, contiene quasi sempre un divieto o l'imposizione di un comportamento teso a garantire la sfera di riservatezza dell'utente, ma nello svolgersi dei successivi commi si rintraccia inesorabilmente l'eccezione alla regola generale, normalmente attuabile attraverso diverse modalità di adesione da parte del navigatore, che ne accentuano o diminuiscono la tutela: si va dal «consenso informato», al «consenso revocabile», al «diritto di opporsi». Così:

> L'art. 122 pone, al primo comma, il divieto generale di usare la rete di comunicazione elettronica «per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di … un utente, per archiviare informazioni o monitorare le operazioni dell'utente» ma, al secondo comma, demanda al futuro codice di deontologia il compito di disegnare i presupposti e i limiti dell'utilizzo della rete vietato nel primo comma, a condizione che gli scopi siano legittimi e venga manifestato il consenso espresso e informato dell'utente. Si attua in tal modo la consacrazione legislativa dei *cookies*, o marcatori, utilizzati per tracciare quel profilo del navigatore, tanto più utile al mercato, quanto più lesivo della dignità dell'utente.
>
> L'art. 123 impone, al primo comma, la cancellazione o la trasformazione in forma anonima dei dati relativi al traffico trattati dal fornitore di un servizio di comunicazione elettronica e ne consente, al secondo comma, la conservazione per un periodo non superiore a sei mesi per consentire il mantenimento della documentazione in relazione ad eventuali contestazioni relative ai pagamenti, ma, al terzo comma, rende indefinita tale durata, ancorandola ad un non ben precisato periodo di tempo, quello cioè che risulta necessario «ai fini di commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi di valore aggiunto», sempre che l'utente abbia manifestato il proprio consenso, «revocabile in ogni momento».
>
> L'art. 130 infine fissa, al primo comma, la regola del preventivo consenso

[105] Cfr. G. CASSANO e M. EQUINO, *Il trattamento dei dati personali alla luce della direttiva 2002/58/CE*, in *I contratti*, 2003, n. 4, p. 411 ss.

(c.d. *opt in*) per l'invio di *e-mails* (c.d. *spamming*) [106] «a fini di comunicazione commerciale, vendita diretta, invio di materiale pubblicitario» [107], ma, al quarto comma, ammette l'uso delle coordinate elettroniche del cliente per finalità di *direct marketing*, a condizione che tale utilizzo avvenga «nel contesto della vendita di un bene o servizio» e riguardi «servizi analoghi a quelli della vendita» [108]. In questo caso al sistema del consenso preventivo si sostituisce il «diritto di rifiuto» o di opposizione dell'interessato.

Nel settore dove più vive e pressanti emergono le esigenze del mercato più deboli e fragili si fanno le difese della persona, affidate dalla legge ad un consenso su cui pesa, oltre che la già denunciata asimmetria informativa, il rischio di una compressione della libertà, ogni qual volta il titolare del trattamento condizioni, ad esempio, l'accesso al sito all'accettazione del *cookiee* [109]; affidate, in altri casi, ad un rifiuto, definito anche «diritto di uscita» [110], che presuppone o una inconsapevole entrata della persona nella Rete o una «libera entrata» degli operatori tecnologici e commerciali nella sfera personale del soggetto.

Sfera personale che, in questo particolare settore, viene con fatica tutelata dagli interventi del Garante, che pur pronunciandosi più e più volte in relazione a violazioni della libertà e consapevolezza del consenso [111] sconta tuttavia i problemi nascenti dalla indeterminatezza dello spazio virtuale in cui la

---

[106] Sul fenomeno, la cui denominazione nasce da uno *skecth* di una nota serie televisiva americana in cui un cliente di un ristorante non riesce a comunicare con la cameriera perché altri avventori gridano in continuazione il nome di una carne di maiale in scatola, *spiced ham*, che, contratto, diventa *spam*, cfr.: F. DI CIOMMO, *Lo spamming: dalle reti telematiche alle aule dei tribunali*, in *Foro it.*, 2004, I, 2909 ss.; D. DIURISI e A. LISI, *E.mail: strumento di informazione, di comunicazione e di promozione*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Milano, 2002, p. 956 ss.

[107] La materia è regolata anche dal D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 sul commercio elettronico, che tuttavia ora è dichiarato espressamente inapplicabile per gli aspetti relativi alla protezione dei dati personali: Provvedimento Garante 29 maggio 2003, *www. garanteprivacy.it*. Cfr. M. DONA e E. QUAGLIATO, *Il decreto sul commercio elettronico: un inestricabile groviglio legislativo*, in *Dir. e gius.*, 2003, n. 17, p. 74 ss.

[108] Importante apertura ad un mercato che intende sempre più avvalersi delle comunicazioni elettroniche per la commercializzazione di beni e servizi. Cfr.: C. D'AGATA, *op. cit.*, p. 898.

[109] C. D'AGATA, *op. cit.*, p. 897.

[110] L'espressione è usata da S. RODOTÀ nella *Relazione del Garante 2004*, cit., p. 3.

[111] Cfr. i provvedimenti a carattere generale: Parere Garante 29 maggio 2003, «*Spamming, Regole per un corretto invio delle e-mail pubblicitarie*», in *www.garanteprivacy.it*; Provv. Garante 19 giugno 2002, in *Boll.*, VI, 2002, n. 29, p. 67; e, in tema di comunicazione elettorale via Internet: Provv. Garante 11 gennaio 2001, in *Boll.*, V, 2001, n. 16, p. 39.

protezione dei dati deve avvenire, dalla proliferazione degli *escamotages* tecnologici attraverso cui l'aggressione si compie, dalla assenza di un codice deontologico che presuppone la collaborazione e l'apporto di esperienza tecnica degli stessi operatori del settore, dal problema, in ultima analisi, di governare la naturale anarchia del mercato che, potenziata dallo spazio, privo di frontiere e sfuggente alle regole, di Internet, accetta solo quei limiti funzionali alle sue stesse strategie di impresa.

Questa situazione, sulla quale non è certo «calata la sera» delle compiute riflessioni, determina l'affannosa ricerca delle soluzioni, rinvenute negli stessi strumenti tecnologici che possono difendere la *privacy* dagli assalti della stessa tecnologia [112], nella redazione del codice di deontologia e di buona condotta, nella accresciuta consapevolezza dei soggetti, nella diffusione della stessa cultura della *privacy*. Il ventaglio delle possibili soluzioni, forse tutte necessarie, mostra tuttavia la grande difficoltà in cui si muove chi deve fronteggiare una delicata fase di transizione: attento a non ostacolare il progresso di una tecnologia che ha proiettato l'uomo nel mondo rendendo possibile un arricchimento culturale e spirituale mai fino ad ora raggiunto, ma attento, al contempo a far si che le nuove possibilità non vengano utilizzate a nocumento della stessa persona; consapevole della necessità che l'economia si espanda, ma conscio della difficoltà di porre e far rispettare nello spazio virtuale quelle regole, alle quali la logica economica è insofferente, ma di cui il cittadino ha vitale bisogno.

In un mare tanto agitato il giurista può solo prospettare l'appello ai valori contenuti nelle Carte costituzionali, unica bussola di orientamento per tentare di non far naufragare ciò che si ha comunque il dovere di salvare: la persona.

9. Protezione dei dati personali e tutela della dignità

È stato detto che l'impatto delle tecnologie sul patrimonio di diritti e libertà proprio di ciascun individuo «non implica soltanto un confronto continuo tra le specifiche forme di trattamento dei dati personali ed i singoli diritti e libertà», ma «impone una ricostruzione di libertà e diritti aderente all'ambiente tecnologico nel quale vengono esercitati» [113]. Le «nuove zone di

---

[112] V. *supra*, par. 4.

[113] *Relazione del Garante*, cit., p. 5. In essa si segnala la necessità di reinterpretazione del quadro costituzionale in ragione dei nuovi problemi legati all'ambiente tecnologico in cui

pericolo» legate all'evoluzione della società impongono dunque non solo la formalizzazione di «nuovi» diritti, come nel caso del diritto alla protezione dei dati personali che trova consacrazione costituzionale nell'art. 8 della Carta di Nizza, ma una interpretazione conformativa dei classici diritti di libertà. Esse esigono altresì una lettura unitaria tanto dei diritti classici e «sicuri» quanto di quelli nuovi, nel tentativo di disegnare una tutela globale ed effettiva della persona [114]. Lettura unitaria che sembra posta a fondamento della Carta di Nizza sia attraverso la solenne proclamazione della indivisibilità dei valori in essa protetti, posta nel Preambolo, sia nella scelta di configurare la dignità umana non come diritto attribuito ai soggetti, ma quale espressione del «valore intrinseco» della persona umana [115], che trascende ogni situazione o condizione in cui l'uomo viene a trovarsi e, in quanto tale, costituisce matrice e fondamento dell'intero sistema dei valori protetti dalla Carta [116], chiave interpretativa per la determinazione della estensione e dei limiti dei diritti fondamentali [117].

Il naturale significato storico-politico connesso alla proclamazione della inviolabilità della dignità come espressione della centralità e unicità della persona, che risente delle tragiche vicende di un recente passato, non è più, in questa prospettiva, sufficiente a delineare tutte le potenzialità insite nel valore giuridico della dignità: non solo cortina di difesa, mai rinunciabile, dell'individuo contro le prevaricazioni provenienti dall'arbitrio dei pubblici

---

l'uomo opera: dalla libertà di associazione a quella personale, di manifestazione del pensiero, di circolazione, di comunicazione.

[114] P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, pp. 50-51.

[115] La dignità viene definita «qualità intrinseca della condizione umana» da A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 344.

[116] Il problema circa la natura della fattispecie di cui all'art. 1 della Carta: diritto soggettivo autonomo o norma di diritto oggettivo, fondamento del sistema dei valori in essa protetti, è dibattuto nella dottrina tedesca: la formulazione dell'art. 1 della Carta di Nizza richiama quasi letteralmente infatti l'art. 1 della Costituzione di Bonn. Cfr.: M. OLIVETTI, *Commento all'art. 1*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Euuopa dei diritti*, cit., p. 45. Sottolinea la diversa qualificazione attribuita al principio di dignità – ora «diritto fondamentale alla dignità», ora «principio generale del diritto» – da parte della Corte di Giustizia, F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel «Diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 611.

[117] Avverte del rischio che la garanzia del rispetto della dignità – soprattutto quando il suo contenuto viene determinato, sulla base di un modello oggettivante, dal giudice – «diventi uno strumento di compressione per imporre modelli valoriali di comportamento, con la conseguenza di restringere indebitamente spazi di libertà degli individui»: F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., p. 609, che sottolinea il possibile contrasto tra dimensione soggettiva e oggettiva di dignità.

poteri, ma, come è stato sottolineato, pretesa nei confronti dello Stato affinché impedisca le lesioni ad essa inferte da terzi [118], pretesa valevole al di là delle proiezioni della stessa dignità, rinvenibili in specifiche disposizioni costituzionali statali (artt. 3 secondo comma, 36 primo comma e 41 secondo comma) e europee (artt. 25 e 31, par. 1) [119].

In questa prospettiva, il «nuovo» diritto alla protezione dei dati personali esige non solo l'ovvio collegamento con l'art. 15 Cost., che, nel sancire l'inviolabilità «di…ogni forma di comunicazione», consacra essenzialmente uno *status negativus* del soggetto nei confronti dello Stato, ma delinea, attraverso il termine «protezione», la prefigurazione di uno *status positivus*, che presuppone e sottende la pretesa di tutela di ulteriori valori, ed, in particolare, del principio di dignità che, non consentendo che l'individuo possa, ai fini della raccolta dei dati, subire la degradazione di essere trattato come oggetto [120], attribuisce allo stesso il diritto ad essere protetto. «La dignità umana si trasforma» così «in un mandato costituzionale attivo (in un «obbligo relativo ai diritti fondamentali») per lo Stato» [121] che, nell'attuale fase storica in cui il danno per il bene costituzionale della dignità umana proviene in grande parte dai molteplici gruppi di potere allignati nella società, deve creare i presupposti affinché la dignità dell'uomo non venga da questi violata. Il contenuto del «nuovo» diritto alla protezione dei dati personali, sancito all'art. 1 del Codice della *privacy* e, prima ancora, dall'art. 8 della Carta di Nizza, letto alla luce dell'art. 1 della stessa, che, come detto, configura la dignità umana come valore intangibile, presupposto e, al contempo, chiave interpretativa e unificante di tutti i diritti fondamentali, acquista il volto di libertà positiva, di pretesa nei confronti dello Stato affinché il suo intervento impedisca che il soggetto, protetto solo dalla debole arma del consenso, non si senta «nudo e debole» [122] di fron-

---

[118] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1992, p. 47 ss.; P.F. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. SICLARI (a cura di) *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, p. 45. Critico sulla sostanziale possibilità, offerta dalla Carta di Nizza, di una pari realizzazione dei diritti di libertà positivi proclamati: G.U. RESCIGNO, *La Carta dei diritti come documento*, *ivi*, p. 14 ss.

[119] A. RUGGERI e A SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 347; OLIVETTI, *Commento*, cit., p. 42; v. invece A. PACE, *Problematica delle liberta costituzionali*, cit., pp. 47-48.

[120] Il riferimento è alla nota «formula oggetto» di G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, p. 121, per il quale: «la dignità umana è violata quando l'individuo concreto è svilito ad oggetto, a un puro mezzo, ad un elemento sostituibile».

[121] P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti*, cit., p. 60.

[122] L'espressione è di S. RODOTÀ, *Relazione del Garante*, cit., p. 2.

te alle incursioni tecnologiche dei poteri privati nella sua sfera privata, acquista la valenza di rilevante supporto all'attività di chi amministra giustizia che, in attesa di una normativa adeguata agli infiniti problemi posti dalla comunicazione nello spazio virtuale costituito da Internet, ritrovi, nella ricostruzione del *puzzle* normativo, quella tutela che aiuti il soggetto a mantenere la sua integrità di persona.

Il giudice nazionale come giudice comunitario *

di *Francisco Fernández Segado*

SOMMARIO: 1. L'ordinamento giuridico comunitario. I suoi principi strutturali. – 2. Il controllo di «comunitarietà» dell'ordinamento interno effettuato dai giudici nazionali. Le sue conseguenze. – 3. La «questione pregiudiziale». La sua funzione nel Diritto comunitario. – 4. Gli organi giurisdizionali con facoltà di sollevare una questione pregiudiziale. – 5. Gli organi giurisdizionali che hanno l'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale e le conseguenze della sua inosservanza.

1. L'ordinamento giuridico comunitario. I suoi principi strutturali

I. Nella sua celebre sentenza *Van Gend & Loos* (5 febbraio 1963), la Corte di giustizia delle Comunità Europee ritenne che la Comunità costituiva «un nuovo ordinamento giuridico di Diritto internazionale (…), i cui soggetti sono non solo gli Stati membri, bensì anche i loro cittadini»; di conseguenza il Diritto comunitario, autonomo rispetto alla legislazione degli Stati membri, «come crea obblighi a carico dei singoli, è destinato anche a generare diritti che si inseriscono nel loro patrimonio giuridico». Ciò presupponeva il riconoscimento del fatto che l'ordinamento giuridico comunitario aveva il compito di instaurare rapporti non solo tra lo Stato ed i suoi cittadini, ma anche tra questi.

In un'altra non meno nota sentenza, quella emessa nel caso *Flaminio Costa contro ENEL – Ente Nazionale dell'Energia Elettrica* – (15 luglio 1964), la Corte rilevò che «a differenza dei Trattati internazionali ordinari, il Trattato della CEE aveva creato un ordinamento giuridico proprio, integrato nel sistema giuridico degli Stati membri (…) che vincola i suoi organi giurisdizionali».

Sostituendo con la definizione di «ordinamento giuridico proprio» quella

* Traduzione di Sabrina Ragone.

di «nuovo ordinamento giuridico di Diritto internazionale» all'inizio usata dalla Corte, questa, come ha sostenuto Guy Isaac, voleva sottolineare in particolar modo l'autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto all'ordinamento giuridico internazionale e rimarcare l'avanzato grado di centralizzazione nella creazione delle norme ed intendeva anche, probabilmente, rilevare, come ha affermato Paul Craig, la diversa posizione giuridica degli individui nei confronti del Diritto comunitario, dal momento che, nell'ambito del Diritto internazionale pubblico, per lo meno da alcuni anni, i singoli non acquisivano più diritti nemmeno nei casi in cui erano chiaramente i beneficiari delle norme stabilite da un Trattato internazionale: situazione, questa, ben differente da quella derivante dal Diritto comunitario.

In definitiva, il Diritto comunitario, oltre ad essere un ordinamento giuridico autonomo, con un proprio sistema di produzione normativa, possiede una forza specifica di penetrazione all'interno dell'assetto giuridico interno degli Stati membri, derivante dalla sua stessa natura, che si manifesta nei due principi che fondano le relazioni tra il Diritto comunitario ed i Diritti nazionali: quello di efficacia diretta o di applicabilità immediata e quello della primazia.

II. La Corte consacrò per la prima volta l'efficacia diretta nella già citata sentenza *Van Gend & Loos*, e lo fece oggettivando al massimo la volontà delle parti contraenti, che ritenne volessero coinvolgere non solo i rispettivi Governi, bensì anche i cittadini mediante la ricerca di una unione sempre più stretta fra i popoli. Il fondamento giuridico della sentenza si basa sull'art. 177 del Trattato costitutivo della Comunità, firmato a Roma nel 1957, che prevede la «questione pregiudiziale», «la cui finalità è garantire l'univocità interpretativa del Trattato da parte degli organi giurisdizionali nazionali»; ciò confermava che «gli Stati hanno riconosciuto al Diritto comunitario un'efficacia suscettibile di essere invocata, dai cittadini, davanti a detti organi».

III. Per quanto riguarda la primazia del Diritto comunitario, significa, come è ovvio, che le sue norme prevalgono su quelle nazionali, in modo tale che, in caso di contrasto tra le une e le altre, devono applicarsi quelle comunitarie, qualunque sia il rango delle norme interne, ed indipendentemente da un'eventuale approvazione posteriore, fuori da ogni criterio gerarchico o temporale.

La primazia del Diritto comunitario deriva direttamente dal suo effetto diretto; è naturale che questo sarebbe notevolmente sminuito se le norme comunitarie potessero vedersi sostituite da altre contrarie di emanazione statale. Pertanto, tale prevalenza è la conseguenza logica dell'efficacia diretta.

IV. Problema diverso è quello che deriva dall'ordinamento costituzionale degli Stati membri, il cui valore normativo superiore è tuttora difeso dai Tribunali costituzionali o dagli organi di vertice dei sistemi giurisdizionali nazionali. Il fatto è che, come direbbe Alonso García, una questione è che il parametro di validità del Diritto comunitario derivato debba essere lo stesso ordinamento giuridico comunitario – e non quelli nazionali –, con i Trattati costitutivi al suo apice, ed un'altra è che questi ultimi si impongano rispetto alla loro ragion d'essere, che altro non è se non la cessione di sovranità operata dagli Stati membri nel rispetto delle proprie Carte costituzionali. Ciò, in ogni caso, esige un'interpretazione integrativa del livello giurisdizionale più alto: necessita, cioè, di una interpretazione *pro constitutione* dei Trattati da parte della Corte di Lussemburgo e di una interpretazione *pro communitate* delle Costituzioni da parte dei rispettivi Tribunali costituzionali o supremi degli Stati membri.

2. Il controllo di «comunitarietà» dell'ordinamento interno effettuato dai giudici nazionali. Le sue conseguenze

I. La dottrina della Corte di giustizia sulla primazia del Diritto comunitario ha come destinatari primigeni i giudici nazionali; questo, tuttavia, non emergerà nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo fino alla seconda sentenza relativa al caso *Simmenthal*, nel marzo del 1978.

Certamente non mancano autori, come Ferreres in Spagna, che ritengono che *a priori* il principio della primazia non determinava di per sé quale dovesse essere il meccanismo giurisdizionale con il quale far fronte ad una legge nazionale contraria al Diritto comunitario.

Tuttavia, secondo il nostro punto di vista, il fatto che la Comunità – oggi Unione – si limiti sostanzialmente alla creazione di norme generali ed astratte e che, coerentemente con questo, vi sia una sostanziale decentralizzazione dell'esecuzione amministrativa del Diritto comunitario e del suo controllo giurisdizionale, rendeva inevitabile la collaborazione dei giudici nazionali, comportando di conseguenza il loro ruolo da protagonisti in quello che potremmo denominare «controllo di comunitarietà», ancor di più se si considera che la Corte di giustizia dispone di una competenza limitata, relativa solo alle materie che le sono attribuite dai Trattati in modo espresso.

Se a tutto ciò si aggiunge che il Diritto comunitario – e si tratta, per lo più, di dottrina della Corte –, inserendosi nei sistemi giuridici degli Stati membri, crea diritti che entrano nel patrimonio giuridico dei singoli, con la logica conseguenza che tale Diritto può invocarsi da parte dei cittadini europei, la con-

clusione è evidente: il giudice comunitario di diritto comune è il giudice nazionale.

Già nelle sue prime sentenze la Corte mostrò, implicitamente per lo meno, quale dovesse essere il ruolo del giudice nazionale come giudice comunitario, sottolineando (nella sentenza *Commissione contro Francia* del 4 aprile 1974) che le autorità interne erano ormai obbligate a proteggere i diritti conferiti dall'ordinamento comunitario ai cittadini.

Fu, comunque, nella già citata sentenza del caso *Simmenthal* che la Corte trasse, dalla combinazione tra il principio della primazia e quello dell'effetto diretto, alcune conseguenze che, come affermato da Ruiz-Jarabo, si spingono molto oltre rispetto a quelle che deriverebbero solo dal primo dei due principi; dopo la sentenza *Simmenthal*, infatti, le norme comunitarie ricevono *ipso iure* lo statuto di diritto positivo nell'ordine giuridico interno dei paesi membri. In ragione della loro superiorità nella gerarchia normativa, esse devono essere applicate dal giudice nazionale, nonostante l'esistenza di qualsiasi altra norma interna contraria. Questa teoria si è rivelata di grandissima importanza.

La disapplicazione è, dunque, la soluzione che deve adottare il giudice nazionale di fronte alle norme interne contrarie al Diritto comunitario. In teoria, questa soluzione si applica indipendentemente dal fatto che la norma statale sia anteriore o posteriore rispetto all'entrata in vigore della norma europea con cui è in contrasto. Tuttavia, stando così le cose, nella stessa sentenza, come abbiamo evidenziato in una precedente occasione, la Corte di giustizia sembra suggerire una soluzione più drastica rispetto alle norme nazionali posteriori, ritenendo che la prevalenza produca l'effetto di «impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui sono incompatibili con le norme comunitarie» ovviamente anteriori. Questa precisazione dà l'idea di mirare ad una radicale assenza di efficacia giuridica per queste norme di diritto interno.

II. L'enorme impatto di questa posizione dottrinale sul sistema costituzionale degli Stati membri è stato sottolineato in maniera unanime dagli autori che si sono occupati del tema. Si può così parlare di una modificazione di fatto dei sistemi costituzionali nazionali, che sarebbe data da quella che Theo Ohlinger denomina «americanizzazione strutturale del Diritto europeo continentale», la quale è il risultato del cambio del ruolo dei tribunali, che da organi incaricati dell'applicazione delle norme create dai Parlamenti si trasformano in addetti al controllo, alla revisione delle stesse. Perciò, la tradizionale equiparazione euro-continentale tra Diritto e Legge, già discutibile sotto il profilo teorico-giuridico, smette di valere anche dal punto di vista pragmatico.

Per il resto, simile concezione di «controllo di comunitarietà» ha un forte

impatto sugli stessi presupposti su cui si basa il «controllo di costituzionalità» in quei sistemi in cui detto controllo si concentra in un unico organo, in Europa e – anche se, per fornire un esempio contraddittorio – non in molti paesi dell'America Latina, dove di norma opera una Corte costituzionale. Troviamo qui un nuovo argomento a sostegno della tesi, altrove sostenuta, della necessità di abbandonare la tradizionale contrapposizione paradigmatica che da decenni viene utilizzata per lo studio comparato dei diversi sistemi di giustizia costituzionale, che si fondamenta, come è noto, sulla bipolarità sistema americano/sistema europeo kelseniano, o, più impropriamente, sulla contrapposizione sistema diffuso/sistema accentrato.

Sicuramente potrebbe difendersi la tesi secondo cui anche il «controllo di comunitarietà» è, in larga misura, un controllo accentrato, dal momento che nel Diritto comunitario esiste uno strumento analogo all'istituto processuale della «pregiudizialità», conosciuto in Spagna come *cuestión de inconstitucionalidad* e che, con svariate denominazioni, ritroviamo, tra gli altri, in Germania, Austria, Belgio, Italia, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca o Spagna. Tale strumento processuale comunitario sarebbe stato logicamente la «questione pregiudiziale», inizialmente prevista dall'art. 177 del Trattato di Roma, poi dal 234 del Trattato della Comunità Europea, con le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, e, guardando al futuro, dall'art. III-274 della Costituzione europea.

Dal momento che ci occuperemo più avanti della questione pregiudiziale, ci limiteremo ora a rilevare al riguardo che, benché sia evidente che la questione pregiudiziale sia una tecnica centralizzatrice che tende a concentrare nella Corte di giustizia il «controllo di comunitarietà», le differenze che tale tecnica ci mostra rispetto alla «questione di costituzionalità» sono più che rilevanti. Pensiamo soltanto ad una delle varie differenze che si possono notare: mentre i Tribunali costituzionali, in generale, si pronunciano su un eventuale contrasto tra legge statale e Costituzione, eccezion fatta per alcuni tipi peculiari di sentenza, come, ad esempio, quelle interpretative, la Corte di Lussemburgo si limita ad emettere pronunce riguardanti l'interpretazione del Diritto comunitario, avendo espressamente ritenuto, con reiterata giurisprudenza, che la verifica della compatibilità della legislazione nazionale con il Diritto comunitario potrebbe equivalere ad una applicazione del medesimo, compito riservato al giudice nazionale, motivo per il quale la Corte ritiene di doversi limitare a fornire a questo gli elementi necessari per chiarire il senso e la portata delle norme. Ciò si traduce, come sostiene Ruiz-Jarabo, nel fatto che i giudici nazionali sono «sovrani» nel proprio ordine giuridico per quanto attiene al Diritto comunitario. Riteniamo che, da quanto abbiamo esposto, emerga una notevole differenza tra i due istituti processuali a cui ci riferivamo.

Del resto, il «controllo di comunitarietà» che compiono i giudici naziona-

li può essere aggiunto come ulteriore elemento rispetto ad altri che rivelano il progressivo slittamento del controllo di costituzionalità della legge al controllo effettuato in occasione dell'applicazione, tratto tendenziale che a sua volta è intrinsecamente collegato con il ruolo sempre più essenziale di una giurisdizione costituzionale della libertà, coerentemente con la posizione privilegiata e con la centralità che diritti e libertà hanno nelle Carte costituzionali del nostro tempo.

III. Il «controllo di comunitarietà» affidato ai giudici nazionali ha provocato, d'altra parte, come ricorda lo stesso Ruiz-Jarabo, quella che è stata chiamata «la ribellione dei giudici inferiori contro i loro superiori», perché la Corte, consapevole del fatto che le decisioni dei tribunali di ultima istanza non permetterebbero di assicurare pienamente l'applicazione integrale del Diritto comunitario nell'ordinamento interno, invita «ogni giudice nazionale competente» a disapplicare «per la sua propria autorità» qualsiasi legge statale, anche posteriore, incompatibile con il Diritto comunitario.

Quanto precede si è sommato al progressivo rafforzamento del carattere comunitario dell'abilitazione all'esercizio di competenze giurisdizionali da parte dei giudici nazionali. Tale circostanza trova la sua ragion d'essere nel fatto che i giudici nazionali sono obbligati, logicamente, ad esercitare le proprie funzioni nei limiti della legislazione processuale del proprio Paese, cosa che, in determinate occasioni, può persino condizionare la piena efficacia del Diritto comunitario. In questa situazione, l'accentuarsi della «comunitarietà» del suddetto titolo abilitante può contribuire al superamento dei condizionamenti a cui ci si è riferiti. Un esempio significativo è costituito dalla decisione della Corte di giustizia nel caso *Margherite Johnston versus Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary – autorità competente per la nomina dei membri ausiliari delle forze di polizia dell'Irlanda del Nord* – (sentenza 15 maggio 1986). Secondo la Corte, la Direttiva 76/207, il cui art. 1 contempla l'applicazione del principio di uguaglianza tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, obbliga gli Stati membri ad introdurre nel proprio ordinamento giuridico interno le misure necessarie perché chiunque si consideri vittima di una discriminazione «possa far valere i propri diritti per via giurisdizionale» (art. 6 della Direttiva). Interpretando la citata norma alla luce di tale principio di controllo giurisdizionale, principio basilare comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, la Corte di giustizia ritiene che «chiunque ha diritto ad un ricorso effettivo davanti all'organo giurisdizionale competente contro quegli atti che, a suo parere, siano in contrasto con la parità di trattamento tra uomini e donne» prevista dalla citata Direttiva. Si può parlare, pertanto, a nostro giudizio, di un diritto comunitario alla tutela giudiziale effettiva, che ci si presenterebbe come l'espressione di un principio

generale del Diritto comunitario derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Questa posizione sarebbe stata poi notevolmente rafforzata dall'importante sentenza emessa nel caso *Factortame* (sentenza 19 giugno 1990), nella quale la Corte di Lussemburgo avrebbe ritenuto che «compete agli organi giurisdizionali nazionali, in virtù del principio di cooperazione stabilito dall'art. 5 del Trattato, provvedere alla protezione giuridica che deriva dall'effetto diretto delle disposizioni di Diritto comunitario».

In definitiva, la giurisprudenza esposta corrobora quanto è stato sostenuto finora: i tribunali nazionali hanno giurisdizione generale sulle questioni di Diritto comunitario. Ancora, come ritiene Paul Craig, è stato dimostrato che il ruolo svolto dai tribunali nazionali è stato di inestimabile importanza per la Corte di Lussemburgo. L'applicazione dei precedenti da parte dei tribunali nazionali non solo ha alleggerito il carico di lavoro della Corte di giustizia, ma, cosa ancor più rilevante, ha migliorato l'esecuzione del Diritto comunitario. Di conseguenza, non è fuori luogo affermare che il sistema globale di giustizia all'interno dell'Unione Europea non avrebbe probabilmente funzionato come ha fatto, se non si fosse conferito ai giudici nazionali il compito di applicare l'ordinamento comunitario come diritto proprio.

Lo sdoppiamento del giudice nazionale, che è, insieme, giudice interno e giudice comunitario di diritto comune, provoca comunque un paradosso, derivante dal fatto che qualsiasi cittadino può rivolgersi al giudice, in quanto parte integrante del sistema del Potere giudiziale dello Stato, con la pretesa che questo disapplichi norme di quello stesso Stato dal quale riceve il proprio ruolo giurisdizionale, il che crea difficoltà che possono essere superate solo attraverso la vocazione di integrazione che presenta il Diritto comunitario.

3. La «questione pregiudiziale». La sua funzione nel Diritto comunitario

L'applicazione largamente decentralizzata del Diritto comunitario è l'*ultima ratio* cui risponde l'istituto processuale della «questione pregiudiziale», prevista dall'art. 177 del Trattato di Roma, secondo il quale la Corte di giustizia sarà competente per pronunciarsi, con carattere pregiudiziale: a) sull'interpretazione del presente Trattato, b) sulla validità e l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità, c) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi.

In una Comunità fondamentalmente legislativa qual era la Comunità Eco-

nomica Europea, con un sistema di applicazione del suo ordinamento giuridico compiuto dai giudici nazionali, e perciò notevolmente decentralizzato, l'importanza di salvaguardare l'uniformità del diritto in tutto il suo territorio era essenziale per l'esistenza stessa della Comunità. Come sottolineò il Presidente della Corte di giustizia tra il 1967 ed il 1976, Robert Lecourt, la pietra angolare della Comunità non era che esistesse esclusivamente una norma comune, bensì che tale norma fosse interpretata ed applicata allo stesso modo dai Tribunali degli Stati membri in tutta la loro estensione territoriale. Da ciò deriva l'importanza fondamentale dell'istituto processuale previsto dall'art. 177, la cui funzione primigenia era quella di garantire l'unità del Diritto comunitario nella sua applicazione da parte dei giudici nazionali, auspicando in questo modo una «applicazione uniforme» che, secondo Pierre Pescatore, si riferisce non soltanto al contenuto materiale delle disposizioni di Diritto comunitario, ma anche, ed in particolar modo, all'uniforme determinazione della sua portata, dei suoi effetti e della sua efficacia.

L'art. 177 fu, in certa misura, una formula compromissoria che, evitando di configurare la Corte come un organo giurisdizionale di cassazione a livello europeo – condizione che probabilmente gli Stati membri non avrebbero accettato –, e basandosi su di una sottile distinzione tra applicazione ed interpretazione del Diritto comunitario, finì per stabilire un principio di cooperazione tra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte di giustizia.

Mentre ai primi spetta l'applicazione di tale ordinamento, alla seconda è richiesta l'interpretazione dello stesso, certamente condizionata tanto dai limiti imposti alla Corte dalla formulazione della questione da parte del giudice nazionale quanto dal carattere oggettivo e generale che la Corte deve dare alla propria interpretazione perché questa non rimanga ristretta al solo caso cui si riferisce la questione.

Il principio di cooperazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia, reso possibile dall'art. 177, si sarebbe così trasformato nell'anello essenziale della conservazione della «comunitarietà» o, detto diversamente, dell'uniformità del Diritto contenuto nel Trattato costitutivo e nel successivo diritto derivato.

Già nel caso *Schwarze* (sentenza 1° dicembre 1965), la prima sentenza in cui la Corte si pronunciò sul punto, si attribuì alla questione pregiudiziale la funzione di «garantire l'applicazione uniforme del Diritto comunitario in tutti gli Stati membri». Nel caso *Rheinmühlen-Düsseldorf* (sentenza 16 gennaio 1974), la Corte ritenne che l'art. 177 avesse come scopo quello di garantire al Diritto comunitario, in ogni circostanza, la medesima efficacia in tutti gli Stati della Comunità, dando al giudice nazionale un mezzo per superare le difficoltà derivanti dall'esigenza di conferire piena effettività al Diritto comunitario nel contesto dei rispettivi sistemi giurisdizionali degli Stati membri.

D'altro canto, non va dimenticato che, come ha sottolineato parte della

dottrina (Pescatore, Everling …), la questione pregiudiziale ha una funzione specifica di particolare rilevanza: quella relativa alla protezione giuridica e giudiziale. In effetti, attraverso questo istituto processuale comunitario, si rende effettiva la protezione di diritti ed interessi riconosciuti dall'ordinamento giuridico della Comunità, offrendo agli interessati la possibilità di sottoporre le proprie controversie al giudizio della Corte di giustizia attraverso il giudice nazionale.

Coerentemente, la Corte di Lussemburgo ha difeso un'interpretazione anti-formalista per facilitare la cooperazione giudiziale stabilita dall'art. 177 e, logicamente, con la prospettiva di raggiungere la più efficace protezione giuridica dei cittadini europei.

La prassi rivela l'enorme importanza che nella costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario ha acquisito la questione pregiudiziale. Il profilo giudiziale del Diritto comunitario è aumentato per mezzo di questo istituto processuale e ha avuto come valore aggiunto il notevolissimo protagonismo che la Corte ha acquisito in tale costruzione.

4. Gli organi giurisdizionali con facoltà di sollevare una questione pregiudiziale

L'art. 177 introdusse un'importante innovazione rispetto all'art. 41 del Trattato della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio cui era ispirato. Mentre, in conformità con quest'ultimo, la questione pregiudiziale era un obbligo per qualunque organo giurisdizionale davanti al quale pendesse una controversia relativa alla validità di un atto della Alta Autorità o del Consiglio, l'art. 177 introdusse una distinzione tra la questione pregiudiziale facoltativa, che può sollevare ogni organo giurisdizionale, e quella obbligatoria, da cui non possono esimersi gli organi giurisdizionali di ultima istanza.

Per ora ci riferiremo a quella facoltativa.

La facoltà di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia spetta, ai sensi del secondo comma dell'art. 177, a qualsiasi organo giurisdizionale di uno degli Stati membri. La definizione di cosa si intende con «organo giurisdizionale» ha suscitato svariati problemi. Va segnalato, innanzitutto, che poco importa la denominazione che l'organo ha nel diritto interno, perché, se si lasciasse l'identificazione agli Stati membri, si correrebbe il rischio che interi settori della vita economica e sociale sfuggano al controllo della Corte di Lussemburgo. Secondo noi, pertanto, si può parlare di un concetto comunitario di «organo giurisdizionale».

Per la delimitazione di tale concetto, la giurisprudenza della Corte si è rife-

rita fondamentalmente a due profili: da una parte, all'indipendenza ed all'obbligo di decidere secondo diritto, come criterio distintivo dell'«organo giurisdizionale»; dall'altra, al carattere di organo pubblico collegato allo Stato.

La prima occasione in cui la Corte affrontò il problema fu il caso *Vaassen-Göbbels* (sentenza 30 luglio 1996), frutto di una questione pregiudiziale sollevata da un Collegio arbitrale della Sicurezza sociale dei Paesi Bassi, la cui condizione giuridica fu definita dalla Corte come quella di un organo permanente costituito in conformità con la legislazione nazionale, dotato di una competenza vincolante, sottoposto a norme procedimentali basate sul contraddittorio analoghe a quelle che regolano il funzionamento dei tribunali ordinari, e che deve applicare norme giuridiche.

È vero, però, che la Corte non ha considerato necessaria la presenza contestuale di tutti gli elementi menzionati perché si possa qualificare un organo come giurisdizionale. D'altro canto, come rileva Ruiz-Jarabo, nella successiva giurisprudenza la Corte ha seguito un parametro molto elastico e, in realtà, poco scientifico. Possiamo riscontrare un esempio nel caso *Pretore di Salò* (sentenza 11 giugno 1987), nel quale, nonostante l'ambiguità delle funzioni esercitate dal Pretore nella vicenda che diede luogo alla questione pregiudiziale, che potevano accostarsi, da un lato, a quelle del pubblico ministero, e, dall'altro, a quelle del giudice istruttore, la Corte ammise la questione nella misura in cui «proveniva da un organo giurisdizionale che aveva agito nell'ambito generale del proprio ruolo giudicante, con indipendenza e secondo diritto, in questioni sulle quali la legge gli dava competenza, anche se alcune delle funzioni che spettavano a tale organo nel procedimento che aveva originato la questione pregiudiziale non avevano carattere strettamente giurisdizionale».

In sostanza, il concetto comunitario di «organo giurisdizionale» non comprende soltanto gli organi giurisdizionali ordinari, bensì anche quelli specializzati, come quelli che si occupano dei contenziosi amministrativi, economici, relativi al lavoro ed alla previdenza sociale. Vanno aggiunte a tali organi persino le Corti costituzionali.

Nonostante il fatto che dall'art. 177 si potrebbe dedurre che l'iniziativa per la questione spetti esclusivamente alle parti del processo *a quo*, la Corte di Lussemburgo ha ammesso in ogni momento le questioni pregiudiziali proposte d'ufficio dai giudici, persino contro le obiezioni formulate dall'una o dall'altra parte. Nel caso *CILFIT* (sentenza 6 ottobre 1982), inoltre, la Corte ritenne che l'art. 177 non rappresentasse un mezzo di impugnazione per le parti di una controversia pendente davanti ad un giudice nazionale.

È competenza esclusiva del giudice nazionale anche valutare la pertinenza della questione proposta, ovvero se è necessario, perché si possa giungere ad una sentenza, che la Corte di giustizia si pronunci su un determinato aspetto

di Diritto comunitario. La decisione sulla pertinenza è una prerogativa esclusiva del giudice, nella quale non possono intervenire né le parti della *litis*, né i Governi degli Stati membri, né, naturalmente, la stessa Corte. Quest'ultima si orientò chiaramente in questo senso nel caso *Pigs Marketing Board* (sentenza 29 novembre 1978), rispondendo così ad una obiezione del Governo del Regno Unito, irritato per le questioni sollevate da un giudice di prima istanza dell'Irlanda del Nord.

Della medesima libertà gode il giudice nazionale per quanto riguarda l'ambito materiale della questione.

5. Gli organi giurisdizionali che hanno l'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale e le conseguenze della sua inosservanza

I. In virtù dell'art. 177 si vede obbligato a sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia qualunque «organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno». Come ha sottolineato Pescatore, l'espressione «ricorso giurisdizionale» va inteso nel senso di ricorso ordinario, in altre parole di uno di quelli che possono essere proposti senza particolari requisiti, escludendo pertanto i ricorsi straordinari, come quelli costituzionali o il *recours en revision* francese.

Tale obbligo è giustificato dalla fondamentale rilevanza delle sentenze degli organi citati, che non solo, acquisendo carattere definitivo, non possono essere appellate, ma che, inoltre, creano giurisprudenza a livello nazionale, cosa che potrebbe avere gravi ripercussioni sull'uniformità di applicazione in tutta la Comunità del Diritto comunitario. La norma di cui ci stiamo occupando intende, nello specifico, evitare che si abbiano divergenze giurisprudenziali su questioni di Diritto comunitario all'interno dell'Unione.

La portata di quest'obbligo originò problematiche delicate, dovute alla resistenza di alcuni tribunali nazionali a sottomettersi ai criteri interpretativi della Corte di Lussemburgo: questi, infatti, sostenevano la cosiddetta teoria dell'«atto chiaro» o del «senso chiaro», oppure ancora l'esigenza di un «ragionevole dubbio», secondo cui è indispensabile che sussista anche una reale difficoltà che per sua natura possa infondere il dubbio in uno spirito illuminato, perché l'organo nazionale che decide in ultimo grado si possa considerare obbligato a sollevare la questione pregiudiziale.

La prassi mostra che, attraverso questa teoria, qualunque sia il nome che le si attribuisca, è stata tralasciata la decisione della Corte di giustizia riguardo ad un buon numero di questioni interpretative mediante valutazioni aprioristiche di vari organi giurisdizionali supremi.

La teoria dell'«atto chiaro» prese le mosse da una antica sentenza della *Cour de Cassation* francese (13 maggio 1824), poi sviluppata da Laferrière nel 1896. La nascita di questa teoria è strettamente connessa alla divisione dei poteri tra Esecutivo e Giudiziario in relazione con l'interpretazione dei Trattati internazionali. In Francia, come ricorda Charles Rousseau, in base all'idea che soltanto l'Esecutivo è competente in materia di relazioni internazionali, si sostenne che i Tribunali amministrativi dovessero sospendere ogni pronuncia fino a quando fosse stata data loro una «interpretazione ufficiale» del Trattato del Ministero degli Esteri. Allo scopo di limitare la funzione dell'Esecutivo in questo ambito, con l'influenza che questa le permetteva di esercitare sulla stessa giurisprudenza, i tribunali svilupparono la teoria dell'«atto chiaro», riservandosi la valutazione dell'esistenza o meno di vere difficoltà interpretative e, pertanto, un'ampia discrezionalità.

La proiezione di questa teoria sull'interpretazione del Diritto comunitario da parte di alcuni organi giurisdizionali supremi degli Stati membri – di cui è esempio paradigmatico la sentenza del *Conseil d'Etat* francese del 19 giugno 1964 – portò la Corte di giustizia ad intervenire, in occasione di una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di cassazione italiana riguardo all'interpretazione del terzo comma dell'art. 177, che fu risolta nel già citato caso *CILFIT* (sentenza 6 ottobre 1982). La Corte affronta il problema rilevando che «la corretta applicazione del Diritto comunitario può imporsi in una maniera tale da non lasciare spazio ad alcun dubbio ragionevole sulla soluzione della questione sollevata»; tuttavia, prima di approdare a questa situazione, «l'organo giurisdizionale nazionale deve giungere alla convinzione che la stessa evidenza sussisterebbe ugualmente per gli organi giurisdizionali nazionali degli altri Stati membri, così come per la Corte di giustizia». Solo in presenza di queste condizioni l'organo giurisdizionale nazionale potrà esimersi dal sottoporre la questione alla Corte e risolverla sotto la propria responsabilità.

La necessità di raggiungere tale sorta di certezza intersoggettiva, che richiede che il tribunale nazionale consulti la giurisprudenza rilevante degli organi giurisdizionali degli altri Stati membri, sembra decisamente accademica, dato che in realtà, secondo la maggior parte della dottrina, ciò che implica la sentenza *CILFIT* è che la Corte ha fatto sua la teoria dell'«atto chiaro», forse dotandola di qualche garanzia ulteriore.

La realtà, d'altra parte, rivela che dietro la teoria dell'«atto chiaro» si nasconde un problema che riguarda l'efficacia del Diritto comunitario. Di fatto, come sostiene Pescatore, gli organi giurisdizionali nazionali rare volte si sono avvalsi della teoria dell'«atto chiaro» o dell'inesistenza di un «ragionevole dubbio» per evitare di rimettere inutilmente la questione; nella maggioranza dei casi, è stato utilizzato l'argomento con uno scopo del tutto diverso:

per risolvere unilateralmente, in favore degli Stati membri, dispute concernenti la portata dei loro impegni comunitari. Significativo è il caso francese, perché la teoria del «senso chiaro» si trasformò in un meccanismo nazionale di difesa contro la legittima efficacia del Diritto comunitario.

Rivelatrice di questa finalità risulta la sentenza del *Conseil d'Etat* francese del 22 dicembre 1978, relativamente al noto caso *Cohn-Bendit* (nella *Gazz. giur. cost.*, n. 60, aprile 1986, pp. 506-508), nella quale si afferma che le autorità nazionali, se sono obbligate ad adattare la legislazione e le norme regolamentari degli Stati membri alle Direttive comunitarie, «sono le uniche competenti per decidere la forma in cui vanno eseguite le Direttive e per fissare da sé, con il controllo delle giurisdizioni nazionali, i mezzi appropriati perché facciano sorgere effetti nel diritto interno», dal momento che tali Direttive non possono, qualsivoglia siano le disposizioni che contengono nei confronti degli Stati membri, essere invocate dai cittadini di questi Stati per suffragare un ricorso avverso un atto amministrativo individuale. La suddetta teoria implicava l'introduzione, a proposito della disapplicazione di una Direttiva comunitaria, di una distinzione certamente arbitraria, come giustamente ha sostenuto Pescatore, tra decisioni individuali ed atti regolamentari, distinzione che, benché facilitasse la soluzione dei casi di errato adattamento del diritto interno ad una Direttiva, impediva, al contrario, di risolvere il problema, indubbiamente più grave per il riflesso sui diritti individuali, della mancata esecuzione di una Direttiva, come nel caso in questione, in cui il *Conseil d'Etat* aveva respinto la richiesta, del Signor Daniel Cohn-Bendit, di annullamento di un provvedimento adottato contro di lui dal Ministro degli Interni per il suo ruolo nei fatti avvenuti nell'Università nel 1968, sostenendo che tale provvedimento ignorava le disposizioni della Direttiva 64/221, emanata dal Consiglio il 25 febbraio del 1964, il cui art. 6 prevedeva la comunicazione all'interessato delle ragioni di ordine pubblico, di sicurezza o salute pubblica che giustificano la decisione che lo riguarda.

L'interpretazione del *Conseil d'Etat* sembrerebbe ancor più contrastante con il Diritto comunitario, allorquando si ricordasse che la Corte di giustizia, nel caso *Roland Rutili* (sentenza 28 ottobre 1975), aveva attribuito effetto diretto alle norme della Direttiva menzionata, le quali, pertanto, imponevano obblighi agli Stati membri, incaricando le rispettive giurisdizioni, nell'ipotesi di atti legislativi o regolamentari, di far prevalere sulle disposizioni di diritto interno le regole di Diritto comunitario suscettibili di essere invocate. È comunque vero che, dal 1989, in virtù principalmente del cambio di atteggiamento del *Conseil d'Etat*, si è prodotta una modifica notevole della precedente giurisprudenza.

La teoria dell'«atto chiaro», in definitiva, è molto lontana dal poter essere considerata espressione di una volontà di cooperazione leale, di cui all'art. 5

del Trattato costitutivo, la quale richiede agli Stati membri e, di conseguenza, anche ai loro organi giurisdizionali, di astenersi da tutte quelle misure che possano mettere in pericolo la realizzazione dei fini del Trattato.

È superfluo segnalare che l'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale assume persino maggior rilievo quando l'ambito materiale della medesima si riferisce alla validità di un atto di un'istituzione comunitaria. Nel caso *Foto-Frost* (sentenza 22 ottobre 1987), la Corte affermò espressamente che gli organi giurisdizionali nazionali non hanno la facoltà di dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie. Il carattere unitario dell'ordinamento comunitario e l'esigenza fondamentale della certezza giuridica lo richiedono in modo inequivocabile. Di conseguenza, l'organo giurisdizionale nazionale può ritenere infondati i motivi addotti dalle parti per sostenere l'invalidità di un atto comunitario, concludendo che l'atto è pienamente valido, ma ciò che non può fare è dichiarare la sua invalidità senza aver ottenuto la pronuncia previa in questo senso da parte della Corte.

II. Particolarmente interessante risulta fare riferimento alla posizione delle Corti costituzionali in relazione alla «questione pregiudiziale», posizione che potrebbe riassumersi nell'astensione, nonostante sia indubbio che, come fra gli altri sostengono Rodríguez Iglesias e Pescatore, i Tribunali costituzionali devono essere considerati «organi giurisdizionali» ai sensi dell'art. 177, terzo comma, dovendo essere inseriti tra quelli obbligati a proporre la questione. La realtà, tuttavia, mostra come per anni le Corti costituzionali si siano occupate di questioni di Diritto comunitario senza avvalersi della possibilità di dialogo con la Corte di giustizia offerta dall'art. 177.

Così, a titolo di esempio, il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha rifiutato in diverse occasioni la possibilità di essere qualificato come un organo giurisdizionale comunitario, con una posizione basata sulla concezione che il Diritto comunitario non è canone diretto di costituzionalità e che il suo scopo è la salvaguardia della Costituzione, non la garanzia del rispetto del Diritto comunitario.

Negli ultimi anni, i Tribunali costituzionali hanno progressivamente precisato le proprie posizioni, con una significativa inversione di tendenza, o al margine dell'ambito di cooperazione stabilito dall'art. 177, o al suo interno.

A) Le sentenze del Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) nel caso *Kloppenburg* (8 aprile 1987) e della *Corte costituzionale* italiana nel caso *Granital* (8 giugno 1984, n. 170) costituiscono un buon esempio del cambio di orientamento anche laddove questo si produca al margine dell'art. 177. Faremo un breve accenno alla posizione teorica assunta nel caso *Granital*, per occuparci poi della citata sentenza del 1987 del *Bundesverfassungsgericht*.

Per comprenderla a pieno, è opportuno ricordare a grandi linee l'evoluzione giurisprudenziale della *Corte costituzionale* durante un ventennio.

Nella sua sentenza 7 marzo 1964, n. 14 (in *Giur. cost.*, 1964, p. 144 ss.), la Corte si pronunciò sui profili di illegittimità costituzionale della legge 6 dicembre 1962, che aveva istituito l'ENEL, per violazione anche di alcune norme del Trattato di Roma del 1957 e, di riflesso, dell'art. 11 Cost., base delle limitazioni alla sovranità dello Stato italiano. La violazione del Trattato generava una responsabilità statale a livello internazionale, ma non influiva sull'efficacia della legge interna.

Nella sua sentenza 27 di dicembre 1965, n. 98 (in *Giur. cost.*, 1965, p. 1322 ss.), in riferimento all'ordinamento della CECA, la Corte, non apportando modifiche alla sua precedente giurisprudenza, secondo cui la legge di esecuzione di un Trattato, anche qualora si basi sull'art. 11 Cost., non è dotata di efficacia superiore rispetto alle leggi ordinarie successive, introdusse però una precisazione importante: il principio della radicale distinzione tra l'ordinamento comunitario e quello interno, che non avrebbe «inserito nel suo sistema», ma solo «riconosciuto» il primo, allo scopo di rendere operativa la cooperazione internazionale che è uno dei fini della Comunità; ciò comporterebbe l'intangibilità dell'ordinamento comunitario da parte del diritto interno, con una rigida separazione, insoddisfacente a parere di Mazziotti di Celso.

Otto anni dopo, nella sentenza 27 dicembre 1973, n. 183 (in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401 ss.), la Corte affrontò di nuovo la questione, questa volta rispetto al Trattato costitutivo della Comunità Economica Europea. Dopo aver confermato che il fondamento costituzionale della norma si trovava nell'art. 11 Cost., la Corte ammise che i Regolamenti degli organi della Comunità facevano parte dell'ordinamento comunitario; dopodiché, ripetendo quanto affermato del 1965, precisò che Diritto comunitario e diritto degli Stati membri si configuravano «come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato»; successivamente, aggiunse che «esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie – non qualificabili come fonte di Diritto internazionale, né di Diritto straniero, né di Diritto interno dei singoli Stati – debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione o adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità». Con questa sentenza, secondo Barile, la Corte fece notevoli progressi nel proprio cammino comunitario.

Nella successiva giurisprudenza – sentenze 30 ottobre 1975, n. 232 (in *Giur. cost.*, 1975, p. 2211 ss.) e 29 dicembre 1977, n. 163 (in *Giur. cost.*, 1977, p. 1524 ss.) – la Corte affrontò il delicato problema che sorgeva dal ricono-

scimento di un'efficacia diretta del Diritto comunitario: il problema della successione temporale delle leggi nel rapporto tra Diritto comunitario e diritto interno. Per la Corte è chiaro che, nei casi di contrasto, è il primo a prevalere. La supremazia dell'ordinamento comunitario doveva concretizzarsi in due modi diversi, a seconda dell'anteriorità o posteriorità della norma interna rispetto alla norma comunitaria. Nel primo caso, la norma interna doveva considerarsi derogata da una norma comunitaria successiva e contrastante con essa. Nel secondo caso, invece, doveva ritenersi che la norma interna si trovava ad essere in contrasto con l'art. 11 Cost. e, di conseguenza, per la dichiarazione di nullità della stessa era necessario sollevare la questione di illegittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale.

Quest'ultima tesi fu poi rifiutata dalla Corte nella sua importantissima sentenza 8 giugno 1984, n. 170, sul caso *Granital* (in *Giur. cost.*, 1984, pp. 1098 ss.). A partire dal principio secondo cui ordinamento comunitario ed ordinamento interno sono distinti, ma, allo stesso tempo, coordinati, la Corte valuta che le norme derivanti dal sistema di fonti comunitarie «vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne; e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento».

La conclusione finale della Corte è che «il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili; e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovarsi dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato».

Insomma, il controllo sulla compatibilità tra il regolamento comunitario e la norma interna, anche posteriore, è lasciato alla cognizione del giudice ordinario. L'effetto della diretta applicazione delle norme comunitarie non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario.

B) Nell'ambito della cooperazione giudiziale *ex* art. 177, troviamo anche negli ultimi anni pronunce di giurisprudenza dei Tribunali costituzionali europei. Possono proporsi alcuni esempi in proposito.

La *Cour d'Arbitrage* belga propose la prima questione pregiudiziale alla Corte di giustizia per quanto riguarda questi organi costituzionali, dando luogo alla sentenza 16 luglio 1998, sul caso *Fédération des chambres syndicales de médicins*; la avrebbe seguita di lì a poco il *Verfassungsgerichtshof* austriaco (caso *Adria-Wien Pipeline*, risolto con la sentenza 8 novembre 2001). Il Tri-

bunale Costituzionale portoghese ha ammesso la possibilità di sollevare questo tipo di questione obbligatoriamente nella sua sentenza 23 maggio 1990, n. 193. E la stessa Corte costituzionale italiana lasciò aperta questa strada nella sua sentenza 18 aprile 1991, n. 168, caso *Industria dolciaria Giampaoli* (in *Giur. cost.*, 1991, I, p. 1409 ss.), nell'*obiter dictum* del punto 6 della «motivazione di diritto», «circa la facoltà – piuttosto il dovere – della Corte di sollevare le questioni pregiudiziali di cui all'art. 177 del Trattato di Roma».

III. L'inosservanza dell'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale costituisce un inadempimento dello Stato membro contro cui può proporsi ricorso per inadempimento di cui all'art. 169 del Trattato costitutivo (art. 226 del Trattato della Comunità Europea), anche se, per lungo tempo, la Commissione si è astenuta dal proporlo.

Nel 1983, la Commissione giustificò il proprio atteggiamento affermando che il procedimento per inadempimento «non costituisce la base più appropriata per una cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia» e, dato che questo procedimento non è concepito come uno strumento di controllo delle sentenze delle giurisdizioni supreme nazionali, deriverebbe solo dalla sistematica e deliberata violazione dell'allora art. 177 del Trattato.

Di recente c'è stata una sentenza del *plenum* della Corte di giustizia riguardo ad un ricorso per inadempimento, nel caso *Commissione c. Italia* (sentenza 9 dicembre 2003), che, come sottolinea Cobreros, può rappresentare una svolta nell'atteggiamento della Commissione.

La Commissione citò la Repubblica Italiana davanti alla Corte affinché questa dichiarasse l'inadempimento degli obblighi comunitari mantenendo in vigore nel proprio ordinamento un determinato precetto legale che, così come interpretato ed applicato dalla Pubblica Amministrazione e dagli organi giurisdizionali, risultava contrario al Diritto comunitario. La Corte accolse il ricorso ritenendo che la Repubblica italiana non aveva rispettato i propri obblighi comunitari, non avendo modificato una norma giuridica che era interpretata ed applicata dall'Amministrazione e da buona parte degli organi giurisdizionali, compresa la Corte di cassazione, «in una maniera che rendeva eccessivamente difficile per il contribuente l'esercizio del diritto alla restituzione delle tasse esatte contravvenendo a norme comunitarie».

La sentenza formula un rimprovero piuttosto chiaro verso l'interpretazione compiuta dagli organi giurisdizionali italiani e, in particolare, dalla Cassazione sia che l'inadempimento derivi dal *modus agendi* degli organi giurisdizionali sia che derivi dalla prassi amministrativa e dalla stessa limitazione imposta dal legislatore.

Per il resto, non va dimenticato che nel caso *Brasserie du Pêcheur* (sentenza 5 marzo 1996), proseguendo nella scia iniziata nel caso *Francovich e Boni-*

faci (sentenza 19 novembre 1991), la Corte affermò chiaramente che il principio di responsabilità dello Stato per i danni causati alle persone «è valido per qualsiasi violazione del Diritto comunitario da parte di uno Stato membro, indipendentemente dall'organo la cui azione o omissione provochi l'inadempimento». Ancor più recentemente, nel caso *Köbler* (sentenza 30 settembre 2003), proseguendo nella stessa direzione, la Corte ha riconosciuto la responsabilità statale quando l'inadempimento del Diritto comunitario è imputabile ad un organo giudiziario nell'esercizio di funzioni giurisdizionali.

IV. Precedentemente abbiamo fatto riferimento all'inversione di tendenza che rappresentò, nella giurisprudenza costituzionale tedesca, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* dell'8 aprile 1987, e proprio di questa ci occuperemo adesso.

Un importante precedente di tale decisione è rappresentato dalla sentenza 22 ottobre 1986 (caso *Solange II*), in cui il Tribunale ritenne che, finché (da qui il termine «Solange» che identifica questa sentenza) la Comunità conta su di uno standard di protezione dei diritti equiparabile alla *Grundgesetz*, non spetta al Tribunale costituzionale valutare la conformità del Diritto comunitario rispetto al Diritto tedesco. L'aspetto di maggiore interesse, però, sta nella decisione di inserire la Corte di giustizia nella categoria costituzionale interna di «giudice legale» ai sensi dell'art. 101.1 della *Grundgesetz*; decisione di grandissima rilevanza in quanto presupponeva, come sostiene López Castello, una cooperazione funzionale tra giurisdizione nazionale e giurisdizione comunitaria, cui è conferito il compito di risolvere con carattere pregiudiziale i dubbi interpretativi; partendo da questa affermazione, si aprì la strada al *Verfassungsbeschwerde*, una sorta di ricorso di «lamentela» costituzionale, nei casi in cui non fosse stato rispettato l'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale. I cittadini tedeschi si videro così garantito, attraverso il giudice nazionale, un diritto di accesso alla Corte di Lussemburgo.

Una prima applicazione di tale garanzia si riscontra nella sentenza 8 aprile 1987.

Ricordiamo brevemente i fatti che le stanno alla base.

Il *Bundesfinanzhof* (Tribunale Federale per il contenzioso tributario), basandosi sulla sentenza *Cohn-Bendit* del *Conseil d'Etat*, si era rifiutato, in una sentenza 25 aprile 1985, di osservare la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'efficacia, a favore dei privati, delle direttive cui gli Stati membri non avevano dato esecuzione.

Tale sentenza del *Bundesfinanzhof* era successiva alla sentenza della Corte relativamente al caso *Kloppenburg* (sentenza 22 febbraio 1984), emessa a seguito di una questione pregiudiziale sollevata, nel medesimo processo, dal competente giudice tedesco.

Trovatosi in questa situazione, il ricorrente presentò un ricorso di *Verfassungsbeschwerde* («lamentela») per la violazione dell'art. 101 del *Grundgesetz*, per il fatto che il *Bundesfinanzhof* aveva tenuto conto solo della legislazione tedesca, non considerando l'interpretazione data dalla Corte di giustizia riguardo alla questione pregiudiziale sollevata dal giudice competente in un grado anteriore.

Il Tribunale costituzionale tedesco accolse il ricorso sulla base di due elementi: a) da un lato, il *Bundesfinanzhof* era obbligato a seguire l'interpretazione della Corte nella questione preliminare sollevata in precedenza; b) d'altro canto, se il *Bundesfinanzhof* riteneva di non doversi attenere ad essa, era suo dovere formulare una nuova questione pregiudiziale davanti alla Corte. Non facendolo, il *Bundesfinanzhof* venne meno arbitrariamente a tale obbligo, minando anche il «diritto al giudice precostituito per legge» riconosciuto dall'art. 101 della *Grundgesetz*.

In questo stesso indirizzo giurisprudenziale, che ha come asse principale il criterio dell'arbitrarietà, si inserì l'importante decisione dell'11 novembre 1987 del *Bundesverfassungsgericht*. In quest'ultima, il Tribunale precisò più concretamente i casi tipici di mancato adempimento dell'obbligo di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, casi che possono, ad ogni modo, essere ricondotti alle due ipotesi espresse dallo stesso Tribunale, nella sentenza dell'8 aprile dello stesso anno: a) quando, in presenza di evidenti dubbi sull'interpretazione di una norma comunitaria, il giudice nazionale non solleva la questione davanti alla Corte di giustizia; b) quando il giudice nazionale si discosta dall'interpretazione già data dalla Corte senza proporre una nuova questione pregiudiziale. Parte della dottrina (Alonso García, Baño León) aggiunge un ulteriore presupposto, in aggiunta a questi due, forse di più difficile identificazione: il caso in cui sia discutibile la necessità di una decisione della Corte; condizione nella quale, naturalmente, il giudice gode di una discrezionalità costituzionalmente condannabile solo laddove si riscontri un «errore manifesto di valutazione».

Anche il *Verfassungsgerichtshof* austriaco ha assunto la medesima posizione, a partire dalla decisione del 26 giugno 1997, nella quale ritenne che il *Bundesvergabeamt*, autorità federale competente per i ricorsi relativi all'assegnazione di contratti pubblici – che già, nel 1995, era stato considerato dal Tribunale costituzionale un «organo giurisdizionale» ai sensi dell'art. 177.3 – aveva violato l'art. 83, secondo comma, Cost., relativo al giudice designato per legge.

V. Nella dottrina spagnola, la posizione era assolutamente chiara e maggioritaria in relazione alla necessaria connessione tra l'art. 24.2 Cost., sul diritto al giudice ordinario predeterminato per legge, e l'art. 177 del Trattato

costitutivo, oggi 234 del Trattato della Comunità Europea. La norma comunitaria deve essere considerata come una disposizione attraverso la quale si determina, con assoluta precisione, la competenza giudiziale in materia di interpretazione del Diritto comunitario, competenza che è attribuita esclusivamente alla Corte di giustizia, in modo tale che tutti gli organi che decidono in ultima istanza sono obbligati a richiedere alla Corte di Lussemburgo l'interpretazione delle norme da applicare alla *litis* di cui si stanno occupando.

Di certo, come è già stato rilevato, la stessa Corte di giustizia ha precisato la portata di questo obbligo, che va escluso nei casi in cui esiste una giurisprudenza consolidata ed in quelli in cui i termini normativi sono così evidenti da rendere inutile, perché superflua, la questione pregiudiziale.

In questo modo, ignorare le conseguenze derivanti dal collegamento tra la norma comunitaria e l'art. 24 Cost. sarebbe attaccabile attraverso un ricorso di *amparo* costituzionale di competenza del *Tribunal Constitucional*, per le violazioni sia del diritto al giudice ordinario predeterminato per legge di cui all'art. 24.2, sia del diritto alla tutela giudiziale effettiva (art. 24.1), che risulterebbe violato laddove il giudice nazionale risolvesse una vicenda in modo contrario all'interpretazione data dalla Corte di Lussemburgo.

Non sono mancati autori (Córdoba Castroverde) i quali, partendo dal presupposto che l'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia è subordinato alla presenza di un ragionevole dubbio riguardo all'interpretazione della norma comunitaria, ritengono necessario ricondurre il problema ad una mera scissione competenziale tra il giudice nazionale e la Corte di giustizia, nel qual caso il *Tribunal Constitucional* non potrebbe entrare nel merito della maggiore o minore certezza della decisione. Ma si tratta di una tesi che non possiamo condividere.

Il *Tribunal Constitucional*, la prima volta che gli si presentò un problema di questo genere (sentenza 25 marzo 1993, n. 111), partendo dalla propria consolidata giurisprudenza (espressa già nella sentenza 14 febbraio 1991, n. 28), secondo la quale né il Trattato di adesione alle Comunità Europee, né il Diritto comunitario costituiscono «per se stessi» canoni di costituzionalità, valutò che non sussistesse alcuna violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva senza inosservanza dell'art. 24.1 Cost. quando il giudice ritiene, *ragionevolmente*, di non avere dubbi sull'interpretazione da dare ad una norma comunitaria o sull'applicazione ai fatti del giudizio pendente. Similmente a quanto avviene nella questione di legittimità costituzionale, la decisione concernente la proposta della questione pregiudiziale spetta esclusivamente – e senza possibilità di impugnazione – all'organo giudiziario, pur non escludendo la difesa del diritto fondamentale delle parti davanti al *Tribunal Constitucional* per mezzo del ricorso di *amparo*.

Questa posizione teorica, che già sembrava porre l'accento sulla «ragione-

volezza» del mancato inizio del procedimento della questione pregiudiziale da parte del giudice spagnolo, fu poi sviluppata e proseguita con un'altra sentenza dello stesso anno (31 maggio 1993, n. 180). In questa, il *Tribunal* considerò che, per quanto la scelta della norma applicabile e la sua interpretazione competa a giudici e tribunali ordinari, ciò non significa che tale selezione sia completamente priva di rilevanza a livello costituzionale. Al contrario, il *Tribunal* rivendica una forma di controllo nei casi in cui la scelta risulti arbitraria o manifestamente irragionevole, o sia frutto di un errore palese, o quando da questa valutazione sia derivato un danno per un diritto diverso da quello *ex* 24.1, ma ugualmente tutelabile attraverso l'*amparo* costituzionale. Con ciò, si vuole affermare che il ricorso di *amparo* sarebbe proponibile non tanto per l'inadempimento del presunto obbligo di sollevare una questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia, quanto piuttosto contro l'irragionevolezza, l'arbitrarietà o un errore palese della decisione sul fondamento della questione. Così la mancanza di motivazione dell'omessa proposta della questione pregiudiziale, in presenza di un obbligo in tal senso, intaccherebbe i diritti dall'art. 24, in quanto si tratterebbe di una decisione volontaristica e, pertanto, arbitraria.

In questo stesso senso si è pronunciato il *Tribunal Constitucional* nella sua sentenza 11 febbraio 2002, n. 35, che, benché relativa alla *cuestión de inconstitucionalidad*, può tuttavia estendersi perfettamente alla questione pregiudiziale. Non dimenticando che la sussistenza di una motivazione adeguata e sufficiente, in funzione delle questioni generate da ciascun caso concreto, costituisce una garanzia essenziale per l'interessato, il *Tribunal* specifica che il fatto che la possibilità di sollevare la questione si configuri come una prerogativa esclusiva di giudici e tribunali «non significa, in alcun modo, che non vada esteriorizzato, in maniera sufficiente ed adeguata, il ragionamento che, tanto dal punto di vista dei fatti quanto da quello del Diritto, ha portato il giudice a sollevare o meno tale *cuestión de inconstitucionalidad*, dal momento che l'esigenza di una motivazione delle sentenze ha rango costituzionale (art. 120 Cost.).

Poiché il giudice *a quo*, nel caso in questione, non aveva reso noto alcun ragionamento per giustificare la propria decisione di non sollevare la questione proposta dalla parte attrice, il *Tribunal* considerò violato il diritto ad una tutela giudiziale effettiva senza la mancanza di difesa di cui all'art. 24.1. *Mutatis mutandis*, riteniamo che questa valutazione sia perfettamente applicabile anche alla questione pregiudiziale dell'art. 234 del Trattato della Comunità Europea.

VI. Alla luce di quanto esposto, si può a ragione concludere che non soltanto i giudici nazionali si sono trasformati in giudici ordinari o «di diritto

comune» del Diritto comunitario nella sua applicazione nei distinti ambiti nazionali, in rapporto con la Corte di giustizia attraverso la questione pregiudiziale, ma che, andando oltre, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha configurato un «diritto al giudice» universale, senza zone franche, rispetto alla totalità delle decisioni delle autorità nazionali in materia di Diritto comunitario. Tale diritto al giudice si è convertito in un vero principio generale del Diritto comunitario, che si è voluto erede della tradizione giuridica comune degli Stati membri. L'importanza di questo diritto al giudice comunitario che, in certi casi, può richiedere l'intervento della stessa Corte di Lussemburgo, si percepisce facilmente se si ricorda che l'ordinamento comunitario crea diritti che si inglobano nel patrimonio giuridico dei cittadini europei, la cui violazione da parte delle autorità statali fa insorgere il dovere di riparazione dei danni causati. Coerentemente con tutto ciò, negli Stati che dispongono di strumenti processuali di garanzia dei diritti di rango costituzionale, come la *Verfassungsbeschwerde* tedesca o il ricorso di *amparo* spagnolo, tali strumenti vengono sempre più utilizzati anche per garantire questo diritto al giudice comunitario.

Questa tendenza aumenterà notevolmente in futuro. Il progetto di Costituzione europea, trasmesso al Presidente del Consiglio europeo il 18 luglio 2003, mantiene, logicamente, l'istituto della questione pregiudiziale (art. III-274), conferendo la competenza per decidere in merito al Tribunale di primo grado (art. III-263, terzo comma), in modo tale che si presenta sostanzialmente la modifica introdotta dal Trattato di Nizza nell'art. 225.3 del Trattato della Comunità Europea, pur essendo doveroso sottolineare che il suo esercizio è possibile per il Tribunale di prima istanza, che, qualora ritenga che «sia necessaria una pronuncia di principio che può incidere sull'unità o coerenza del Diritto dell'Unione», potrà rimettere la questione alla Corte di giustizia europea, affinché questa risolva la questione, indipendentemente dalla possibilità, in verità eccezionale, che le sentenze del Tribunale di primo grado nell'esercizio di questa facoltà siano soggette al riesame della Corte di giustizia.

Va aggiunto, poi, che il fatto che la futura Costituzione europea contenga una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (parte II) è destinato a valorizzare moltissimo il ruolo dei giudici nazionali come giudici comunitari, rafforzando ancora di più, se possibile, l'istituto della questione pregiudiziale: prova di ciò è il nuovo ultimo comma aggiunto all'art. III-274, secondo il quale, quando si solleva una questione pregiudiziale durante un procedimento pendente davanti ad un organo giurisdizionale nazionale in relazione ad un soggetto privato della libertà personale, la Corte di giustizia deciderà con la massima rapidità.

In conclusione, come segnala García de Enterría, si può dedurre da quanto esposto che nell'Europa comunitaria si è già stabilito il principio della *rule*

of law o dello Stato di Diritto nella sua accezione di giustizia garantistica, con alcune norme giuridiche che hanno reso uniformi, in questo aspetto, tutti i sistemi nazionali. Il ruolo svolto dai giudici nazionali come giudici comunitari è stato veramente decisivo per raggiungere tale obiettivo. La Costituzione europea non farà altro che consolidare il processo di formazione di un autentico *ius commune europaeum*.

Bibliografia

ALONSO GARCÍA R., *Derechos fundamentales y Comunidades Europeas*, in S. MARTÍN RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, tomo II, (De los derechos y deberes fundamentales), Civitas, Madrid, 1991, p. 799 ss.

ALONSO GARCÍA R., *Derecho comunitario (Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

ALONSO GARCÍA R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997.

ALONSO GARCÍA R., *El juez español y el Derecho comunitario (Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ALONSO GARCÍA R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Boletín oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

ALONSO GARCÍA R. y BAÑO LEÓN J.M., *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 29, mayo/agosto 1990, p. 193 ss.

BAÑO LEÓN J.M., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del Juez nacional (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986)*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 54, abril/junio 1987, p. 277 ss.

BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte (Osservazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 183/1973)*, in *Giu. cost.*, anno XVIII, 1973, fasc. VI, p. 2406 ss.

CARMONA CONTRERAS A.M., *El poder judicial europeo: renovación versus continuidad*, in ESPERANZA GOMÉZ CORONA *e altri* (coords.), *Una Constitución para ciudadanía de Europa*, Editorial Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2004, p. 283 ss.

CARRO MARINA M., *El alcance del deber de los Tribunales internos de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad (El Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990)*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 66, abril/junio 1990, p. 303 ss.

COBREROS MENDAZONA E., *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995.

COBREROS MENDAZONA E., *La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario*, in *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 10, abril/junio 2004, p. 289 ss.

CÓRDOBA CASTROVERDE D., *Algunas cuestiones relativas al Derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*, in *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10 (monográfico sobre: «El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes»), mayo/agosto 2000, p. 89 ss.

CRAIG P., *Gran Bretaña en la Unión Europea*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitucional context*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 371 ss.

DUE O., *La protection juridictionnelle dans les Communautés européennes*, in AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo* (Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco), Tecnos, Madrid, 1993, p. 1043 ss.

EMBID IRUJO A., *Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales. El caso EUROCONTROL*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 38, julio/septiembre 1983, p. 421 ss.

FERRERES COMELLA V., *Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), enero/abril 2003, p. 73 ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 103, julio/septiembre 1999, p. 401 ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., TIZZANO A. y ALONSO GARCÍA R., *Código de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1996.

ISAAC G., *Manual de Derecho Comunitario general*, III ed., Ariel, Barcelona, 1995.

LECOURT R., *Le rôle unificateur de juge dans la Communauté*, in *Etudes de Droit des Communautés européennes (Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen)*, ed. Pedone, Parigi, 1984.

LÓPEZ CASTILLO A., *La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias del Derecho derivado en la República Federal Alemana*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 23, mayo/agosto 1988, p. 207 ss.

LÓPEZ GARRIDO D., *Código de la Comunidad Europea*, tomo II (Derecho derivado. Sentencias del Tribunal de justicia), Eurogiuris, Madrid, 1992.

MANCINI G.F., *Corte comunitaria e Corti supreme nazionali*, in AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, cit., p. 1043 ss.

MANGAS MARTÍN A., *Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo*, in *Pensamiento jurídico y sociedad internacional* (Libro-homenaje al Profesor Don Antonio Truyol Serra), vol. II, Centro de Estudios constitucionales-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, p. 733 ss.

MANGAS MARTÍN A., *La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febre-*

ro, sobre la Ley orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo), in *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, núm. 2, mayo/agosto 1991, p. 587 ss.

MANGAS MARTÍN A. y LIÑAN NOGUERAS D.J.*: Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, II ed., McGraw Hill, Madrid, 1999.

MANNINO A., *Estudio preliminar a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 8 de junio de 1984. Caso Granital*, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 72, abril 1987, p. 529 ss.

MAZZIOTTI DI CELSO M., *Osservazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 98/1965*, in *Giur. cost.*, anno X, 1965, fasc. 5-6, p. 1329 ss.

OHLINGER T., *La influencia del Derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de «americanización» del Derecho europeo*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, ed. CEPC, Madrid, 2004.

PÉREZ BUSTAMANTE R. y ALVAREZ CONDE E., *La Constitución Europea* (Estudio introductorio, comentarios y fuentes), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PÉREZ TREMPS P., *Justicia comunitaria, Justicia constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario (comentario a la sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 170/1984, de 8 de junio)*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 13, enero/abril 1985, p. 157 ss.

PESCATORE P., *Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE*, in G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D.J. LIÑAN NOGUERAS (dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 527 ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS G.C., *El ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas: caracteres generales y elementos constitutivos*, in *Revista de Instituciones Europeas*, vol. I, núm. 2, Madrid, 1974, p. 597 ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS G.C., *Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario*, in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, cit., p. 1175 ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS G.C., y WALKER U.: *Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, p. 667 ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS G.C. y VALLE GÁLVEZ A., *El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, núm. 2.

ROUSSEAU C.,: *Derecho Internacional Público*, III ed., ediciones Ariel, Barcelona, 1966.

RUIZ-JARABO COLOMER D., *El juez nacional como juez comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Civitas, Madrid, 1993.

RUIZ-JARABO COLOMER D., *El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española*, in G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS y .J. LIÑAN NOGUERAS (dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 653 ss.

SORRENTINO F., *Abrogazione e incostituzionalità nei rapporti tra leggi nazionali e regolamenti comunitari (Osservazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 163/1977)*, in *Giur. cost.*, anno XXII, 1977, fasc. 10-12, p. 1548 ss.

SORRENTINO F., *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili (Osservazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 168/1991),* in *Giur. cost.*, anno XXXVI, 1991, I, pp. 1418-1419.

II

I FATTI

La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco

di *Anna Gragnani*

SOMMARIO: 1. Il potere cautelare nell'elaborazione dei modelli europei di giustizia costituzionale e l'interesse alla comparazione con l'esperienza tedesca. – 2. Traccia dell'esposizione. – 3. Il potere cautelare nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* della Repubblica di Weimar. – 3.1. Il modello decisorio elaborato dallo *Staatsgerichtshof* con riferimento alle istanze cautelari. – 3.2. Casistica della giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*. – 4. Il potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht*: quadro normativo. – 4.1. Il fondamento costituzionale della tutela cautelare nella giurisdizione costituzionale. – 4.2. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare. – 4.2.1. Nozione di *Streitfall*. – 4.2.2. L'urgenza del provvedere: difficoltà di una chiara distinzione rispetto all'interesse ad agire. 4.2.2.1. L'interesse ad agire. – 4.2.2.2. L'urgenza del provvedere. – 4.2.2.3. Gli accordi di moratoria. – 4.3. I motivi del provvedere: impedire un'imminente violenza, evitare gravi pregiudizi o un altro importante motivo in vista del «bene comune». – 4.3.1. La nozione di «bene comune». – 4.3.1.1. Casistica giurisprudenziale relativa al «bene comune»: cenni. – 4.3.1.2. Il «bene comune» e gli interessi individuali. – 4.4. La gravità del pregiudizio. – 4.5. L'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare. – 4.6. Il modello decisorio elaborato dal *Bundesverfassungsgericht* per il giudizio cautelare: considerazioni preliminari. – 4.6.1. La valutazione comparativa delle conseguenze, (*Doppelhypothese*), come modello argomentativo delle decisioni cautelari. – 4.6.2. Il divieto di effettuare una prognosi dell'esito del giudizio di merito. – 4.6.3. L'elaborazione del modello di valutazione comparativa delle conseguenze. – 4.6.4. L'ipotetica incostituzionalità del provvedimento impugnato come elemento della valutazione comparativa delle conseguenze. – 4.6.5. La valutazione comparativa delle conseguenze e la determinazione del contenuto del provvedimento. – 4.6.6. I provvedimenti cautelari che incidono sulla formazione della volontà di organi politici. – 4.6.7. Il rilascio di misure cautelari nelle controversie tra organi costituzionali. – 4.6.8. Il rilascio di misure cautelari nei ricorsi diretti di costituzionalità. – 4.6.9. Il rilascio di misure cautelari nei conflitti che coinvolgono questioni di politica estera. – 4.6.10. Il rilascio di provvedimenti cautelari nelle controversie federali. – 4.6.11. Il rilascio di misure cautelari di sospensione della legge. – 4.6.11.1. Le peculiari esigenze di tutela cautelare con riferimento alla legge: la «sospensione regolativa». – 4.6.11.2. Gli effetti *erga omnes* del provvedimento di sospensione della legge. – 4.6.11.3. Un'ipotesi particolare: le leggi che introducono modifiche giuridiche e materiali con effetti durevoli nel tempo. – 4.6.12. La prognosi dell'esito del giudizio di merito. – 4.6.12.1. La manifesta fondatezza dell'istanza cautelare. – 4.6.12.2. Il *Vorwegnahmeverbot:* due accezioni. – 4.6.12.3. (*segue*) *Vorwegnahmeverbot* come criterio regolativo degli effetti ammissibili della misura cautelare. – 4.6.12.4. (*segue*) Analisi della giurisprudenza costituzionale sul raccordo tra le due accezioni del *Vorwegnahmeverbot*. – 5. La cognizione cautelare nel modello decisorio elaborato dal *Bundesverfassungsgericht*: osservazioni conclusive.

1. Il potere cautelare nell'elaborazione dei modelli europei di giustizia costituzionale e l'interesse alla comparazione con l'esperienza tedesca

Il proposito che in ambito scientifico ha guidato la riflessione dei teorici nell'originario dibattito sull'elaborazione dei sistemi di garanzia della rigidità della Costituzione è l'aspirazione ad individuare il soggetto dotato della legittimazione adeguata ad assicurare l'effettività del diritto costituzionale nell'estensione più ampia possibile [1].

Legittimazione del garante, (cioè adeguatezza dei relativi requisiti soggettivi, valutata secondo i principi costituzionali), ed effettività della garanzia, (intesa come assicurazione dell'attuazione e dell'osservanza tendenzialmente piena del diritto costituzionale nella concretezza dei rapporti giuridici), sono i due poli attorno ai quali ruota la problematica della tutela cautelare nei giudizi costituzionali. Ed è proprio nel contesto degli studi classici sui sistemi di garanzia della rigidità della Costituzione che la questione della legittimazione del giudice costituzionale al rilascio di provvedimenti cautelari nei giudizi costituzionali si impone all'attenzione della dottrina come uno dei profili (addirittura) decisivi per la scelta del sistema di garanzia della Costituzione [2].

La tempestività della garanzia nei conflitti costituzionali è considerata come una componente essenziale della sua effettività, al tempo stesso però il rilascio di provvedimenti cautelari è percepito in tutti i suoi risvolti problematici rispetto all'adeguatezza dei requisiti di legittimazione del garante. Nel saggio «Il custode della costituzione» scriveva in proposito Schmitt: «La logica interna di ogni tipo di giurisdizione pensata a cose fatte conduce inevitabilmente a che la giusta decisione giudiziaria giunga soltanto *post eventum*. Si cerca di correggere questo svantaggio con <decisioni provvisorie del tribunale>, cosicché il giudice viene a trovarsi nella situazione di dover prendere misure politiche o di doverle impedire e diventare politicamente attivo in un

---

[1] La constatazione è immediatamente evidente alla lettura dei classici contributi di H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, traduzione a cura di C. GERACI, Giuffrè, Milano, 1981 e C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, traduzione a cura di A. CARACCIOLO, Giuffrè, Milano, 1981. Sulla ricerca dell'effettività della garanzia della costituzione come una «grande scoperta» del costituzionalismo moderno, M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, I ed., 1968, rist. 1979, p. VII ss.; per una riflessione aggiornata ai più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento alla legittimazione del giudice costituzionale e all'effettività della garanzia, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004.

[2] Così, in riferimento al pensiero di C. SCHMITT, A. Caracciolo nella *Presentazione* della sua traduzione in lingua italiana del volume *Il custode della costituzione*, cit., pp. V ss., XX.

modo che lo rende un potente fattore della politica statale interna ed eventualmente anche di quella estera; la sua indipendenza giudiziaria non lo può allora preservare più davanti alla responsabilità politica, se pure deve ancora esistere una responsabilità politica. L'indipendenza giudiziaria perde il suo fondamento di diritto costituzionale nella stessa misura in cui essa si allontana dal contenuto non dubbio delle disposizioni legislative costituzionali. È proprio inevitabile che la giurisdizione, finché rimane giurisdizione, giunga politicamente troppo tardi, tanto più tardi quanto più il processo si svolge in modo preciso e accurato, in modo conforme allo Stato di diritto ed alla giurisdizione» [3].

Secondo Schmitt dunque, la giurisdizione è priva della legittimazione adeguata ad assicurare, attraverso i necessari provvedimenti provvisori, l'effettività del diritto costituzionale. Tale inidoneità rappresenta una delle argomentazioni decisive per confutare l'idea stessa di una garanzia giurisdizionale della Costituzione. La difesa della Costituzione, eventualmente attraverso l'esercizio in via d'urgenza di poteri straordinari, deve allora essere affidata al Presidente del *Reich* [4].

L'assoluta inettitudine della giurisdizione ad apprestare una garanzia della Costituzione piena ed effettiva, nella sua tempestività, rappresenta evidentemente nel pensiero di Schmitt soltanto un profilo esemplare della logica che rifiuta in ogni sua premessa l'idea della tutela giurisdizionale della Costituzione [5].

Sulla base di una concezione antitetica delle esigenze di tutela della Costituzione e della funzione giurisdizionale, maturano nel frattempo in Europa le prime esperienze di giustizia costituzionale. Fra queste è di particolare interesse, ai fini della presente indagine, la giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* della Repubblica di Weimar. La tutela cautelare è qui considerata una componente essenziale della giurisdizione, ma si colloca in una prospettiva diversa da quella schmittiana. Attraverso l'esercizio del potere cautelare, il giudice costituzionale non mira immediatamente ad una difesa urgente dell'ordinamento costituzionale attraverso l'esercizio di poteri straordinari, ma soltanto ad assicurare provvisoriamente gli effetti di una propria futura decisione di merito in modo da neutralizzare il pericolo che, nelle more del processo, la situazione giuridica per la quale si chiede tutela sia irrimediabilmente pregiudicata. Il potere cautelare nel processo costituzionale non condivide

---

[3] Cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. 55.

[4] C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* , cit., *passim*.

[5] Per un'efficace ricostruzione del dibattito fra Kelsen e Schmitt su questo profilo, C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma, 1984.

affatto la logica sostanziale del governo dell'emergenza, con i limiti che ne conseguono in ordine al contenuto ammissibile dei provvedimenti cautelari e in linea del resto con l'idea che nello Stato costituzionale non c'è mai spazio per una disciplina extracostituzionale, neppure in situazioni di urgenza o addirittura di emergenza istituzionale. È così che nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* si pongono le basi per il successivo sviluppo, anche sul piano teorico, di uno schema decisorio e di un modello argomentativo del giudizio cautelare che tengono conto della specificità dell'oggetto e del parametro costituzionale dei giudizi e che tuttora rappresentano la base di una delle più significative esperienze europee di giustizia costituzionale, quella del Tribunale costituzionale federale tedesco [6].

Con il consolidamento degli ordinamenti democratici e il progressivo sviluppo dei sistemi di giustizia costituzionale, la riflessione sul potere cautelare perde poi decisamente spazio nel dibattito dottrinale sui modelli di giustizia costituzionale, ma con esiti diversi nei differenti sistemi europei.

In certi ordinamenti, come in quello tedesco, il potere cautelare del giudice costituzionale è considerato uno strumento processuale costituzionalmente doveroso per la garanzia dell'effettività delle decisioni rese dal giudice costituzionale in tutti i giudizi di sua competenza, secondo l'impostazione della giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*. La decisione di istanze cautelari fa pacificamente parte della prassi giurisprudenziale quotidiana, sebbene il rilascio di provvedimenti cautelari segua un canone di rigoroso *self-restraint*, imposto dall'esigenza di rispettare l'autonomia degli organi costituzionali che ne sono destinatari. Sulla base di una disposizione di legge ordinaria applicabile in tutti i giudizi di sua competenza, il Tribunale costituzionale ha reso in sede cautelare più di mille decisioni, fra le quali si contano diversi provvedimenti di accoglimento anche in controversie costituzionali di notevole rilievo istituzionale [7].

Nel nostro ordinamento, invece, il legislatore non ha impostato la disciplina del potere cautelare in una logica unitaria di garanzia dell'effettività delle pronunce, comune alle diverse forme processuali nelle quali si articola la giurisdizione costituzionale, preordinate tutte al fine ultimo di garantire il principio di legittimità costituzionale.

---

[6] Per un quadro delle esperienze europee di giustizia costituzionale, con riferimenti al potere cautelare, *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. LUTHER, R. ROMBOLI e R. TARCHI, Giappichelli, Torino, 2000; per un'indagine comparata con specifico riferimento alla tutela cautelare nella giustizia costituzionale, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. MARANINI, Firenze, 1966, p. 173 ss.

[7] Cfr. J. BERKEMANN, *§ 32*, in *Bundesverfassungsgerichtgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di C. UMBACH, II ed., 2005, Müller, Heidelberg, p. 530 ss.

In origine il legislatore ha anzi ritenuto di attribuire alla Corte il potere cautelare nel solo conflitto fra Stato e Regioni proprio per la ritenuta convinzione, (poi smentita dai successivi sviluppi giurisprudenziali [8]), di una tendenziale assimilabilità di quest'ultimo al giudizio amministrativo [9].

Un potere quindi assai diverso dall'altro potere (per molti aspetti emblematico) attribuito alla Corte dall'art. 3 della legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1 che sostituisce l'art. 12 della legge cost. n. 1 del 1953: la sospensione del Presidente della Repubblica nel giudizio sulla messa in stato di accusa [10].

Ispirato da ragioni ulteriormente diverse e particolari è anche l'ultimo intervento del legislatore, che ha disciplinato, la tutela cautelare nel giudizio in via principale, attraverso la novella dell'art. 35 della legge n. 87 del 1953, disposta dall'art. 9, quarto comma, della legge 5 giugno 2003, n. 131. Secondo tale disposizione, «Qualora la Corte ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini, trascorso il termine di cui all'art. 25, d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'art. 40», cioè sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato. Come espressamente dichiarato durante i lavori preparatori, nelle intenzioni del legislatore si è trattato (soprattutto) di trovare un surrogato all'eli-

---

[8] Sul piano sostanziale a questa assimilazione corrisponde un'interpretazione riduttiva del ruolo dell'autonomia regionale, per questa considerazione e per la ricostruzione della successiva evoluzione del conflitto intersoggettivo, S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Giuffrè, Milano, 1985.

[9] Per la considerazione dei profili che avvicinerebbero il conflitto intersoggettivo al giudizio amministrativo, cfr. la relazione di Tesauro alla legge n. 87 del 1953, pubblicata in *Le Leggi*, 1953, pp. 285 ss., 323. Sul punto S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, cit. p. 63 ss. e, con riferimento al potere cautelare, pp. 150 ss., 163 ss., 220 ss., 249 ss., 266 ss., 279 ss., 290 ss., 345 ss., 379 ss.; A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli, 1979, p. 297 ss.; per le successive indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche, con riferimento alla tutela cautelare, A. GRAGNANI, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato: la tutela cautelare*, in A. PIZZORUSSO e R. ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione, Atti del seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 136 ss., contributo già pubblicato con il titolo *I poteri cautelari della Corte costituzionale*, all'indirizzo *web*, *www.ddp.unipi.it*, ottobre 2001; aderisce a questi rilievi anche M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, giugno 2002, pp. 255 ss., 264.

[10] Sul potere di sospensione cautelare dalle funzioni di Presidente della Repubblica, A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2004, pp. 295-296.

minazione, in seguito alla revisione dell'art. 127 Cost., del controllo preventivo di legittimità delle leggi regionali [11].

La disciplina del potere cautelare nei casi appena descritti, oltre a risultare da una giustapposizione di interventi legislativi ispirati da ragioni particolari [12], è poi assai scarna per i profili procedurali dell'incidente cautelare.

Manca invece del tutto una disciplina della tutela cautelare con riferimento al giudizio incidentale di legittimità costituzionale e al conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, nei quali peraltro possono profilarsi le medesime esigenze di tutela che si intendono garantire nel conflitto intersoggettivo e nel giudizio in via principale [13].

Di fronte all'incompiutezza della disciplina positiva, la dottrina nei primi anni di attività della Corte si era sforzata di colmare le lacune elaborando soluzioni interpretative che miravano ad ampliare i poteri cautelari della Corte costituzionale, in armonia con il valore dell'effettività della giustizia costituzionale e in funzione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, della quale la prima rappresenta una componente essenziale [14].

---

[11] P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. FALCON, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 183 ss., 191-192.

[12] Emblematica della mancanza di un disegno coerente nella disciplina del potere cautelare nella giurisdizione costituzionale è anche la circostanza che una disposizione connotata da un notevole rilievo nell'assetto dei rapporti fra i supremi organi costituzionali, quale quella che prevede la sospensione cautelare della legge, sia stata introdotta nell'ordinamento attraverso la tecnica del rinvio ad una norma concepita per atti diversi dalla legge e proprio in ragione di tale diversità.

[13] Si pensi ad esempio alle numerose istanze di sospensione cautelare presentate in relazione all'indizione di *referendum* rispettivamente nei conflitti intersoggettivi e nei conflitti fra poteri, cfr. G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 63 ss. Si consideri poi che, secondo una recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale, la legge può essere oggetto del conflitto fra poteri; infine è evidente che il bisogno di tutela cautelare attraverso pronunce con effetti *erga omnes* si presenta egualmente in relazione a questioni di legittimità costituzionale di leggi regionali o statali sollevate in via incidentale o sottoposte alla Corte attraverso il giudizio in via principale, senza che rilevi al riguardo la circostanza che nel giudizio in via d'azione possano essere fatte valere anche questioni di legittimità costituzionale che non sarebbero rilevanti nel corso dei comuni giudizi e per i quali quindi non c'è spazio per i provvedimenti cautelari con effetti *inter partes* rilasciati dai giudici comuni; sul punto, R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 71 ss., con riferimento all'ipotesi di introdurre la sospensione cautelare della legge nel giudizio incidentale.

[14] Ci si riferisce ai contributi di: M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, I ed., Giuffrè, Milano, 1955, rist. 1976, pp. 4 ss., 13, 97 ss.; A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit.; A. PACE, *Decreti legislativi d'esproprio e tutela cautelare*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 594 ss.; del medesimo Autore, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1968, p. 517 ss. e in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, p. 1197 ss.

Alcune interpretazioni della recente disciplina positiva sostenute negli studi più recenti hanno invece abbandonato l'originaria impostazione, pervenendo talvolta a risultati non convincenti.

In primo luogo, l'espressa disciplina del potere di sospendere in via cautelare l'esecuzione gli atti legislativi impugnati nel giudizio in via principale è stata addirittura sospettata di incostituzionalità, poiché si tratterebbe della classica ipotesi di una fonte ordinaria che, incostituzionalmente, pretende di disporre dell'efficacia di fonti di pari grado [15]. L'obiezione è sorprendente, soprattutto se si considera che sono pacificamente consentite, proprio perché rispondenti ad esigenze di rilievo costituzionale, altre forme di sospensione, sia pure con effetto *inter partes*, dell'efficacia della legge ordinaria [16]. Si può ricordare ad esempio che è attraverso fonti legislative ordinarie, quali l'art. 700 c.p.c. e l'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge T.A.R.), che è consentito ai giudici comuni il rilascio di provvedimenti cautelari per scongiurare i pregiudizi irreparabili che derivano dall'applicazione di leggi incostituzionali, secondo soluzioni interpretative che hanno ricevuto l'avallo della giurisprudenza costituzionale [17]. Un altro esempio particolarmente significativo è offerto dall'indirizzo della giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee, secondo il quale per garantire l'effettiva primazia del diritto comunitario può rendersi necessaria, nel giudizio cautelare, la provvisoria disapplicazione della legge nazionale che si profili in contrasto con il diritto comunitario, in attesa che la questione sia decisa nel merito [18]. Il dato

---

[15] Sul punto, A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 206; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in *Legge «La Loggia», Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli, Rimini, 2003, pp. 180 ss., 188; E. LAMARQUE, *Art. 9*, in *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione, Commento alla legge «La Loggia», (legge 5 giugno 2003, n. 131)*, a cura di E. LAMARQUE, P. CAVALERI, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 229 ss., 251.

[16] Sul punto, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., p. 193.

[17] Sul tema, P. BORRE, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., 1979, p. 117 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1988, p. 27 ss.; A. PROTO PISANI *Lezioni di diritti processuale civile*, IV ed., Jovene, Napoli, 2002, p. 641; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III ed., IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 159 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele,* Cedam, Padova, 2003, p. 287.

[18] Sul tema, N. TROCKER, *Il diritto ad una tutela effettiva nell'opera creatrice della Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 247 ss., 263 ss.

è rilevante ai nostri fini poiché è in base ad una legge ordinaria, riconducibile all'attuazione delle finalità di attuazione dell'art. 11 della Costituzione, che è stata data esecuzione ai trattati istitutivi delle Comunità europee e agli altri trattati che ne hanno progressivamente accresciuto le competenze; è quindi sulla base di tale fonte che è consentita, pacificamente in questo caso, la provvisoria non applicazione della legge ordinaria.

In secondo luogo, l'interpretazione che la dottrina prevalente propone delle nuove norme che descrivono i *pericula in mora* previsti come presupposto del rilascio del provvedimento di sospensione cautelare, appare eccessivamente condizionata dall'occasione contingente che ha ispirato il legislatore.

Si ritiene ad esempio che i concetti di rischio di un grave pregiudizio per l'interesse pubblico e per l'ordinamento giuridico della Repubblica evochino istanze unitarie essenzialmente statali. Si paragona l'interesse pubblico al «vecchio interesse nazionale» e ai presupposti di esercizio del potere sostitutivo disciplinato dall'art. 120 Cost., con una decisiva conseguenza: posto che naturale depositario di tali interessi è lo Stato, il potere di sospensione cautelare avrebbe per oggetto essenzialmente le leggi regionali [19].

Oltre a mettere in secondo piano lo scopo processuale di assicurazione in via cautelare degli effetti della decisione di merito, che non può variare in funzione del carattere statale o regionale della parte ricorrente con il conseguente necessario rispetto del principio di parità delle armi nel processo, tale interpretazione a mio avviso non è neppure coerente con i principi costituzionali che regolano il rapporto fra Stato e Regioni. Proprio in una prospettiva che rifiuta una «concezione unilaterale» [20] dell'interesse pubblico in relazione alle funzioni amministrative preordinate a soddisfarlo, l'art. 118 Cost. infatti prevede ora che esse «per assicurarne l'esercizio unitario», quindi per soddisfare le correlative esigenze unitarie, possano e debbano essere allocate, anziché ai Comuni, secondo la regola generale, eventualmente alle Regioni e ad altri enti locali e non necessariamente allo Stato.

Nei primi commenti anche il *periculum in mora* riferito all'ordinamento giuridico della Repubblica è considerato unitamente all'interesse pubblico e, quindi, ancora una volta, espressione della tutela di esigenze unitarie che potrebbero essere difese soltanto dallo Stato [21]. Si svaluta così, indebitamen-

---

[19] C. PINELLI, *Art. 9*, cit., pp. 180 ss., 188; E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., p. 251; F. DRAGO, *I ricorsi in via d'azione tra attuazione del Titolo V e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 4787 ss., 4815.

[20] L'espressione è di U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 9 ss., in partic. p. 14.

[21] C. PINELLI, *Art. 9*, cit., p. 188; E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., p. 251.

te, la circostanza che nel contesto dei rapporti Stato-Regioni il concetto di ordinamento giuridico della Repubblica assume un significato più complesso. L'omonima intestazione della Parte II della Costituzione, che in relazione ai rapporti fra i diversi livelli di governo trova specificazione nel Titolo V, indica un ordinamento unitario, ma a base pluralistica. In particolare secondo l'art. 114 Cost., la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

La stessa dottrina aggiunge che difficilmente una Regione potrà avere interesse a chiedere la sospensione cautelare di una legge che rischia di provocare un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini, senza considerare che una legge statale invasiva della competenza regionale può invece produrre un tale pregiudizio. Si pensi ad esempio ad una legge statale invasiva della competenza regionale a rimuovere ogni ostacolo che impedisce la parità degli uomini e donne, prevista dall'art. 117, settimo comma, Cost.

In definitiva, la ricostruzione del potere cautelare seguita nei primi commenti alla nuova disciplina trascura a mio avviso di valorizzare lo scopo del potere cautelare che, coerentemente alla funzione che il giudice costituzionale è legittimato a svolgere, deve essere mantenuto rigorosamente ancorato alla garanzia dell'effettività della futura decisione di merito favorevole al ricorrente e non può invece essere esercitato come se fosse un potere di altra natura. In altri termini il potere cautelare non può sostituire il rinvio governativo perché il giudizio costituzionale non è una sede di controllo politico sull'opportunità delle leggi regionali, né può rappresentare un surrogato del controllo preventivo di legittimità delle medesime leggi, poiché quest'ultimo è stato soppresso in seguito alla riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione [22].

Lo studio del potere cautelare della Corte costituzionale, con particolare riferimento alla nuova disciplina, deve invece, a mio avviso, essere proseguito in un percorso che, tenuto conto anche degli spunti già offerti dai contributi meno recenti, muova dal riscontro delle esigenze di effettività che si profilano in tutti i giudizi costituzionali e proceda all'approfondimento delle questioni specifiche della cognizione cautelare nel processo costituzionale, al fine di verificare se il giudice costituzionale possieda una legittimazione adeguata al rilascio di provvedimenti cautelari capaci di impedire che la durata del processo vada a danno del ricorrente che risulti vittorioso. Ed è l'approfondimento della specificità della cognizione cautelare nei giudizi costituzionali il punto di partenza decisivo per comprendere se e come, l'esercizio del potere cau-

[22] Eccettuate, come noto, le leggi regionali di approvazione degli statuti.

telare possa utilmente svolgersi in un dato sistema di giustizia costituzionale e come possa rapportarsi al contesto istituzionale di riferimento.

In questa prospettiva può essere particolarmente utile la comparazione con l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco.

Come sopra accennato, sulla base di una norma generale attributiva di un ampio potere cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti sviluppato una mirabile giurisprudenza cautelare che offre un quadro estremamente dettagliato e ampio delle problematiche che la cognizione cautelare pone nel concreto svolgimento dei giudizi costituzionali. A sua volta, la letteratura tedesca ha approfondito con estremo rigore ogni questione emersa nell'esperienza applicativa con attenzione sia agli aspetti processuali e procedurali, sia ai riflessi dell'esercizio del potere cautelare sul ruolo che compete al Tribunale costituzionale sia nella tutela dei diritti costituzionali, sia come garante dell'ordine costituzionale delle competenze, con particolare riguardo ai rapporti fra Federazione e *Länder*.

L'obiettivo della comparazione non è ovviamente quello di concepire un trapianto di istituti da un ordinamento ad un altro, anche perché all'innesto del potere cautelare nel nostro ordinamento il legislatore ha ormai provveduto, quasi integralmente. Si tratta più semplicemente di conoscerne meglio le problematiche teoriche e applicative soprattutto per eliminare falsi pregiudizi che, a mio avviso, nell'attuale dibattito dottrinale sovraccaricano, fino quasi ad esaurirlo, il potere cautelare di contenuti che, ove correttamente inteso, non gli appartengono e che ne disconoscono perfino lo scopo immanente.

Un approfondimento delle categorie dell'incidente cautelare nella giurisdizione costituzionale appare poi utile per richiamare l'attenzione sull'importanza che in concreto assume la coerenza e la chiarezza nella motivazione delle relative decisioni. La Corte invero in recenti pronunce ha fatto un uso molto ambiguo dei principi processuali che guidano l'esercizio del potere cautelare, in contrasto con i propri precedenti e oltretutto senza nemmeno un cenno di motivazione, né a questi ultimi né alle ragioni che dovrebbero giustificare il mutamento di indirizzo.

Mi riferisco alla vicenda relativa alla prime istanze di sospensione cautelare presentate alla Corte costituzionale dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina[23]. Come noto, alcune Regioni hanno impugnato la legislazione statale che disponeva un nuovo condono edilizio, a sua volta lo Stato ha impugnato le normative regionali che disponevano la disapplicazione sul rispetti-

---

[23] Su tali pronunce, F. Dal Canto e E. Rossi, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 159 ss., 230 ss.

vo territorio delle disposizioni statali impugnate in via principale ed entrambe le parti hanno presentato istanze di sospensione cautelare degli atti impugnati. Nell'imminenza dell'udienza di discussione fissata nell'incidente cautelare, le Regioni hanno però depositato «atti nei quali – in considerazione, in particolare, della rinuncia da parte dell'Avvocatura dello Stato alla immediata pronuncia sulle istanze cautelari di sospensione da essa presentate in separati giudizi promossi in relazione a leggi regionali concernenti il c.d. «condono edilizio» … «aderiscono alla richiesta di differimento dell'esame delle istanze cautelari auspicata dall'Avvocatura dello Stato contestualmente alla propria rinuncia» [24]. Di fronte a queste «richieste-rinuncia» – di per sé assai singolari, posto che le parti non disponendo del ruolo delle cause della Corte, non dispongono del tempo delle sue pronunce e quindi dell'oggetto della pretesa rinuncia- la Corte ha disposto il rinvio della trattazione delle istanze cautelari all'udienza stabilita per l'esame del merito e ha precisato di aver riscontrato la sussistenza delle condizioni per tale rinvio. La decisione della Corte prende di fatto le distanze dall'indirizzo della sua giurisprudenza che aveva in precedenza respinto l'istanza cautelare del ricorrente che avesse disposto in via unilaterale la disapplicazione degli atti impugnati nel giudizio costituzionale [25]. D'altra parte, l'urgenza del provvedere è un presupposto indefettibile dell'istanza cautelare che, come noto, può essere valutato come requisito di fondatezza dell'istanza o come requisito attinente all'interesse ad agire in sede cautelare e, quindi, come requisito di ammissibilità del ricorso. Considerato che i pregiudizi costituzionali per i quali si domandava cautela erano già in atto e nessun dato prospettava un cambiamento di tale situazione giuridica nell'arco di tempo fra l'udienza fissata per l'incidente cautelare e la successiva udienza di merito [26], non è chiaro per quali ragioni la Corte, pur

---

[24] Sulle istanze di sospensione presentate dalle Regioni, Corte costituzionale, ordinanza 8 aprile 2004, n. 116; sulle istanze presentate dallo Stato avverso le leggi delle Regioni Toscana e Marche, che avevano disposto la disapplicazione degli atti impugnati nel rispettivo territorio regionale, Corte costituzionale, ordinanza 8 aprile 2004, n. 117 e ordinanza 8 aprile 2004, n. 119.

[25] Cfr. ad esempio, Corte costituzionale, ordinanza 15 gennaio 1976, n. 13, in *Giur. cost.*, 1976, p. 54; sul rapporto fra tutela cautelare e divieto di risoluzione unilaterale delle controversie costituzionali, A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e le procedure non giurisdizionali per la tutela urgente degli interessi costituzionali nelle controversie federali*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 504 ss.; sul tema, R. BIN, *Sulle leggi «di reazione»*, all'indirizzo *web*, *http://www.forumcostituzionale*.

[26] Ben diverso dal rinvio della trattazione disposto nella vicenda in commento, è quello disposto in occasione dell'ordinanza pronunciata nel conflitto intersoggettivo promosso dal Governo nei confronti della Regione Sardegna in relazione all'indizione di quattro *referendum* consultivi regionali. La Corte in quell'occasione, con ordinanza 22 novembre 1988, n. 1040, accolse l'istanza di sospensione cautelare in relazione ai primi tre *referendum*, indetti per

avendo constatato il difetto d'urgenza, si sia ritenuta vincolata alla singolare richiesta incrociata dei ricorrenti e abbia disposto il rinvio della trattazione dell'istanza, anziché dichiararne l'infondatezza o l'inammissibilità. Soluzione quest'ultima, che, nel pieno rispetto del potere dispositivo dei ricorrenti, non avrebbe precluso la riproposizione dell'istanza cautelare qualora per ragioni sopravvenute la sospensione cautelare degli atti impugnati si fosse in seguito imposta con urgenza. D'altra parte, la circostanza che la Corte sia titolare di un potere d'ufficio ci deve far ritenere che il giudice costituzionale, sollecitato al suo esercizio, abbia accertato che non sussistevano le condizioni per il rilascio del provvedimento cautelare, quindi che sussistevano i presupposti per una dichiarazione di infondatezza o di inammissibilità. Si può anche ipotizzare che la Corte abbia condiviso i sospetti d'incostituzionalità, (avanzati in dottrina), nei confronti della norma che configura quello cautelare come un potere officioso, ma in questo caso avrebbe potuto sottrarsi al suo esercizio soltanto previa autorimessione della relativa questione di legittimità costituzionale.

La mancanza di una chiara motivazione sulle ragioni del rinvio ingenera allora il sospetto che la Corte non abbia preso le necessarie distanze dall'intento dei ricorrenti di usare l'istanza cautelare non come strumento di cautela a garanzia della futura decisione di merito, ma come elemento di una strategia difensiva estranea al giudizio costituzionale e appartenente invece all'area della contrattazione politica.

La vicenda è stata qui richiamata perché emblematica dell'importanza di un uso rigoroso e consapevole delle categorie processuali soprattutto in contesti, come quello del giudizio in via principale e specialmente dell'incidente cautelare, nei quali la Corte si trova coinvolta con immediatezza in aspri scontri politici.

Anche sotto questo profilo la comparazione con l'esperienza tedesca è significativa. In quell'ordinamento infatti l'ampiezza delle competenze del *Bundesverfassungsgericht* ne determina una notevole esposizione politica che è però opportunamente bilanciata sul piano del diritto positivo da un adeguato sviluppo della disciplina processuale e nell'esperienza giurisprudenziale da una rigorosa attenzione all'osservanza di tale disciplina come fonte di legittimazione delle decisioni del giudice costituzionale[27].

---

l'undici dicembre dello stesso anno e rinviò all'udienza del 23 marzo dell'anno successivo, l'esame della richiesta di sospensiva relativa al *referendum* da svolgersi il 16 aprile 1989, subordinatamente alla circostanza che, anteriormente a quell'udienza, non fosse intervenuta la sentenza di merito; l'ordinanza è pubblicata in *Foro it.*, 1989, c. 925 ss.

[27] Sul punto, P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 63 ss., 66.

Un ulteriore sviluppo sul piano europeo convince dell'esigenza di approfondire le problematiche collegate alla cognizione cautelare nelle giurisdizioni costituzionali. Si tratta dell'estensione che la tutela cautelare ha conosciuto, negli anni più recenti, come componente essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva presso le giurisdizioni europee [28]. In questa prospettiva il potere cautelare del giudice costituzionale è stato di recente riproposto all'attenzione della dottrina come una delle componenti essenziali nell'elaborazione dei modelli di tutela dei diritti fondamentali, in una direzione caratteristica del costituzionalismo moderno che aspira all'universalizzazione delle garanzie, per la quale quindi, il metodo comparativo rappresenta un imprescindibile strumento di indagine [29].

Oltre agli sviluppi della giurisprudenza comunitaria sopra ricordata, che non possono non avere effetti sullo *standard* di tutela dei diritti per ovvie esigenze di parità di trattamento [30], significative sollecitazioni provengono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che di recente è stata protagonista di due interessanti casi che riguardano direttamente l'esercizio del potere cautelare presso le giurisdizioni costituzionali nazionali.

Un primo caso è relativo alla garanzia della ragionevole durata del processo prevista dall'art. 6 della CEDU. La Corte di Strasburgo, riconosciuto il ruolo peculiare che le giurisdizioni costituzionali svolgono nel sistema giudiziario interno, si riserva di controllare anche in riferimento a tale giudizio l'osservanza dell'obbligazione assunta dagli Stati contraenti in ordine al rispetto del diritto alla ragionevole durata del processo, secondo le circostanze del caso e in base ai criteri fissati nella sua giurisprudenza [31]. Con decisione del 27 febbraio 2003, la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 6 CEDU per l'eccessiva durata di un giudizio costituzionale, pendente davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in relazione al mancato esercizio del potere officioso di sospensione cautelare della legge che ad esso compete.

---

[28] Sul tema, N. TROCKER, *Il diritto ad una tutela effettiva nell'opera creatrice della Corte di giustizia della Comunità europea*, cit.; sulla possibilità di configurare la Corte di giustizia delle comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo come giurisdizioni costituzionali, in relazione ad alcune delle funzioni che ad esse competono, A. PIZZORUSSO, *Ipotesi di giustizia costituzionale nei trattati istitutivi dell'Unione europea e nel progetto di trattato-costituzione*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2443 ss.

[29] M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. X.

[30] Sul punto, fra i diversi contributi, L. QUERZOLA, *La Corte di giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 266.

[31] Così testualmente, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Niederböster c. Germania*, 27 febbraio 2003, che può leggersi all'indirizzo web: *http://www.echr.coe.int*.

In particolare si trattava del ricorso diretto con il quale il padre naturale, (ottantacinquenne e malato di cuore), di una bambina faceva valere l'incostituzionalità dell'art. 1711 *BGB* (nella versione previgente) sulla cui base gli era stato negato dai giudici comuni, il diritto di visita della figlia. La questione di legittimità costituzionale verteva su una questione per la quale era in corso l'approvazione di una vasta riforma legislativa ed apparteneva a quelle tipiche ipotesi nelle quali un consolidato indirizzo del *Bundesverfassungsgericht* impone, nel rispetto dell'autonomia del legislatore, l'osservanza di un rigoroso canone di *self-restraint*, secondo il quale l'esito del giudizio, se favorevole al ricorente avrebbe tutt'al più potuto risolversi nella statuizione dell'obbligo per il legislatore di modificare le disposizioni incostituzionali entro un determinato termine. La Corte europea osserva che il *Bundesverfassungsgericht* avrebbe comunque potuto provvedere d'ufficio alla concessione di una misura cautelare ai sensi del 32 *BVerfGG*, al fine di garantire in modo effettivo e non illusorio i diritti riconosciuti dalla Convenzione. Ciò è sufficiente, secondo la Corte europea, per considerare non decisive, al fine di escludere la violazione dell'art. 6 CEDU, la particolare complessità del caso e la difficoltà per il Tribunale costituzionale di decidere su una questione contestualmente oggetto di riforma legislativa.

In questa prospettiva, oltre alla vicenda processuale appena ricordata, nel quale l'omesso esercizio del potere cautelare nel giudizio costituzionale si è profilato come elemento decisivo per una valutazione negativa da parte del giudice europeo dello *standard* di effettività dei diritti fondamentali assicurato nell'ordinamento interno, merita di essere segnalato un ulteriore caso che dischiude interessanti prospettive sul piano del confronto fra giurisdizioni costituzionali nazionali e sovranazionali.

Si tratta di una *Verfassungsbeschwerde* con la quale i ricorrenti indirizzano al *Bundesverfassungsgericht* un'istanza di sospensione dell'esecuzione di una sentenza dello stesso Tribunale costituzionale federale, con lo scopo di assicurare gli effetti di una futura sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resa a seguito del ricorso con il quale gli stessi ricorrenti impugnano, davanti alla Corte di Strasburgo, la sentenza del Tribunale costituzionale. Nel respingere l'istanza cautelare il *Bundesverfassungsgericht* afferma testualmente: «sussistono notevoli dubbi che un provvedimento cautelare richiesto al Tribunale costituzionale federale possa essere preordinato ad assicurare un procedimento pendente presso un altro giudice, in questo caso la Corte europea dei diritti dell'uomo». Tuttavia – prosegue il *Bundesverfassungsgericht* – indipendentemente da questo profilo l'istanza cautelare non può avere esito positivo, poiché le domande di merito a cui essa si coordina sono inammissibili. Infatti «non è ammissibile una *Verfassungsbeschwerde* contro una sentenza del Tribunale costituzionale federale, né è

ammissibile modificare o bloccare la sua efficacia con questo strumento» [32].

Considerati anche i recenti sviluppi della giurisprudenza delle Corti europee, si rafforza il convincimento che le problematiche della cognizione cautelare nella giurisdizione costituzionale non possano essere affrontate nell'angusta logica della gestione dei rapporti fra Stato e Regioni [33]. La comparazione con la giurisprudenza cautelare del Tribunale costituzionale federale tedesco rappresenta anche sotto questo profilo un importante termine di riferimento poiché si tratta di un'esperienza che copre, con numerose e importanti decisioni, ogni giudizio di sua competenza, offrendo così l'opportunità di cogliere nelle sue diverse articolazioni una problematica fondamentalmente unitaria: la garanzia dell'effettività della giustizia costituzionale.

2. Traccia dell'esposizione

La complessità dell'esperienza giurisprudenziale tedesca ha imposto in questa sede una selezione degli argomenti più rilevanti nella prospettiva di un'indagine sulle peculiarità della cognizione cautelare nel processo costituzionale. In particolare, dopo l'analisi del modello elaborato nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*, con riferimento all'esperienza del *Bundesverfassungsgericht* si è scelto di concentrare l'attenzione sull'interpretazione delle norme che definiscono i presupposti per il rilascio dei provvedimenti cautelari e si è poi analizzato il modello decisorio elaborato dal Tribunale. Si è cercato di esemplificare la descrizione dei diversi argomenti di volta in volta trattati, attraverso l'esposizione di alcuni casi giurisprudenziali particolarmente significativi. Non è stato però qui possibile rendere conto, se non incidentalmente, delle peculiarità che l'esercizio del potere cautelare incontra nei diversi giudizi di competenza del Tribunale, attraverso l'analisi della giurisprudenza condotta separatamente in relazione ai singoli giudizi, ma si è cercato di tenere presente nell'esposizione i risultati di un'indagine di questo tipo altrove svolta.

---

[32] *BVerfG* 12 giugno 2002, 1 *BvQ* 19/02, il ricorso aveva per oggetto una pronuncia del Tribunale costituzionale che dichiarava incompatibile con l'art. 12 *GG* (relativo alla libertà di scelta della professione) una legge relativa all'esercizio della professione di avvocato.

[33] Di recente spunti in questa direzione in R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali*, cit.

3. Il potere cautelare nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* della Repubblica di Weimar

Lo *Staatsgerichtshof*, (*StGH*), era stato istituito nel 1919 con la Costituzione di Weimar. Ad esso era affidato essenzialmente il compito di dirimere le controversie tra il *Reich* e i *Länder* e le controversie fra organi all'interno di ciascun *Land*[34].

La legge istitutiva dello *Staatsgerichtshof*[35] e il suo regolamento[36] non contengono alcuna espressa attribuzione di poteri cautelari, ma il Tribunale li ha rivendicati come poteri impliciti, logicamente connessi e necessari per l'esercizio di quelli espressamente previsti. In particolare nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* si afferma in sostanza che essendo le parti sottoposte alla giurisdizione del Tribunale e vincolate alla sua decisione definitiva, non possono non essere sottoposte ai provvedimenti provvisori che si rendano necessari ad assicurare gli effetti della decisione di merito[37].

Nell'elaborare *praeter legem* la disciplina dei presupposti del rilascio dei provvedimenti cautelari, lo *Staatsgerichtshof* si è ispirato alle disposizioni contenute nel codice di procedura civile (*Zpo*). Il modello è offerto dal § 940 *Zpo*, secondo il quale i «provvedimenti cautelari sono ammissibili anche allo scopo di disciplinare una situazione provvisoria in relazione ad un rapporto giuridico controverso, nella misura in cui tale disciplina, specialmente con riguardo a rapporti giuridici durevoli nel tempo, appaia necessaria ad evitare un notevole pregiudizio, ad impedire una incombente violenza o per altri motivi».

3.1. Il modello decisorio elaborato dallo *Staatsgerichtshof* con riferimento alle istanze cautelari

Conviene ora soffermarsi sul modello decisorio relativo alle istanze cautelari elaborato dallo *Staatsgerichthof* proprio in considerazione delle esigenze peculiari della cognizione cautelare nei giudizi costituzionali.

---

[34] Cfr. K. Schlaich e S. Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit. Indicazioni sulla giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* in C. Joel, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, in *AöR* 77 (1951/52), pp. 129, 138; D. Leipold, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, C.H. Beck, München, 1971, p. 29 ss.

[35] Legge 9 luglio 1921, in *RGBl.*, p. 905.

[36] Regolamento 20 settembre 1921, in *RGBl.*, p. 1535.

[37] Così, *StGH* 10 ottobre 1925, in *RGZ* 111, Anh. 21; nonché in Lammers-Simons, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, I, Berlin, p. 212 ss.

Per giustificare il proprio modello decisorio, lo *Staatsgerichtshof* invoca un principio consolidato nell'esperienza giuridica tedesca in materia di tutela cautelare: il *Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsache*, detto più sinteticamente *Vorwegnahmeverbot*. In senso letterale l'espressione significa divieto di anticipare l'oggetto (principale) della causa. Nel processo civile, nel quale la massima è stata originariamente elaborata, essa esprime la direttiva secondo la quale la pronuncia cautelare, in via di principio, non può anticipare gli effetti della decisione di merito. Questi termini enunciano quindi un criterio regolatore degli effetti ammissibili del provvedimento cautelare.

Nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*, il *Vorwegnahmeverbot* si arricchisce però anche di un significato ulteriore. Esso viene chiamato ad esprimere non solo il divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma anche un divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito [38]. In altri termini, in questa accezione, il divieto di anticipazione esprime il divieto di pronunciarsi sull'istanza cautelare attraverso una prognosi dell'esito del procedimento di merito.

L'elaborazione di questa ulteriore accezione del divieto di anticipazione presenta un carattere innovativo e imposta in modo peculiare la tutela cautelare nella giustizia costituzionale. Nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* il divieto ha infatti ad oggetto proprio quella operazione che nel processo civile è ritenuta essere alla base del rilascio della misura cautelare.

Nella prima pronuncia in cui questo orientamento trova espressione, lo *Staatsgerichtshof* lo giustifica con la semplice affermazione che le formalità processuali previste per il procedimento di merito al fine dell'accertamento della verità giuridica possono trovare una applicazione solo limitata nel procedimento cautelare [39]. Nelle argomentazioni del Tribunale tali formalità non hanno evidentemente un valore in sé, ma in quanto sono strumentali ad un esame esauriente delle questioni rilevanti per la decisione della controversia, un esame che invece è impossibile in sede cautelare, sotto la pressione dell'urgenza del provvedere.

In una successiva pronuncia cautelare il discorso si fa più esplicito. Lo *Staatsgerichtshof* sostiene di non ritenere compatibile con l'essenza e il significato del suo ruolo giurisdizionale aderire provvisoriamente alla tesi dell'una o dell'altra parte esternando una certa soluzione giuridica che poi potrebbe

---

[38] A tale proposito, la dottrina ha parlato di un divieto di *Prüfungsvorwegnahme*, cioè di un divieto di anticipare l'esame (del merito). Così, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 29; dello stesso Autore, *Anmerkung*, in *JZ*, 1991, p. 461 ss.

[39] Cfr. *StGH* 23 ottobre 1929, in *RGZ* 126, Anh. 1; nonché in LAMMERS-SIMONS, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, II, Berlin, p. 72 ss.

essere costretto a modificare in seguito ad una valutazione più approfondita nel giudizio di merito [40]. Dietro questa conclusione c'è l'idea che l'accertamento giurisdizionale del diritto o è definitivo, oppure si trasforma in un qualcosa di diverso, in un provvisorio prendere partito in favore della posizione giuridica sostenuta da una delle due parti, che compromette la terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante.

Scartata la possibilità di decidere le istanze cautelari sulla base di una valutazione sommaria delle prospettive di successo del ricorrente, sorge il problema di trovare un criterio decisorio che legittimi il Tribunale al rilascio di provvedimenti cautelari. Sotto questo aspetto l'elaborazione dello *Staatsgerichtshof* è appena abbozzata, ma individua un criterio destinato ad essere ripreso e sviluppato dal *Bundesverfassungsgericht*: la comparazione dei pericoli di pregiudizio rispettivamente gravanti sulle parti [41]. Fermo il divieto che il Tribunale si impone di prendere posizione sulle questioni giuridiche oggetto del procedimento di merito, esso lascia intuire di poter concedere il provvedimento cautelare solo qualora il suo mancato rilascio provochi al ricorrente un pregiudizio maggiore di quello che derivi alla controparte dalla sua emanazione.

3.2. Casistica della giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*

A quanto consta, la prima pronuncia in cui lo *Staatsgerichtshof* concede una misura cautelare si coordina alla controversia insorta fra la città di Lübeck e il *Land* del Meclenburgo concernente i diritti di pesca e l'esercizio dei poteri di polizia marittima nella baia di Travemünde. In attesa della definizione della controversia, lo *Staatsgerichtshof* concede un provvedimento con cui viene provvisoriamente individuata all'interno della baia una linea di demarcazione per distinguere l'ambito marittimo di esercizio delle situazioni giuridiche controverse ad opera dell'una e dell'altra parte. In questo provvedimento lo *Staatsgerichtshof* enuncia il fondamento dei propri poteri cautelari: poiché le parti sono vincolate alla sua decisione definitiva, non possono non essere sottoposte ad un provvedimento provvisorio [42].

La concezione secondo la quale, di regola, la motivazione della pronuncia

---

[40] Cfr. *StGH* 23 luglio 1932, in *RGZ* 137, Anh. 65; nonché in Lammers-Simons, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, V, Berlin, p. 24 ss.

[41] Cfr. *StGH* 18 luglio 1930, in *RGZ* 129, Anh. 28; nonché in Lammers-Simons, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, IV, Berlin, p. 95 ss.

[42] Cfr. *StGH* 10 ottobre 1925, in *RGZ* 111, Anh. 21.

cautelare non può essere adottata sulla base di una prognosi dell'esito del procedimento di merito, viene espressa in relazione ad una successiva controversia promossa dal gruppo parlamentare del Partito popolare nazionale tedesco nel Parlamento prussiano nei confronti della Prussia, avente ad oggetto il diritto dei funzionari prussiani di partecipare al plebiscito popolare, indetto nel dicembre del 1929, contro il piano *Young*, cioè il piano concordato dal *Reich* con le nazioni vincitrici nella prima guerra mondiale relativo al pagamento delle riparazioni di guerra. La controversia trae la propria origine da dichiarazioni ufficiali del Primo ministro, secondo le quali la partecipazione di funzionari al plebiscito popolare è da considerarsi contraria ai doveri d'ufficio. Il gruppo parlamentare del Partito popolare nazionale tedesco considera tali dichiarazioni incompatibili con la Costituzione ed adisce lo *Staatsgerichtshof* con la richiesta di accertare l'ammissibilità della partecipazione dei funzionari al plebiscito e la incostituzionalità delle dichiarazioni governative. Contestualmente il ricorrente richiede un provvedimento cautelare diretto ad ordinare provvisoriamente al Ministro di Stato prussiano di astenersi dal rilasciare dichiarazioni intese a qualificare come illegittima o inammissibile la partecipazione di funzionari alla consultazione popolare. Dopo aver dichiarato l'ammissibilità delle istanze cautelari dinanzi a sé, lo *Staatsgerichtshof* rigetta l'istanza cautelare con la motivazione che il suo accoglimento avrebbe presupposto la sussistenza del contestato diritto di partecipazione, sul quale non si poteva decidere nel procedimento cautelare. Lo *Staatsgerichtshof* fa così appello al *Vorwegnahmeverbot* inteso anche come divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito, giustificandolo con la considerazione che le formalità processuali previste per il procedimento di merito possono trovare una applicazione solo limitata nel procedimento cautelare [43].

Una successiva controversia in cui lo *Staatsgerichtshof* è chiamato a pronunciarsi su un'istanza cautelare è quella sorta tra il *Reich* e il *Land* Thüringen sul blocco delle sovvenzioni alla polizia. Il *Reich* corrispondeva ai *Länder* da diversi anni sovvenzioni per le spese della polizia. A questa prassi viene data una base normativa attraverso l'intesa tra il *Reich* ed i *Länder* del 1928. Nell'aspetto qui rilevante l'accordo prevede che i *Länder* debbano adottare misure adeguate dirette ad assicurare il carattere «apolitico» del corpo di polizia nel suo complesso, nonché la condotta «apolitica» dei singoli funzionari in servizio. Con un provvedimento del maggio 1930 il Governo del Thüringen nomina due funzionari appartenenti al partito nazionalsocialista dei lavoratori ad un alto incarico dirigenziale di polizia. Dopo che il Governo del *Land*

[43] Cfr. *StGH* 23 ottobre 1929, in *RGZ* 126, Anh. 1.

respinge la richiesta del Ministro degli Interni federale di revocare tale provvedimento, quest'ultimo dispone il blocco delle sovvenzioni per le spese di polizia al Thüringen. In conseguenza di ciò il *Land* instaura una controversia costituzionale dinanzi allo *Staatsgerichtshof*, chiedendo di dichiarare l'illegittimità del blocco e di accertare l'obbligo del *Reich* di continuare a corrispondere al *Land* le predette sovvenzioni. Contestualmente il *Land* Thüringen chiede in via cautelare che sia impartito al *Reich* un ordine di continuare a versare le sovvenzioni fino alla decisione di merito. A sostegno delle richieste il *Land* fa valere essenzialmente che la semplice appartenenza dei due funzionari al partito nazionalsocialista non urta contro l'accordo con il *Reich*, poiché essi si sono obbligati nei confronti del Ministero dell'Interno del *Land* ad un esercizio dell'ufficio pienamente imparziale, nonché ad un coscienzioso rispetto delle leggi. Il *Reich* chiede il rigetto delle istanze del ricorrente e, in particolare, chiede di dichiarare l'istanza cautelare inammissibile, facendo valere che un potere cautelare dello *Staatsgerichtshof* difetta di fondamento legislativo; che non è possibile un'applicazione analogica delle disposizioni della *Zpo*, in considerazione della radicale diversità di scopo dei due tipi di processo; che un intervento in via cautelare su provvedimenti di organi statali da parte del giudice amministrativo contraddice già la natura del processo amministrativo e che questa considerazione vale a maggior ragione per le controversie dinanzi allo *Staatsgerichtshof*, ove il rilascio di provvedimenti cautelari incide direttamente nell'attività politica e nel potere esecutivo del *Reich*, senza che ciò sia previsto dalla Costituzione o dalla legge. Lo *Staatsgerichtshof* conferma l'ammissibilità delle istanze cautelari, osservando in particolare che l'obiezione discendente dall'incidenza del provvedimento cautelare nell'attività politica delle parti prova troppo poiché varrebbe a contestare anche il potere del Tribunale di decidere la controversia nel merito. In sostanza lo *Staatsgerichtshof* si richiama all'argomento che fonda il potere cautelare sulla sottoposizione delle parti alla giurisdizione nel merito. Nel merito il Tribunale motiva il rigetto dell'istanza cautelare diretta ad ordinare al *Reich* di continuare a corrispondere provvisoriamente il suddetto sussidio, con la considerazione che lo *Staatsgerichtshof* non potrebbe in sede provvisoria fare propria la valutazione giuridica di una delle parti, non potrebbe quindi prendere posizione sulla questione relativa all'esistenza di un obbligo di pagamento del *Reich*. In questa decisione si accenna anche al criterio per motivare, senza prendere posizione sulla questione giuridica oggetto del procedimento di merito, il rilascio di una misura cautelare: cioè la comparazione dei pericoli di pregiudizio rispettivamente gravanti sulle parti. Lo *Staatsgerichtshof* considera che l'interruzione dei finanziamenti reca pregiudizio al *Land*, ma rigetta l'istanza cautelare, poiché altrimenti l'ulteriore corresponsione del sussidio provocherebbe dei pericoli al *Reich*. La controversia trova poi una

composizione transattiva, su proposta del Presidente dello *Staatsgerichtshof*, nella quale il *Reich* si impegna a continuare a corrispondere le sovvenzioni, a fronte dell'impegno del *Land* di garantire il carattere non politico della polizia di sicurezza, procedendo all'assunzione dei funzionari non secondo criteri di appartenenza a partiti politici, ma soltanto secondo criteri di idoneità e di interesse di servizio, mentre rimangono impregiudicate le questioni attinenti al carattere sovversivo del partito nazionalsocialista dei lavoratori, nonché al carattere giuridico o soltanto politico dell'obbligo del *Reich* di corrispondere le sovvenzioni per la polizia.

4. Il potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht*: quadro normativo

Conviene iniziare l'esame dell'esperienza giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* attraverso un quadro delle fonti del potere cautelare.

La disciplina del potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht* è contenuta nel § 32 della legge ordinaria che disciplina il Tribunale costituzionale federale, (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*), disposizione inserita nella sezione dedicata alle disposizioni processuali generali; sono poi previste alcune norme speciali.

Nella versione oggi vigente, il § 32 *BVerfGG* prevede che:

> «(1) In caso di disputa, il Tribunale costituzionale federale può regolare provvisoriamente una situazione attraverso un provvedimento cautelare, qualora ciò si imponga con urgenza per evitare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo in vista del bene comune.
>
> (2) Il provvedimento cautelare può essere emanato senza udienza. In caso di particolare urgenza il Tribunale costituzionale federale può rinunciare a dare l'opportunità di prendere posizione alle parti del giudizio di merito, ai soggetti legittimati ad intervenire o a fare osservazioni.
>
> (3) Se il provvedimento cautelare è emanato o rifiutato con ordinanza, può essere proposta opposizione. Ciò non vale per il ricorrente in caso di ricorso costituzionale diretto. Sull'opposizione il Tribunale costituzionale federale decide dopo un'udienza. Questa deve aver luogo entro due settimane dalla presentazione dei motivi di opposizione.
>
> (4) L'opposizione contro il provvedimento cautelare non ha efficacia sospensiva. Il Tribunale costituzionale federale può sospendere l'esecuzione del provvedimento cautelare.
>
> (5) Il Tribunale costituzionale federale può rendere nota la decisione sul

provvedimento cautelare o sull'opposizione priva di motivazione. In questo caso la motivazione deve essere comunicata separatamente alle parti.

(6) Il provvedimento cautelare perde efficacia dopo sei mesi. Esso può essere rinnovato con una maggioranza di due terzi dei voti.

(7) Se una Sezione del Tribunale non raggiunge il numero legale, il provvedimento cautelare può essere rilasciato in caso di particolare urgenza se sono presenti almeno tre giudici e l'ordinanza sia adottata all'unanimità. Esso perde efficacia dopo un mese. Se è confermato dalla Sezione, il provvedimento cautelare perde efficacia dopo sei mesi dalla sua emanazione».

La disciplina del § 32 *BVerfGG* è integrata da un'importante norma prevista dal § 93 d, secondo comma, *BVerfGG*, dove si stabilisce che, in modo corrispondente ai suoi poteri decisori, ciascuna *Kammer*, cioè l'organo decidente composto di tre giudici in cui si articolano le due Sezioni del Tribunale (§ 15 a *BVerfGG*), dispone anche del potere cautelare, ma non con riferimento al provvedimento di sospensione totale o parziale della applicazione della legge che è invece affidato a ciascuna Sezione del Tribunale.

Resta poi da precisare che il § 32 *BVerfGG* ha subito diverse modifiche. Fra queste, l'introduzione nel 1970 del comma che disciplina l'ipotesi in cui la Sezione del *Bundesverfassungsgericht*, a cui sia affidata la decisione sull'istanza cautelare, non raggiunga il numero legale per deliberare [44]. In secondo luogo, il termine di efficacia della misura cautelare è stato esteso a sei mesi nel 1985 [45]. La prassi giurisprudenziale aveva evidenziato infatti che il precedente termine di tre mesi era troppo breve. Infatti il Tribunale era costretto molto frequentemente a prorogarlo [46].

Come sopra accennato, sono poi previste anche alcune norme speciali di tutela cautelare.

Fra queste, l'art. 61 *GG* prevede che, dopo la messa in stato d'accusa da parte del *Bundestag* o del *Bundesrat*, il Tribunale costituzionale federale può sospendere in via cautelare il Presidente federale dall'esercizio delle sue funzioni.

Un'altra ipotesi è prevista in relazione alla promozione del giudizio di accusa da parte del *Bundestag* contro un giudice federale (art. 98, secondo comma, *GG*), il § 58, primo comma, *BVerfGG* prevede l'applicabilità del § 53

---

[44] Cfr. legge 21 dicembre 1970, in *BGBl* I, 1765.

[45] Cfr. legge 19 febbraio 1985, in *BGBl* I, 2226, relativa a § 32, sesto comma, *BVerfGG*. È da notare però che il provvedimento emanato dal collegio ristretto di tre giudici, nell'ipotesi appena menzionata nel testo, perde efficacia dopo il decorso di un mese dall'emanazione, a meno che non sia confermato dalla sezione della Corte (cfr. § 32, settimo comma, *BVerfGG*).

[46] Cfr. C. Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, cit., p. 244, con richiamo ai lavori preparatori della modifica legislativa.

BVerfGG. Il Tribunale può quindi sospendere in via cautelare il giudice dall'esercizio delle sue funzioni. In relazione alla promozione del procedimento di collocamento a riposo o di rimozione di un giudice costituzionale, il § 105, quinto comma, *BVerfGG* prevede che il Tribunale possa sospendere in via cautelare il giudice dallo svolgimento della sua funzione.

Infine, la possibilità di emanare provvedimenti cautelari da parte del Tribunale costituzionale federale è contemplata dal § 16, terzo comma, della legge sulla verifica delle elezioni (*Wahlprufungsgesetz*) [47].

Si ritiene in linea di principio che le singole disposizioni speciali appena ricordate non escludano, ove ne ricorrano i presupposti, l'applicazione in via sussidiaria del § 32 *BVerfGG.* Un'importante precisazione di questa affermazione si è però avuta in una recente pronuncia [48] che rigetta il ricorso presentato da una cittadina in occasione delle elezioni del *Bundestag*, fissate per duecentonovantotto circoscrizioni elettorali il 18 settembre 2005 e per una circoscrizione, (Dresden I), il 2 ottobre successivo, spostamento quest'ultimo reso necessario – secondo quanto previsto dalla legge elettorale – a causa della morte di una candidata. In particolare, la ricorrente impugnava la decisione dell'ufficio elettorale federale di rendere noti nella sera del 18 settembre i risultati parziali delle elezioni, lamentando la violazione del principio della parità di *chances* nelle elezioni e, quindi, nella determinazione dell'organizzazione politica, poiché la conoscenza dei risultati parziali consentirebbe agli elettori della circoscrizione Dresden I un uso tattico del proprio voto. Il Tribunale respinge il ricorso sulla base della considerazione che le decisioni che si riferiscono al procedimento elettorale possono essere in linea di principio impugnate soltanto con i rimedi previsti dalla legge elettorale, dal relativo regolamento e dalla legge sulla verifica delle elezioni. Osserva infine la Corte che non risultano nel caso di specie quelle particolari circostanze che in occasione delle prime elezioni dopo la riunificazione tedesca avevano indotto il Tribunale ad assicurare la tutela giurisdizionale, in sede cautelare, prima dello svolgimento delle elezioni.

---

[47] Il primo comma dell'art. 16 *Wahlprüfungsgesetz* prevede che, nelle ipotesi in cui il *Bundestag* accerti la perdita della qualità di deputato, il soggetto che ne è colpito mantenga i diritti e gli obblighi dello *status* di parlamentare, finché il provvedimento non è divenuto definitivo. Il secondo comma prevede che il *Bundestag*, con decisione presa a maggioranza di due terzi, possa deliberare che il deputato sia immediatamente sollevato dallo svolgimento delle sue funzioni. Il terzo comma prevede che, qualora sia proposto reclamo contro la decisione presa ai sensi del primo comma, il Tribunale possa, su istanza del reclamante privare di effetti in via cautelare il provvedimento preso ai sensi del secondo comma, oppure – se un tale provvedimento non è stato emanato – adottarlo in via cautelare su istanza di almeno un decimo dei membri del *Bundestag.*

[48] *BVerfG*, 13 settembre 2005, *2BvQ* 31/05, pubblicata all'indirizzo *web* www. bverfg.de.

4.1. Il fondamento costituzionale della tutela cautelare nella giurisdizione costituzionale

Un primo dato rilevante che emerge dallo studio dell'esperienza tedesca è che la previsione attraverso una legge ordinaria dell'ampio potere cautelare appena descritto non ha suscitato sospetti di incostituzionalità – a differenza di quanto è avvenuto nel nostro ordinamento – sebbene anche la Costituzione tedesca contenga, così come la Costituzione italiana, una disciplina dell'entrata in vigore della legge [49].

La circostanza si spiega tenuto conto che nell'ordinamento tedesco la tutela cautelare nei giudizi di competenza del *Bundesverfassungsgericht* è considerata costituzionalmente doverosa [50]. Si osserva in particolare che l'ordinamento costituzionale tedesco recepisce, come altri ordinamenti europei, il vasto movimento ideale che dopo la fine della seconda guerra mondiale ha sollecitato l'introduzione nelle nuove costituzioni democratiche di precise garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo. In particolare anche nell'esperienza giuridica tedesca è affermazione comune che il principio costituzionale dello Stato di diritto (art. 20 *GG*) incorpori in sé il diritto alla tutela giurisdizionale intesa come pretesa che lo Stato assicuri una tutela giurisdizionale effettiva [51]. In tale contesto, la questione relativa al se il dovere statale di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva implichi anche l'adozione di un adeguato apparato di tutela cautelare è stata particolarmente approfondita in relazione alle lesioni di diritti soggettivi perpetrate dai pubblici poteri, contro le quali sussiste l'esplicita garanzia costituzionale della via giudiziaria (art. 19, quarto comma, *GG*) [52]. Tale garanzia è considerata dall'opinione maggioritaria come una specificazione del dovere statale di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale [53]. Per collocare la tutela cautelare nell'ambito della garanzia costituzionale della via giudiziaria *ex* art. 19, quarto comma, *GG*, il Tribunale costituzionale federale impiega fondamen-

---

[49] Si tratta dell'art. 82 *GG*.

[50] J. BERKEMANN, *§ 32*, in *Bundesverfassungsgerichtgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, cit., p. 532.

[51] In questo senso, per tutti, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, II ed., München, 1984, § 20.

[52] L'art. 19, quarto comma, *GG* prevede che «chiunque è leso nei suoi diritti dal pubblico potere, può ricorrere alla giurisdizione. Se non è prevista una diversa competenza, è dato il ricorso alla giurisdizione ordinaria». Sul punto, F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Decker, Heidelberg, 1988, p. 990 ss.

[53] In questo senso, per tutti, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, cit.

talmente l'argomento che il ricorrente deve poter avere a disposizione degli strumenti per evitare che durante il corso del processo si verifichino a suo danno dei «fatti compiuti». È evidente che questo argomento si presta ad un'inevitabile generalizzazione, poiché esso vale indipendentemente dal soggetto (privato o pubblica amministrazione) contro cui è fatta valere in giudizio la lesione del diritto[54]. Poiché la garanzia *ex* art. 19, quarto comma, *GG* è considerata una concretizzazione dell'obbligo statale di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e tale obbligo discende dal principio dello Stato di diritto, la copertura costituzionale della tutela cautelare poggia in ultima analisi su quest'ultimo principio e si estende a tutte le giurisdizioni.

Attraverso quest'ultima generalizzazione basata sulla comune funzione di garanzia dello Stato di diritto si trova un fondamento alla garanzia costituzionale della tutela cautelare del Tribunale costituzionale federale, che altrimenti non potrebbe essere ricavata immediatamente dall'art. 19, quarto comma, *GG*. Infatti quest'ultima disposizione non potrebbe coprire l'ipotesi di tutela cautelare nei confronti della legge, poiché gli atti del potere legislativo – per costante giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* – non rientrano tra gli atti del «pubblico potere» ai sensi dell'art. 19, quarto comma, *GG*[55]. Nel contesto della giurisdizione costituzionale, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sotto il profilo che qui maggiormente interessa, si giustifica allora sulla base della considerazione che «uno Stato, che riconosce nella sua Costituzione diritti fondamentali, che disciplina principi costituzionali oggettivi e scopi dello Stato, che fonda e delimita competenze della Federazione e dei *Länder* nonché degli organi costituzionali tra loro, ed istituisce un Tribunale costituzionale federale in veste di custode di questo ordinamento, perderebbe la propria credibilità come Stato di diritto qualora non procuri di evitare che i diritti sostanziali e le competenze così attribuite non cadano nel

---

[54] Così, W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Mohr, Tübingen, 1993, p. 45.

[55] Così, K. GRAßHOF, in MAUNZ, SCHMIDT BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER e BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 10. Nella giurisprudenza costituzionale l'affermazione che la garanzia costituzionale dei poteri del Tribunale costituzionale federale non possa essere ricavata immediatamente dall'art. 19, quarto comma, *GG* ha inciso anche restrittivamente sulla portata di tali poteri. A esempio, in una controversa pronuncia in materia di asilo politico (*BVerfG* 14 maggio 1996, in *BVerfGE* 94, 166, 216 s.), il Tribunale ha affermato che «diversamente dalla tutela cautelare dinanzi ai giudici comuni sottoposta all'art. 19, quarto comma, GG, il procedimento cautelare ex § 32 *BVerfGG* non è preordinato ad offrire una tutela preventiva il più possibile priva di lacune nei confronti del verificarsi di effetti anche definitivi dell'esecuzione immediata di provvedimenti autoritativi, per cui lo strumento del provvedimento cautelare – non solo in relazione alla decisione sulla provvisoria sospensione della legge – deve essere applicata con estrema ritrosia e con l'impiego di un criterio rigoroso».

vuoto, in quanto essi possano essere frustrati da una tardiva decisione del Tribunale costituzionale federale»[56].

4.2. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare

Si può ora procedere all'esame dei presupposti per il rilascio di un provvedimento cautelare nei giudizi costituzionali. Una precisazione preliminare è opportuna. Nonostante che il testo del § 32, primo comma, *BVerfGG* sia stato influenzato dalla disciplina dei provvedimenti cautelari nel processo civile, il Tribunale costituzionale federale non si preoccupa affatto di rinvenire paralleli tra il potere cautelare affidatogli da questa disposizione e la disciplina della tutela cautelare nel processo civile, ma tende piuttosto a sottolinearne le differenze. Nella sua giurisprudenza prevale anzi l'idea che la tutela cautelare sia uno strumento eccezionale, da concedere con «la più grande prudenza», poiché l'emanazione di un provvedimento cautelare in un processo costituzionale produce per lo più conseguenze di ampio raggio, in forza del rango degli interessi che vi sono coinvolti[57]. Pertanto, specialmente in occasione delle pronunce di rigetto, il *Bundesverfassungsgericht* ripete spesso la massima secondo la quale, nel valutare la sussistenza dei presupposti per il rilascio dei provvedimenti cautelari, è da adottare un «criterio rigoroso» (*strenger Maßstab*). Una volta constatata la sussistenza dei presupposti, il Tribunale costituzionale federale è tenuto però ad emanare il provvedimento cautelare. L'impiego del verbo «può» nel testo del § 32 *BVerfGG* vale unicamente ad attribuire alla Corte la competenza al rilascio dei provvedimenti cautelari, ma non significa affatto che essa eserciti un potere discrezionale nella pronuncia sulle istanze cautelari[58].

L'esame dei presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare deve essere condotto separatamente, in relazione ai tre elementi previsti: *a)* la nozione di «in caso di disputa» (*Streitfall*); *b)* la nozione di urgenza del provvedere («qualora […] si imponga con urgenza»); *c)* la tipologia dei motivi

---

[56] Così, K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di Maunz, Schmidt Bleibtreu, Klein, Ulsamer e Bethge, C.H. Beck, München, 2002, p. 12.

[57] In senso conforme anche la dottrina, cfr. H.-U. Erichsen, *Die einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. Starck, vol. II, Mohr, Tübingen, 1976, p. 170 ss., p. 184; K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di Maunz, Schmidt Bleibtreu, Klein, Ulsamer e Bethge, cit., p. 29.

[58] Questa osservazione è comune nella dottrina tedesca e rispecchia l'orientamento del Tribunale costituzionale federale. Si vedano, fra gli altri, H.-U. Erichsen, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 172; K. Schlaich e S. Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 307.

(*Anordnungsgründe*): «per evitare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo in vista del bene comune».

4.2.1. Nozione di *Streitfall*

Il termine *Streitfall* può essere inteso genericamente come il contrasto interpretativo – non necessariamente tradottosi in una controversia pendente dinanzi alla Corte – avente ad oggetto le regole giuridiche di condotta dei soggetti coinvolti nella determinata situazione, che si chiede alla Corte di disciplinare provvisoriamente attraverso la misura cautelare [59]. Si tratta di un'espressione legislativa in grado così di comprendere la notevole varietà dei procedimenti promuovibili dinanzi al Tribunale costituzionale federale, che non sempre presuppongono la pendenza di una vera e propria controversia, essendo talora sufficiente, come nel caso del controllo astratto di costituzionalità ex art. 93, primo comma, n. 2 *GG*, una semplice «diversità di opinioni» o un «dubbio» sulla costituzionalità.

4.2.2. L'urgenza del provvedere: difficoltà di una chiara distinzione rispetto all'interesse ad agire

Al fine di ottenere il rilascio del provvedimento cautelare, il ricorrente è tenuto a dimostrare l'esistenza di una specifica necessità di provvedere con urgenza. Il fatto che la disciplina provvisoria non possa essere procrastinata deve essere dimostrato attraverso la prognosi delle conseguenze giuridiche e fattuali che si verificherebbero, qualora la misura cautelare non fosse emanata e la constatazione che questi sviluppi possano essere efficacemente contrastati attraverso il tempestivo intervento cautelare del Tribunale costituzionale federale [60].

In via preliminare si deve constatare la notevole sovrapposizione tra questo presupposto di fondatezza dell'istanza cautelare e il presupposto di ammissibilità attinente alla sussistenza dell'interesse ad agire. Ciò dipende essenzialmente dalle notevoli incertezze da cui è circondata la nozione di interesse ad agire. Essa è di difficile impiego già sul terreno del diritto processuale in generale, in cui essa è nata ed è stata elaborata per opera della giurisprudenza e della dottrina come sorta di ultimo filtro a disposizione del giu-

[59] Così, H.-U. Erichsen, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 176; C. Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, III ed., cit., p. 249 e di J. Berkemann, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz,* cit., p. 592.

[60] Così, K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 33.

dice prima di entrare nel merito dell'stanza. La dottrina mette in evidenza che è difficile elaborare una descrizione in termini positivi, anche perché il Tribunale costituzionale nella sua giurisprudenza non enuncia specificamente che l'interesse ad agire sussiste, ma si pronuncia, se del caso, sul difetto di interesse ad agire [61]. Il Tribunale costituzionale federale non nega valore alla nozione di interesse ad agire, anche se la impiega in modo molto parsimonioso [62]. La dottrina tende invece ad un impiego più ampio della nozione di interesse ad agire, ma considera frequentemente le stesse circostanze anche nell'ambito della valutazione dell'urgenza del provvedere come presupposto di fondatezza dell'istanza cautelare [63].

4.2.2.1. *L'interesse ad agire*

Nella rilevanza che il *Bundesverfassungsgericht* attribuisce al presupposto dell'interesse ad agire si può cogliere un'idea centrale, anche se generica: l'idea che non si debba ricorrere al Tribunale se non vi è un'effettiva necessità od utilità per il ricorrente. In particolare, la richiesta di tutela cautelare è da rifiutare per difetto di interesse ad agire, quando adire la Corte non è necessario, in quanto il ricorrente potrebbe realizzare i suoi interessi con propri provvedimenti o con il ricorso ai giudici comuni, oppure quando adire la Corte è inutile, in quanto l'intervento cautelare della Corte sarebbe in ogni caso intempestivo.

Una prima situazione che il Tribunale costituzionale federale valuta sotto il profilo dell'interesse ad agire è quella in cui il ricorrente può ragionevolmente conseguire con propri provvedimenti il risultato cui aspira attraverso l'istanza cautelare. La dottrina tende a comprendere in questa situazione anche l'ipotesi in cui, nei rapporti tra Federazione e *Länder*, la prima possa ricorrere allo strumento del potere coercitivo federale, (*Bundeszwang*) disciplinato dall'art. 37 *GG* [64], ma questa soluzione è stata disattesa dalla giurisprudenza costitu-

---

[61] Cfr. N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, GCA, Herdecke, 1999, p. 169.

[62] Emblematica è la posizione di K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 28, che rappresenta fedelmente gli orientamenti del *Bundesverfassungsgericht* (essendo stata anche giudice del Tribunale costituzionale federale, quale membro del secondo *Senat*, dal 1986 al 1998).

[63] A tale proposito emblematica è la posizione di J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 544, 583; ma si consideri anche H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 182 ss.

[64] Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 183; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 589.

zionale. Il profilo merita particolare approfondimento perché il rapporto fra tutela cautelare e strumenti unilaterali di risoluzione dei conflitti costituzionali può evidentemente porsi in termini simili anche nel nostro ordinamento, con riferimento all'esercizio del potere sostitutivo disciplinato dagli artt. 117, quinto comma, e 120 Cost. In particolare l'art. 37 *GG* prevede che «se un *Land* non adempie gli obblighi federali impostigli dal *Grundgesetz* o da un'altra legge federale, il Governo federale con il consenso del *Bundesrat* può prendere i necessari provvedimenti per costringere il *Land* attraverso il potere coercitivo federale ad adempiere i propri obblighi. Per l'esercizio del potere coercitivo federale, il Governo federale o un suo delegato ha il potere di direttiva nei confronti di tutti i *Länder* e dei loro uffici». A sostegno della tesi che comprende sotto il profilo del difetto di interesse ad agire l'ipotesi in cui la Federazione possa ricorrere allo strumento del *Bundeszwang*, la dottrina invoca la risalente pronuncia del Tribunale costituzionale nella controversia promossa dal Governo federale nei confronti dei *Länder* Baviera e Assia, sulla validità delle disposizioni relative al pagamento della tredicesima, emanate nonostante la precedente determinazione contraria del Governo federale. Nel motivare il rigetto dell'istanza cautelare la Corte, dopo aver osservato che i pregiudizi derivanti al bilancio della Federazione e dei *Länder* da un pagamento della tredicesima contrastante con il diritto federale potrebbero ripararsi attraverso un'adeguata manovra di perequazione finanziaria, aggiunge che «il provvedimento cautelare non è infine l'unica via con la quale il Governo federale potrebbe raggiungere la finalità cui aspira. Poiché esso è dell'opinione che le controparti con la corresponsione della gratifica natalizia violino gli obblighi loro imposti dal *Grundgesetz*, potrebbe, con il consenso del *Bundesrat* ai sensi dell'art. 37 *GG*, interdire ai *Länder* della Baviera e dell'Assia di corrispondere la gratifica natalizia». Afferma ancora il Tribunale, che i provvedimenti cautelari non sono pensati come lo strumento per scaricare sul Tribunale costituzionale la responsabilità per decisioni politiche che spettano al Governo federale in rapporto con i *Länder* e ai Governi dei *Länder* in rapporto con i rispettivi Parlamenti» [65].

Tuttavia, in una successiva pronuncia il *Bundesverfassungsgericht* muta orientamento. Si tratta della decisione relativa al giudizio promosso dal Governo federale sulla legge della Città di Amburgo che indice un *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche, sul deposito di armi atomiche nonché sul posizionamento di basi di lancio di missili atomici nel territorio della Repubblica federale tedesca. Il Governo federale affianca a questa richiesta un'istanza cautelare di sospensione della legge. A fronte

[65] Cfr. *BVerfG* 10 dicembre 1953, in *BVerfGE* 3, 52.

dell'obiezione della Città di Amburgo, secondo la quale non ci sarebbe spazio per un provvedimento cautelare, poiché il Governo federale disporrebbe della strada più breve dell'esercizio del potere coercitivo federale, la Corte risponde che «se il Governo federale, al fine del mantenimento dell'ordine costituzionale, intenda servirsi dello strumento del *Bundeszwang* (art. 37 *GG*) oppure provocare una decisione della Corte costituzionale secondo l'art. 93, primo comma, n. 2, *GG* è rimesso alla sua discrezionalità, non censurabile dalla giurisdizione costituzionale» [66].

Per meglio comprendere il significato di queste decisioni occorre una precisazione. Nella storia della Repubblica federale tedesca – al contrario che al tempo della Repubblica di Weimar – l'istituto del *Bundeszwang* non ha trovato ancora applicazione [67]. Ciò significa che al Governo federale è sempre apparso politicamente opportuno ricorrere alla Corte, piuttosto che costringere il *Land* renitente a rispettare gli obblighi federali attraverso l'istituto del *Bundeszwang*. Questo dato, al quale ha forse contribuito l'ammissibilità della tutela cautelare nel *Bund-Länder-Streit*, non è certamente privo di significato per il riconoscimento del ruolo della Corte costituzionale.

Una seconda situazione che il Tribunale costituzionale federale ha cominciato a valutare sotto il profilo dell'interesse ad agire, accogliendo invece l'impostazione dottrinale, si verifica quando il ricorrente possa ottenere tutela cautelare attraverso il ricorso ai giudici comuni [68]. La necessità di rivolgersi al giudice comune, prima di adire il Tribunale costituzionale federale, incontra eccezioni solo nei casi in cui sia fondatamente da temere il verificarsi di un pregiudizio particolarmente grave a beni costituzionalmente protetti, pregiudizio che non possa (più) essere efficacemente contrastato con il ricorso alla tutela cautelare dinanzi ai giudici comuni [69]. In particolare, nel procedimento della *Verfassungsbeschwerde,* la concessione di una misura cautelare prima dell'esaurimento del procedimento cautelare dinanzi ai giudici comuni entra in gioco di regola solo quando sussistono i particolari presupposti

---

[66] Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367.

[67] Per questo dato, ERBGUTH, *Art. 37*, in *Grundgesetz Kommentar*, Beck, 2003, p. 1208 ss.

[68] Per l'impostazione cui si accenna nel testo, v. J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 565 ss. Questo orientamento dottrinale valuta in quest'ambito anche il carattere sussidiario della competenza affidata al Tribunale costituzionale federale nelle controversie tra Federazione e *Länder*, tra *Länder* e all'interno di un *Land ex* art. 93, primo comma, n. 4 *GG*, nonché la proponibilità della *Verfassungsbeschwerde* solo dopo l'esaurimento della via giudiziaria dinanzi ai giudici comuni secondo la previsione del § 90, secondo comma, *BVerfGG*.

[69] Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 590; K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 35.

previsti dalla seconda parte del § 90, secondo comma, *BVerfGG*. Secondo questa disposizione la Corte può decidere anche i ricorsi costituzionali diretti proposti prima dell'esaurimento delle vie di ricorso dinanzi ai giudici comuni quando essi rivestano un «significato generale», oppure – valorizzandosi così l'urgenza del provvedere – quando il ricorrente subirebbe un pregiudizio grave ed irreparabile, se dovesse attendere detto esaurimento.

4.2.2.2. *L'urgenza del provvedere*

In relazione ai profili in cui si fa più genericamente questione dell'esistenza o meno di un bisogno di tutela urgente, si devono esaminare più ipotesi, tenendo però presente che certa dottrina preferisce impiegare in modo più ampio la nozione di interesse ad agire e valuta sotto quest'ultimo profilo alcune delle situazioni che vengono esaminate a questo punto, invece sotto il profilo dell'urgenza del provvedere, secondo il percorso seguito dal *Bundesverfassungsgericht*[70].

In linea generale si osserva che sussiste l'urgenza del provvedere quando senza l'immediata emanazione di una misura cautelare non sarebbe possibile assicurare l'efficacia della decisione nel merito o subirebbe gravi danni l'assetto statale, oppure sarebbero irrimediabilmente pregiudicati interessi individuali non patrimoniali costituzionalmente protetti[71]. In particolare non si considera esigibile, da parte del Governo federale o del Governo di un *Land*, che essi subiscano l'esecuzione di un provvedimento – da loro reputato incostituzionale – che modifica lo *status quo*, prima che la sua conformità costituzionale sia stata accertata in modo vincolante.

Una prima situazione da esaminare in questo contesto è quella in cui i soggetti coinvolti nella controversia sono disponibili a tenere un comportamento di moratoria fino alla decisione di merito: ciò esclude che ricorra il presupposto dell'urgenza del provvedere da parte del Tribunale costituzionale federale[72].

Una seconda situazione da prendere in considerazione è quella in cui il Tribunale costituzionale federale possa definire il procedimento nel merito in modo così tempestivo, da evitare il verificarsi dei gravi pregiudizi.

Una terza situazione da prendere in considerazione sotto il profilo della

---

[70] A tale proposito emblematica è la posizione di J. Berkemann, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 588 ss.; ma si veda anche H.-U. Erichsen, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 182 ss.

[71] Così, J. Berkemann, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 583.

[72] Così, K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 35.

esistenza o meno di un bisogno di tutela urgente riguarda specificamente la *Verfassungsbeschwerde* proposta contro la legge. Il ricorrente deve in questo caso affermare con un certo grado di plausibilità, di essere leso o minacciato nell'esercizio di un proprio diritto fondamentale in modo «personale», «attuale» ed «immediato». Questi tre elementi rivelano la loro capacità selettiva soprattutto nelle *Verfassungsbeschwerden* contro le leggi, poiché nelle impugnazioni di sentenze tali requisiti sono di regola automaticamente presenti.

4.2.2.3. *Gli accordi di moratoria*

Una trattazione apposita merita la casistica relativa agli accordi di moratoria, perché le soluzioni elaborate dal Tribunale costituzionale sono particolarmente significative – specie se paragonate alle recenti decisioni rese dalla nostra Corte costituzionale nell'incidente cautelare relativo alla vicenda del condono edilizio – di come sia importante evitare un uso improprio dell'istanza cautelare di parte e interpretare l'esercizio del potere cautelare in una prospettiva rigorosamente funzionale alla garanzia degli effetti della decisione di merito, al fine di evitare una sovraesposizione politica del giudice costituzionale.

Così per esempio il Tribunale costituzionale federale non ha dovuto pronunciarsi sull'istanza cautelare con la quale i ricorrenti in una *Verfassungsbeschwerde* proposta contro la legge di ratifica del Trattato di Maastricht richiedevano che fosse provvisoriamente impedito il sorgere del vincolo della Germania al Trattato sull'Unione europea. Dopo la presentazione dell'istanza cautelare il Presidente federale aveva dichiarato la propria intenzione di sottoscrivere lo strumento di ratifica solo dopo la decisione di merito del Tribunale costituzionale federale, mentre il Governo federale aveva dal canto suo assicurato di non voler depositare intanto lo strumento di ratifica [73].

Analogamente, merita di essere riferito il passaggio della motivazione della pronuncia cautelare nella controversia promossa dalla Città di Amburgo e dal Governo dell'Assia *ex* art. 93, primo comma, n. 3, *GG* nei confronti del Governo federale, avente ad oggetto l'istituzione ad opera di quest'ultimo di un secondo canale televisivo. Il *Bundesverfassungsgericht* prende invece, in questo caso, posizione rispetto all'impegno preso dal Governo federale di non trasmettere i programmi televisivi sul territorio dei *Länder* ricorrenti, a patto che le emittenti radiotelevisive di questi ultimi, a loro volta, non orga-

[73] Così si legge in un passo della sentenza di merito, *BVerfG* 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 155,164 (*Maastricht*).

nizzino la trasmissione di un secondo canale televisivo. Il Tribunale costituzionale osserva che questa dichiarazione non è idonea ad evitare il rilascio della misura cautelare: sebbene la controversia costituzionale sia pendente solo tra quattro *Länder* e la Federazione, nella sentenza sulla causa di merito si dovrà accertare la situazione normativa sussistente tra Federazione e *Länder* in relazione al sistema radiotelevisivo. Ciò può avvenire solo in modo unitario per tutti i *Länder*. Oggetto della controversia è pertanto la posizione costituzionale della Federazione nei confronti di tutti i *Länder* in questa materia. Pertanto – conclude il Tribunale costituzionale federale – è necessario sospendere l'inizio delle trasmissioni in tutti i *Länder* fino alla decisione di merito. Non vi sarebbe stata invece l'urgenza di provvedere se il Governo federale avesse dichiarato che non intendeva iniziare le trasmissioni in alcun *Land* fino alla decisione della causa nel merito, ma esso ha affermato al contrario che non vi era motivo di rinviare l'inizio delle trasmissioni alla data prevista nei sei *Länder*, diversi dai quattro *Länder* ricorrenti, che avevano stipulato «l'accordo sulla organizzazione di trasmissioni radiotelevisive attraverso la Federazione e i *Länder*» del 22 novembre 1960[74].

4.3. I motivi del provvedere: impedire un'imminente violenza, evitare gravi pregiudizi o un altro importante motivo in vista del «bene comune»

L'indagine sui presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare può procedere a questo punto con l'esame della tipologia dei motivi: evitare gravi pregiudizi, impedire un'imminente violenza o un altro importante motivo in vista del bene comune. La dottrina constata che nell'esperienza giurisprudenziale non si è mai presentato il caso di un'istanza cautelare proposta per impedire un'imminente violenza. Il suo inserimento fra i motivi del provvedere con urgenza si spiega storicamente ed esprime semplicemente l'idea che la minaccia e l'esercizio della violenza costituiscono uno strumento inammissibile di composizione della controversia. Inoltre si può osservare che la minaccia di violenza fonda per lo più il pericolo di un grave pregiudizio, per cui la prima tenderebbe in ogni caso ad essere assorbita dal secondo[75]. Nemmeno l'altro «importante motivo» per intervenire con urgenza ha finora acquisito un rilievo autonomo rispetto all'esigenza di evitare gravi pregiudi-

---

[74] Così, *BVerfG* 17 dicembre 1960, in *BVerfGE* 12, 36, 43.

[75] Così, H.-U. Erichsen, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 188; J. Berkemann, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 579; K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 30 s.

zi [76]. Tenendo conto del diritto vivente, il fondamentale presupposto di fondatezza dell'istanza cautelare può essere descritto pertanto con una formula unitaria: si tratta sempre di dover intervenire con urgenza per neutralizzare un grave pregiudizio al bene comune.

4.3.1. La nozione di «bene comune»

Un ruolo centrale riveste evidentemente il presupposto attinente al bene comune [77]. Si afferma che esso abbia due risvolti: uno processuale ed uno sostanziale [78].

Sotto il primo profilo, il riferimento al bene comune consiste nel valutare l'interesse del ricorrente ad impedire l'esecuzione immediata del provvedimento impugnato. La Corte potrebbe soddisfare questo interesse solo quando ci siano ragioni attinenti al bene comune che impongono il rilascio della misura cautelare [79].

Sotto il profilo sostanziale, si sostiene che il requisito attinente al bene comune debba qualificare le circostanze e le conseguenze rilevanti nell'opera di valutazione comparativa delle conseguenze funzionale alla pronuncia sull'istanza cautelare. In particolare ogni valutazione comparativa avrebbe il compito di concretizzare i valori fondamentali riconosciuti dagli artt. 1 (inviolabilità della dignità dell'uomo e dei diritti umani), 20 (garanzia dello Stato federale, democratico e sociale a livello della Federazione), 28 (garanzia dello Stato federale democratico e sociale a livello dei *Länder*) del *Grundgesetz* [80].

4.3.1.1. *Casistica giurisprudenziale relativa al «bene comune»: cenni*

Sulla nozione di bene comune la concretizzazione ad opera della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale riveste un ruolo fondamentale. In questa sede non è possibile che fare ad essa qualche rapido cenno.

Fra gli aspetti pregiudizievoli per il bene comune, un notevole rilievo han-

---

[76] Cfr. K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 30.

[77] Sul concetto di <bene comune>, P. Häberle, «*Gemeinwohljudikatur*» *und Bundesverfassungsgericht. Öffentliche Interessen*, *Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG*, in *AÖR* 95 (1970), p. 86 ss.

[78] Così, J. Berkemann, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 579 ss.

[79] Così, J. Berkemann, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 579.

[80] Così, J. Berkemann, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 580.

no quelli attinenti alla sfera economico-finanziaria. In tale prospettiva, il *Bundesverfassungsgericht* ha considerato per esempio: un grave scuotimento dell'economia tedesca [81]; gravi danni per l'economia nazionale [82]; gravi difficoltà di approvvigionamento dei prodotti petroliferi [83]; pesanti conseguenze per l'economia [84]; mancata approvazione tempestiva della legge di bilancio [85]; perdita di posti di lavoro in numero abbastanza elevato [86].

Per quanto attiene alla sfera del diritto e dell'amministrazione della giustizia, il Tribunale ha considerato per esempio fra gli aspetti pregiudizievoli per il bene comune: il grave scuotimento della fiducia riposta dalla collettività nell'amministrazione della giustizia [87], il pericolo di frazionamento a livello di

---

[81] Cfr. *BVerfG* I agosto 1953, in *BVerfGE* 3, 34: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge di sostegno agli investimenti nel settore dell'economia e contestuale richiesta in via cautelare di sospendere l'obbligo di corrispondere i relativi contributi. Il grave scuotimento dell'economia è impiegato come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

[82] Cfr. *BVerfG* 8 ottobre 1956, in *BVerfGE* 6, 1: *Verfassungsbeschwerde* contro la disposizione del codice della strada che introduce il divieto di circolazione di automezzi superiori ad un certo peso nei giorni festivi. L'insussistenza di gravi danni per l'economia nazionale cagionati dal divieto è impiegata come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

Nello stesso senso, *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che aveva disposto un aumento dell'imposta sui trasporti interurbani, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 12, primo comma, 14, 19, primo comma *GG*. L'insussistenza di gravi danni per l'economia nazionale cagionati dall'aumento dell'imposta è impiegata come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

[83] Cfr. *BVerfG* 17 novembre 1966, in *BVerfGE* 20, 363: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sulla riserva minima di prodotti petroliferi, promossa da alcuni importatori in riferimento agli artt. 2, primo comma, 3, primo comma, 12 e 14 *GG.* L'esigenza di evitare il rischio di crisi di approvvigionamento è impiegata come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione. Per la decisione di merito di parziale incostituzionalità, BVerfG 16 marzo 1971, in *BVerfGE*, 30, 292.

[84] Cfr. *BVerfG* 7 ottobre 1970, in *BVerfGE* 29, 179: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sul supplemento congiunturale d'imposta (rimborsabile), promossa da un contribuente in riferimento agli artt. 2, primo comma, 14, primo comma *GG*. Le pesanti conseguenze per l'economia sono impiegate come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

[85] Cfr. *BVerfG* 15 dicembre 1983, in *BVerfGE* 66, 26.

[86] Cfr. *BVerfG* 21 ottobre 1987, in *BVerfGE,* 77, 130, ove la Corte modifica la misura cautelare concessa su istanza dei proprietari del castello di Cappenberg (istanza coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde* contro il diniego di tutela cautelare da parte del giudice amministrativo) di sospensione dell'inizio dei lavori preliminari all'estrazione di carbonfossile da parte di un'impresa mineraria nel sottosuolo del castello. Dopo lo svolgimento dell'udienza, il Tribunale costituzionale riduce gli effetti della misura cautelare, consentendo i sondaggi del terreno preliminari all'attività estrattiva. La perdita di posti di lavoro in numero abbastanza elevato è impiegata come argomento per ridurre gli effetti della misura cautelare.

[87] Cfr. *BVerfG* 13 febbraio 1962, in *BVerfGE* 14, 11, (condanna penale sulla base di una norma di regolamento).

Länder di una disciplina che invece deve essere unificata sul piano nazionale [88], il sospetto che il ricorrente sia collegato con un'organizzazione terroristica [89], il ritardo nella definizione di istanze di asilo politico manifestamente infondate [90].

4.3.1.2. *Il «bene comune» e gli interessi individuali*

Un discorso a parte merita la rilevanza del presupposto attinente al bene comune in relazione alle istanze cautelari che si coordinano all'impugnazione di atti che incidono esclusivamente su interessi individuali privati (tipicamente, *Verfassungsbeschwerden* proposte contro provvedimenti giudiziari). A tale proposito vi è stata una significativa evoluzione che è opportuno ripercorrere nelle sue tappe essenziali.

Il punto di partenza è la seguente tesi dottrinale: l'illegittimità costituzionale di un atto lesivo solo di un interesse individuale non costituisce una lesione del bene comune, ma ciò non impedisce il rilascio del provvedimento cautelare. Infatti – si è sostenuto – secondo il tenore letterale del § 32 *BVerfGG* «evitare gravi pregiudizi» o «un altro importante motivo in vista del bene comune» costituirebbero due presupposti distinti, in grado di fondare in modo autonomo il rilascio di un provvedimento cautelare. In particolare la sussistenza di un pericolo di grave pregiudizio potrebbe giustificare da sola l'adozione della cautela (tipicamente, in relazione ad istanze cautelari a protezione di interessi individuali), senza necessità di verificare che essa si imponga in vista del bene comune [91].

---

[88] Cfr. *BVerfG* 29 aprile 1969, in *BVerfGE* 25, 367: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che unifica sul piano nazionale la disciplina degli assistenti farmacisti. Il pericolo del ritorno al frazionamento della disciplina a livello di *Länder* è impiegato come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

[89] Così, *BVerfG* 24 gennaio 1973, in *BVerfGE* 34, 211, 215: rigetto di un'istanza cautelare di provvisoria interdizione di un'espulsione di un soggetto sospettato di appartenere ad un'organizzazione terroristica palestinese.

[90] Cfr. *BVerfG* 14 maggio 1996, in *BVerfGE* 94, 166.

[91] Il riferimento è alla tesi formulata negli anni cinquanta da E.-W. Fuß, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren,* in *Döv*, 1959, p. 201 ss., p. 205, secondo la quale la difficoltà di vedere integrato il presupposto della salvaguardia del bene comune nelle ipotesi in cui l'istanza cautelare si coordini ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta contro una sentenza o un atto amministrativo discende inevitabilmente dalla funzione del *Bundesverfassungsgericht* come garante del diritto costituzionale oggettivo, per cui l'esigenza di tutelare interessi soggettivi individuali, pur protetti da norme costituzionali e minacciati da pregiudizi gravi, non giustificherebbe mai di per se sola il rilascio di un provvedimento cautelare. Nello stesso senso, più recentemente, F. Klein, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., C.H. Beck, München, 1993, p. 8; H. Lechner e R. Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, IV ed., C.H. Beck, München, 1996, p. 202.

Successivamente, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha completamente rovesciato questo punto di vista. Secondo il Tribunale dinanzi ad un'istanza cautelare, il requisito attinente alla necessità di provvedere con urgenza in vista del bene comune deve essere sempre riscontrato, indipendentemente dal tipo di giudizio al quale l'istanza cautelare si correla, indipendentemente dal tipo di atto giuridico impugnato, indipendentemente dal motivo sul quale l'istanza cautelare si fonda [92]. In altri termini, il fatto che l'emanazione del provvedimento cautelare si imponga con urgenza in vista del bene costituisce un complementare presupposto di fondatezza delle istanze cautelari indirizzate al Tribunale costituzionale federale [93].

La verifica del presupposto attinente al bene comune si atteggia però diversamente a seconda che l'istanza cautelare si coordini all'impugnazione di atti che incidono sulla posizione di una indeterminata molteplicità di soggetti (che può giungere ad identificarsi con l'intera collettività) oppure si coordini all'impugnazione di atti statali che colpiscono interessi di un singolo individuo (o di una serie di due o più soggetti individuati nell'atto stesso). Nell'ambito della prima categoria assume un rilievo centrale l'istanza di sospensione dell'esecuzione (o dell'entrata in vigore) della legge. In ipotesi di sospensione della legge la presenza o l'assenza dell'urgenza del provvedere in vista del bene comune è più semplice da constatare, considerato anche che il ricorrente – in ipotesi di *Verfassungsbeschwerde* – si presenta agli occhi del *Bundesverfassungsgericht* come il «rappresentante» di tutti coloro che sono toccati dalla legge impugnata, cosicché la considerazione del suo interesse individuale è ridimensionata. I semplici pregiudizi economici di cui egli risente attraverso l'esecuzione della legge impugnata per incostituzionalità non sono decisivi al fine del rilascio del provvedimento di sospensione in quanto sono riparabili *ex post*, a meno che non siano in grado di mettere in pericolo l'esistenza stessa del ricorrente.

Più problematico appare il riscontro del requisito attinente al bene comune nelle ipotesi in cui l'istanza cautelare si coordini alla impugnazione di atti statali che colpiscono interessi di un singolo individuo (o di una serie di soggetti

---

[92] Cfr., fra gli altri, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 176; W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, p. 217 ss. Minoritaria appare la posizione di N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 194, che collega l'elemento del bene comune esclusivamente al requisito dell'urgenza.

[93] Così, in particolare, E. BENDA e E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, II ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2001, p. 501.

individuati nell'atto). In tale ipotesi l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht* si è assestato nel senso di cogliere un attentato al bene comune nel caso in cui l'atto impugnato, emanato in ipotetica violazione di norme costituzionali, incida sulla sfera privata dell'individuo, minacciando un grave pregiudizio che non può adeguatamente ripararsi *ex post* (per esempio, in caso di arresto, estradizione, diniego di esercizio di una professione) [94]. In tal caso si può osservare la tendenza ad un impiego più frequente della tutela cautelare, in favore del provvisorio ripristino della situazione anteriore all'emanazione dell'atto impugnato.

Questo orientamento raccoglie oggi il consenso praticamente unanime della dottrina [95]. In effetti esso è pienamente coerente con il disegno costituzionale. Poiché l'art. 1 *GG* afferma che «la dignità dell'uomo è inviolabile» e che «rispettarla e proteggerla è obbligo di tutto il potere statale», è inevitabile che la protezione cautelare degli interessi individuali costituisca un aspetto della realizzazione del bene comune. L'opposta soluzione non terrebbe nel debito conto il significato che il singolo e la libertà individuale assumono per l'intero ordinamento giuridico [96].

4.4. La gravità del pregiudizio

Sulla nozione di gravità del pregiudizio il *Bundesverfassungsgericht* ha sviluppato una casistica che non è possibile strutturare in categorie, in quanto prevale la considerazione delle peculiarità del caso concreto [97].

Distinta dalla nozione di pregiudizio grave è quella di pregiudizio irreparabile, ma i due termini sono correlati. La distinzione tra riparabilità ed irreparabilità si fonda sul fatto che sia possibile ripristinare la situazione anteriore al compimento dell'atto incostituzionale oppure che ciò non sia possibile a causa di impedimenti di fatto o giuridici di varia natura. Se le conseguenze del rigetto dell'istanza cautelare sono riparabili, la valutazione comparativa può concludersi a favore del rilascio del provvedimento cautelare solo se la gravità del pregiudizio pronosticato lo impone con urgenza in vista

---

[94] Per ulteriori indicazioni di giurisprudenza sul punto si rinvia a H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 185; di recente *BVerfG* 12marzo 2004, relativo alla sospensione dell'esercizio della professione di dentista.

[95] F. KLEIN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 8; H. LECHNER e R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 202.

[96] Così, E. BENDA e E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 502.

[97] Cfr. J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 574 ss.

del bene comune. Tuttavia proprio la ragionevole possibilità successiva di ripristinare la situazione anteriore o di risarcire i danni contribuisce frequentemente a ridurre la gravità del pregiudizio e a diminuire l'urgenza del provvedere [98].

Se le conseguenze del rigetto dell'istanza cautelare sono irreparabili, la valutazione comparativa delle conseguenze non si conclude automaticamente a favore del rilascio della misura cautelare. Tenendo conto dei presupposti previsti dal § 32 *BVerfGG*, conseguenze pur irreparabili non possono condurre alla emanazione del provvedimento cautelare se non costituiscono altresì un grave pregiudizio da neutralizzare con urgenza in vista del bene comune [99].

Per quanto attiene alla casistica giurisprudenziale relativa alla gravità del pregiudizio, nei casi in cui gli eventi da impedire attraverso il provvedimento cautelare potrebbero provocare un'irreparabile lesione a diritti fondamentali si rinvengono di regola gli estremi del grave pregiudizio [100], a meno che la potenziale lesione irreparabile del diritto fondamentale sia di lieve entità [101].

Il ricorrente è tenuto a sopportare il pregiudizio che gli deriva dal poter conseguire l'effetto cui egli aspira solo con la decisione del merito, qualora sia esigibile che egli attenda per tutto il tempo dello svolgimento del procedimento di merito [102].

Anche il destinatario del provvedimento cautelare è tenuto a sopportare svantaggi che non mettono seriamente in discussione la sua possibilità di agire e di decidere, qualora il riguardo al bene comune non imponga l'immediata esecuzione del provvedimento impugnato. In favore di ciò gioca anche il fatto che la precedente situazione sia stata tollerata per un periodo di tempo abbastanza lungo [103].

---

[98] Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 574 ss.

[99] Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 574 ss.

[100] Così, per esempio, *BVerfG* 3 gennaio 1986, in *BVerfGE*, 71, 350, ove la Corte ha accolto l'istanza cautelare con cui il ricorrente chiedeva che fosse sospesa l'applicazione di una disposizione della legge del Baden-Württemberg sui mezzi di comunicazione di massa, nella parte in cui essa lo obbligava ad interrompere un programma radiofonico da lui realizzato per Radio Stuttgart.

[101] Così, *BVerfG* 21 ottobre 1987, in *BVerfGE*, 77, 130.

[102] Così, per esempio, nel caso dell'avvocato che si rifiuta di comparire in tribunale con la toga e che pertanto è escluso dalla possibilità di esercitare il patrocinio in un processo in corso. Egli propone istanza cautelare di sospensione del divieto, coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde*, ma il Tribunale la rigetta sulla base della considerazione che non costituisce un grave pregiudizio il fatto che il ricorrente sia costretto ad indossare la toga fino alla decisione della causa di merito: così, *BVerfG* 13 maggio 1969, in *BVerfGE* 26, 14.

[103] Così, per esempio, *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, 56, nel concedere la

L'ipotesi più delicata, la cui soluzione non può essere data in astratto, essendo determinata in massimo grado dai particolari del caso concreto, è quella in cui il pregiudizio grave ed irreparabile scaturente dal diniego della misura cautelare (in caso di accoglimento della domanda di merito) sia fronteggiato da un pregiudizio parimenti grave ed irreparabile scaturente dal rilascio del provvedimento cautelare (in caso di rigetto della domanda di merito).

4.5. L'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare

Un'altra problematica che presenta particolare interesse nell'ambito di questa indagine è quella relativa all'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare.

Un primo dato da rilevare è che, pur nel silenzio della legge, il Tribunale si è riconosciuto il potere di rilasciare provvedimenti cautelari d'ufficio fin dall'inizio della sua giurisprudenza [104]. Nelle affermazioni di carattere generale, che prescindono talora dall'effettivo esercizio di questo potere nella fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio, il rilascio della misura cautelare d'ufficio può essere ammissibile, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, anche prima che il procedimento di merito sia pendente, qualora ci si debba attendere che quest'ultimo venga prossimamente instaurato [105].

Se dal piano delle affermazioni generali si passa all'esame dei pochissimi casi in cui il Tribunale ha rilasciato effettivamente una misura cautelare d'ufficio, si può constatare che esso ha sempre esercitato questo potere nel corso di un procedimento di merito già pendente. Il caso più interessante [106] è quello del ricorso promosso da duecentoquindici membri del *Bundestag* e dai Governi dei *Länder* Baviera, Renania-Palatinato e Baden-Württemberg, ai sensi dell'art. 93, primo comma, n. 2, *GG* al fine di ottenere la dichiarazione di nullità della legge di riforma del servizio militare e del servizio civi-

---

sospensione della legge del *Land* Schleswig-Holstein che aveva concesso il voto agli stranieri alle elezioni amministrative.

[104] A quanto consta, il primo provvedimento in materia è *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74.

[105] Cfr. *BVerfG* 7 aprile 1976, in *BVerfGE* 42, 103, pronunciata in una controversia fra *Länder* relativa all'attuazione di un accordo sulla ripartizione dei posti di studio all'Università. Nel caso di specie il Tribunale costituzionale non rilascia d'ufficio il provvedimento cautelare e dichiara inammissibile l'istanza presentata da uno dei ricorrenti, poiché qualifica la controversia pertinente al diritto pubblico non costituzionale e quindi appartenente alla giurisdizione del giudice amministrativo.

[106] Cfr. *BVerfG* 7 dicembre 1977, in *BVerfGE* 46, 337.

le, del 13 luglio 1977 [107]. In sostanza i ricorrenti attaccavano la cosiddetta «soluzione delle cartoline postali» (*Postkartenlösung*), introdotta dalla legge in questione, secondo la quale si poteva accedere al servizio sostitutivo sulla base di una semplice dichiarazione di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza. Il Tribunale emana d'ufficio un provvedimento cautelare di sospensione della legge impugnata. Nel dispositivo del provvedimento precisa che, fino alla pubblicazione della decisione della causa di merito, debbano applicarsi le leggi sul servizio militare e sul servizio civile nella versione precedente alla riforma, con salvezza dei rapporti di servizio civile sorti nel periodo di vigenza della legge impugnata (dal 1° agosto al 15 dicembre 1977) e delle posizioni di coloro che, nello stesso periodo, si sono visti riconoscere il loro diritto all'obiezione di coscienza. Nella motivazione, dopo aver ripetuto che i presupposti per l'adozione di un provvedimento cautelare debbano essere valutati con un criterio rigoroso e che, in particolare, il potere di sospendere l'esecuzione di una legge debba essere esercitato con molta prudenza, il Tribunale costituzionale fonda il rilascio del provvedimento sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: se il provvedimento cautelare viene emanato e le istanze di merito si rivelano successivamente infondate, nessuno subisce un grave pregiudizio. I diritti degli obiettori di coscienza rimangono salvaguardati (per loro non inizia il servizio militare), mentre è posticipata solo la decisione definitiva sul riconoscimento del loro diritto a rifiutare di prestare il servizio militare armato. Viceversa sarebbero di notevole gravità i pregiudizi che sorgerebbero qualora il provvedimento cautelare non fosse concesso e la legge sottoposta a controllo fosse successivamente dichiarata incostituzionale. In conseguenza della nuova disciplina legislativa il numero degli obiettori di coscienza si è innalzato notevolmente al di sopra dei posti disponibili per effettuare il servizio sostitutivo (130.000 obiettori rispetto a 34.000 posti disponibili), cosicché la dichiara-

[107] A loro avviso la legge viola l'art. 4, terzo comma, *GG* sul diritto all'obiezione di coscienza, contro l'art. 12 a, secondo comma, *GG* sul servizio sostitutivo civile, contro i precetti costituzionali, previsti negli artt. 12 a, primo comma, 73 n. 1 e 87 a, primo comma *GG*, della difesa della patria attraverso un esercito adeguato e del servizio militare generale, contro il principio di eguaglianza e contro il principio della *Wehrgerechtigkeit* (sul quale, cfr. J. KOKOTT, *art. 12 a*, in *Grundgesetz Kommentar*, II ed., a cura di M. SACHS, C.H. Beck, München, 1999, p. 572). In particolare quest'ultimo imporrebbe che la legge ordinaria, emanata ai sensi dell'art. 12, secondo comma, *GG* in collegamento con l'art. 4, terzo comma, seconda parte *GG,* consenta il riconoscimento come obiettori di coscienza solo di quelle persone che rispondano ai requisiti dell'art. 4, terzo comma, prima parte *GG* («nessuno può essere costretto al servizio militare armato contro la propria coscienza»). Ciò può essere garantito attraverso un apposito procedimento di riconoscimento e la previsione di un servizio sostitutivo come «alternativa fastidiosa» (cfr. J. KOKOTT, *art. 12 a,* in *Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 304).

zione di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza equivarrebbe di fatto, per la maggior parte degli obiettori, all'esenzione da qualsiasi servizio, militare e sostitutivo. Si vanificherebbe così – afferma la Corte – lo stesso scopo perseguito dal legislatore con la nuova disciplina, di sostituire il precedente procedimento di riconoscimento del diritto con uno strumento più adeguato [108].

Il *Bundesverfassungsgericht* non ha offerto una motivazione del suo orientamento favorevole all'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio. In dottrina si registrano tre diverse posizioni.

L'indirizzo della Corte è condiviso da Willi Geiger, autore di uno dei primi commenti al *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* [109] ed egli stesso giudice costituzionale fino al 1977 [110]. Geiger fonda la sua argomentazione sui lavori preparatori relativi al § 32, primo comma, *BVerfGG*, nel corso dei quali, secondo il progetto presentato dalla *Spd*, la formula «in caso di disputa» aveva preso il posto dell'altra «in un procedimento pendente, su istanza», contenuta nell'art. 28 dell'originario progetto governativo. Dal venir meno del riferimento alla necessità di un'istanza di parte, Geiger ricava l'argomento secondo il quale nel procedimento cautelare, l'attivarsi del *Bundesverfassungsgericht* non sia vincolato all'iniziativa di parte, a differenza che nel procedimento di merito [111]. La possibilità di emanare un provvedimento cautelare d'ufficio sarebbe compatibile con la funzione del Tribunale costituzionale federale quale «custode della Costituzione» [112]. Geiger non nasconde che ciò espone al rischio che il Tribunale intervenga di propria iniziativa in momenti critici della lotta politica, con la pretesa di salvaguardare l'ordine costituzionale. Pertanto egli suggerisce che il Tribunale possa attivarsi d'ufficio in forza di un apprezzamento particolarmente rigoroso dell'urgenza del provvedere in vista della salvaguardia del bene comune e dopo che non ci si possa più attendere la proposizione di un'istanza di parte. In questo modo, l'iniziativa d'ufficio della Corte dovrebbe essere limitata ai «casi estremi» di inerzia dei soggetti che potrebbero essere parti del procedimento di merito oppure di intesa tra questi ultimi, tesa a mettere fuori gioco il Tribunale costi-

---

[108] Nella pronuncia di merito, *BVerfG* 13 aprile 1978, in *BVerfGE* 48, 127, il Tribunale dichiara l'incostituzionalità della legge, con salvezza dei rapporti di servizio civile sorti nel periodo tra il I agosto e il 15 dicembre 1997 e delle posizioni di coloro che, nello stesso periodo, si sono visti riconoscere il loro diritto all'obiezione di coscienza.

[109] Cfr. W. Geiger, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Vahlen, 1952, p. 120.

[110] Cfr. K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 20.

[111] Cfr. § 23 *BVerfGG*.

[112] Così, W. Geiger, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 120.

tuzionale federale ed a sottrarre la controversia al controllo del diritto [113].

Contro l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht* e la giustificazione proposta da Geiger sono state proposte obiezioni di notevole peso: «il compito del *Bundesverfassungsgericht* non è quello di prendere il timone d'ufficio, quale specie di "governo di emergenza", nelle situazioni di crisi fra gli altri poteri dello Stato, bensì solo quello di risolvere controversie giuridiche tra organi costituzionali ovvero tra singoli cittadini e il potere pubblico» [114].

Tuttavia l'orientamento maggioritario della dottrina non è così radicalmente contrario all'emanazione dei provvedimenti cautelari d'ufficio, ma distingue a seconda che il procedimento di merito non sia stato ancora instaurato o invece sia pendente. Il rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio appare difficilmente sostenibile nella prima ipotesi, non tanto per la debolezza dell'argomento letterale che sostiene questa tesi, quanto per lo strapotere che riconoscerebbe al Tribunale costituzionale federale: cioè non solo il potere di dire l'ultima parola sulla conformità costituzionale di atti statali, ma anche il potere di attivarsi di propria iniziativa, sarebbe immanente il rischio di uno snaturamento della funzione del *Bundesverfassungsgericht*. Viceversa, il rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio sarebbe ammissibile quando il procedimento di merito sia già pendente [115] poiché i processi costituzionali, una volta proposta l'istanza introduttiva, «non sottostanno più all'esclusivo potere dispositivo del ricorrente e considerato che le controversie costituzionali servono sempre anche alla salvaguardia del diritto costituzionale oggettivo, così come alla sua interpretazione ed al suo ulteriore sviluppo. Ciò vale sia per le controversie tra organi costituzionali, che per la *Verfassungsbeschwerde*, pur diretta a far valere diritti fondamentali individuali» [116].

Questo orientamento dottrinale non si ferma tuttavia ad affermare in via

---

[113] W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 120.

[114] Così, W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS,* 1977, p. 217 ss.

[115] Così, R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, p. 542 ss., p. 543; E. BENDA e E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, II ed., Heidelberg, 2001, p. 494 ss.; K. GRAßHOF, in MAUNZ, SCHMIDT BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER e BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 20 ss.; K. SCHLAICH e S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, VI ed., München, 2004, p. 322.

[116] Così K. GRAßHOF, in MAUNZ, SCHMIDT BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER e BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 22. Sotto il profilo della disciplina processuale, dalla previsione del potere della Corte di disciplinare d'ufficio l'esecuzione delle proprie decisioni (§ 35 *BVerfGG*), l'Autrice argomenta poi che come la Corte può rilasciare d'ufficio provvedimenti esecutivi della decisione di merito, al momento della sua emanazione, così in precedenza essa può assicurarne d'ufficio con provvedimenti cautelari l'attuazione, quando ricorrano motivi urgenti attinenti all'esigenza di salvaguardare il bene comune.

generale l'ammissibilità dell'esercizio dei poteri cautelari d'ufficio, una volta che il procedimento di merito sia stato già promosso, ma si sforza di individuare i limiti di ammissibilità in concreto e le tipologie di casi del rilascio della misura cautelare d'ufficio. Il limite fondamentale è stato inquadrato in termini di sussidiarietà dell'iniziativa d'ufficio rispetto all'istanza di parte, come ad esempio nel caso del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, dove un'istanza della parte del giudizio *a quo* non sarebbe ammissibile, non essendo essa parte del giudizio incidentale [117]. In secondo luogo, si è pensato all'ipotesi in cui solo il Tribunale possieda la conoscenza dello sviluppo della situazione, che fonda un improcrastinabile bisogno di cautela: per esempio, nel caso in cui il Tribunale abbia in precedenza rigettato un'istanza cautelare ritenendo di poter soddisfare l'urgenza del provvedere decidendo celermente il procedimento nel merito, ma si renda successivamente conto che la controversia, contrariamente alle previsioni, non possa essere tempestivamente definita [118]. Una terza situazione in cui il Tribunale potrebbe esercitare il suo potere di rilasciare misure cautelari d'ufficio si presenta quando essa debba neutralizzare pericoli che incombono sulla propria posizione nell'ordinamento costituzionale e nel processo politico, in particolare quando una situazione concreta di forte tensione tra organi costituzionali o nella società civile metta a notevole repentaglio l'accettazione della propria decisione di merito e metta in forse il contributo che dalle sue decisioni deriva al rafforzamento del consenso sociale sui valori di fondo a cui si ispira l'ordinamento giuridico [119].

L'istanza cautelare può poi ovviamente essere proposta su istanza di parte.

Si è infine già avuto modo, implicitamente, di osservare che è ammissibile che la parte richieda il provvedimento cautelare *ante causam*, cioè anteriormente all'instaurazione del procedimento di merito (si parla a questo proposito di istanza «isolata»: *isolierter Antrag*). Il § 32 *BVerfGG* prevede infatti che il *Bundesverfassungsgericht* possa rilasciare la misura cautelare «in caso di disputa», senza che questa debba essersi già tradotta in una controversia pendente dinanzi ad esso, l'istanza cautelare può essere proposta anche prima della instaurazione del procedimento di merito [120].

---

[117] GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 22.

[118] Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 21, in nota 2.

[119] Su questo aspetto del ruolo del *Bundesverfassungsgericht* si rinvia sempre a C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß,* in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, vol. I, Mohr, Tübingen, 2001, p. 1 ss., p. 25.

[120] Così, *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfGE* 3, 267: il provvedimento è pronunciato in relazione ad una controversia promossa dall'ex *Land* Lippe nei confronti della Renania

4.6. Il modello decisorio elaborato dal *Bundesverfassungsgericht* per il giudizio cautelare: considerazioni preliminari

Uno dei principali motivi di interesse nello studio della giurisprudenza cautelare del *Bundesverfassungsgericht* è dato dalla teorizzazione di un complesso modello decisorio attraverso il quale il Tribunale si confronta apertamente con le specifiche problematiche che la cognizione cautelare pone nel processo costituzionale rispetto alle peculiari caratteristiche dell'oggetto dei giudizi e agli effetti delle decisioni nella sfera dei soggetti che ne sono direttamente o indirettamente destinatari, definendo contestualmente i presupposti di legittimazione e i limiti dell'esercizio del suo potere.

Conviene indicare subito i tratti essenziali di questo modello che saranno approfonditi nei paragrafi successivi.

Si tratta di un modello graduato che contempla dapprima una fase di valutazione prognostica dell'esito del giudizio di merito e poi, eventualmente, una fase di valutazione comparativa delle conseguenze [121].

Innanzitutto il Tribunale esamina se la domanda di merito è inammissibile o manifestamente infondata. In questo caso il provvedimento cautelare non può essere emanato. All'opposto esso deve essere rilasciato, quando la domanda di merito è manifestamente fondata e ricorrono i presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare previsti dalla legge.

Nelle ipotesi appena descritte la pronuncia cautelare si fonda in ogni caso su una prognosi dell'esito del giudizio di merito.

Parimenti, il Tribunale costituzionale federale motiva la pronuncia cautelare sulla base di una prognosi dell'esito della causa di merito qualora il provvedimento cautelare, al fine di garantire la realizzazione dello scopo di tutela perseguito con la domanda di merito, debba assumere eccezionalmente un contenuto totalmente anticipatorio degli effetti del provvedimento definitivo.

Qualora invece il provvedimento cautelare, per realizzare tale scopo di

---

del Nord-Vestfalia, relativamente all'applicazione sul suo territorio della prima legge relativa all'ordinamento scolastico. Citando a sostegno l'opinione di W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 119, il Tribunale osserva che l'istanza cautelare di sospensione della legge è ammissibile anche se proposta prima dell'instaurazione del procedimento di merito, poiché si tratta di una controversia che può essere portata alla cognizione del *Bundesverfassungsgericht*, rientrando fra quelle ex art. 93, primo comma, n. 4 *GG*. In dottrina è pacificamente recepita la posizione del *Bundesverfassungsgericht*, tra gli altri, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 179; K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 16.

[121] Così K. GRAßHOF § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., C.H. Beck, München, 2002, p. 42.

tutela, possa limitarsi ad assumere un contenuto conservativo [122] della situazione di fatto e di diritto in vista della decisione di merito e la prognosi dell'esito di quest'ultima non dia un risultato sicuro, il *Bundesverfassungsgericht* decide, o meglio dichiara di decidere, e in questo senso motiva la propria pronuncia cautelare, unicamente sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze fattuali e giuridiche che scaturiscono dall'effettivo avverarsi di una decisione di volta in volta considerata ipoteticamente errata, rinunciando a compiere una prognosi dell'esito del giudizio di merito.

La notevole complessità di questo modello decisorio, come sopra accennato, rende complicata anche l'esposizione. Per cercare di assicurare un minimo di chiarezza evitando indebite semplificazioni si è scelto di articolare l'esposizione strutturandola per approfondimenti successivi.

Poiché l'elemento più caratteristico del modello è la valutazione comparativa delle conseguenze, se ne antepone la descrizione dei tratti essenziali.

In un secondo momento si approfondiscono alcune delle ipotesi in cui il *Bundesverfassungsgericht* si pronuncia sull'istanza cautelare sulla base di una prognosi dell'esito del giudizio di merito.

4.6.1. La valutazione comparativa delle conseguenze, (*Doppelhypothese*), come modello argomentativo delle decisioni cautelari

Il modello della valutazione comparativa delle conseguenze consiste nella formulazione di una doppia ipotesi (*Doppelhypothese*).

La prima ipotesi prende in considerazione le conseguenze che si verificherebbero, secondo la teoria della causalità adeguata, se il provvedimento cautelare non fosse emanato, ma la domanda del ricorrente fosse accolta nel giudizio di merito.

La seconda ipotesi prende in considerazione le conseguenze che si verificherebbero se il provvedimento cautelare fosse emanato, ma la domanda del ricorrente fosse rigettata nel giudizio di merito [123].

Il *Bundesverfassungsgericht* decide e motiva tenendo conto della parte che può tollerare in modo migliore il rischio di una decisione errata, sulla base della data situazione di interessi. In altri termini, da un lato è collocato l'interesse del ricorrente ad evitare i danni che si producono in conseguenza del

---

[122] L'ipotesi tipica: la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, a cui si indirizza la stragrande maggioranza delle istanze cautelari proposte al Tribunale costituzionale federale.

[123] Così, K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 42, p. 48.

mancato rilascio della misura cautelare, qualora egli ottenga ragione nel procedimento di merito [124]. Dall'altro lato è collocato l'interesse dell'avversario ad evitare i danni che si producono in conseguenza della emanazione del provvedimento cautelare, qualora la domanda di merito sia rigettata.

Entrambi i possibili esiti del procedimento cautelare si suppongono di volta in volta errati rispetto alla successiva decisione di merito e si decide tenendo conto della parte che può tollerare in modo migliore il rischio di una decisione errata, sulla base della data situazione di interessi [125]. Non si tratta di calcolare il grado di probabilità che si avveri il rischio di una decisione sbagliata, ma di comparare le conseguenze dell'effettivo avverarsi di una decisione di volta in volta (considerata ipoteticamente) errata.

Pertanto il modello della valutazione comparativa o bilanciamento delle conseguenze non offre in via di principio margini per esaminare se e quali motivi possano essere allegati *pro* o contro la incostituzionalità del provvedimento impugnato. L'esame di questi motivi appartiene al tema della probabilità dell'avverarsi del rischio della decisione errata, tema che è estraneo a questo modello di argomentazione della decisione [126], in cui la prognosi dell'esito della causa di merito cede il posto ad una prognosi (e ad una comparazione) delle conseguenze rispettivamente derivanti dal mancato rilascio della misura cautelare seguito dall'accoglimento della domanda nel merito, da un lato, e dal rilascio della misura cautelare congiunto al successivo rigetto della domanda nel merito, dall'altro lato.

4.6.2. Il divieto di effettuare una prognosi dell'esito del giudizio di merito

Se si passa a questo punto a ricostruire le tappe fondamentali attraverso le quali il *Bundesverfassungsgericht* ha progressivamente definito il proprio complessivo modello decisorio sulle istanze cautelari conviene tenere distinti due profili, che in realtà sul piano storico si presentano inevitabilmente come intrecciati: la negazione che la motivazione della pronuncia sull'istanza cau-

---

[124] Poiché la misura cautelare ha la funzione di assicurare le condizioni giuridiche e di fatto che, in caso di accoglimento della domanda di merito, consentano di realizzare lo scopo di tutela perseguito con quest'ultimo, si deve avere presente il possibile contenuto del provvedimento conclusivo di quest'ultimo.

[125] Per questa formulazione, W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *Jus*, 1977, p. 217 ss., p. 219.

[126] Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 49. A tale proposito un'affermazione costante della giurisprudenza del Tribunale costituzionale su questo aspetto è che «i motivi che sono allegati per l'incostituzionalità del provvedimento impugnato non devono in via di principio essere presi in considerazione».

telare possa fondarsi su una prognosi dell'esito del procedimento di merito; l'elaborazione in termini positivi del modello della valutazione comparativa delle conseguenze.

In relazione al primo profilo, è evidente l'influenza della giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* che, come si è già visto, aveva impiegato il *Vorwegnahmeverbot* (divieto di anticipazione), non solo come divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma anche come divieto di prendere posizione nella motivazione della decisione cautelare sulle questioni oggetto del giudizio di merito, e di effettuare quindi una prognosi dell'esito di quest'ultimo. Questo è reso possibile dalla circostanza che il § 32 *BVerfGG* non prevede che il *Bundesverfassungsgericht* debba accertare sommariamente la probabile esistenza della pretesa di merito al fine del rilascio del provvedimento cautelare e, anche se tale norma è in parte ispirata dalla disciplina della tutela cautelare nel processo civile, non contiene nessun rinvio alla disciplina del codice di procedura civile, che invece richiede al ricorrente di rendere credibile la sussistenza di tale pretesa, cioè quell'elemento che nella terminologia italiana è definito *fumus boni iuris*.

Già nel settembre del 1951, nella prima pronuncia del Tribunale costituzionale federale, esso deve confrontarsi con un'istanza cautelare di sospensione dell'applicazione di alcune norme di legge. Si tratta della legge relativa al nuovo ordinamento dei *Länder* Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern. Nelle righe finali del provvedimento di accoglimento, il *Bundesverfassungsgericht* esclude espressamente che la motivazione della decisione sull'istanza cautelare contenga un'anticipazione provvisoria del suo giudizio sulla invalidità della legge [127].

La resistenza a motivare il rilascio di un provvedimento cautelare sulla base della valutazione che sia prevedibile il successo del ricorrente nel procedimento di merito emerge poi in modo concludente nelle pronunce che concedono il provvedimento cautelare senza spendere una parola sulle prospettive di successo della causa di merito. Così accade per esempio in relazione ad un'istanza di sospensione di un procedimento di estradizione all'estero [128].

In decisioni successive il Tribunale costituzionale federale afferma espres-

---

[127] Cfr. *BVerfG* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1. In sede di decisione di merito, *BVerfG* 23 ottobre 1951, in *BVerfGE* 1, 14, premessa l'applicabilità alla controversia sia delle norme del n. 2, che del n. 3 dell'art. 93, primo comma, *GG*, dichiara la nullità della prima e in parte della seconda legge.

[128] Cfr. *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74. Sul punto, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, C.H. Beck, München, 1971, p. 30. Questo provvedimento è il primo in cui il *Bundesverfassungsgericht* si pronuncia per l'ammissibilità di istanze cautelari coordinate alla proposizione di *Verfassungsbeschwerden*.

samente che i motivi allegati dal ricorrente a fondamento della incostituzionalità dell'atto impugnato (per esempio di una norma giuridica o di un atto amministrativo) in via di principio non devono essere presi in considerazione, poiché la legittimità costituzionale di quest'ultimo non può essere oggetto di esame nel procedimento cautelare. Notevole è per esempio la decisione pronunciata in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro la disposizione del codice della strada che introduce il divieto di circolazione di automezzi superiori ad un certo peso nei giorni festivi, in riferimento agli artt. 2, primo comma e 3, primo comma, *GG*. Dopo aver precisato che i motivi allegati a fondamento dell'incostituzionalità della norma giuridica impugnata non debbono essere presi in considerazione nel procedimento cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza di sospensione sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, elencando una serie di argomenti per i quali il divieto di circolazione nei giorni festivi non arreca grave pregiudizio all'economia nazionale. Pertanto – conclude la Corte – non si dà un motivo importante per sospendere la legge in vista del bene comune [129].

Verso la fine degli anni Cinquanta l'orientamento del Tribunale costituzionale federale incontra le prime autorevoli critiche dottrinali. Dinanzi ad una delle sentenze con cui il *Bundesverfassungsgericht* comincia ad enunciare in termini sistematici il modello decisorio seguito [130], Adolf Arndt osserva che il divieto di anticipare il merito (*Vorwegnahmeverbot*) può costituire solo un criterio regolatore degli effetti ammissibili del provvedimento cautelare, ma non può fondare un divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto della causa di merito. A suo avviso il rilascio di un provvedimento cautelare nei confronti di una norma giuridica impugnata per incostituzionalità presuppone che un accertamento sommario riveli la prevalenza dei motivi che ne fanno sospettare l'incostituzionalità. Il *Bundesverfassungsgericht* dovrebbe sempre verificare che vi sia una sufficiente probabilità di fondatezza delle censure mosse dal ricorrente o degli argomenti comunque invocabili contro la costituzionalità della legge [131].

Il Tribunale costituzionale federale ha poi presto occasione di replicare alle critiche di Arndt. E si tratta di un'occasione di notevole rilievo istituzionale. Il Governo federale chiedeva di accertare *ex* art. 93, primo comma, n. 2, *GG* la nullità della legge con cui la Città di Amburgo indiceva un *referendum*

---

[129] Così espressamente *BVerfG* 8 ottobre 1956, in *BVerfGE* 6, 1.

[130] Si tratta di *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, in una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che aveva disposto un aumento dell'imposta sui trasporti interurbani, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 12, primo comma, 14, 19, primo comma, *GG*.

[131] Cfr. A. Arndt, *Anmerkung zum Urteil vom 13.11.57 des BVerfG*, in *NJW*, 1958, p. 337.

sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche, sul deposito di armi atomiche nonché sul posizionamento di basi di lancio di missili atomici nel territorio della Repubblica federale tedesca, ed affiancava a questa richiesta un'istanza cautelare di sospensione della legge. Nell'accogliere l'istanza cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* si limita ad accennare fugacemente alla critica di Arndt, ma conferma che «nella valutazione delle circostanze *pro* o contro il rilascio del provvedimento cautelare in via di principio non si deve tenere conto di quale sarà l'esito del procedimento di merito», limitandosi ad aggiungere che «certo il provvedimento cautelare non può essere emanato quando la decisione del merito non rientra nella competenza del *Bundesverfassungsgericht* o quando l'accertamento richiesto nel procedimento di merito è inammissibile o manifestamente infondato». Il Tribunale costituzionale federale giustifica il proprio orientamento in considerazione dei motivi per i quali la decisione della causa di merito non può essere emanata immediatamente: «la misura cautelare può rendersi necessaria proprio perché alla Corte manca il tempo necessario per un esame coscienzioso e completo delle questioni di diritto rilevanti per la decisione della causa di merito; pertanto non sarebbe opportuno far dipendere il rilascio del provvedimento cautelare da un qualcosa di incerto, cioè da una valutazione sommaria delle prospettive di successo nella causa di merito» [132].

L'argomentazione appena riportata esprime sinteticamente il fondamento, ancora oggi attuale [133], del divieto che la Corte si impone di effettuare in sede cautelare una prognosi dell'esito della causa di merito, o quantomeno – cercando di esprimere in termini oggettivi ciò che appare all'esterno – del divieto di motivare la decisione sull'istanza cautelare sulla base di tale prognosi.

4.6.3. L'elaborazione del modello di valutazione comparativa delle conseguenze

Fin dalle pronunce della prima metà degli anni Cinquanta, nel motivare sulla fondatezza delle istanze cautelari di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati, il *Bundesverfassungsgericht* si è riferito alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'esecuzione del provvedimento impugnato in caso di sua successiva dichiarazione di incostituzionalità, comparandole con quelle derivanti dalla sua provvisoria sospensione e ha posto così le basi per

[132] Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367. Su questa pronuncia, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 31.

[133] Si tratta di un'argomentazione ripetuta negli stessi termini anche più recentemente, cfr. *BVerfG* 13 aprile 1983, in *BVerfGE* 64, 67, su un'istanza cautelare coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sul censimento, in riferimento all'art. 2, primo comma, *GG*.

l'elaborazione in termini positivi del modello della valutazione comparativa delle conseguenze.

Un caso significativo è quello relativo al giudizio promosso dal Governo del Württemberg-Baden *ex* art. 93, primo comma, n. 2, *GG* sulla validità della legge relativa alla perequazione finanziaria tra *Länder* (1951) con istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione della legge impugnata. Il Tribunale costituzionale federale rigetta l'istanza cautelare di sospensione della legge, senza dire alcunché sulle prospettive di successo del procedimento di merito. Decide infatti sulla sola base del maggiore pregiudizio che subirebbero i *Länder* beneficiari della perequazione in conseguenza della sospensione della legge rispetto a quello che subirebbe il *Land* ricorrente in conseguenza della sua esecuzione, cosicché – conclude la Corte – si deve esigere che quest'ultimo continui ad effettuare i pagamenti fino alla decisione della causa nel merito [134].

Si comincia così ad intravedere un primo abbozzo di quel modello della valutazione comparativa (o bilanciamento) delle conseguenze (*Abwägungsmodell*) che costituisce tuttora il caposaldo della motivazione sulla fondatezza dell'istanza cautelare.

Rispetto al quadro appena delineato si devono ora svolgere alcuni approfondimenti. Il primo concerne la determinazione delle conseguenze scaturenti dall'ipotesi del rigetto dell'istanza cautelare, assumendo l'incostituzionalità del provvedimento impugnato. Il secondo concerne la determinazione delle conseguenze scaturenti dall'ipotesi dell'accoglimento dell'istanza, assumendo la costituzionalità del provvedimento impugnato. I successivi approfondimenti riguardano i criteri particolari cui si ispira la decisione cautelare del *Bundesverfassungsgericht* in relazione alla tipologia dei ricorrenti (e delle controparti) ed alla tipologia degli atti impugnabili dinanzi alla Corte.

4.6.4. L'ipotetica incostituzionalità del provvedimento impugnato come elemento della valutazione comparativa delle conseguenze

Nella valutazione della gravità delle conseguenze scaturenti dal rigetto dell'istanza cautelare, si deve inserire la stessa incostituzionalità, da assumere in via ipotetica, del provvedimento impugnato, di cui pur non si sospendono gli effetti. In questo modo – si osserva – il piatto della bilancia chiamato ad esprimere la gravità delle conseguenze del mancato rilascio del provvedimen-

---

[134] Così, *BVerfG* 27 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 85. Per la decisione di merito di conformità alla Costituzione della legge impugnata, *BVerfG*, 20 febbraio 1952, in *BVerfGE* 1, 117.

to cautelare è appesantito fin dall'inizio da una violazione della Costituzione. Una compensazione sotto questo profilo può realizzarsi nelle ipotesi in cui anche il rilascio del provvedimento cautelare (seguito dal rigetto della domanda di merito) provocherebbe una lesione di un diritto o di una posizione giuridica costituzionalmente garantita. Carattere decisivo ha allora in tale situazione la maggiore gravità relativa delle conseguenze che scaturiscono nell'una o nell'altra ipotesi [135].

Nelle situazioni in cui unicamente l'ipotesi del rigetto del provvedimento cautelare sia appesantita dalla supposizione di una violazione costituzionale, quest'ultima dovrebbe acquistare di regola un peso decisivo, secondo il quadro descritto in precedenza, solo in correlazione ai pregiudizi giuridici e fattuali, tanto più se irreparabili, che da essa scaturiscono [136].

La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* non è rimasta ferma a questa conclusione, ma ha ritenuto che la violazione della Costituzione possa assumere di per sé un peso decisivo nella valutazione comparativa, indipendentemente dai pregiudizi che da essa derivano, qualora essa colpisca principi o beni costituzionali di carattere fondamentale. Si tratta essenzialmente di quattro gruppi di ipotesi: in primo luogo il rispetto del principio federalista, cioè della delimitazione fra Federazione e *Länder* delle rispettive sfere di competenze; viene poi in considerazione il rispetto del principio democratico (art. 20, primo comma, *GG*); l'obbligo statale di protezione della «vita umana non ancora nata« e, infine, un aspetto della «costituzione finanziaria»: il principio secondo il quale possono essere iscritti a bilancio dei crediti solo nella misura in cui la loro entità complessiva non superi l'ammontare delle spese con carattere di investimento [137].

In questi casi la Corte ritiene giustificata l'emanazione del provvedimento cautelare per il «bene comune» già sulla base della particolare qualità di tali principi costituzionali, che non consentirebbe di poterne tollerare la lesione nemmeno per un periodo di tempo transitorio, fino alla decisione della causa di merito [138].

---

[135] Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 52.

[136] Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 52.

[137] Cfr. *BVerfG* 17 settembre 1998, in *BVerfGE* 99, 57 (*Liegenschaftsmodell Schleswig-Holstein*), nel pronunciare la sospensione cautelare della legge di accompagnamento al bilancio del 1998 del *Land* Schleswig-Holstein, in relazione ad un giudizio di costituzionalità instaurato dai deputati di opposizione nel Parlamento del *Land*.

[138] Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 53 ss.

Si è rimproverato a questo orientamento del *Bundesverfassungsgericht* di abbandonare il terreno, proprio invece del bilanciamento delle conseguenze, di una considerazione concreta delle conseguenze di due ipotetiche situazioni che sono parimenti disapprovate dalla Costituzione: da un lato, la violazione di una norma costituzionale; dall'altro, la sospensione dell'efficacia di un provvedimento legittimo. Questo dilemma – si osserva – potrebbe essere risolto solo da un bilanciamento delle conseguenze concrete, rinunciando ad una gerarchia che si imperni sul grado di vincolatività dei principi costituzionali in gioco, gerarchia della quale potrebbe discutersi solo nel procedimento di merito [139]. In altri termini si evidenzia che sostanzialmente in queste ipotesi nella pronuncia cautelare si aggiungerebbe un ulteriore elemento valutativo attinente alla decisione definitiva della controversia, oltre alla valutazione di ammissibilità e di non manifesta infondatezza della domanda di merito.

4.6.5. La valutazione comparativa delle conseguenze e la determinazione del contenuto del provvedimento

Si deve svolgere a questo punto il secondo approfondimento preannunciato, relativo alla determinazione delle conseguenze nell'ipotesi di accoglimento dell'istanza. Nella individuazione della gravità delle conseguenze scaturenti dal rigetto dell'istanza cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* svolge un'indagine su un corso degli eventi nel quale esso suppone di non intervenire e sul quale pertanto non incidono gli effetti di una propria pronuncia cautelare. Al contrario, l'individuazione delle conseguenze che il Tribunale costituzionale federale ipotizza si verifichino in caso di rilascio del provvedimento cautelare dipende evidentemente dalla determinazione del contenuto di quest'ultimo: un'operazione questa, sulla quale i poteri del *Bundesverfassungsgericht* hanno invece una notevole incidenza.

A questo riguardo occorre tener presente che il *Bundesverfassungsgericht* non è tenuto a rilasciare esattamente il provvedimento richiesto, ma può fare impiego del proprio margine di apprezzamento per decidere, nel rispetto dei presupposti indicati dalla norma che prevede la tutela cautelare, come possa attuarsi lo scopo che l'istanza si prefigge.

Se vi sono più modi per conseguire lo scopo di tutela che l'istanza cautelare si prefigge, il Tribunale costituzionale federale deve scegliere quello che ha effetti meno pregiudizievoli per i contrapposti interessi [140]. Così, per esempio,

---

[139] Così, J. MASING, *Das Argument der fundamentalen Verfassungsnorm bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung*, in *NJW*, 1990, p. 1830.

[140] Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 51.

impugnata in giudizio di costituzionalità astratto la legge del *Land* Schleswig-Holstein che aveva concesso il voto agli stranieri alle elezioni amministrative, la Corte esamina la possibilità di disporre il provvisorio rinvio delle elezioni, invece della sospensione della applicazione della modifica legislativa in occasione delle elezioni amministrative del 25 marzo 1990, ma conclude nel senso che il rinvio delle elezioni sarebbe più gravoso dello svolgimento delle elezioni sulla base della vecchia disciplina (una conclusione che aveva raccolto il consenso unanime all'udienza) [141].

4.6.6. I provvedimenti cautelari che incidono sulla formazione della volontà di organi politici

Si possono ora esaminare i criteri particolari cui si ispira la decisione cautelare del *Bundesverfassungsgericht* e considerare innanzitutto l'ipotesi più problematica che si profila nei giudizi costituzionali: il caso in cui la misura cautelare richiesta incida sul processo di formazione della volontà di soggetti titolari di un potere decisionale politico.

In linea generale la Corte esercita in tali ipotesi un vero e proprio *self-restraint*, preoccupandosi di assicurare un leale processo di confronto politico. In particolare la Corte attribuisce rilevanza allo *status* democratico, all'altezza del livello politico, alla controllabilità del titolare di detto potere decisionale da parte dell'opinione pubblica, nonché all'oggetto della decisione in rapporto con altre [142]. Con riferimento alle funzioni genericamente politiche, la Corte tende ad applicare il principio che, quanto più il *petitum* cautelare ha per oggetto dei compiti di notevole rilievo politico del Parlamento o del vertice dell'esecutivo, tanto più il ricorrente deve accettare di essere, anch'egli, solo una fra le componenti del processo di decisione politica [143]. Riguardo alle funzioni specificamente governative, la Corte afferma che il provvedimento cautelare non può essere lo strumento per scaricare su se stessa la responsabilità di decisioni politiche.

Questi lineamenti della giurisprudenza costituzionale possono essere colti attraverso l'indicazione di una serie di fattispecie esemplari, distinte in quattro gruppi. I primi due gruppi sono formati secondo il criterio del tipo di procedimento promosso dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* e si è scelto di trattare le controversie tra organi costituzionali nonché la *Verfassungsbeschwerde*. Il terzo e quarto gruppo sono individuati sulla base del criterio dell'oggetto

---

[141] Così, *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, 57.

[142] Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 555 ss.

[143] Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz,* cit., p. 556 ss.

della controversia: aspetti di politica estera e aspetti relativi alla struttura federale dello Stato; gli esempi scelti percorrono trasversalmente diversi procedimenti promuovibili dinanzi al Tribunale costituzionale federale.

4.6.7. Il rilascio di misure cautelari nelle controversie tra organi costituzionali

Tra le pronunce cautelari che si coordinano alle controversie tra (o all'interno di) organi costituzionali, si possono segnalare quelle relative a: il finanziamento dei partiti politici [144], lo scioglimento del *Bundestag* nel 1983 [145], la composizione dell'*Hauptausschuss* del parlamento dell'Assia [146], la disciplina delle prime elezioni politiche nella Germania riunita [147], l'attività istruttoria della commissione parlamentare di inchiesta sul traffico illegale di plutonio [148], la pubblicazione della relazione della commissione parlamentare elettorale concernente la collaborazione di Gregor Gysi con il Ministero della sicurezza di Stato della *ex*-DDR [149], la composizione del *Vermittlungsausschuss* dopo le elezioni politiche del 2002 [150], il recente provvedimento con il quale il Tribunale ha ordinato che la seconda sottocommissione del quindicesimo *Bundestag* proseguisse il programma di assunzione delle prove testimoniali fissato il 31 marzo del 2005, in relazione all'inchiesta sul rilascio dei visti di ingresso per gli stranieri, assunzione che la maggioranza della commissione aveva deciso di non proseguire in vista dell'esigenza di predisporre la relazione prevista dalla legge sulle commissioni di inchiesta prima del prossimo probabile scioglimento del *Bundestag* [151].

---

[144] Cfr. *BVerfG* 15 marzo 1961, in *BVerfGE* 12, 276; per la descrizione di questo caso e degli altri indicati nel testo rinvio ad un lavoro in corso di ultimazione che contiene una più ampia trattazione dell'esperienza tedesca .

[145] Cfr. *BVerfG* 16 febbraio 1983, in *BVerfGE* 62, 1.

[146] Cfr. *BVerfG* 17 agosto 1983, in *BVerfGE* 65, 101.

[147] Cfr. *BVerfG* 17 ottobre 1990 in *BVerfGE* 82, 353, in *JZ*, 1991, p. 456 con nota di D. LEIPOLD, in *JuS*, 1991, p. 419 con nota di M. SACHS.

[148] Così, *BVerfG* 8 luglio 1997, in *BVerfGE* 96, 223.

[149] Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1998, in *BVerfGE* 98, 139. Per la decisione di merito di rigetto (su cui però il *Senat* competente si spacca a metà), v. *BVerfG* 20 luglio 1998, in *BVerfGE*, 99, 19 e in *NJW* 1998, p. 3042.

[150] Cfr. *BVerfG* 2 dicembre 2002, in *BVerfGE* 106, 253, commentata da J.A. CÄMMERER, *Muss Mehrheit immer Mehrheit bleiben? Über die Kontroversen um die Besetzung des Vermittlungsausschusses*, in *NJW*, 2003, p. 1166.

[151] *BverfG* 15 giugno 2005, 2 *BvQ* 18/05 pubblicata in www.bverfg.de. La Corte osserva pragmaticamente che tale relazione poteva comunque essere preparata e per il caso di rigetto del ricorso nel merito le parti relative alle prove testimoniali assunte in forza dell'ordine cautelare potranno essere soppresse.

Istanze cautelari coordinate alle controversie tra organi costituzionali sono state rivolte quindi con una certa frequenza al *Bundesverfassungsgericht*, che non ha mai avuto dubbi sulla loro ammissibilità. In effetti se la Corte non ritenesse ammissibile la tutela cautelare in questo settore, ciò indebolirebbe la sua posizione dinanzi agli altri organi costituzionali. Essa avverte tuttavia che l'esercizio dei poteri cautelari sia particolarmente delicato nelle controversie tra organi costituzionali, in quanto incide sulla autonomia di un organo politico, ed osserva la massima prudenza nell'intervenire con una disciplina provvisoria. Il Tribunale costituzionale federale emana quasi sempre una pronuncia di rigetto poiché essa pretende dagli organi costituzionali coinvolti nella controversia il senso di responsabilità politico-costituzionale di trovare da soli un *modus vivendi* durante il procedimento di merito. Rispetto a questo quadro eccezioni si registrano quando la Corte riscontri l'esigenza di tutelare gruppi politici di minoranza, come è accaduto per esempio nella controversia sulla quota minima di sottoscrizioni per le liste di candidati alle prime elezioni politiche nella Germania riunita [152].

---

[152] Cfr. *BVerfG* 17 ottobre 1990 in *BVerfGE* 82, 353, in *JZ*, 1991, p. 456 con nota di D. LEIPOLD, in *JuS*, 1991, p. 419 con nota di M. SACHS Il caso merita di essere descritto, considerata la sua rilevanza. In conseguenza della riunificazione tedesca i rappresentanti della Repubblica federale tedesca e dell'allora Repubblica democratica tedesca stipulano il 3 agosto 1990 un accordo con il quale la legge elettorale tedesco-occidentale viene estesa ai nuovi *Länder* e viene concordata una disciplina transitoria – inserita qualche settimana dopo nella legge elettorale – delle prime elezioni politiche nella Germania riunita, indette per il 2 dicembre 1990. Due piccoli partiti promuovono una controversia tra organi costituzionali contro la quota minima di sottoscrizioni che questa legge prevede per le liste di candidati e chiedono il rilascio di una misura cautelare sospensiva. Premesso che la domanda di merito non è inammissibile, né – almeno in alcuni punti – manifestamente infondata, il *Bundesverfassungsgericht* rilascia la misura cautelare sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, il Tribunale costituzionale federale prende in considerazione una violazione della parità di *chances* tra i partiti politici con la conseguenza di un grave difetto delle elezioni. Inoltre la Corte ritiene che il deficit di legittimazione del *Bundestag* si trasmetterebbe a tutti gli altri organi costituzionali che derivano la loro legittimazione democratica da quest'ultimo. In caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, il *Bundesverfassungsgericht* non vede pregiudizi così gravi: si incide sulla discrezionalità del legislatore, ma in misura piuttosto limitata. Assume poi secondo il Tribunale costituzionale federale un particolare significato il fatto che il provvedimento cautelare procuri alle prime elezioni politiche nella Germania riunita un fondamento inattaccabile sotto il profilo costituzionale. Pertanto la Corte dispone in via cautelare l'esonero dalla quota minima di sottoscrizioni per le liste dei candidati nei nuovi *Länder* e, per i partiti che nelle precedenti elezioni del *Bundestag* avevano raggiunto un certo numero di voti, anche nei vecchi *Länder*.

4.6.8. Il rilascio di misure cautelari nei ricorsi diretti di costituzionalità

Possono aspirare ad incidere sul processo di formazione della volontà di organi politici anche istanze cautelari proposte da soggetti portatori di un interesse privato, che si coordinano a *Verfassungsbeschwerden*. In ciò si può cogliere una notevole espressione della funzione oggettiva del ricorso diretto di costituzionalità, di promuovere l'integrazione, l'ulteriore svolgimento del diritto costituzionale, che si aggiunge alla sua funzione soggettiva, di tutela dei diritti fondamentali.

Si può considerare per esempio la fattispecie relativa all'istanza cautelare di sospensione del procedimento di ratifica dell'accordo complementare al trattato di appianamento delle relazioni tra Repubblica federale tedesca e Olanda, proposta da alcuni azionisti di una società confiscata dal Governo olandese nel 1944, che lamentano essenzialmente la lesione della garanzia costituzionale della proprietà (art. 14 *GG*) [153]. Un'altra fattispecie significativa è quella relativa all'istanza cautelare di sospensione del procedimento di ratifica dei Trattati dell'Est (con l'Unione sovietica e la Polonia), proposta da alcuni *ex* proprietari di terreni in Prussia nord-occidentale e in Slesia, per violazione della garanzia costituzionale della proprietà [154].

Anche in relazione ad istanze cautelari proposte da soggetti portatori di un interesse privato, il *Bundesverfassungsgericht* ritiene di non poter incidere sull'esercizio di funzioni politiche attraverso un provvedimento cautelare, mettendo in discussione le prerogative di valutazione politica di altri organi costituzionali, in particolare del Governo federale. Non si tratta però di un criterio negativo della ammissibilità della tutela cautelare in questo settore, ma solo di un criterio molto rigoroso di valutazione della fondatezza dell'istanza cautelare, che rende difficile il rilascio del provvedimento. È da notare tuttavia che la Corte, proprio al fine di argomentare la necessità di non incidere in via cautelare sull'esercizio di funzioni politiche, non esita a svolgere un'autonoma valutazione di circostanze politiche: tipica è, nella prima fattispecie ricordata, l'argomentazione che fa leva in modo decisivo sugli svantaggi di politica estera derivanti dal rilascio della misura cautelare.

4.6.9. Il rilascio di misure cautelari nei conflitti che coinvolgono questioni di politica estera

Uno dei banchi di prova più significativi della giurisprudenza costituzionale relativa all'ipotesi in cui la tutela cautelare incide sul processo di forma-

---

[153] Cfr. *BVerfG* 24 giugno 1963, in *BVerfGE* 16, 220.

[154] Cfr. *BVerfG* 22 maggio 1972, in *BVerfGE* 33, 195, 198.

zione della volontà di organi politici è costituito dai conflitti che coinvolgono questioni di politica estera. Fra le fattispecie di notevole rilievo si può ricordare quella sulla partecipazione di soldati tedeschi alla missione *Unosom* I e II [155].

[155] Si tratta di *BVerfG* 23 giugno 1993, in *BVerfGE* 89, 38. Con una delibera del 21 aprile 1993, il Governo federale decide la partecipazione delle forze armate tedesche alle operazioni deliberate dall'Onu per assicurare la pace e gli aiuti umanitari in Somalia (*Unosom I e II*). Su iniziativa dei gruppi parlamentari cristiano-democratico e cristiano-sociale (*Cdu/Csu*), nonché liberale (Fdp), il *Bundestag* approva lo stesso giorno la decisione governativa. Un primo gruppo di 240 soldati tedeschi viene inviato in Somalia il 12 maggio successivo. Il 17 giugno 1993 il *Bundestag* respinge una proposta di delibera del gruppo parlamentare socialdemocratico (*Spd*), diretta ad invitare il Governo a ritirare le truppe tedesche dalla Somalia. Successivamente lo stesso gruppo parlamentare, agendo come sostituto processuale del *Bundestag*, solleva dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* un conflitto di attribuzioni tra questo e il Governo federale, lamentando che la delibera governativa di impiegare l'esercito tedesco in Somalia leda il diritto del *Bundestag* di partecipare ad una tale decisione (garantito da una serie di norme costituzionali come gli artt. 24, primo comma, 59, secondo comma, 20 *GG*, in collegamento con gli artt. 87 a, secondo comma e 79, primo e secondo comma, *GG*) e chiede che questo diritto venga assicurato dal Tribunale costituzionale federale in via cautelare. Il Tribunale costituzionale federale premette che occorre adottare un criterio molto rigoroso nel verificare la sussistenza dei presupposti per il rilascio di misure cautelari che incidono su provvedimenti con effetti sul piano del diritto internazionale o della politica estera. Essa premette inoltre che la preannunciata domanda di merito, non inammissibile né manifestamente infondata, solleva «l'importante e difficile questione relativa al se ed a quali condizioni il governo federale violi le prerogative del *Bundestag* nel decidere la partecipazione di soldati tedeschi ad un'azione deliberata dal Consiglio di sicurezza dell'Onu». Il rilascio di una misura cautelare nell'ambito di una tale controversia – precisa la Corte – «può servire unicamente ad assicurare provvisoriamente questa controversa prerogativa del *Bundestag*, affinché essa non sia frustrata da fatti compiuti nel periodo di tempo intercorrente fino alla decisione del merito. Questa misura assicurativa deve muovere dal dato che è incerto se l'impiego di soldati tedeschi nell'ambito di una missione dell'Onu sia ammissibile sulla base di una legge ordinaria o costituzionale, oppure se il governo federale – secondo il diritto costituzionale attualmente vigente – ha, come esso rivendica, la competenza esclusiva a decidere negli affari di politica estera e di difesa. Per assicurare le possibili prerogative del *Bundestag* in questo conflitto di attribuzioni tra parlamento e governo, senza sacrificare la posizione giuridica del governo, il *Bundesverfassungsgericht* può adottare una disciplina provvisoria unicamente su questo aspetto: quale organo debba essere autorizzato a decidere sull'impiego delle forze armate fino alla decisione del merito. Nella misura in cui ciò non impedisca la conservazione in via cautelare del diritto fatto valere, questa disciplina deve collocarsi in un ambito intermedio tra le pretese di competenza tra di loro configgenti. In questa sede preliminare rispetto alla risoluzione del conflitto di attribuzioni tra parlamento e governo non è in via di principio compito della Corte, che non è chiamata a compiere atti di discrezionalità politica, di sostituirsi a questi organi nell'adottare provvisoriamente una decisione nel merito sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, per quale difettano sufficienti punti d'appoggio giuridici».

Sulla base di questa premessa, il Tribunale costituzionale federale modella un provvedimento cautelare così strutturato: «fino alla decisione di merito la partecipazione dello esercito tedesco alla missione *Unosom II* secondo la delibera del governo federale del 21 aprile 1993 può essere mantenuta ferma e proseguita se e nella misura in cui il *Bundestag* deliberi ciò; fino

Nell'ordinamento tedesco i conflitti che coinvolgono questioni di politica estera sono considerati giustiziabili. In relazione ad essi si determina pertanto per il Tribunale costituzionale federale un importante carico di lavoro, specialmente in termini di ponderazione delle implicazioni istituzionali che ne derivano. Molti atti di politica estera significativi per la collocazione internazionale della Repubblica federale tedesca sono passati al vaglio del *Bundesverfassungsgericht* [156].

Le difficoltà relative al rilascio di provvedimenti cautelari derivano dalla circostanza che le controversie su questioni di politica estera sono caratterizzate dal fatto di essere a malapena disciplinate dal diritto costituzionale sostanziale: il *Grundgesetz* contiene unicamente attribuzioni di competenza, senza indicazioni contenutistiche [157].

In secondo luogo, tali controversie toccano aspetti che fuoriescono parzialmente dal diritto costituzionale tedesco e che pertanto non possono essere sottoposti al controllo del Tribunale costituzionale federale [158].

Nella valutazione comparativa la Corte attribuisce un peso notevolissimo ai pregiudizi che minaccerebbero gli interessi di politica estera della Repubblica federale tedesca, qualora essa emanasse una misura cautelare prima della definizione del procedimento di merito. Una formulazione del criterio di valutazione molto rigoroso che presiede al rilascio di misure cautelari nel set-

---

all'emanazione di una tale delibera, i provvedimenti adottati finora possono essere attuati». In altri termini, fino alla decisione della causa di merito, la partecipazione del contingente tedesco alla missione Onu in Somalia è sorretta insieme sia dall'iniziativa del governo federale, che dall'approvazione del *Bundestag*.

Il rilascio di una misura cautelare di questo tenore è giustificato sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accertamento che l'impiego di soldati tedeschi nella missione dell'Onu in Somalia senza la partecipazione del *Bundestag* è incostituzionale, il *Bundestag* non potrebbe esercitare il proprio diritto di partecipare alla decisione sull'invio di soldati in Somalia, con una grave lesione della propria sfera di attribuzioni. Minori sono invece i pregiudizi in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accertamento che l'invio dei soldati in Somalia è stato deliberato dal governo federale senza violare le prerogative del *Bundestag*. In tal caso quest'ultimo – osserva la Corte – avrebbe partecipato ad una decisione che ricade nella competenza del governo federale, ma lo avrebbe fatto nella qualità di organo costituzionale dinanzi al quale il governo federale è responsabile anche per le proprie decisioni nell'ambito della politica estera e di sicurezza.

[156] L'osservazione è di F. SCHOCH e R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 265 ss.

[157] Così, F. SCHOCH e R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 288.

[158] Così, F. SCHOCH e R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 288.

tore della politica estera può leggersi nella pronuncia emanata in relazione al procedimento di ratifica dei Trattati dell'Est, ove la Corte afferma di poter «opporsi alla valutazione politica sottesa alla decisione del governo federale e del parlamento e sostituirla con una propria valutazione, unicamente qualora cogenti motivi attinenti al bene comune richiedano in modo evidente la posticipazione dell'entrata in vigore dei Trattati dell'Est».

L'esito della valutazione comparativa delle conseguenze conduce quasi sempre al rigetto dell'istanza cautelare, al fine di lasciare piena libertà di azione al Governo federale. La Corte stessa qualifica questo suo atteggiamento come una forma di *self-restraint* giudiziale, che però non esonera dal rispetto del principio di leale collaborazione tra gli organi costituzionali, in particolare sotto due profili. Da un lato, il potere esecutivo non può frustrare l'utilità di un procedimento pendente dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* e attraverso un proprio provvedimento privare definitivamente la sentenza finale di una parte della propria efficacia. Dall'altro lato, il Tribunale costituzionale federale, se rinuncia ad esercitare i propri poteri cautelari a vantaggio della libertà di azione del Governo federale, si ritiene impegnato ad accelerare in ogni modo la definizione del procedimento di merito, affinché la sentenza finale conservi la propria efficacia, per quanto è possibile nel contesto dato.

Nelle ipotesi in cui la Corte ha ritenuto eccezionalmente di dover rilasciare la misura cautelare, il peso notevole degli interessi di politica estera si riflette nella massima valorizzazione della possibilità della Corte di modellare il contenuto più proporzionato della misura cautelare, tenendo conto che lo scopo di tutela perseguito nel procedimento di merito (cioè, l'esercizio di attribuzioni scaturenti dalla posizione di organo fatta valere dal ricorrente) deve poter essere provvisoriamente assicurato nel modo meno limitativo delle attribuzioni dell'organo destinatario della misura cautelare. Esemplare sotto questo profilo è la vicenda relativa al conflitto di attribuzioni del 1993 tra *Bundestag* e Governo federale in ordine alla partecipazione delle forze armate tedesche alle operazioni deliberate dall'Onu per assicurare la pace e gli aiuti umanitari in Somalia.

4.6.10. Il rilascio di provvedimenti cautelari nelle controversie federali

Gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale relativi all'ipotesi in cui la tutela cautelare incide sul processo di formazione della volontà di organi politici meritano infine di essere specificamente verificati in un quarto gruppo di fattispecie, nel campo delle controversie (formalmente o sostanzialmente) federali, cioè le controversie tra Federazione e *Länder* attinenti ad aspetti della struttura federale dello Stato tedesco, e le controversie tra *Länder*. Fra le pronunce cautelari in questo settore, si possono segnalare quelle relati-

ve alla legge sul nuovo ordinamento dei *Länder* Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern [159], alla legge relativa alla perequazione finanziaria tra *Länder* [160], alla legge della Città di Amburgo relativa alla retribuzione degli insegnanti [161], all'applicazione nell'ex *Land* Lippe della prima legge sull'ordinamento scolastico della Renania del Nord-Vestfalia [162], alle leggi dei *Länder* Baviera e Assia relative al pagamento della tredicesima [163], alla legge della Città di Amburgo che indice un *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche [164], alle delibere di consigli comunali di città dell'Assia con cui si indicono consultazioni popolari sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche [165], alla creazione ad opera del Governo federale di un secondo canale televisivo [166], alla legge dell'Assia di adeguamento alla legge federale di riforma del trattamento economico dei pubblici impiegati [167], alla legge dello Schleswig-Holstein che concede agli stranieri il diritto di voto alle elezioni amministrative [168], alla legge relativa alle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani [169].

Nell'esame delle pronunce cautelari relative alle controversie in senso lato federali, colpisce che una maggiore percentuale delle istanze cautelari sia accolta, rispetto ai tre gruppi di fattispecie analizzati in precedenza [170].

È interessante indagare sui motivi di questa tendenza.

Si può innanzitutto considerare il ruolo fondamentale rivestito dall'effettività dell'esercizio delle funzioni del Tribunale costituzionale per la salvaguardia della struttura federale dello Stato e quindi l'importanza fondamentale del contributo che la tutela cautelare può offrire in questa direzione, assicurando gli effetti delle decisioni di merito del Tribunale costituzionale federa-

---

[159] Si tratta di *BVerfG* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1. Per un esame più dettagliato dei casi di seguito elencati, rinvio al mio studio monografico sulla *Tutela cautelare nella giurisdizione costituzionale*, in corso di ultimazione.

[160] Cfr. *BVerfG* 27 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 85.

[161] Cfr. *BVerfG* 14 gennaio 1953, in *BVerfGE* 2, 103.

[162] Cfr. *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfG* 3, 267.

[163] Cfr. *BVerfG* 10 dicembre 1953, in *BVerfGE* 3, 52.

[164] Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367.

[165] Cfr. *BVerfG* 23 giugno 1958, in *BVerfGE* 8, 42.

[166] Cfr. *BVerfG* 17 dicembre 1960, in *BVerfG* 12, 36.

[167] Cfr. *BVerfG* 27 luglio 1971, *BVerfGE* 31, 381.

[168] Cfr. *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, annotata da J. MASING, in *NJW* 1990, p. 1830.

[169] Cfr. *BVerfG* 22 maggio 2001, in *BVerfGE* 104, 23.

[170] Il discorso si svolge in termini di percentuale perché in termini assoluti le istanze cautelari in materia di controversie federali sono poche decine.

le. A questo proposito occorre ricordare che la violazione del principio federalista è compreso dal *Bundesverfassungsgericht* tra i casi in cui eccezionalmente l'ipotetica violazione della Costituzione assume di per sé sola un peso decisivo nella valutazione comparativa delle conseguenze, in favore del rilascio della misura cautelare, indipendentemente dai pregiudizi che derivano da tale ipotetica violazione. Fra i casi più significativi di applicazione di questo principio si possono ricordare il provvedimento di sospensione della legge della Città di Amburgo relativa al *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche e soprattutto il provvedimento con cui il Tribunale costituzionale rinvia l'inizio delle trasmissioni del secondo canale televisivo istituito dal Governo federale, caso esaminato in precedenza. Afferma in quest'ultimo caso il *Bundesverfassungsgericht* che una violazione del principio federalista «anche transitoria ed in buona fede» – è considerata di per sé – «come un grave pregiudizio per il bene comune».

Ma il discorso non può fermarsi qui. Ci sono anche ragioni più profonde che attengono alla dinamica del modello federale tedesco e ai riflessi che esso produce sul ruolo del Tribunale costituzionale. Sotto questo profilo occorre tener presente la forte impronta cooperativa del federalismo tedesco [171], in cui si realizza la compartecipazione dei *Länder* all'esercizio dei poteri federali attraverso il *Bundesrat* e in numerose altre sedi di raccordo, con correlativo procedimento di compensazione degli interessi in tali sedi. Questo previene di regola l'insorgere di controversie costituzionali ed elimina frequentemente in anticipo la materia del contendere tra la Federazione e i *Länder*, cosicché il ricorso al *Bundesverfassungsgericht* si ha solo nelle poche controversie federali che non si risolvono attraverso sedi di compensazione preventiva e che sono di regola molto impegnative. In tal caso quando la diversità di vedute tra le parti non si compone, ma conduce ad un conflitto dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, l'esito del procedimento di merito è particolarmente incerto e ben difficilmente si può parlare di insostenibilità dell'uno o dell'altro punto di vista [172]. D'altra parte, se il filtro di compensazione politica non funziona, ciò dipende spesso dal fatto che almeno uno degli organi responsabili nel-

---

[171] Sulle linee di tendenza del federalismo tedesco, H. BAUER, *Zustand und Perspektive des deutschen Föderalismus aus sicht der Wissenschaft*, in *Umweltföderalismus*, a cura di M. KLOEPFER, Duncker & Humblot, Berlin, 2002; M. KENNTNER, *Justitiabler Föderalismus, Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000; J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, II ed., con l'aggiunta *Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001; H.-G. HENNEKE, *Föderalismusreform kommt in Fahrt*, in *DVBl*, 2003, p. 845 ss.

[172] Così, *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367.

la struttura federale dello Stato manca della disponibilità a scendere ad un compromesso in una questione politica controversa. In tale contesto vi è frequentemente il pericolo che una delle parti cerchi di produrre unilateralmente dei «fatti compiuti». Nel caso in cui si riscontri concretamente il pericolo che una delle parti cerchi di produrre unilateralmente dei fatti compiuti, disponendo anche di regola di una sufficiente forza politica ed istituzionale per compiere un'operazione di questo tipo, è evidente l'urgenza del provvedere.

4.6.11. Il rilascio di misure cautelari di sospensione della legge

Se si passa a questo punto ad impiegare il criterio che si appunta sulla tipologia dei provvedimenti impugnabili nel procedimento di merito, un approfondimento particolare merita l'esame della giurisprudenza costituzionale relativa all'istanza cautelare avente per contenuto la provvisoria sospensione della entrata in vigore di una legge o la sospensione della sua esecuzione se la legge è già in vigore ed applicabile.

La legge può essere oggetto di impugnazione dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, in via di principio, solo dopo la sua promulgazione [173]. Un'eccezione è stata introdotta con riguardo alla legge di ratifica di un trattato internazionale (art. 59, secondo comma, *GG*). In questo caso la Corte consente l'impugnazione dopo l'approvazione parlamentare, ma prima della firma da parte del Presidente della Repubblica, per evitare l'eventuale conflitto che sorgerebbe sul piano del diritto internazionale attraverso la ratifica di un trattato incostituzionale [174].

Il peso delle conseguenze del rilascio di un provvedimento cautelare avente per contenuto la provvisoria posticipazione dell'entrata in vigore di una legge o la sospensione della sua esecuzione è notevole, in considerazione del fatto che il Tribunale costituzionale federale incide comunque sullo «spazio creativo politico», sulla discrezionalità politica del potere legislativo, poiché il legislatore non può immediatamente realizzare gli interessi perseguiti con l'approvazione della legge in questione [175].

Per sostenere l'ammissibilità di provvedimenti cautelari nei confronti della legge si muove dall'osservazione che il potere legislativo può esercitare la

---

[173] Così, per esempio, *BVerfG* 15 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 281 (*Deutschlandvertrag*). Per la decisione di merito, *BVerfG* 30 luglio 1952, in *BVerfGE* 1, 396.

[174] In questo senso è la giurisprudenza costante del Tribunale costituzionale, a partire da *BVerfG* 30 luglio 1952, in *BVerfGE* 1, 396, 413.

[175] Per questa considerazione, da ultimo, *BVerfG* 31 luglio 2001, in *NVwZ* 2002, p. 468, sull'istanza di sospensione dell'entrata in vigore della legge della Sassonia-Anhalt di riforma della scuola elementare.

propria discrezionalità politica solo in conformità all'ordine costituzionale, cui è vincolato [176]. Il controllo sul rispetto di tale vincolo è oggetto del procedimento di merito, ma gli effetti della decisione finale devono poter essere assicurati attraverso la tutela cautelare. Nella valutazione comparativa delle conseguenze finalizzata a provvedere sull'istanza cautelare, si fronteggiano pertanto da un lato, in ipotesi di accoglimento della istanza (e di successivo rigetto della domanda di merito), l'intrusione nella sfera di discrezionalità politica del legislatore; dall'altro lato, in ipotesi di rigetto dell'istanza (e di successivo accoglimento della domanda di merito), la lesione del vincolo del potere legislativo all'ordinamento costituzionale. In via di principio – si conclude – l'intrusione nella sfera di discrezionalità politica del legislatore, da sola, non può pesare di più della lesione del vincolo del potere legislativo alla Costituzione [177].

A sostegno della coerenza sistematica della previsione del potere cautelare di sospensione (dell'entrata in vigore o dell'esecuzione) della legge si invoca inoltre la necessità di assicurare il più ampio dispiegarsi degli effetti retroattivi della decisione di merito della Corte che dichiara la nullità della legge incostituzionale [178]. È oggetto di percezione immediata che, in assenza di un provvedimento cautelare di sospensione e quindi nella permanenza di applicabilità della legge impugnata, la retroattività della sentenza di accoglimento incontra diversi ostacoli, poiché le lesioni della Costituzione che si sono prodotte nel frattempo in conseguenza dell'applicazione della legge incostituzionale non possono essere poste nel nulla e poiché possono maturare diverse situazioni che sottraggono i rapporti giuridici all'incidenza della pronuncia della Corte. Fra gli ostacoli giuridici al ripristino della situazione anteriore al compimento dell'atto incostituzionale, se la decisione definitiva ha ad oggetto la dichiarazione di nullità o di incompatibilità con il *Grundgesetz* di una norma giuridica, una menzione particolare meritano indubbiamente i «rapporti esauriti», così come sono disciplinati dal § 79 *BVerfGG* [179].

---

[176] Cfr. art. 20, terzo comma, *GG*.

[177] Così, K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 62, la quale osserva che è altresì privo di pregio l'argomento che il ricorso alla tutela cautelare del *Bundesverfassungsgericht* non può trasformarsi in uno strumento a disposizione delle parti soccombenti nel procedimento legislativo per ritardare l'entrata in vigore della legge.

[178] In questi termini, K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 62 s.

[179] Alla stregua di questa disposizione sono salve le decisioni (non solo le sentenze, ma anche gli atti amministrativi) non più impugnabili, emanate sulla base di una norma giuridica successivamente dichiarata incostituzionale (ma se non sono state già eseguite non possono esserlo più), tranne le sentenze penali, contro le quali è ammissibile la revisione.

Da questo punto di vista, la sospensione cautelare della legge si presenta come lo strumento *ad hoc* per assicurare l'efficacia della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, proprio in quanto quest'ultima aspira, per quanto è possibile praticamente, a ripristinare la situazione anteriore all'entrata in vigore della legge incostituzionale.

La considerazione che la sospensione della legge incide notevolmente nella discrezionalità politica del legislatore non è però priva di impatto sulla valutazione dei presupposti della emanazione della misura cautelare. Il Tribunale costituzionale ne tiene conto e in relazione ad istanze di sospensione della legge afferma di adottare un criterio di giudizio «particolarmente rigoroso» [180]. Al fine del rilascio del provvedimento cautelare, la Corte richiede che i danni che si collegano all'entrata in vigore della legge o al proseguimento della sua esecuzione (in ipotesi di successiva dichiarazione di incostituzionalità) «superino nettamente in dimensione e gravità» i danni che si collegano alla provvisoria sospensione (in ipotesi di successiva dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità) [181].

Conviene ora esaminare il modello della valutazione comparativa nella sua concreta applicazione con riferimento alla sospensione dell'esecuzione della legge. In linea di principio, la valutazione comparativa delle conseguenze ha ad oggetto le due ipotesi seguenti [182]. In ipotesi di rilascio del provvedimento cautelare, si devono esaminare in primo luogo le conseguenze che scaturiscono dalla sospensione della legge in ordine all'attuazione degli scopi avuti di mira dal legislatore. Sono poi da prendere in considerazione tutte le conseguenze giuridiche e fattuali di una transitoria mancata applicazione della legge impugnata e del protrarsi della disciplina legislativa precedente. In ipotesi di mancato rilascio del provvedimento cautelare di sospensione, si devono viceversa prendere in considerazione tutte le conseguenze giuridiche e fattuali di una transitoria applicazione della legge.

---

[180] A quanto consta, la necessità di un tale criterio è stata enunciata dapprima da *BVerfG* 11 novembre 1953, in *BVerfGE* 3, 41, in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro l'anticipazione delle elezioni di consigli comunali e distrettuali, disposta dalla legge del Baden-Württemberg di riforma del diritto degli enti locali.

[181] Così, per esempio, *BVerfG* 18 luglio 2001, in *BVerfGE* 104, 51, sull'istanza di sospensione dell'entrata in vigore della legge diretta ad eliminare la discriminazione delle convivenze omosessuali (*Lebenspartnerschaftsgesetz*).

[182] In questo capoverso si riproduce la sintesi di K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 49.

4.6.11.1. *Le peculiari esigenze di tutela cautelare con riferimento alla legge: la «sospensione regolativa»*

È opportuno segnalare subito che il provvedimento di sospensione cautelare dell'esecuzione della legge si rivela talvolta nella prassi una misura inadeguata. È per questo che il *Bundesverfassungsgericht* non esita a fare un notevole impiego del potere – che il § 32 *BVerfGG* direttamente gli attribuisce – di regolamentare provvisoriamente la situazione per conformare efficacemente il contenuto della misura rispetto allo scopo di tutela perseguito con l'istanza cautelare. Spesso infatti, come appena accennato, la pura e semplice disposizione di sospendere l'applicazione della legge impugnata non è idonea a risolvere tutti i problemi che sorgono nella realizzazione dell'obiettivo di assicurare gli effetti della decisione di merito, con il minore pregiudizio possibile degli interessi contrapposti. Né sarebbe opportuno affidarsi ad una soluzione generale ed astratta, completamente avulsa dalla considerazione della situazione concreta sottoposta al giudizio del Tribunale, quale quella che si appellasse alla revivescenza delle norme abrogate dalla legge impugnata, ammesso e non concesso che tale strada sia teoricamente percorribile dinanzi a quella che dottrina e giurisprudenza tedesche qualificano costantemente come una mera sospensione dell'«esecuzione» della legge impugnata.

Un provvedimento esemplare in questa prospettiva è quello emanato in relazione all'impugnazione della disciplina meno restrittiva della possibilità di interrompere la gravidanza approvata dalla Repubblica federale tedesca nel 1974, in cui il Tribunale costituzionale mitiga una serie di svantaggi che sarebbero derivati dalla pura e semplice sospensione dell'entrata in vigore della nuova legge. In particolare, il Tribunale dispone che l'interruzione della gravidanza operata dal medico con il consenso della donna nelle prime dodici settimane dal concepimento non sia punibile come reato qualora la donna abbia subito una violenza sessuale e sussistano gravi indizi che la gravidanza sia dovuta a questa violenza. Il *Bundesverfassunsgericht* dispone inoltre che i procedimenti penali pendenti, aventi ad oggetto un fatto che secondo la nuova legge non sarebbe reato, siano sospesi fino alla decisione del procedimento di merito sulla sua conformità alla Costituzione e che egualmente sia sospesa l'esecuzione delle eventuali condanne penali negli stessi termini [183].

4.6.11.2. *Gli effetti* erga omnes *del provvedimento di sospensione della legge*

Un altro aspetto qualificante della portata di un provvedimento di sospensione della legge è quello dell'estensione dei suoi effetti.

---

[183] Cfr. *BVerfG* 21 giugno 1974, in *BVerfGE* 37, 324 e in *NJW* 1974, p. 1322.

A questo proposito occorre tenere presente che, specialmente – ma non solo – in relazione alle istanze cautelari di sospensione della legge coordinate alla proposizione di *Verfassungsbeschwerden*, le conseguenze del rilascio della misura cautelare si devono valutare con riguardo agli effetti che la sospensione della legge avrebbe per tutti coloro che sono colpiti da quest'ultima. In via di principio il Tribunale costituzionale federale non può emanare un provvedimento di sospensione della legge con effetti limitati al ricorrente, poiché altrimenti fattispecie identiche sarebbero trattate in modo difforme. Particolarmente significativa appare al riguardo la vicenda relativa al gruppo di pubblici dipendenti della *ex* Repubblica democratica tedesca, che propongono ricorso di costituzionalità contro la sospensione del loro rapporto di lavoro e la diminuzione del 30 % del loro stipendio. Nel motivare il rigetto dell'istanza con cui i ricorrenti chiedono in via cautelare che sia loro corrisposto lo stipendio nell'ammontare precedente alla decuratazione fino alla decisione di merito, il *Bundesverfassungsgericht* osserva che l'impegno finanziario per il bilancio dello Stato andrebbe molto al di là delle somme pretese dai ricorrenti, poiché il Governo federale ben difficilmente potrebbe evitare di trattare in modo identico gli altri soggetti (più di 200.000 persone) che si trovano nelle stesse condizioni dei ricorrenti, rischiando così un tracollo delle finanze pubbliche [184].

In relazione all'ipotesi del rigetto dell'istanza cautelare di sospensione, le conseguenze dell'entrata in vigore della legge o della sua ulteriore esecuzione devono parimenti calcolarsi con riferimento a tutti i soggetti che sono toccati dalla disciplina legislativa impugnata e non solo con riguardo agli effetti che essa produce nei confronti del singolo ricorrente.

4.6.11.3. *Un'ipotesi particolare: le leggi che introducono modifiche giuridiche e materiali con effetti durevoli nel tempo*

In relazione all'esame dei provvedimenti di sospensione della legge, un discorso particolare è necessario poi per l'ipotesi in cui sia richiesta in via cautelare la sospensione dell'entrata in vigore di una legge che, secondo il suo contenuto regolativo e gli scopi perseguiti dal legislatore, sia destinata ad introdurre delle modifiche giuridiche e materiali ad effetti durevoli, che possono avere un senso solo se la legge ha modo di operare per un periodo di tempo abbastanza lungo [185].

---

[184] Cfr. *BVerfG* 5 dicembre 1990, in *DVBl* 1991, p. 153. Nella stessa direzione, *BVerfG* 7 dicembre 1994, in *BVerfGE* 91, 320, sull'istanza di sospensione della legge sull'assicurazione per l'assistenza (*Pflegeversicherungsgesetz*).

[185] Cfr. K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 64.

Gli esempi che possono farsi sono molteplici: la riforma della disciplina penale dell'interruzione della gravidanza [186]; la legge relativa alle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani [187]; la legge diretta a porre fine alla discriminazione delle convivenze omosessuali [188]. In tali casi non serve né al rispetto degli obiettivi perseguiti dal legislatore, né alla tutela degli interessi di cui è portatore il ricorrente il fatto che la legge esplichi la propria efficacia solo per poco tempo e poi sia dichiarata incostituzionale [189].

A tale riguardo sono particolarmente significativi alcuni passaggi della motivazione della pronuncia che ha accolto nel 1992 l'istanza cautelare di sospensione dell'entrata in vigore della riforma della disciplina penale dell'interruzione della gravidanza. Dopo la prima pronuncia cautelare del *Bundesverfassungsgericht* in questa materia [190], la sentenza di merito del 1975 aveva dichiarato l'incostituzionalità della soluzione secondo la quale l'interruzione della gravidanza è consentita nei primi tre mesi dal concepimento (*Fristenlösung*) ed aveva suggerito al legislatore l'adozione di una *Indikationslösung*, secondo la quale l'aborto è punito come reato, tranne che in una serie tassativa di casi (appunto le indicazioni – *Indikationen*) [191]. Il suggerimento è prontamente accolto dal legislatore con la riforma del § 218 del codice penale (*Strafgesetzbuch - StGB*) nel 1976. Con la riunificazione della Germania (1990), per i nuovi *Bundesländer* continua a valere la *Fristenlösung*, ripresa dalla legge della ex Repubblica democratica tedesca. Il 26 giugno del 1992 è approvata la legge che estende a tutto il territorio nazionale la *Fristenlösung*, con il correttivo dell'obbligo della donna di richiedere una consulenza medica. Questa legge costituisce oggetto di un giudizio di costituzionalità, cui si coordina l'istanza cautelare di sospensione dell'entrata in vigore, che qui si commenta. Dopo aver premesso che «la valutazione comparativa delle conseguenze deve muovere dal rilievo che l'obbligo di protezione dello Stato nei confronti della vita umana non ancora nata costituisce una componente fondamentale dello ordinamento costituzionale della Repubblica federale tedesca – il *Bundesverfassungsgericht* prosegue osservando che – i modelli normativi di attuazione di tale tutela che vengono perseguiti dalla "disciplina delle

---

[186] Cfr. *BVerfG* 4 agosto 1992, in *BVerfGE* 86, 390 e in *NJW,* 1992, p. 2343. Per la decisione di merito, *BVerfG* 28 maggio 1993, in *BVerfGE* 88, 203.

[187] Cfr. *BVerfG* 22 maggio 2001, in *BVerfGE* 104, 23.

[188] Cfr. *BVerfG* 18 luglio 2001, in *BVerfGE* 104, 51.

[189] Così, K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 65.

[190] Cfr. *BVerfG* 21 giugno 1974, in *BVerfGE* 37, 324 e in *NJW* 1974, p. 1322.

[191] Cfr. *BVerfG* 25 febbraio 1975, in *BVerfGE* 39, 1 e in *NJW* 1975, p. 573.

indicazioni" (*Indikationsregelung*) e dalla "disciplina dei termini" (*Fristenregelung*) si differenziano in modo fondamentale, a parte la loro rispettiva efficacia protettiva pratica [...]. Tali modelli si basano su una concezione fondamentalmente diversa di come la vita non ancora nata [...] possa essere efficacemente protetta in una peculiare situazione di conflitto esistenziale: da un lato attraverso un giudizio giuridico di disvalore – anche con la previsione della sanzione penale – delle interruzioni della gravidanza al di fuori dei casi consentiti espressamente dalla legge; dall'altro lato attraverso la fiducia riposta sulla autoresponsabilità della donna, sostenuta da misure sociali e da consulenza medica, nella decisione di portare a compimento la gravidanza». Il modello perseguito adesso dal legislatore – a prescindere dalla sua conformità costituzionale, che in questa sede non è oggetto di valutazione – presuppone per la sua attuazione una certa durata e stabilità di disciplina. Parimenti la direttiva rivolta al legislatore, contenuta nel Trattato di unificazione, aspira ad una durevole disciplina "che garantisca, in modo migliore di quanto accada attualmente in entrambe le parti della Germania, la tutela della vita prima della nascita e la risoluzione conforme a Costituzione di situazioni di conflitto di donne in gravidanza soprattutto attraverso la previsione di diritti delle donne, in particolare alla consulenza medica ed alla assistenza sociale" (art. 31, quarto comma). In considerazione di queste particolarità della materia disciplinata, appare come un grave pregiudizio per il bene comune se la legge, che con la sua entrata in vigore provoca il passaggio ad un modello di protezione della vita fondamentalmente diverso, in caso di sua dichiarazione di incostituzionalità perda efficacia dopo pochi mesi e debba cedere ad un diverso modello. La decisione del legislatore è pensata come decisione di principio e non semplicemente come un tentativo di breve termine di tutelare la vita non ancora nata in una maniera fondamentalmente nuova. Si deve anche riflettere – aggiunge la Corte – che si possono avere durevoli effetti negativi sulla fiducia della popolazione nel diritto e sulla possibilità di determinare attraverso regole giuridiche il comportamento umano in questa questione, se il modello normativo è sottoposto più volte a cambiamenti in un settore di significato così rilevante sotto il profilo esistenziale. A tutto ciò si contrappongono i pregiudizi scaturenti dal fatto che la nuova disciplina, per quanto riguarda l'ambito penale toccato dalla domanda, in caso di sua conformità alla Costituzione, entra in vigore con il ritardo di alcuni mesi. Essi sono meno gravi rispetto al ripetuto cambiamento del modello normativo di protezione della vita umana non ancora nata in un breve lasso di tempo» [192].

[192] Così, *BVerfG* 4 agosto 1992, in *BVerfGE* 86, 390. La disciplina attuale dell'interruzione della gravidanza è quella che risulta dopo le modifiche introdotte dallo *Schwangeren- und*

Questa pronuncia illustra in modo esemplare come la valutazione comparativa delle conseguenze possa dare un peso decisivo all'opportunità che un disegno legislativo di modifica durevole di un certa situazione, esposto al rischio di essere dichiarato incostituzionale, non cominci ad esplicare i propri effetti prima della decisione di merito del *Bundesverfassungsgericht*. Se ciò accade – come è opportuno che ciò accada [193] – la misura cautelare di sospensione dell'entrata in vigore della legge ha un notevole impatto nei rapporti con il legislatore, poiché impedisce provvisoriamente a quest'ultimo di perseguire il proprio progetto – normalmente di notevole rilievo – di modifica durevole dei rapporti in quel settore della realtà sociale, in favore del mantenimento dello *status quo*. Di ciò il Tribunale costituzionale federale può tenere conto, accelerando al massimo la definizione del procedimento nel merito [194].

4.6.12. La prognosi dell'esito del giudizio di merito

Come si è già anticipato, il divieto di effettuare in sede cautelare una prognosi dell'esito del procedimento di merito incontra eccezioni, che sono state enunciate per la prima volta in via sistematica in una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del novembre 1957 [195], nei termini seguenti. Se la questione da decidere nel procedimento di merito è la legittimità costituzionale dell'atto impugnato, tale questione non può di regola essere esaminata nel procedimento sommario di cui al § 32 *BVerfGG*, il quale deve unicamente disciplinare provvisoriamente una situazione fino alla decisione di

---

Familienhilfeänderungsgesetz del 25 agosto 1995. In via di principio ed in estrema sintesi, l'interruzione della gravidanza non è punibile ai sensi del § 218 *StGB*, quando la donna incinta la richiede ad un medico, dopo essersi rivolta ad un consultorio specializzato riconosciuto dalla legge (*Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle*), sempre che non siano trascorse più di dodici settimane dal concepimento (cfr. § 218 a *StGB*).

[193] Peraltro il Tribunale costituzionale federale non ha applicato sempre questo criterio. Non lo ha applicato, per esempio, nella pronuncia relativa alla legge diretta a porre fine alla discriminazione delle convivenze omosessuali (cfr. *BVerfG* 18 luglio 2001, in *BVerfGE* 104, 51), che anche per questo motivo, oltre che per il fatto di aver omesso di considerare, fra le conseguenze del rigetto dell'istanza cautelare, la gravità dell'ipotetica contrarietà della legge alla garanzia costituzionale del matrimonio, si è attirata le recise critiche di K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 65 ss.

[194] Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 65.

[195] Si tratta di *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, annotata criticamente da A. ARNDT in *NJW,* 1958, p. 337, in una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che aveva disposto un aumento dell'imposta sui trasporti interurbani, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 12, primo comma, 14, 19, primo comma *GG*.

merito. Con ciò tuttavia non è detto che i motivi a favore o contro la legittimità costituzionale dell'atto impugnato non possano in alcun caso essere presi in considerazione nel procedimento cautelare. Tali motivi hanno un significato, quando la misura cautelare non possa essere rilasciata a causa della inammissibilità o della manifesta infondatezza della domanda di merito, oppure quando, in caso di manifesta incostituzionalità dell'atto impugnato, si riveli particolarmente evidente l'urgenza di disporne provvisoriamente la sospensione dell'esecuzione [196].

In sintesi, il divieto di valutare anticipatamente in sede cautelare le questioni rilevanti per la decisione della causa di merito vale all'interno della «zona grigia» in cui la pretesa di merito ha qualcosa a suo favore, senza che la sua fondatezza sia già palese [197]. In tali casi il Tribunale costituzionale federale dichiara di non effettuare una prognosi dell'esito della causa di merito.

4.6.12.1. *La manifesta fondatezza dell'istanza cautelare*

Il Tribunale costituzionale federale ha anche affermato che si può porre a fondamento del rilascio di un provvedimento cautelare la manifesta incostituzionalità della legge e l'urgenza di sospenderne l'esecuzione [198]. Esso ha avuto occasione di applicare concretamente questo criterio in una recente pronuncia resa su un'istanza cautelare (coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde*) con cui gli si chiedeva di ripristinare l'efficacia sospensiva collegata alla proposizione di un'opposizione contro il divieto di tenere una manifestazione [199]: nel passo saliente della motivazione il

---

[196] Nel testo si formula in termini astratti, con riferimento ad un atto impugnato nel procedimento di merito, quello che in *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, 180, è riferito all'atto legislativo impugnato con la *Verfassungsbeschwerde*. Nella fattispecie il Tribunale non rinviene una di queste eccezioni e rigetta l'istanza cautelare di sospensione della legge sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, poiché l'aumento dell'imposta sui trasporti interurbani non arreca grave pregiudizio all'economia nazionale.

[197] Così, GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS,* 1977, p. 217 ss., p. 219.

[198] Oltre a *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, *BVerfG* 17 novembre 1966, in *BVerfGE* 20, p. 363, in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sulla riserva minima di prodotti petroliferi, promossa da alcuni importatori in riferimento agli artt. 2, primo comma, 3, primo comma, 12 e 14 GG.

[199] Si tratta di *BVerfG* 1° marzo 2002, *BvQ* 5/02, in *NVwZ* 2002, p. 982. Per comprendere la fattispecie è opportuno ricordare che la proposizione di un'opposizione o di un'impugnazione avverso un atto amministrativo sospende in linea di principio l'efficacia di quest'ultimo (§ 80, primo comma, *VwGO*), ma la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto o quella contro la quale è proposta opposizione può escludere l'efficacia sospensiva, disponendone l'esecuzione immediata in considerazione dell'interesse pubblico o del prevalente interesse di

Bundesverfassungsgericht afferma: «l'istanza di ripristino dell'efficacia sospensiva della opposizione è da accogliere, in quanto è manifesto che la valutazione giuridica della fattispecie compiuta dalla pubblica amministrazione e dal giudice amministrativo non resiste alla luce del contenuto di tutela della libertà di riunione garantita dall'art. 8 *GG*». In questa categoria si potrebbe comprendere anche il caso del provvedimento cautelare di divieto di propaganda rilasciato nei confronti della *Sozialistische Reichspartei*, dopo la chiusura dell'udienza di discussione nel procedimento avente ad oggetto la dichiarazione di incostituzionalità e lo scioglimento del partito politico, senonché la Corte ha ritenuto di poter giustificare il provvedimento unicamente con la considerazione che l'attività propagandistica era intesa a gettare discredito sul ruolo della Corte e ad esercitare un'inammissibile influenza su di essa e sull'opinione pubblica [200].

La ragione giustificatrice della possibilità che il *Bundesverfassungsgericht* si riconosce, nei casi di inammissibilità o infondatezza della domanda di merito o, viceversa, in caso di sua manifesta fondatezza, di pronunciarsi sull'istanza cautelare sulla base di una prognosi dell'esito della causa di merito risiede nella considerazione che il Tribunale costituzionale federale può prevederlo senza margini di errore, ma vi può essere bisogno di tempo per redigere in modo compiuto la motivazione della decisione [201].

4.6.12.2. *Il* Vorwegnahmeverbot*: due accezioni*

Prima di approfondire le ipotesi in cui ricorre un pericolo da tardività della decisione di merito, conviene riprendere il discorso sul *Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsache*, detto più sinteticamente *Vorwegnahmeverbot*, ovvero il «divieto di anticipare il merito».

Questa massima è impiegata in due accezioni tra di loro notevolmente diverse. Nel processo civile, nel quale la massima è stata originariamente elaborata, essa esprime la direttiva secondo la quale la pronuncia cautelare, in via di principio, non può anticipare gli effetti della decisione di merito

una parte (§ 80, secondo comma, n. 4, *VwGO*). In tal caso il giudice amministrativo può decidere di ripristinare l'efficacia sospensiva (§ 80, quinto comma, *VwGO*). Nella fattispecie di cui al testo era stato chiesto al *Bundesverfassungsgericht* di ripristinare l'efficacia sospensiva dell'opposizione dopo che il giudice amministrativo, in primo e in secondo grado, aveva rigettato un'istanza di identico contenuto.

[200] Cfr. *BVerfG* 15 luglio 1952, in *BVerfGE* 1, 349.

[201] Oppure vi sono ostacoli insormontabili alla definizione del procedimento nel merito, quali per esempio il fatto che il procedimento di merito non sia ancora pendente: cfr. K. Graßhof, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., cit., p. 45, in nota 1.

(*Maßnahmevorwegnahme* oppure *Ergebnisvorwegnahme*). Nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*, e poi del *Bundesverfassungsgericht*, il *Vorwegnahmeverbot* è stato chiamato ad esprimere non solo il divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma anche un divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito (*Prüfungsvorwegnahme*) [202].

Come si è accennato e si avrà modo di constatare nei prossimi paragrafi, nella giurisprudenza cautelare del *Bundesverfassungsgericht* si crea un significativo raccordo tra i limiti del «divieto di anticipare il merito» nelle sue due accezioni. Nei casi in cui la Corte ritiene di non dover rispettare il divieto di anticipare in via cautelare gli effetti della decisione di merito, poiché altrimenti la decisione della causa di merito sarebbe tardiva e al ricorrente non potrebbe essere concessa adeguata tutela, allora essa si sottrae anche al rispetto del divieto di valutare anticipatamente in sede cautelare le questioni rilevanti per la decisione della causa di merito.

4.6.12.3. (segue) Vorwegnahmeverbot *come criterio regolativo degli effetti ammissibili della misura cautelare*

Collegato al contenuto precettivo del provvedimento cautelare, il *Vorwegnahmeverbot* esprime un criterio regolativo degli effetti ammissibili della misura cautelare. In altri termini, in via di principio la misura cautelare non potrebbe avere un carattere totalmente anticipatorio del contenuto precettivo della pronuncia di merito, ma dovrebbe offrire sempre un qualcosa di meno o di diverso rispetto a quest'ultima [203], per evitare il rischio che il procedimento di merito sia sostituito di fatto dal procedimento cautelare. È peraltro osservazione piuttosto comune in dottrina che, in questa accezione, gli aspetti del divieto «sono così indistinti e le eccezioni che esso ammette sono così ampie, che non si può parlare di un principio giuridico, ma nella migliore delle ipotesi di un certo criterio direttivo per il giudice nell'ambito del particolare margine creativo, che gli si addice nell'ambito della tutela cautelare» [204].

---

[202] Per questa precisazione, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 15; del medesimo Autore, *Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *ZZP*, 90 (1977), p. 258 ss., in partic. p. 268.

[203] Così, con riferimento alla tutela cautelare nel processo costituzionale, C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, III ed., C.H. Beck, München, 1991, p. 248.

[204] Così, D. LEIPOLD, *Anmerkung zum BVerfG 17.10.1990* , in *JZ*, 1991, p. 461 ss., p. 462; per una critica di quello che è considerato come un dogma inutile, F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, cit., p. 1395 ss.

4.6.12.4. (segue) *Analisi della giurisprudenza costituzionale sul raccordo tra le due accezioni del* Vorwegnahmeverbot

Se si passa ad analizzare la giurisprudenza costituzionale, si può constatare una progressiva attenuazione dell'orientamento del *Bundesverfassungsgericht* sul divieto di anticipazione come limite di ammissibilità degli effetti del provvedimento cautelare. Questa evoluzione può essere colta specialmente con riferimento alle controversie relative alla assegnazione ai partiti politici di tempi di trasmissione radiotelevisiva per *spot* elettorali. In occasione di una *Verfassungsbeschwerde* promossa da un partito politico nei confronti di un'emittente radiotelevisiva pubblica, in cui il primo aveva richiesto un ordine cautelare di assegnazione di tempi di trasmissione in campagna elettorale, pur accogliendo successivamente la domanda di merito, il *Bundesverfassungsgericht* nega l'ammissibilità di una misura cautelare di tale contenuto, osservando che in esito alla *Verfassungsbeschwerde* la pronuncia di merito accerta la violazione di una norma costituzionale e, se del caso, annulla la decisione lesiva, ma non può imporre al convenuto di tenere un certo comportamento, per cui *a fortiori* non può avere questo contenuto la misura cautelare [205]. Per difendere quest'ultima conclusione, il Tribunale si appella al divieto di anticipazione [206], in questo senso. Se la misura cautelare non può anticipare il contenuto precettivo della decisione di merito, *a fortiori* essa non può concedere qualcosa di più o di fondamentalmente diverso rispetto a quest'ultima.

In occasione della campagna elettorale per le elezioni politiche del 1972, la giurisprudenza costituzionale sull'assegnazione ai partiti politici di tempi di trasmissione radiotelevisiva per spot elettorali muta sensibilmente. Il consorzio delle emittenti radiotelevisive pubbliche (*Ard*) propone una *Verfassungsbeschwerde* contro la decisione del giudice amministrativo che lo obbliga a concedere ad un partito politico dieci ulteriori minuti di trasmissione in campagna elettorale, rispetto a quelli già stabiliti [207], e chiede in via cautelare la sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione impugnata. Nell'accogliere l'istanza cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* conferma in via di principio la sua adesione al divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma osserva immediatamente che, in questo caso, dal punto di vista formale non viene in considerazione una

---

[205] Così, *BVerfG* 3 settembre 1957, in *BVerfGE* 7, 99. Nello stesso senso, in un'analoga fattispecie, in cui peraltro viene rigettata la stessa *Verfassungsbeschwerde*, *BVerfG* 4 luglio 1962, in *BVerfGE* 14, 192 ove l'istanza cautelare è qualificata, per questo profilo, come manifestamente inammissibile.

[206] Così, esplicitamente, *BVerfG* 4 luglio 1962, in *BVerfGE* 14, 192, citata.

[207] Il ricorrente lamenta che la decisione impugnata lede l'art. 5 *GG* e che lo costringe a violare la parità di *chance* tra i partiti politici in campagna elettorale.

tale anticipazione, poiché non è richiesto in via cautelare l'annullamento del provvedimento impugnato. Tuttavia – prosegue il Tribunale costituzionale federale – la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato fino al giorno delle elezioni produce un risultato pratico molto vicino all'anticipazione del contenuto precettivo della decisione di merito. Ciò non mette in discussione l'ammissibilità dell'istanza cautelare, poiché altrimenti nelle date circostanze «la decisione della causa di merito sarebbe tardiva e al ricorrente non potrebbe essere concessa altrimenti adeguata tutela». Nel motivare l'accoglimento dell'istanza cautelare la Corte procede poi a valutare le questioni giuridiche rilevanti ai fini della decisione del procedimento di merito, argomentando in particolare dall'importanza che riveste la propaganda elettorale radiotelevisiva e la necessità di garantire a tal riguardo la parità di *chances* tra partiti politici, (commisurata non formalmente al loro numero, ma al loro rispettivo significato politico, desunto dalla loro rappresentanza parlamentare, dalla loro partecipazione al Governo della Federazione e dei *Länder*, nonché dal risultato delle precedenti consultazioni elettorali) [208].

Come si è già anticipato, si crea così un significativo raccordo tra i limiti del «divieto di anticipare il merito» nelle sue due accezioni. Nei casi in cui vi è motivo per non rispettare il divieto di anticipare in via cautelare gli effetti della decisione di merito, poiché altrimenti la decisione della causa di merito sarebbe tardiva e al ricorrente non potrebbe essere concessa adeguata tutela, allora deve venire meno anche il rispetto del divieto di valutare anticipatamente in sede cautelare le questioni rilevanti per la decisione della causa di merito. Questo raccordo – già palese nella pronuncia del 1972 appena riferita – viene esplicitamente teorizzato in alcune pronunce successive.

A tale proposito, il caso più noto si è presentato al *Bundesverfassungsgericht* in relazione all'azione terroristica che conduce al rapimento di Hanns-Martin Schleyer. Il rapimento avviene il 5 settembre 1977 con un'azione che vede l'uccisione del suo autista e di tre uomini della scorta. Come contropartita per il rilascio dell'ostaggio, i rapitori chiedono tra l'altro la liberazione e l'espatrio dalla Germania di undici terroristi detenuti. I familiari del rapito propongono dinanzi al Tribunale costituzionale federale un'istanza cautelare, avente per contenuto un ordine al Governo di accogliere le richieste dei rapitori, al fine di scongiurare il pericolo imminente di vita del rapito. L'istanza fa leva sull'obbligo statale di protezione della vita umana [209]. Il Tribunale ritiene l'istanza cautelare ammissibile, nonostante che essa si avvicini molto alla

[208] Cfr. *BVerfG* 17 novembre 1972, in *BVerfGE*, 34, 160.

[209] Artt. 1, primo comma e 2, secondo comma, *GG*.

richiesta di anticipare gli effetti della decisione di merito. Infatti nelle presenti circostanze la decisione di merito potrebbe giungere troppo tardi. In casi di questo tipo tuttavia – afferma esplicitamente il *Bundesverfassungsgericht* – l'esame della domanda deve avere ad oggetto una prognosi dell'esito della causa di merito. Sulla base di questa prognosi, l'istanza è rigettata. In particolare il Tribunale ritiene che «la peculiarità della tutela contro ricatti terroristici è che le misure richieste devono essere adeguate alla molteplicità delle situazioni concrete. Esse non possono essere disciplinate anticipatamente in via generale, né essere fatte discendere da un diritto fondamentale individuale in quanto norma. Il *Grundgesetz* fonda un obbligo di protezione non solo nei confronti del singolo, ma anche della totalità dei cittadini. Un'efficace attuazione di quest'obbligo presuppone che i competenti organi statali siano in grado di reagire adeguatamente alle circostanze del caso concreto. Già questo esclude la determinazione di una sola misura di protezione. In particolare una tale determinazione non può discendere dalla Costituzione, perché altrimenti la reazione dello Stato nei confronti dei terroristi sarebbe fin dall'inizio prevedibile. […] In considerazione di questa situazione il *Bundesverfassungsgericht* non può imporre ai competenti organi statali alcuna decisione» [210].

5. La cognizione cautelare nel modello decisiorio elaborato dal *Bundesverfassungsgericht*: osservazioni conclusive

L'approfondimento del modello decisorio sviluppato dal *Bundesverfassungsgericht* e l'esame della sua giurisprudenza consentono di formulare qualche osservazione sui risultati conseguiti rispetto all'obiettivo della ricerca: l'identificazione delle peculiarità della cognizione cautelare nel processo costituzionale e l'individuazione del parametro normativo che legittima il giudice costituzionale al rilascio di provvedimenti cautelari nel rispetto del ruolo istituzionale che ad esso compete.

Prima di procedere è opportuno rendere brevemente conto delle opinioni sul tema della dottrina tedesca che, nell'indagine compiuta, hanno avuto finora un ruolo sussidiario, esplicativo del modello decisorio adottato dal *Bundesverfassungsgericht*.

Le posizioni dottrinali che meritano di essere ricordate sono essenzialmente due.

---

[210] Cfr. *BVerfG* 16 ottobre 1977, in *BVerfGE* 46, 160.

Innanzitutto quella di Jörg Berkemann, che, nell'ambito di un commentario al *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* redatto dai collaboratori scientifici della Corte (il *Mitarbeiterkommentar*), pubblica nel 1992 uno dei maggiori contributi sul § 32, che ricostruisce gli orientamenti giurisprudenziali in una prospettiva sostanzialmente fedele all'impostazione del *Bundesverfassungsgericht* [211]. Successivamente, a distanza di un solo anno, egli pubblica sulla *Juristenzeitung* un saggio, il cui titolo enuncia già una prospettiva radicalmente contrapposta alla precedente [212]. Berkemann osserva che i primi due settori nei quali il Tribunale costituzionale federale dichiara di compiere una valutazione anticipata delle questioni rilevanti per la decisione di merito, cioè quello dell'inammissibilità e della manifesta infondatezza della domanda di merito, a dispetto del loro preteso carattere eccezionale, assorbono sotto il profilo quantitativo una quota non disprezzabile delle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* in materia cautelare, se si ha l'accortezza di conteggiare i casi in cui il Tribunale, oltre al procedimento cautelare, definisce in senso negativo anche il procedimento di merito (ed il numero aumenta se si considera la quota di sentenze definitive che non vengono pubblicate in materia di *Verfassungsbeschwerde*) [213]. L'Autore osserva poi come il Tribunale costituzionale federale impieghi il criterio della manifesta infondatezza con molta flessibilità, a seconda delle sue capacità cognitive nel caso concreto sottoposto al suo esame, e – specialmente in relazione alle *Verfassungsbeschwerden* – a seconda dell'esigenza, sempre più pressante, di deflazionare il suo carico di lavoro [214]. Quanto al terzo settore, cioè quello della manifesta incostituzionalità del provvedimento impugnato, (parimenti sottratta al divieto di valutare anticipatamente in sede cautelare le questioni rilevanti per la decisione di merito), se è vero che sono quasi inesistenti i casi in cui essa è stata la base per il rilascio di una misura cautelare, è altrettanto vero che occorre considerare le ipotesi (venticinque fino al 1992) in cui la Corte si è trovata nella condizione di accelerare l'accoglimento della domanda nel merito nei procedimenti nei quali il ricorrente aveva richiesto un provvedi-

---

[211] Cfr. J. BERKEMANN, *§ 32* in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di CLEMENS e UMBACH, Heidelberg, 1992, p. 565 ss.

[212] Cfr. J. BERKEMANN, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *JZ*, 1993, p. 161 ss., che potremmo tradurre come il procedimento sommario «mascherato« del provvedimento cautelare del *Bundesverfassungsgericht*.

[213] Cfr. J. BERKEMANN, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., p. 166 s.

[214] Cfr. J. BERKEMANN, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., p. 166.

mento cautelare [215]. Se si allarga la prospettiva alle istanze cautelari definite insieme con il merito – prosegue Berkemann – se ne ricava che fra le duecentoventinove pronunce pubblicate nella raccolta ufficiale delle sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, in ben novantanove casi (più del 43%) la Corte si è pronunciata sull'istanza cautelare motivando su questioni rilevanti ai fini della decisione di merito [216]. L'Autore poi confronta attentamente le pronunce cautelari con l'esito del procedimento di merito e constata che solo in quindici pronunce (8%) l'esito del procedimento cautelare non viene confermato in sede di procedimento di merito [217]. Infine, Berkemann analizza ciascuna di queste quindici pronunce ed osserva che nella stragrande maggioranza dei casi la mancata coincidenza tra esito dell'incidente cautelare ed esito della causa di merito trova la sua spiegazione in eventi sopravvenuti tra l'uno e l'altro. In un solo caso ci sarebbe un'effettiva discordanza tra la valutazione comparativa delle conseguenze compiuta in sede cautelare e la successiva decisione di merito [218]: si tratta della *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che unifica sul piano nazionale la disciplina degli assistenti farmacisti, dove il pericolo del ritorno al frazionamento della disciplina a livello di *Länder* è impiegato come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione [219], ma la successiva pronuncia di merito (dopo più di due anni e la sostituzione del giudice relatore) accoglie il ricorso [220].

Berkemann conclude osservando che il modello della valutazione comparativa delle conseguenze possiede essenzialmente un significato «simbolico»: il Tribunale costituzionale federale intenderebbe segnalare con questa struttura di motivazione la propria distanza rispetto alla controversia e sottolineare il significato di un procedimento di merito ancora aperto, in cui trovano spazio per essere approfonditamente discusse tutte le questioni controverse, evitandosi così una prematura presa di posizione e facilitandosi l'accettazio-

---

[215] Cfr. J. BERKEMANN, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., p. 167.

[216] Cfr. J. BERKEMANN, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., p. 167.

[217] Cfr. J. BERKEMANN, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., p. 169.

[218] Cfr. J. BERKEMANN, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., p. 170. Per un aggiornamento di questi dati al 2002, K. GRAßHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER e BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 68, in nota 8.

[219] Cfr. *BVerfG* 29 aprile 1969, in *BVerfGE* 25, p. 367.

[220] Cfr. *BVerfGE* 32, p. 1.

ne della decisione ad opera delle parti [221]. Tuttavia ciò «non deve offuscare la percezione che anche in relazione al *Bundesverfassungsgericht* si deve distinguere tra produzione (*Herstellung*) ed esposizione (*Darstellung*) della decisione» [222]. In altri termini si dovrebbe distinguere tra il ragionamento decisorio ed il ragionamento giustificativo della decisione, tra il modo in cui la decisione si forma e l'esposizione degli argomenti che secondo il Tribunale costituzionale federale sono maggiormente idonei a sorreggerla e a renderla accettabile, per giungere alla conclusione che, al di là di come motiva le proprie decisioni in materia cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* pratica in realtà un procedimento sommario di valutazione anticipata delle questioni rilevanti ai fini della decisione di merito [223].

In sintesi, il contributo di Jörg Berkemann è critico, nel senso che egli si propone di svelare gli elementi che a suo parere effettivamente entrano in gioco nel ragionamento decisorio del *Bundesverfassungsgericht*, ma non è un contributo che intende contrastare il suo modo di operare e suggerirne un superamento. Di questo modo di operare l'Autore si sforza anzi di individuare, come si è visto, le ragioni di opportunità che possono sorreggerlo.

In un recentissimo contributo, l'edizione pubblicata nel 2005 del *Mitarbeiterkommentar*, Berkemann conferma le perplessità e i rilievi critici espressi nel contributo del 1993 [224].

Un secondo orientamento dottrinale è invece radicalmente contrario al modello decisorio adottato dal *Bundesverfassungsgericht*. La critica in questo senso più argomentata è quella di Friedrich Schoch e Rainer Wahl nel contributo sulle pronunce cautelari del Tribunale costituzionale federale nelle controversie che coinvolgono aspetti di politica estera [225]. Questo approccio è stato poi ripreso da Schoch nel suo contributo per gli scritti in onore del *Bundesverfassungsgericht* nel 2001 [226]. Il quesito che gli Autori sollevano è

---

[221] Cfr. J. Berkemann, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., p. 165.

[222] Cfr. J. Berkemann, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., pp. 165, 171.

[223] Cfr. J. Berkemann, *Das «verdeckte»summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, cit., pp. 165, 171.

[224] Si tratta del contributo già più volte citato in questo scritto nei precedenti paragrafi, J. Berkemann, *§ 32*, in *Bundesverfassungsgerichtgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di C. Umbach, II ed., 2005, Müller, Heidelberg, p. 530 ss., in partic. pp. 558 ss., 569 ss.

[225] Cfr. F. Schoch e R. Wahl, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 265 ss.

[226] Cfr. F. Schoch, *Einstweilige Anordnung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, I, Tübingen, 2001, p. 695 ss.

formulato con riferimento alle controversie che coinvolgono la politica estera, ma la sua formulazione investe il modello della valutazione comparativa delle conseguenze in sé considerato: «se i parametri normativi del giudizio di merito non rilevano nel procedimento cautelare, come può allora giudicare la Corte, in quanto giudice vincolato al diritto? La Corte non sarà costretta dalla sua impostazione a ricorrere ad un'argomentazione politica?» [227]. A distanza di oltre sessanta anni ritorna quindi, senza che ad esso sia fatto espresso riferimento, l'interrogativo di Carl Schmitt, ricordato nelle pagine introduttive di questo lavoro [228]. Una volta che il Tribunale costituzionale federale abbandoni in sede di rilascio del provvedimento cautelare il riferimento al parametro giuridico-costituzionale del relativo giudizio di merito – sostengono gli Autori – esso può inserire nella valutazione comparativa delle conseguenze tutti gli interessi di volta in volta reputati significativi. Il *Bundesverfassungsgericht* avrebbe così sviluppato una casistica che ben difficilmente si lascia inquadrare attraverso criteri astratti, pervenendo invece ad un approccio decisionistico che talora sconfina apertamente in una «libera creazione di diritto» [229].

Schoch e Wahl propongono pertanto il superamento di questo modello decisorio e l'accoglimento del modello di decisione cautelare praticato nel processo civile e nel processo amministrativo, improntato ad una prognosi sull'esito del giudizio di merito. A sostegno di questa proposta i due Autori fanno valere una serie di argomenti ulteriori, il più solido dei quali discende dalla tesi secondo la quale, accanto alla funzione tradizionalmente riconosciuta e tuttora incontestata di assicurare la pratica attuabilità della decisione di merito, ogni provvedimento cautelare possiederebbe anche una funzione «satisfattiva interinale» (*interimistische Befriedigungsfunktion*) [230]. Questa tesi muove dall'osservazione che la realtà procede in modo inarrestabile nel tempo, per cui si verificano permanentemente delle situazioni giuridiche e fattuali irreparabili. La concessione o il diniego della tutela cautelare produrrebbe pertanto una disciplina che, in relazione al periodo di tempo anteriore alla decisione del merito, riveste un carattere tendenzialmente definitivo e potrebbe essere modificata solo per il periodo di tempo successivo alla ema-

---

[227] Cfr. F. Schoch e R. Wahl, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 266.

[228] Cfr. C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., p. 55.

[229] Cfr. F. Schoch e R. Wahl, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 299 ss.

[230] Così, F. Schoch, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, cit., p. 155 ss.

nazione della pronuncia di merito, nel caso in cui quest'ultima abbia un segno opposto rispetto all'esito del procedimento cautelare [231]. Ne segue l'esigenza che tale «disciplina definitiva di una situazione provvisoria» [232] si ispiri quanto più è possibile al diritto costituzionale sostanziale da applicare nel procedimento di merito [233].

Si tratta evidentemente di rilievi critici che attaccano il fulcro del modello, cioè la sostituzione della prognosi dell'esito del procedimento di merito, normalmente praticata dai giudici civili ed amministrativi, con una valutazione comparativa delle conseguenze che si dice svincolata dal riferimento al parametro giuridico-costituzionale del giudizio di merito, tranne che nelle ipotesi di inammissibilità, manifesta infondatezza o manifesta fondatezza della domanda di merito o nel caso di pericolo da tardività della decisione di merito.

Si tratta indubbiamente di uno degli aspetti più rilevanti nella prospettiva comparatistica, anzi dell'aspetto che ha sollecitato il maggiore interesse verso un'ampia ricostruzione dell'esperienza giuridica tedesca. Nel consolidare la propria attività in materia di tutela cautelare è infatti difficile che la Corte costituzionale italiana possa evitare di porsi dinanzi a questa alternativa che investe il nocciolo della cognizione cautelare: seguire o meno un modello decisorio che subordina il rilascio del provvedimento cautelare ad una prognosi sull'esito della futura decisione di merito.

In via preliminare a mio avviso è opportuno individuare in termini più precisi il problema e così iniziare a ridimensionare l'alternativa di cui si tratta.

Innanzitutto essa non consiste nell'introdurre o meno un momento di valutazione comparativa delle conseguenze nel ragionamento decisorio che presiede alla pronuncia cautelare. Tale valutazione comparativa è comunque presente. Che il giudice debba «valutare comparativamente il danno che subirebbe l'istante dalla mancata concessione del provvedimento cautelare ed il danno che subirebbe la controparte dalla sua concessione» è un'osservazione che si registra con una certa frequenza anche nella dottrina italiana [234], specialmente con riferimento ai settori nei quali l'intervento cautelare del giudice si presenta più delicato e più pericoloso, per il rango degli interessi coinvolti. La valutazione comparativa delle conseguenze è del resto

---

[231] Così, in una prospettiva di sintesi, F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 700.

[232] Così, F. SCHOCH e R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 279.

[233] Così anche E. BENDA e E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 505 ss.

[234] L'espressione tra virgolette è di A. PROTO PISANI, da ultimo in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, p. 482 ss.

prassi diffusa in termini per diversi profili simili ad esempio nel procedimento cautelare dinanzi alla giurisdizione amministrativa italiana o nella giurisprudenza cautelare comunitaria [235].

L'alternativa, come è stato messo in evidenza nella letteratura tedesca in un altro fondamentale contributo, quello di Dieter Leipold, non consiste nemmeno nel rinunciare o meno a pronunciarsi sull'istanza cautelare attraverso una valutazione attinente al *fumus boni iuris*. Del resto lo stesso *Bundesverfassungsgericht* perviene ad una valutazione comparativa delle conseguenze solo se la domanda di merito non è inammissibile o manifestamente infondata, oppure se non è manifestamente fondata, la pronuncia sull'istanza cautelare non avviene mai sulla base di un puro e semplice bilanciamento delle ipotetiche conseguenze, ma presuppone pur sempre un accertamento sommario che la pretesa fatta valere dal ricorrente possa esistere sotto il profilo fattuale e giuridico, un accertamento che può avere sfumature diverse a seconda delle capacità cognitive del Tribunale nel caso concreto sottoposto al suo esame [236].

Rispetto al modo in cui viene impostato dalle posizioni dottrinali critiche, il problema è quindi più modesto: nelle ipotesi in cui la prognosi dell'esito del procedimento di merito sia esposta ad un rilevante margine di errore a causa dell'incertezza della situazione giuridica dedotta in giudizio, (dove incertezza significa impossibilità di formulare un giudizio di inammissibiltà, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza della domanda di merito), si tratta di valutare se il giudice costituzionale debba effettuare lo stesso tale prognosi e vedere integrato il presupposto attinente al *fumus boni iuris,* non già sulla base di un apprezzamento della probabile esistenza della pretesa fatta valere dal ricorrente, (con prognosi di esito positivo per quest'ultimo del procedimento di merito), bensì sulla base di un giudizio positivo circa la possibile esistenza di tale pretesa. Occorre allora completare la ricerca del possibile fondamento dell'esercizio del potere cautelare nel processo costituzionale muovendo da due considerazioni. Da una parte, i tempi di durata dei giudizi costituzionali, nella stragrande maggioranza dei casi, dipendono non tanto dalla necessità di svolgere accertamenti di fatto, ma dalla circostanza che ne sono oggetto questioni giuridiche di difficile soluzione; dall'altra, secondo l'opinione assolutamente dominante, e pienamente condivisibile, si deve tenere presente che per le questioni di diritto non è concepibile un giudizio

---

[235] Cfr. per la giurisdizione amministrativa, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Cedam, Padova, 2002, *passim*; per la giurisprudenza comunitaria, C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Cedam, Padova, 2004, p. 216 ss.

[236] Così, infatti D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 180 ss.

probabilistico [237] e, quindi, è un dato di fatto insuperabile l'impossibilità, nei casi più frequenti, di fondare il rilascio del provvedimento cautelare sulla probabile esistenza della situazione giuridica, poiché le questioni di diritto nei giudizi costituzionali sono tipicamente di difficile soluzione. Occorre a questo punto chiedersi se l'impossibilità oggettiva di fondare il rilascio di provvedimenti cautelari sull'affermazione della probabile esistenza della situazione giuridica, precluda l'impiego della tutela cautelare nei giudizi costituzionali, oppure se sia possibile individuare un parametro normativo che ne consenta l'utilizzo, secondo un modello decisorio compatibile con il ruolo che compete al giudice costituzionale e secondo i moduli processuali che rappresentano il fondamento della sua legittimazione.

Il quesito può essere espresso in modo incisivo ricordando di nuovo l'interrogativo sollevato da Schoch e Wahl e prima ancora da Carl Schmitt: «se i parametri normativi del giudizio di merito non rilevano nel procedimento cautelare, come può allora giudicare la Corte, in quanto giudice vincolato al diritto?».

Come si ricorderà, nella prospettiva di chi ha formulato l'interrogativo, esso ammette una sola risposta: si muove dall'idea che i parametri normativi del giudizio di merito siano irrilevanti nel procedimento cautelare, ne segue che niente – nemmeno il modello della *Doppelhypothese* – può impedire che il *Bundesverfassungsgericht* imbocchi una deriva decisionistica e, di fatto, diventi politicamente attivo. Si prospetta dunque un'alternativa secca: o la Corte accerta sommariamente in sede cautelare il diritto costituzionale da applicare nel successivo giudizio di merito oppure fa un qualcosa di diverso, (si pronuncia alla stregua di una valutazione comparativa delle conseguenze), ma in questo secondo caso, inevitabilmente, adotta provvedimenti secondo discrezionalità politica. Poiché questo secondo esito non è conforme al ruolo del giudice costituzionale come organo giurisdizionale e alla disciplina della sua funzione in termini di controllo giurisdizionale di costituzionalità, se ne ricava la conclusione che il giudice costituzionale in sede cautelare debba necessariamente pronunciarsi alla stregua di un accertamento sommario del diritto costituzionale da applicare nel successivo giudizio di merito.

In realtà c'è, a mio avviso, un altro modo di vedere le cose, che si pone come terza via fra una pretesa attuazione provvisoria del parametro costituzionale oggetto del diritto in condizioni di urgenza e pur nell'incertezza dell'interpretazione della norma costituzionale (in cui si risolve la prima alterna-

---

[237] Nella letteratura italiana A. PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 65 ss.; di recente S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. CHIARLONI e C. CONSOLO, Utet, Torino, 2005, p. 173.

tiva) e la trasformazione del Tribunale costituzionale federale in un organo politico (in cui si risolve la seconda alternativa).

Solo se si attribuisce, erroneamente, allo scopo dei provvedimenti cautelari quello che può essere solo lo scopo dei provvedimenti di merito, si può pensare che la Corte abbandoni il piano della giurisdizione per il fatto di rinunciare ad effettuare una prognosi in termini di probabilità dell'esito del giudizio di merito.

Si tratta solo di individuare il parametro, (non coincidente con il diritto costituzionale da applicare nel giudizio di merito), su cui commisurare la correttezza della decisione cautelare. Tale parametro può essere fornito dalla stessa norma attributiva del potere cautelare che fondi il suo esercizio sulla verifica della possibile esistenza della situazione giuridica per la quale si chiede tutela e sulla valutazione comparativa delle conseguenze che discendono dal rilascio o dal diniego del provvedimento cautelare.

Se si osserva poi che la tutela cautelare è un aspetto della garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, che a sua volta discende dal principio dello Stato di diritto, si rinviene la copertura costituzionale di questo parametro. D'altra parte, tale norma, per come è strutturata, consente di soddisfare l'esigenza di vincolare il giudice costituzionale a parametri di giudizio fondati sui principi costituzionali, e non secondo valutazioni di natura politica. A tal proposito sono necessarie due precisazioni.

In primo luogo, il presupposto della possibile esistenza della situazione giuridica per la quale si chiede tutela si risolve in una valutazione di non manifesta infondatezza o non manifesta inammissibilità dell'istanza, un tipo di giudizio – come noto – comune e pacificamente ammesso nell'ambito dei giudizi costituzionali.

In secondo luogo, il modello della valutazione comparativa delle conseguenze dipende dai vincoli costituzionali che discendono dallo scopo della tutela cautelare. Tali vincoli si sostanziano nella necessità di assicurare in una data situazione gli effetti della decisione di merito, neutralizzando il pericolo di danni nel tempo necessario ad ottenere la decisione di merito, con il minor sacrificio possibile degli interessi contrapposti. D'altra parte, in questa prospettiva, la valutazione comparativa delle conseguenze appare come una specie di quella che la dottrina anglosassone denomina come argomentazione consequenzialista (*consequentialist argument*) e la dottrina tedesca ed italiana denominano come «argomentazione orientata alle conseguenze» o «argomentazione pragmatica»[238]. Questo modello di argomentazione tiene conto delle con-

[238] Così, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 91 ss.

seguenze pratiche, esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nella realtà sociale ed economica[239], ma esso deve pur sempre rispettare il vincolo del diritto positivo: «l'argomentazione orientata alle conseguenze […] è un procedimento euristico di ricerca di ipotesi di soluzione razionalmente fondate, non per sé sola un procedimento di verifica. La decisione deve essere giustificata verificandone la congruenza sistematica, ossia la universalizzabilità come regola o principio integrabile a un certo livello di astrazione concettuale del sistema»[240]. Ebbene, anche la valutazione comparativa delle conseguenze, ad esempio secondo lo schema decisorio adottato dal *Bundesverfassungsgericht*, non può essere di per sé il parametro con cui confrontare la correttezza della decisione cautelare ipotizzata, ma deve essere giustificata verificandone sempre «la congruenza sistematica, ossia la universalizzabilità come regola» di diritto. Come regola di diritto che costituisce una concretizzazione del principio di effettività della giustizia costituzionale, sotto la specie di assicurazione degli effetti della decisione di merito.

Le peculiarità della cognizione cautelare nella giurisdizione costituzionale consigliano invece di evitare che, sotto la pressione dell'urgenza del provvedere, l'interpretazione e l'attuazione del diritto costituzionale siano espresse dopo un accertamento soltanto superficiale e inducono a ritenere che le questioni di diritto costituzionale debbano ricevere da parte del giudice costituzionale, in un sistema accentrato, unicamente una risoluzione piena ed esauriente, e pertanto definitiva, anche perché il margine di errore è assai più alto rispetto a quello dei giudizi comuni, considerata l'alta astrazione del parametro e il fatto che gli effetti delle decisioni, per il loro carattere generale producono effetti di ampio raggio.

Sotto un diverso profilo, occorre poi considerare che la rinuncia a motivare le decisioni sulle istanze cautelari con argomentazioni relative al merito della controversia serve ad evitare che sulla Corte operi il condizionamento, effettivo o anche solo apparente, di quella che nella letteratura italiana è definita come «forza della prevenzione», cioè della naturale tendenza a mantenere fermo (in questo caso nel procedimento di merito) un giudizio già espresso (in questo caso nel procedimento cautelare).

In conclusione, le peculiarità del giudizio costituzionale non impediscono di trovare un parametro normativo adeguato a concretizzare, attraverso la tutela cautelare, il principio costituzionale di effettività della tutela nella giurisdizione costituzionale, con il pieno rispetto dei requisiti di legittimazione del suo giudice.

---

[239] Così, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, cit., p. 95.

[240] Così, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, cit., p. 106 ss.

L'obiettivo di questa ricerca può allora ritenersi conseguito, ma è necessaria un'ulteriore precisazione. La teorica possibilità di un esercizio del potere cautelare conforme al ruolo del giudice costituzionale è solo la premessa per lo studio di una problematica più ampia che investe le condizioni necessarie, in un dato sistema istituzionale, per un impiego proficuo e in concreto opportuno di questo potere.

I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare

di *Nicola Pignatelli*

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. L'omosessualità, i gay, la sodomia, *rectius*, i rapporti tra persone dello stesso sesso: da *topos* sociale nella letteratura classica a vizio contro-natura nella cultura giudaico-cristiana. – 3. Il sistema comunitario, la nozione di "matrimonio" nella tradizione comune agli Stati europei ed il rinvio alle opzioni nazionali: da una tradizione statica ad una tradizione dinamica. – 4. Il modello delle socialdemocrazie scandinave. L'istituto «equivalente» (ma non eguale) al matrimonio e la sua diffusione (il 2° livello). – 5. La dilatazione dell'istituzione matrimoniale e il principio di irrilevanza del sesso biologico dei coniugi (il 1° livello). – 6. Le forme di riconoscimento più "leggere" e la loro inadeguatezza (il 3° livello). La singolarità del *derecho foral* delle Comunità Autonome spagnole. – 7. Il "vuoto" di tutela (anche delle coppie di fatto eterosessuali) nei Paesi a radicata tradizione confessionale (il 4° livello). L'Italia come caso sintomatico. – 8. Una macro-comparazione tra modello europeo e modello americano: centralità del legislatore e naturale inadeguatezza del controllo di costituzionalità. – 9. Il diritto di adozione come problematica "autonoma".

1. Il fatto

Dopo che il 15 aprile 2004 Zapatero, nel suo discorso programmatico, ha posto tra le priorità l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti di omosessuali e transessuali, il Governo spagnolo il 21 gennaio 2005 ha presentato un progetto di legge per la modifica del Codice civile in materia di *diritto a contrarre matrimonio*. Il testo è stato approvato il 21 aprile 2005 dalla Camera Bassa [1] e, dopo il veto espresso dalla Camera Alta [2], in una logica di bicameralismo imper-

[1] L'approvazione è avvenuta con i voti favorevoli (183) del Partito Socialista, degli indipendentisti catalani dell'Erc e dagli altri gruppi minoritari di Sinistra (come Izquierda Unida), mentre il fronte conservatore (136 voti contrari) è stato guidato dal Partito Popolare, a cui si sono uniti alcuni nazionalisti moderati catalani di Convergenza e Unione ed alcuni deputati del Partito Nazionalista Basco.

[2] Il 22 giugno il Senato – dove la maggioranza è del Partito Popolare (Pp) – ha respinto il progetto socialista con 131 voti contrari, 119 favorevoli e 2 astensioni.

fetto, è tornato alla Camera Bassa dove è stato approvato definitivamente il 30 giugno 2005 [3]. Questa vicenda rappresenta un sintomatico momento di tensione tra l'espansione del processo di "inclusione" di una minoranza (le coppie omosessuali), attraverso la forma più intensa di riconoscimento giuridico di una relazione sociale (il matrimonio), e le resistenze culturali di uno Stato storicamente baluardo del cattolicesimo. Nella scelta del Governo spagnolo può leggersi non soltanto una certa mobilità dei modelli di tutela nell'Unione ed un processo storico di affrancamento del matrimonio civile da quello religioso ma, più in generale, una primazia della tutela dei diritti su una radicata tradizione culturale (*rectius*, confessionale). I legislatori degli Stati europei hanno dovuto (e dovranno) misurarsi proprio con i canoni di tale tradizione, di cui daremo conto in breve, prima di provare a ricomporre il quadro, variegato ed eterogeneo, delle soluzioni europee di formalizzazione delle relazioni omosessuali, da quella più audace, adottata dalla Spagna, che ha dilatato l'istituzione matrimoniale, a quelle "alternative", ed in alcuni casi "equivalenti" (anche se diverse dal matrimonio). Tuttavia l'indagine delle opzioni nazionali, che tenteremo di classificare alla luce di macro-categorie, dovrà essere preceduta da un'analisi del sistema comunitario e del contributo delle istituzioni europee a questa sfida inclusiva del costituzionalismo moderno [4].

2. L'omosessualità, i gay, la sodomia, *rectius*, i rapporti tra persone dello stesso sesso: da *topos* sociale nella letteratura classica a vizio contro-natura nella cultura giudaico-cristiana

Quando Socrate, nel *Simposio* (216C-219), giace con Alcibiade e si alza «come se avesse trascorso la notte con suo padre o con il fratello maggiore», sembra comportarsi in un modo insolitamente casto, disattendendo la prevedibilità di un rapporto tra persone dello stesso sesso. Eppure nelle opere classiche non vi è mai la specificazione erotica della relazione tra due maschi. Omero nell'*Iliade* nulla dice su quale fosse la natura del rapporto tra Achille e Patroclo; Eschine in *Contro Trimarco* (142) osserva però come «l'intensità

[3] Il fronte progressista si è mantenuto compatto anche nella seconda deliberazione alla Camera Bassa, dove hanno votato a favore 187 deputati (147 i voti contrari).

[4] Su tale processo di inclusione democratica v. R. DWORKIN, *L'integrità del diritto in un'etica pubblica per la società aperta*, Milano, 1987, il quale afferma che «la criminalizzazione della omosessualità è la negazione dell'integrità del diritto, la negazione di quel processo interpretativo che consente di comprendere un ordinamento giuridico».

del loro legame fosse evidente per il suo pubblico colto». In altre parole tale specificazione non era necessaria, era evidente che fosse una relazione d'amore. La vaghezza e l'ambiguità delle distinzioni nei rapporti sessuali (che in realtà appaiono *tali* alle luce dei nostri canoni e delle nostre misure sociali), la mancanza di un *nomen* che qualificasse le relazioni tra persone dello stesso sesso possono essere spiegate con l'assenza di una contrapposizione tra un modello maggioritario di relazioni eterosessuali ed un modello minoritario di relazioni omosessuali [5]. Aristofane (*Nuvole* 1075) addirittura parlava del desiderio omosessuale come di una «necessità naturale» come potevano esserlo il mangiare, il bere, il ridere; Senofonte (*Hiero* 1033) arrivò a qualificare l'omosessualità come parte della «natura umana». In altre parole l'assenza della categoria dell'omosessualità era intimamente connessa all'assenza di un paradigma (eterosessuale) di valore alla luce del quale proiettare simmetricamente su altre tipologie relazionali un disvalore etico-sociale [6].

Il termine *omo-sessuale* nasce soltanto alla fine del XIX secolo, inventato dagli psicologi tedeschi, che utilizzarono un'ibrida confusione tra un prefisso greco e una radice latina [7], ed è introdotto nella lingua inglese all'inizio del secolo scorso [8]. Probabilmente la parola *gay*, diversamente da ciò che potrebbe suggerire il senso comune, ha una tradizione più antica; si è ipotizzata la sua derivazione dal *nomen* provenzale *gai* utilizzato nel XIII e XIV secolo in riferimento alla letteratura dell'amor cortese, affermatasi nel Sud della Francia, dove tra l'altro si diffusero taluni movimenti ereticali, come quello degli albigesi, ricordati per le proprie pratiche sessuali [9]. Ai nostri fini però non

---

[5] In tal senso v. J. BOSWELL, *Cristianesimo, tolleranza, omosessualità*, Milano, 1989, p. 77, secondo cui «le maggioranze creano in ogni senso le minoranze, con la loro decisione di classificarle. I mancini sono statisticamente meno numerosi in tutte le società umane, ma sono realmente una minoranza solo dove l'uso preferenziale di una mano implica un significato sociale e la gente ritiene suo dovere classificare i concittadini su tale base».

[6] Sul tema v. il suggestivo quadro di E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, 1988.

[7] Il persuasivo studio di J. BOSWELL, *Cristianesimo*, cit., p. 63, fa emergere tra l'altro una contraddizione semantica. Il significato più ovvio della parola *omosessuale* è "di un solo sesso" (analogamente *omogeneo*, "di un solo tipo"). Tale significato appare adeguato se riferito ad una relazione; in tal senso potrà parlarsi di una relazione "di un solo sesso", *rectius* di un rapporto che coinvolge persone dello stesso sesso. Ma una persona omosessuale sembrerebbe nominalisticamente una persona "di un unico sesso". Il sostantivo deve allora essere inteso in una diversa accezione; l'omosessuale è colui che è dedito a relazioni "omosessuali".

[8] Negli Stati Uniti il primo uso pubblico della parola *gay* sembra sia avvenuto nel film del 1939 *Bringing up Baby*, quando Cary Grant, indossando un abito da donna, esclamò che era «diventato gay».

[9] Una diversa ricostruzione si trova in B. RODGERS, *The Queen's Vernacular*, San Francisco, 1972, p. 156, secondo cui la parola *gay* proviene da *gaie,* termine francese il cui significa-

interessa l'individuazione del momento storico di affermazione di una certa semantica, in quanto tale, ma l'individuazione (approssimativa) del momento in cui i rapporti tra persone dello stesso sesso (che soltanto nel '900 sarebbero stati chiamati rapporti omosessuali) diventano una categoria, un fenomeno da classificare, da distinguere; in definitiva sembra necessario scorgere il momento in cui quella «neutralità» [10] (verrebbe da dire fungibilità) della fenomenologia relazionale (di coppia), propria della cultura classica, viene sostituita dalla categoria della "contrapposizione" (tra valori), alla luce della quale tali *fatti sociali* diventano una "minoranza". Ed è pacifico che questa distinzione (sociologica, antroplogica, etica) sia stata posta in essere molto prima che i rapporti tra persone dello stesso sesso fossero qualificati (*rectius*, chiamati) come omosessuali o gay.

Non può neppure affermarsi sbrigativamente che l'intolleranza verso quella che non era ma che fu resa (e denominata) "minoranza" sia da ricondurre originariamente (ed esclusivamente) alla ortodossia della Chiesa cattolica. Gli studi più attenti hanno infatti tentato di dimostrare come l'ostilità verso quel fenomeno, che da qui in avanti chiameremo *omosessualità* (pur utilizzando una parola, come già detto, postuma rispetto al fenomeno che va a qualificare), sia progressivamente sorta durante il periodo di dissoluzione dell'Impero Romano (III-IV d.c.), quando il tramonto della diarchia, dei poteri di bilanciamento del Senato, quindi l'affermazione dell'assolutismo imperiale, nonché la crisi economica ed il processo di ruralizzazione avrebbero determinato forti mutamenti soprattutto sulla morale sociale [11]; una morale sempre più intransigente, legata ai vincoli di sangue, al valore della famiglia nucleare come unità economica-produttiva, alla sessualità "legittima". Probabilmente in questo substrato affonda le proprie radici la condanna dell'omosessualità come deviazione rispetto ad un modello (divenuto) "maggioritario", la cui conservazione, in un momento storico di forte insicurezza, svolgeva una funzione di rassicurazione sociale; l'Imperò sembrò così essere sostituito da un'altra istituzione, ultimo baluardo di certezze, quella della famiglia, che lavorava la terra.

In questo periodo la teologia cristiana non sostenne per prima, original-

---

to nel XIV secolo sarebbe stato quello di «uomo omosessuale». T. GRIMM, *Deutsche Worterbuch*, Lipsia, 1878, p. 134, afferma invece che la parola originaria sarebbe *gahe*, (di origine germanica), ossia «irrazionale», «malato». Rimangono comunque forti incertezze.

[10] U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità, e discriminazione. Tensione nel diritto occidentale*, in *Giur. it*., 1994, IV, c. 8, utilizza la stessa espressione in una analoga (anche se moderna) prospettiva di tolleranza di valori, alla luce della quale relativizzare e storicizzare le istituzioni della nostra tradizione.

[11] In tal senso la ricostruzione di J. BOSWELL, *Cristianesimo*, cit., p. 156 ss.

mente, l'avversione verso l'omosessualità; la Chiesa però avrebbe più avanti (XIII-XIV d.c.) consolidato, da un punto di vista teleologico e filosofico, i canoni morali che si diffusero (in modo più o meno pervasivo) nella società, riconducendo gli omosessuali, accanto ai briganti, alle streghe, alle prostitute, ai vagabondi, in quella che oggi appare una torbida e intrigante categoria sociale, quella dei «reietti del Medioevo» [12]. Le ragioni che portarono il cristianesimo a fare propria e a legittimare una tale diffidenza ed intolleranza sono assai complesse. Possono approssimativamente essere ricondotte alla situazione di indebitamento dei contadini cristiani nei confronti degli usurai ebrei, contro cui furono alimentate campagne d'odio; in un momento di crisi e di austerità, la lussuria, la ricchezza, il piacere, il sesso, come fonte di quest'ultimo, venivano condannati. L'omosessualità appariva la forma più viziosa della libidine, in aperto contrasto con il modello umile della famiglia contadina, i cui valori divennero un paradigma etico per la cultura cristiana. Tra l'altro la condanna dell'omosessualità fu esasperata, legandosi indissolubilmente ad essa, dalla lotta contro i movimenti ereticali, che non solo si mostrarono tolleranti ma anche inclini a tali pratiche. La letteratura occidentale attribuì le stesse immorali licenze sessuali alla società musulmana; Maometto fu descritto come il «nemico della natura», che «diffondeva il vizio di Sodoma tra la sua gente, che abusava sessualmente non solo di entrambi i genitori, ma perfino degli animali» [13]. Un contributo determinante provenne dai racconti sulle crociate, che furono assai popolari ed ebbero una larga diffusione [14]; in quelle pagine gli scrittori dell'epoca lasciarono largo spazio alle atrocità sessuali degli infedeli [15]. La stessa Chiesa già nel 1179 con il Concilio ecumenico «Laterano

[12] A. Mccall, *I reietti del Medioevo*, Milano, 1987, p. 153 ss.

[13] Così si esprime Giacomo De Vitry nella sua *Storia d'Oriente*, i cui passi più significativi sono riportati da D.S. Bailey, *Homosexuality and the Western Christian Tradition*, Londra, 1955, p. 234. Lo stesso autore antico, continuando a parlare dei musulmani, scriveva: «ricercando come gli animali il piacere della carne, non possono resistere a nessun vizio, ma sono miserabilmente resi schiavi e governati dalle passioni carnali, spesso senza nemmeno essere spinti dal desiderio».

[14] In realtà una fustigazione dei costumi gay si trova anche in una letteratura diversa da quella sulle crociate, come può desumersi dall'opera di H.C. Hoskier, *De contemptu mundi: A Bitter satyrical Poem of 3,000 lines upon the Moral of Twelfth Century by Bernard of Morval, Monk of Cluny*, Londra, 1929, il quale sostiene che le prime documentazioni di tali pressioni contro l'omosessualità si trovano in opuscoli popolari come quello del *Disprezzo del Mondo* di Bernardo di Morlaix. Soprattutto in questi scritti l'omosessualità è presentata come un sintomo dell'edonismo e della venalità.

[15] Assai significativa sembra essere l'opera di Guiberto di Nogent, *Gesta Dei per Francos,* in *Recueil des histories des crioades: historiens occidentaux*, Parigi, 1879.

III», oltre gli eretici, gli ebrei, i musulmani, gli usurai, condannò gli omosessuali [16].

L'espressione «contro natura», assai rilevante nel dibattito contemporaneo sulla tutela delle coppie del medesimo sesso, emerse abbondantemente nei testi filosofici e teologici. In una glossa sulle *Sentenze* di Pietro Poitiers si legge che "naturale" «si riferisce a ciò che non è insolito, come il rapporto sessuale tra uomo e donna», mentre è «*contra usum*», quindi innaturale, «ciò che è insolito». In questa definizione l'omosessualità veniva confinata nel regno dell'innaturale, attraverso una classificazione del fatto sociale, ritenuto minoritario, ed in quanto tale in dissonanza con i canoni della maggioranza, a cui si riconoscevano una primazia ed una precettività etica [17]. La fonte più autorevole dell'ortodossia cattolica, quanto alla morale sessuale, fu rappresentata dalla *Summa theologiae* di Tommaso d'Aquino; in queste pagine sembrò risiedere il discrimine ufficiale tra solito e insolito, tra naturale e innaturale [18]. In una particolare accezione, fu qualificato come naturale ciò che non è soggetto alla ragione ed è comune agli uomini e agli altri esseri viventi, ossia ciò che è funzionale alla conservazione della specie, come il mangiare e i rapporti sessuali; l'omosessualità era invece ancora definita «vizio contro natura», perché non conosciuta tra gli animali.

Quello che però, secondo taluni, appare singolare, è l'assenza della parola "natura" dai Vangeli; gli insegnamenti di Gesù nulla dicono sui vizi contro natura, sui principi naturali come principi morali [19]. Ancor più significativa appare la debolezza di argomentazioni sulla base della quale si vorrebbe scorgere una condanna assoluta della omosessualità nelle Sacre scritture. Quanto all'Antico Testamento, non può non essere ricordata la vicenda di Sodoma (in *Genesi 19*), che diede il *nomen* (*sodomia*) alle lingue latine per classificare, distinguere (e condannare) i rapporti tra persone dello stesso sesso. In realtà

---

[16] «Chiunque si troverà che abbia commesso quell'incontinenza che è *contro natura*, a causa della quale la collera di Dio si abbatté sui figli della perdizione e distrusse col fuoco cinque città, sarà deposto, se ecclesiastico; se laico, sarà soggetto alla scomunica e sarà cacciato dalla congregazione dei fedeli». Il passo è riportato da J. BOSWELL, *Cristianesimo*, cit., p. 342.

[17] È singolare come Seneca nelle *Epistole*, a cui la teologia cristiana non è stata certamente insensibile, scrisse invece che la «natura non procura la virtù; diventare buoni è un arte», smontando l'intima connessione tra "natura", intesa come fatto usuale, e "bene", nella sua dimensione etica.

[18] Sulla nozione di "naturale" nel pensiero di Tommaso v. V.J. BOURKE, *The Nicomachean ethics and Thomas aquinas*, e M.B. CROWE, *St. Thomas and Ulpian's Natural Law*, in A. MURER (a cura di), *St. Thomas Aquinas, 1274-1974: Commemorative Studies*, Toronto, 1974.

[19] In tal senso argomenta diffusamente J. BOSWELL, *Cristianesimo*, cit., p. 184 ss.

l'interpretazione tendenziosa in chiave sessuale appare recente e non supportata dal dato testuale [20], in cui non vi è nessun riferimento univoco a rapporti erotici. Nell'Antico Testamento l'unico passo in cui si parla di atti gay si trova nel *Levitico 18* [21] che la tradizione giudaico-cristiana in realtà non ha mai richiamato per legittimare l'avversione contro tali *fatti*, sul presupposto che la legge mosaica intendeva per abominio (*toevah*) non la violazione della legge e della giustizia ma più semplicemente l'infrazione della purezza rituale [22]. Tra l'altro proprio nell'Antico Testamento si incontrano molte relazioni omosessuali, come quelle tra Saul e Davide, Davide e Gionata, Ruth e Naomi. Neppure nel Nuovo Testamento sembra potersi scorgere un'etica sessuale e la derivazione di un principio morale da taluni fatti (le relazioni gay), meno soliti di altri (le relazioni eterosessuali) [23].

Tutto ciò per affermare che la peccaminosità della "deviazione" (intesa come allontanamento da un modello maggioritario) omosessuale probabilmente non risiede nella parola di Cristo ma è il prodotto della *tradizione* teologica e patristica, *rectius*, di *una* tradizione preminente, storicamente consolidatasi in Europa e divenuta inevitabilmente patrimonio culturale della società civile. L'approdo di questi studi, di cui si è cercato in breve di dar conto, non appare inutile o stravagante, ma aiuta a riportare il dibattito sulla tutela delle relazioni gay in una sfera di dialettica laica, sottratta a postulati di stampo giusnaturalistico e deistico, che rischiano di conservare quella tradizione in una sfera di immutabilità (anche al di fuori della Chiesa), sottraendola alla forza evolutiva che *altre tradizioni*, come quella del costituzionalismo, possono imprimere su di essa.

Non può certamente negarsi la forza della morale sessuale cristiana, recepita, perfino nel periodo successivo a quello dei totalitarismi e degli autoritarismi, da alcune legislazioni degli Stati europei, che hanno previsto l'applica-

---

[20] Molti studiosi moderni hanno sostenuto che la città di Sodoma fu distrutta per il trattamento inospitale nei confronti degli angeli mandati dal Signore e non per il tentativo di violenza sessuale nei loro confronti. In tal senso v. J. BAILEY, *Homosexuality*, cit., p. 3 ss.; J. MCNEILL, *The church and the Homosexual*, Kansas City, 1976, p. 42 ss.; M. POPE, *The interpreter's Dictionary of the Bible*, Nashville, 1976, p. 415 ss.

[21] Sul passo si sofferma A. MCCALL, *I reietti*, cit., p. 153, il quale fa notare che nell'Antico Testamento non è citato neppure un caso di condanna per questo crimine.

[22] In questo senso la ricostruzione di J. BOSWELL, *Cristianesimo*, cit., p. 132 ss, il quale afferma che «alla maggioranza dei cittadini romani le critiche dell'Antico Testamento contro il comportamento omosessuale sarebbero parse arbitrarie come la proibizione di tagliarsi la barba, ed essi non avrebbero avuto ragione di pensare che dovessero ricevere maggiore attenzione delle altre».

[23] A. PELLICER, *Natura: étude sémantique et historique du mot latin*, Parigi, 1966, p. 17 ss.

zione di sanzioni penali [24] nei confronti delle pratiche omosessuali [25]; appaiono significativi in tal senso i moniti del Parlamento europeo, il quale in più occasioni, fino a poco tempo fa, ha continuato a sollecitare l'abrogazione di tali norme [26]. Tuttavia la problematica degli omosessuali, nell'ultimo decennio, sembra essersi spostata molto più avanti, dalla mera tutela della libertà sessuale (ossia dalla dimensione individuale) al riconoscimento dell'unione affettiva e della comunità di vita (ossia alla dimensione relazionale, di coppia). Già in questo mutamento di prospettiva può forse scorgersi un primo cedimento della tradizione, di cui si diceva, dinanzi all'esigenza della tutela dei diritti, propria del costituzionalismo.

La cultura del cristianesimo, per arginare questo passaggio dalla sfera individuale a quella sociale della «sodomia perfetta» [27], ha fatto riemergere vigorosamente quell'ambiguo concetto di "natura", tentando di preservare l'eterosessualità del matrimonio, quindi dell'unica forma del rapporto di coppia ritenuta legittima, attraverso la valorizzazione della procreazione come fine ultimo di tale istituzione [28]. In questa logica la coppia omosessuale

---

[24] Probabilmente la prima previsione di una sanzione penale (per altro massima) nei confronti degli omosessuali, come riporta A. MCCALL, *I reietti*, cit., p. 154, si trova nel Codice Teodosiano: «tutte le persone che hanno la vergognosa abitudine d'oltraggiare il corpo dell'uomo, esercitando la parte propria della donna e tollerando il sesso estraneo perché essi appaiono non diversi dalla donna, espieranno il delitto nelle fiamme vendicatrici, al cospetto del popolo».

[25] Nell'uso comune della lingua italiana la parola *omosessuale* sembra essere utilizzata maggiormente come aggettivo di un atto qualificato come tale, senza che la persona che l'abbia posto in essere sia necessariamente qualificabile come *gay*. Questo termine infatti rinvia ad una sorta di consapevolezza psicologica della preferenza dei rapporti erotici con una persona del medesimo sesso. Sulla problematica v. P. GEBHARD, *Incidence of Overt Homosexuality in the United States and Western europe*, in *National Institute of Mental Health Task Force on Homosexuality: Final Report and Background Papers*, Washington, 1972, p. 22 ss.

[26] Il codice penale austriaco (art. 209), ad esempio, prevedeva sanzioni per gli omosessuali; il Parlamento europeo ancora nella Relazione annuale sui diritti umani nell'Unione del 16 marzo 2000 esortava l'Austria «ad abrogare tale disposizione discriminatoria, ad amnistiare immediatamente ed a scarcerare tutti i detenuti a seguito di tale provvedimento». Soltanto nella Risoluzione del 4 settembre 2003, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione nel 2002, ha potuto compiacersi per l'abolizione di tale norma.

[27] I canonisti intendono per sodomia l'appagamento cosciente dell'istinto carnale in qualsiasi modo contrario alla natura e cioè qualsiasi *coitus libidinosus vel cum persona indebita vel in vase indebito*. La sodomia perfetta consiste nell'unione sessuale tra due persone dello stesso sesso, cioè nel *concubitus masculi cum masculo aut foeminae cum foemina.* La sodomia imperfetta consiste in qualsiasi unione tra persone di sesso diverso non *ad procreationem ordinata*. Su tali definizioni v. A. D'AVACK, *Omosessualità (diritto canonico)*, in *Enc. dir.,* 1980, p. 92 ss.

[28] F. MILL COLORNI, *L'Italia laica e i diritti degli omosessuali*, in *www.gaynews.it*, critican-

dovrebbe essere *naturalmente* esclusa dal coniugio, perché non in grado di generare. Tra l'altro, come emerge da un lungo documento del Pontificio Consiglio per la famiglia del 26 luglio 2000, la Chiesa non si limita a negare l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali ma nega pure l'opportunità del riconoscimento di «qualsiasi rilevanza giuridica». La famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio «precede e supera, in maniera assoluta e radicale, il potere sovrano dello Stato» [29]; da qui la necessità di contrastare qualsiasi formalizzazione della famiglia di fatto (anche eterosessuale), visto che questo è «il primo passo verso l'equiparazione» [30]. Lo stesso Giovanni Paolo II nell'*Angelus* del 19 giugno 1994 definì le coppie omosessuali «una deplorevole distorsione di ciò che dovrebbe essere una comunione di amore di vita tra un uomo e una donna» [31].

Deve precisarsi che la presentazione, da parte del Governo Zapatero, del disegno di legge sull'estensione del matrimonio ha generato l'immediata reazione di tutte le principali confessioni religiose spagnole, che, il 22 aprile 2004, hanno sottoscritto un appello a «non modificare la struttura del matri-

---

do questa logica, ha affermato in modo suggestivo che «si potrebbe sostenere, in modo meno paradossale, che, per chi sia omosessuale, sarebbe "contro natura" ricercare relazioni erotiche o affettive con una persona del sesso opposto». Lo stesso autore si chiede «quale differenza vi sia fra una coppia di omosessuali stabilmente conviventi e un uomo e una donna ultrasettantenni che decidono di sposarsi» o una coppia eterosessuale che non possa avere figli. Una analoga osservazione può leggersi in F. GRILLINI, *Omosessuali e diritti. Il Pacs in Francia e il confronto con la situazione italiana*, in F. GRILLINI, M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, Napoli, 2001. Invece, F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003, p. 12, sostiene che la capacità di procreare debba essere apprezzata «potenzialmente e cioè in astratto, non in concreto e attualmente, ma pur sempre nella complementarietà dei sessi, biologicamente disposta alla procreazione».

[29] A tale riguardo possono valere le lucide osservazioni di R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1068, il quale mette in evidenza la contraddizione tra la presunta natura pre-statuale della famiglia e la necessità che quella assuma precise connotazioni formali determinate dal diritto stesso.

[30] Appare significativo l'appello che la Chiesa ha ritenuto di dover rivolgere ai «parlamentari cattolici», in nome della difesa dei valori senza i quali una «democrazia si converte facilmente in totalitarismo aperto». La pratica degli appelli al potere politico evidentemente pone un problema riguardo al principio di laicità dello Stato, risultando, tra l'altro, a dir poco singolare che la questione della tutela di una minoranza porti a far parlare dei rischi degenerativi della democrazia in totalitarismo. È invece noto che furono proprio i totalitarismi a perseguire l'omosessualità. Tra l'altro il Parlamento europeo nel Rapporto sui diritti umani nel mondo del 2002 ha inequivocabilmente affermato (par. 124 *bis*) che «disapprova vivamente il recente rifiuto espresso dalla Congregazione vaticana per la dottrina della fede nei confronti dei progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali».

[31] Sulla eterosessualità delle relazioni di coppia v. anche la Costituzione pastorale del II Concilio Vaticano sulla Chiesa nel mondo contemporaneo *Gaudium et spes* del 7 dicembre 1965; la Lettera apostolica *Familairis Consortio* del 22 dicembre 1981.

monio», affermando che il matrimonio eterosessuale fa parte «della storia della società nel nostro ambito culturale» [32]. Il comunicato congiunto firmato dalla Conferenza episcopale, dalla Federazione delle comunità ebraiche, dalla Federazione delle comunità evangeliche e dalla Chiesa ortodossa sembra così far emergere la vitalità di una cultura più ampia di quella giudaico-cristiana, che potremmo definire, per approssimazione, *tradizione confessionale*. Quest'ultima mette duramente alla prova il principio di laicità dello Stato, facendo emergere le tensioni e le contaminazioni tra il circuito democratico e le Chiese, tra la morale civile e quella religiosa, tra la cultura costituzionale e quella confessionale.

La complessa problematica della tutela delle coppie omosessuali si inserisce per di più in un vasto scenario che ha fatto parlare taluni di «crisi di identità della famiglia» [33], di «frantumazione» [34], di proliferazione di un «arcipelago» [35] di isole, intorno all'«isola» storica della famiglia fondata sul matrimonio; alcuni sono arrivati addirittura a parlare di «morte della famiglia» [36]. Forse più semplicemente, negli ultimi decenni del '900 si è affermata una destabilizzazione [37] del modello classico, a cui si sono accostate forme alternative

---

[32] Nel documento congiunto, che può essere letto in *www.toscanaoggi.it/news*, si afferma: «In occasione del dibattito parlamentare sul progetto di legge di modifica del codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio, tramite il quale si pretende di modificare l'istituzione del matrimonio per permettere che possa essere contratto da persone dello stesso sesso, le confessioni religiose intendono ribadire che il matrimonio monogamico eterosessuale fa parte della tradizione giudaico-cristiana e delle altre confessioni religiose e nella sua struttura di base è stato ed è un'istituzione fondamentale della società del nostro ambito culturale». Per una storia del matrimonio nella tradizione europea v. J. GOODY, *Famiglia e matrimonio in Europa*, Bari, 1995.

[33] V. SCALISI, *La «famiglia» e «le famiglie»*, in AA.VV., La *riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, p. 278 ss. Per una sintesi del dibattito riguardo a tale «crisi» v. P. DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, Bari, p. 34 ss.

[34] Ancora V. SCALISI, *La «famiglia»*, cit., p. 280.

[35] L'espressione è di F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509, il quale completa suggestivamente l'immagine classica della famiglia come «isola», la cui paternità è dello Jemolo.

[36] Così D. COOPER, *The Death of family*, London, 1971.

[37] L'ampliamento della fenomenologia familiare è evidentemente connesso all'innalzamento della vita media, all'instabilità dell'impiego, ai fenomeni di globalizzazione socio-economica, al superamento delle forme di produzione in cui la famiglia era nucleo minimo essenziale, all'affievolimento nella società civile di taluni pregiudizi, propri della cultura cattolica, nei confronti degli omosessuali. Una prima analisi, di natura economica, della famiglia si trova nel classico di F. ENGELS, *Le origini della famiglia*, Roma, 1963, il quale in un'indagine strutturale sulla genesi della famiglia monogamica scriveva che in questa «nei casi che manifestano il conflitto tra uomo e donna, provocato dall'esclusiva dominazione dell'uomo, abbiamo un'immagine in piccolo degli stessi antagonismi e delle stesse contraddizioni in cui si muove, senza poterli

di convivenza; ciò che probabilmente è in crisi non è la nozione di famiglia ma il modello culturale (*tradizionale*) che fin ad oggi ha definito in via esclusiva i rapporti di coppia e le comunità di vita. Si potrebbe provare a rovesciare la prospettiva tentando di leggere in quella pluralità della fenomenologia relazionale non uno svilimento ma un sintomo di vivacità e vitalità della famiglia stessa; una sorta di forza «autopoietica» [38] alla luce della quale quella diviene multiforme, sul presupposto storicistico (e non giusnaturalistico) che la famiglia non "è" ma si "fa" [39].

Le coppie omosessuali, pur essendo soltanto una *species* di quel pluralismo di forme, sono in realtà la frontiera sociologica più avanzata, capace di destabilizzare nel modo più incisivo il modello culturale tradizionale, poiché arrivano alla "soglia" del matrimonio, invocandolo. La coppia formata da persone dello stesso sesso, diversamente dalle altre forme di convivenza (coppia di fatto eterosessuale, convivenza tra amici, convivenza tra parenti, ecc.), può tendere al livello più alto di riconoscimento giuridico, come presupposto di riconoscimento sociale; può esprimere un forte bisogno di giuridificazio-

---

risolvere e superare, la società scissa in classi». W. REICH, *La rivoluzione sessuale*, Milano, 1983, durante l'esperienza dei fascismi europei avrebbe spostato la prospettiva sul piano politico-istituzionale, cercando di dimostrare come la famiglia rappresentasse una microproiezione dello Stato autoritario nella società civile, una sorta di "cellula" statuale. Nella legittimazione del modello patriarcale si proiettava la categoria politico-giuridica della "gerarchia", che informava anche i rapporti interni al nucleo familiare. La lotta per la liberazione sessuale diveniva così il presupposto, secondo Reich, per il "progresso civile". H. MARCUSE, *Eros e civiltà*, Torino, 1964, ha descritto invece la contrapposizione tra l'*Eros* e un ordinamento giuridico "repressivo", affermando che l'*Eros* in un tale ordinamento si trasforma in mera soddisfazione di "un bisogno represso" (richiamando l'analisi di Freud), in un istinto irrazionale che tenta di vincere le "limitazioni esterne" imposte. Solo in un ordinamento "non repressivo" l'*Eros* si razionalizza, responsabilizzandosi e attribuendosi degli "autolimiti", che ne sublimano la natura, così che "gli stessi istinti sessuali possono generare rapporti erotici duraturi tra individui maturi". Su tali problematiche inoltre v. D. COOPER, *The death of family*, cit.; H. MARCUSE, *L'autorità e la famiglia*, Torino, 1975; C. LASCH, *La cultura del narcisismo*, Milano, 1981. In questa logica, che parte da Engels ed arriva a Lasch, la contestazione ("la disgregazione") del modello familiare, pur per fini filosoficamente diversi, si risolve in una contestazione dell'ordinamento giuridico generale, ossia dei valori "meta-familiari". Oggi invece ciò che rileva è l'oggettiva presenza nella società civile di "ulteriori" forme di convivenza che, anziché essere caratterizzate da una carica ideologica critica verso l'ordinamento giuridico, più semplicemente richiedono ad esso forme di tutela giuridica. In una prospettiva sociologica su tali temi v. E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962; A. ARDIGO, *Sociologia della famiglia*, in *Questioni di sociologia*, Brescia, 1966, p. 581 ss.; U. CERRONI, *Famiglia e società*, in *La libertà dei moderni*, 1968, p. 256 ss.; F. FERRAROTTI, *La famiglia nella società industriale*, in *Homo*, 1964, p. 35 ss.

[38] P. DONATI, *Le famiglie di fatto come realtà e come problema sociale oggi*, in *Iustitia*, 1990, p. 239.

[39] P. DONATI, *Manuale*, cit., p. 5, parla di «fare famiglia», di pluralità di «rappresentazioni» familiari all'interno di una società.

ne[40], differenziandosi dalla famiglia di fatto eterosessuale che è caratterizzata dall'esigenza di una tutela più leggera, informata a principi di deregolazione[41]. Non può negarsi però come quella tensione di istituzionalizzazione e il bisogno di attribuzione di uno *status*, inteso come un complesso distintivo di diritti e di obblighi, è soltanto *potenziale*, visto che nulla esclude che una coppia omosessuale, al pari di una coppia di fatto eterosessuale, preferisca una forma di riconoscimento e un sistema di vincoli giuridici più tenue. Si dovrà così ragionare sulla opportunità di garantire una *parità di soluzioni e di opzioni tra la formalizzazione dei rapporti omosessuali e quelli eterosessuali*. Su questo fronte vive la sfida laica di inclusione di una minoranza e il superamento di quel «doloroso isolamento» e del «senso di colpa», di cui parlava Kelsen[42]. Nel lungo periodo dovrà verificarsi se il costituzionalismo, al fine di incidere sulla tradizione giudaico-cristiana, avrà la stessa forza che quest'ultima ebbe per innovare la tradizione classica, trasformando l'omosessualità da *topos* sociale (solito) a vizio contro-natura (perché insolito).

Alla luce di quanto detto dovrà essere indagata (*a*) la nozione di matrimonio, come forma più intensa di riconoscimento, verificando la legittimità e l'opportunità costituzionale di una sua estensione al di là dell'eterosessualità, (*b*) l'idoneità di modelli paralleli, per quanto diversi, a soddisfare (in modo fungibile al matrimonio) l'esigenza di tutela e di riconoscimento, (*c*) il valore della "funzione" familiare, al di là della "istituzione" familiare. Prima però, come anticipato, è necessario soffermarci su quanto emerso dalle istituzioni comunitarie in materia di tutela delle coppie dello stesso sesso.

3. Il sistema comunitario, la nozione di "matrimonio" nella tradizione comune agli Stati europei ed il rinvio alle opzioni nazionali: da una tradizione statica ad una tradizione dinamica

Già l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa con la raccomandazione 1° ottobre 1981, n. 924 aveva affermato la necessità di garantire la

---

[40] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1991, p. XIV, parla di «giuridicizzazione» degli interessi, affermando che la nascita della fattispecie nella realtà si risolve nella creazione di regole giuridiche.

[41] Tale espressione rievoca la *deregulation* di matrice nordamericana. Sul punto v. A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI, A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, p. 7. Per una critica nei confronti del diritto "leggero" v. F.D. BUSNELLI, *La famiglia*, cit., p. 516 ss.

[42] H. KELSEN, *L'amor platonico*, Bologna, 1985, p. 50.

dignità delle *persone* omosessuali [43]. Successivamente il Parlamento europeo, attraverso una serie di risoluzioni, avrebbe costantemente invitato gli Stati membri e gli stessi organi comunitari ad eliminare le discriminazioni nei confronti delle *coppie* omosessuali [44], superando la prospettiva meramente individuale [45]. In particolar modo la risoluzione dell'8 febbraio 1994 [46], il cui contenuto è stato ribadito con quella del 4 settembre 2003 [47], ha esortato la Commissione a raccomandare di «porre fine agli ostacoli frapposti al *matrimonio* di coppie omosessuali» o «a un *istituto giuridico equivalente*, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni». Sembra evidente come il Parlamento europeo, nella sua progressiva opera di persuasione istituzionale, abbia pro-

---

[43] La raccomandazione non faceva riferimento alla legislazione sulle unioni registrate ma invitava gli Stati membri a prendere provvedimenti finalizzati ad eliminare le disuguaglianze tra omosessuali e eterosessuali. Più in particolare richiedeva, ad esempio, la depenalizzazione degli atti omosessuali tra adulti consenzienti, la distruzione delle banche-dati sugli omosessuali, la cessazione delle ricerche mediche finalizzate a modificare l'orientamento sessuale, l'adozione di provvedimenti in grado di assicurare che i diritti di affidamento o di visita dei figli non venissero limitati.

[44] In tal senso v. le risoluzioni dell'8 febbraio 1994 «sulla parità di diritti per gli omosessuali nella comunità», dell'8 aprile 1997 sul «rispetto dei diritti dell'uomo nell'Unione europea nel 1995», del 17 settembre 1998 «sulla parità dei diritti degli omosessuali nell'Unione europea», del 16 marzo 2000 «sulla situazione dei diritti umani nell'Unione europea (1999)», del 4 settembre 2003 «sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2002)».

[45] La stessa Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, arricchendo la propria posizione espressa nel 1981, ha affermato, con la Raccomandazione del 26 settembre 2000, che l'orientamento sessuale dovrebbe essere protetto dalla CEDU, invitando così il Comitato dei Ministri ad aggiungere l'orientamento sessuale alle cause di discriminazione previste dall'art. 14 e gli Stati ad adottare leggi di riconoscimento della *registered partnership*. Su tale documento più diffusamente v. M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio di persone dello stesso sesso in Olanda*, in *Familia,* 2001, p. 422 ss.

[46] Per una lettura critica di tale atto del Parlamento europeo v. S. BALLETTI, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, in *Rass. dir. civ*., 1996, p. 240 ss.; P. SCHLESINGER, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur*., 1994, p. 393 ss., secondo cui il Parlamento europeo ha dato l'impressione di essere troppo frettoloso, esibizionista e poco colto. Lo stesso Autore afferma, alla luce della diversità della coppia omosessuale da quella eterosessuale, che vi è altrettanta discriminazione rispetto agli omosessuali, nel precludere loro il matrimonio, quanta ve ne è nei confronti dei minorenni nel precludere a questi lo *status* di maggiorenni.

[47] Il Parlamento «ribadisce la propria richiesta (…) di abolire qualsiasi forma di discriminazione di cui sono ancora vittime gli omosessuali, in particolare in materia di diritto al matrimonio e all'adozione di minori; (…) raccomanda (…) di riconoscere, in generale, i rapporti non coniugali fra persone sia eterosessuali che omosessuali, conferendo gli stessi diritti riconosciuti alle persone sposate, adottando tra l'altro le disposizioni necessarie per consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione».

spettato, in una logica a "doppia velocità", accanto alla soluzione (più audace) della dilatazione dell'istituzione matrimoniale anche quella (più tenue) del riconoscimento giuridico di un «istituto equivalente» (ma *non eguale*) [48]. Nell'alternativa fatta seguire alla opportunità della modifica del matrimonio può probabilmente leggersi la consapevolezza della difficoltà politica ad attribuire (anche) alle coppie omosessuali la forma più intensa di riconoscimento giuridico, in dissonanza con quella tradizione prevalente, di cui si è detto.

Appare invece irragionevole la assimilazione che il Parlamento europeo, in taluni casi, ha prospettato, "al di fuori" del matrimonio, tra coppie omosessuali e coppie di fatto eterosessuali, esortando gli Stati alla previsione di una comune tutela. Infatti in alcune risoluzioni può leggersi un riferimento ad una generica forma di riconoscimento, che accomuna entrambe le forme di convivenza extra-matrimoniale [49]. Tale assimilazione rischia di neutralizzare la differenza strutturale tra le due tipologie relazionali, l'una (quella omosessuale), che potenzialmente può tendere verso un forte grado di vincolatività e responsabilità giuridica, e l'altra (quella eterosessuale) che naturalmente sfugge all'istituzionalizzazione del rapporto, abbisognando più semplicemente di uno "statuto minimo" [50], che garantisca i diritti fondamentali e i doveri essenziali di solidarietà.

Non può negarsi, inoltre, come la spregiudicatezza delle risoluzioni si sia mostrata, in contrasto con la giurisprudenza delle Corti europee, assai più restrittiva e cauta quanto alla tutela delle coppie omosessuali, in particolar modo in riferimento alla possibilità di accesso all'istituto del matrimonio; la Corte di giustizia ha infatti recepito una più risalente ed univoca giurisprudenza della Corte europea dei diritti. Quest'ultima ha affermato in modo inequivocabile che il *diritto di sposarsi*, garantito dall'art. 12 CEDU, riguarda il matrimonio *tradizionale* tra due persone di sesso biologico diverso, come emergerebbe anche dalla formulazione dell'articolo in cui sono individuati,

---

[48] E. Rossi, *L'Europa e i gay*, in *Quad. cost*., 2000, p. 405, si sofferma sulla duplicità semantica del termine «riconoscimento», da una parte, in relazione alla convivenza extra-matrimoniale, della quale la coppia omosessuale è solo una *species*, e, dall'altra, in relazione al matrimonio omosessuale.

[49] Un esempio in tal senso è la risoluzione del 16 marzo 2000, con cui il Parlamento «chiede agli Stati che non vi abbiano ancora provveduto di modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso»; «rileva pertanto la necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell'UE».

[50] Sulla nozione di «statuto minimo» e di «degiuridificazione» v. E. Roppo, *Come tutelare la famiglia di fatto?*, in *Pol. dir*., 1980, p. 24 ss.

come titolari di tale diritto, «l'uomo e la donna» [51]. Tra l'altro questa "chiusura" non è stata neppure bilanciata dalla giurisprudenza sviluppatasi intorno all'art. 8 CEDU, che riconosce il *diritto al rispetto della vita privata e familiare* [52]. Infatti in più occasioni è stata riconosciuta la dimensione individuale degli omosessuali, garantendo la libertà sessuale come espressione della *vita privata* [53], ma non la dimensione relazionale, e quindi la *vita familiare* in seno ad una coppia convivente formata da persone dello stesso sesso biologico [54];

---

[51] Corte europea dei diritti, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito, Serie A*, n. 106, secondo cui «il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 CEDU fa riferimento al matrimonio tradizionale tra persone biologicamente di sesso diverso. Ciò risulta altresì dalla lettera dell'articolo, là dove si evince con chiarezza che l'art. 12 si preoccupa fondamentalmente di proteggere il matrimonio in quanto fondamento della famiglia»; nello stesso senso successivamente v. Corte europea dei diritti, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito, Serie A*, n. 184; 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, *Serie A*, n. 66; Commissione europea, 9 ottobre 1989, *C. e L.M. c. Regno Unito*, su ric. n. 14753/89, non pubblicata. In queste pronunce emerge un'intima connessione tra il matrimonio ed il fine della procreazione. In generale sull'art. 12 CEDU v. R. TOSI, sub *art. 12*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 369 ss. Un'ulteriore indicazione, anche se indiretta, può essere desunta da Corte europea, 22 aprile 1997, *X, Y, e Z c. Regno Unito*, che ha riconosciuto la pretesa del Sig. X, divenuto uomo in seguito a mutamento di sesso, di essere trattato come padre giuridico dei figli nati alla sua *partner* con inseminazione artificiale. Questa giurisprudenza ammette la riconducibilità delle relazioni dei transessuali alla nozione di «vita familiare», sul presupposto che l'apparenza sociale di conformità al modello tradizionale di matrimonio sembrerebbe essere rispettata, diversamente da quanto accade per gli omosessuali, come osserva C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in F. GRILLINI, M. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, cit., p. 112. Nel caso di specie infatti il Sig. X era un transessuale che aveva vissuto con Y come suo *partner* maschile, comportandosi, sotto ogni aspetto, come il padre di X.

[52] Su tale diritto v. V. ZENO ZENCOVICH, sub *art. 8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 307; L. DE GRAZIA, Il *diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1069 ss.

[53] La criminalizzazione degli atti omosessuali compiuti da adulti consenzienti, afferendo alla libertà sessuale, è stata ritenuta una questione riconducibile sotto la copertura dell'art. 8 CEDU, nella parte in cui tutela la «vita privata». Così si espressa la Corte europea dei diritti, 22 ottobre 1981, *Dudgeon v. United Kingdom*, *Serie A*, n. 45. Lo stesso principio è stato affermato nei casi *Norris* e *Modinos*, rispettivamente 26 ottobre 1988, *Serie A*, n. 142 e 22 aprile 1933, *Serie A*, n. 259. Inoltre, in materia lavoristica, la stessa Corte europea, *Lustig-Prean and Becket v. United Kingdom, Smith and Grady v. United Kingdom*, 27 settembre 1999, *Serie A*, n. 113, ha affermato che l'esonero di omosessuali e lesbiche dalle forze armate inglesi, sulla base delle mere preferenze sessuali, costituisce violazione dell'art. 8. Su questa giurisprudenza v. C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, cit., p. 110 ss.

[54] La giurisprudenza degli organi di Strasburgo, pur estendendo la nozione di famiglia al di là del vincolo matrimoniale, ossia fino alla famiglia naturale e alla convivenza *more uxorio*, nulla dice sulla coppia omosessuale. Sull'estensione di tale nozione v. L. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare*, cit., p. 1072 ss.

l'art. 8 CEDU ha subìto così una applicazione soltanto parziale, limitata alla sfera più intima della persona [55]. Appare in tal senso significativo che la «vita familiare», diversamente da quanto sostenuto per le coppie eterosessuali, non sia stata ritenuta ostativa a provvedimenti di espulsione di stranieri che avevano un *partner* cittadino e residente nello Stato adottante tale provvedimento [56]. La medesima negazione della "comunità di vita" è emersa, ad esempio, dal giudizio sulla ragionevolezza della limitazione, per il *partner* omosessuale sopravvissuto, a succedere nel contratto di locazione di cui era titolare il *partner* deceduto [57]. Dalla giurisprudenza degli organi di Strasburgo può così desumersi una sorta di irrilevanza della coppia omosessuale in relazione non soltanto al matrimonio ma anche alla famiglia di fatto; sembra così che possano "comportarsi" come marito e moglie (convivenza *more uxorio*) soltanto coloro che possono "essere" tali, ossia un uomo e una donna, e non due persone dello stesso sesso biologico. In tale logica il modello tradizionale del matrimonio imprime la propria struttura *anche* al di fuori di se stesso, fornendo i criteri di definizione della convivenza extra-matrimoniale.

Questa prevalenza del modello eterosessuale e la debolezza della tutela delle coppie omosessuali può riscontrarsi anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, come emerge dalla vicenda *Grant* c. *South-West Trains Ltd* [58]. Nel caso di specie la Società SWT, datrice di lavoro della Grant, aveva negato alla compagna di quest'ultima le riduzioni sui prezzi dei trasporti, invece concessi, secondo le previsioni del regolamento aziendale, non solo al *coniuge* ma anche al *convivente di sesso opposto*, con cui il lavoratore avesse una relazione significativa da almeno due anni. La Corte di giustizia, dopo aver escluso che il diniego opposto alla dipendente potesse essere considerato una discriminazione fondata sul sesso [59], ha affrontato il problema della

---

[55] In tal senso v. P. PALLARO, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Riv. intern. diritti dell'uomo*, 2000, p. 117; C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, cit., p. 112.

[56] Commissione, 3 maggio 1983, *X e Y c. Regno Unito*, su ric. n. 9369/81, in *DR* 32, 220; 10 febbraio 1990, *B c. Regno Unito*, su ric. n. 16106/90, in *DR* 64, 278.

[57] Sono univoche in tal senso le decisioni della Commissione: 14 maggio, 1986, *S* c. *Regno Unito*, su ric. 11716/85, in *DR* 47, 274; 15 maggio 1996, *Rosoli c. Germania*, su ric. 28318/95, in *DR* 85, 149. Un'ulteriore significativa vicenda riguarda la negazione della vita familiare anche in relazione ad una coppia di donne, delle quali una era madre di un figlio avuto con inseminazione artificiale, e l'altra rivendicava la concessione di diritti potestativi sul bambino (Commissione, 19 maggio 1992, *Kerkhoven, Hinke c. Paesi Bassi*, 19 maggio 1992, su ric. n. 15666/89, non pubblicata).

[58] Corte giust., 17 febbraio 1998, *Grant c. South-West Trains Ltd*, C-249/96, in *Guida al diritto*, 1998, n. 8, p. 117, con nota di M. RICCIO.

[59] «Le agevolazioni di cui trattasi vengono negate al lavoratore di sesso maschile che viva

"comparabilità" (ai fini di un eguale trattamento) della coppia stabile omosessuale con quella stabile formata da due presone di sesso diverso o da due persone coniugate, affermando che «la Comunità non ha sino ad ora emanato norme che comportino un'equiparazione del genere» [60] e di conseguenza un datore di lavoro non è tenuto in forza del diritto comunitario a trattare allo stesso modo tali tipologie relazionali [61].

Altrettanto significativo appare il caso *D. e Svezia* c. *Consiglio dell'Unione europea* [62], in cui il Tribunale di primo grado delle Comunità europee aveva rigettato il ricorso per l'annullamento del diniego del Consiglio, che aveva negato ad un *partner* registrato di un proprio funzionario l'accesso ad un beneficio previsto, dallo Statuto dei funzionari, per i coniugi [63]. La Corte di giustizia, ribadendo la irrilevanza del principio di parità di trattamento tra uomini e donne [64], ha indagato la natura delle unioni registrate e la sussisten-

---

con una persona dello stesso sesso così come vengono negate al lavoratore di sesso femminile che vive con una persona dello stesso sesso». A tal proposito M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di «familiare» tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Familia,* 2003, p. 824 ss, che si sofferma sul divieto di discriminazione tra uomini e donne in questa pronuncia.

[60] «Nella maggior parte degli Stati membri» la relazione omosessuale «non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori dal matrimonio se non per quanto riguarda un numero limitato di diritti oppure non è oggetto di nessun riconoscimento particolare» (v. pronuncia ultima citata) ed il matrimonio, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte europea, è quello tradizionale tra un uomo e una donna.

[61] La Corte di giustizia (nella pronuncia ultima citata), pur affermando la non integrazione di una discriminazione fondata sul sesso e la non comparabilità di tali tipologie di convivenza, è arrivata a qualificare il diniego di *benefits* come una *discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*. «Tuttavia» il rispetto dei diritti fondamentali non può comportare «un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità»; «allo stato attuale il diritto comunitario non si applica ad una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Va però osservato che il Trattato di Amsterdam (…) ha previsto di aggiungere al Trattato Ce un articolo 6 A, il quale (…) consentirà al Consiglio di emanare i provvedimenti necessari per l'eliminazione di diverse forme di discriminazione, ed in particolare di quelle fondate sull'orientamento sessuale».

[62] Corte giust., 31 maggio 2001*, D. e Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, C-122/99 P e C-125/99 P, in *Gius. civ*., 2001, I, p. 2581 ss.

[63] Su questa pronuncia più diffusamente v. E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost*., 2001, p. 695 ss.; M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento*, cit., p. 826 ss.; B. PEZZINI, *Matrimonio e convivenze stabili registrate. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in *Riv. dir. pubbl. com*., 2001, p. 1519 ss.

[64] «Va rilevato (…) che il fatto che il dipendente sia uomo o donna è indifferente ai fini della concessione dell'assegno di famiglia. La disposizione pertinente allo Statuto, che riserva l'assegno di famiglia al dipendente coniugato, non può pertanto considerarsi come discriminatoria in base al sesso».

za di una analogia tra questa opzione alternativa di formalizzazione del rapporto e l'istituzione matrimoniale. È sembrato però «pacifico che il termine "matrimonio", secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso» e, per quanto una molteplicità di Stati abbia accordato un riconoscimento giuridico anche alle coppie omosessuali, tali forme di registrazione rimangono *distinte* dal coniugio, attribuendo tra l'altro effetti eterogenei e, in alcuni casi, soltanto, paragonabili a quelli del matrimonio. La Corte di Lussemburgo ha deciso così che «spetta unicamente al legislatore adottare, se del caso, provvedimenti che possano influire su tale situazione, per esempio, modificando i termini dello Statuto».

Il caso *Grant* e quello *D. e Svezia* presentano delle diversità, visto che il primo presuppone la mancanza di una tutela nazionale e riguarda la comparabilità di una coppia omosessuale a quella eterosessuale (coniugata o semplicemente convivente *more uxorio*), mentre il secondo presuppone il riconoscimento, a livello nazionale, dell'unione (registrata) omosessuale e riguarda la comparabilità di quest'ultima con l'istituto matrimoniale [65]. Tuttavia da questa giurisprudenza è possibile enucleare un quadro comune di principi:

1) *l'irrilevanza della discriminazione fondata sul sesso*. La problematica della tutela delle coppie dello stesso sesso esula dalla sfera di applicabilità del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, potendo riguardare invece le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale (come nel caso *Grant*) o sullo *status* civile (come nel caso *D. e Svezia*) [66].

2) *la eterosessualità dell'istituzione matrimoniale*. La diversità del sesso dei coniugi è un elemento strutturale e paradigmatico dell'istituto, alla luce della tradizione comune degli Stati europei [67] e dei «concetti prevalenti nell'insieme della Comunità» [68].

---

[65] A proposito dei due casi, B. Pezzini, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali*, cit., p. 1521, mette in evidenza una contraddizione giurisprudenziale. La Corte di giustizia nel caso *D. e Svezia* farebbe valere un'autonoma interpretazione del diritto comunitario (impedendo di riconoscere l'equiparazione tra matrimonio e unione registrata), mentre nel caso *Grant* si limiterebbe ad un rinvio al legislatore nazionale (non avendo il diritto comunitario equiparato l'unione omosessuale a quella eterosessuale, coniugata o convivente). Si può forse osservare che la contraddizione è soltanto apparente, sul presupposto che nel secondo caso la Corte di giustizia non ha da contrapporre al vuoto di tutela nazionale nessuna «autonoma valutazione», essendo tale vuoto non in dissonanza con lo stesso diritto comunitario.

[66] In tal senso v. M. Bonini Baraldi, *Parità di trattamento*, cit., p. 825 ss.

[67] B. Pezzini, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali*., cit., p. 1519, parla di «nozione comunitaria» del matrimonio.

[68] Il Trib. Cost. Fed. Ted., 4 ottobre 1993, in *FamRZ*, 1993, p. 1419 ss., ha rigettato il ricor-

3) *la eterosessualità della famiglia di fatto*. Il modello matrimoniale tradizionale imprime la propria forma anche sulla famiglia di fatto, estromettendo dalla nozione di convivenza *more uxorio* la coppia formata da persone dello stesso sesso biologico, dovendo dedursi che non solo gli omosessuali non possono essere marito e moglie ma neppure i loro comportamenti possono essere socialmente percepiti e giuridicamente qualificati *come se fossero* tali.

4) *la primazia del matrimonio sulle unioni registrate.* La diversificazione tra gli *status* civili sembra affievolire, a livello comunitario, la logica dell'«istituto equivalente», ossia della soluzione "alternativa" al matrimonio, prospettata dal Parlamento europeo nelle proprie risoluzioni.

5) *l'inadeguatezza giurisprudenziale e il rinvio al legislatore (comunitario o nazionale)*. La Corte di giustizia, da una parte (caso *Grant*), dinanzi ad un vuoto di tutela, ha rinviato al legislatore nazionale la scelta di equiparazione della coppia omosessuale (almeno) alla coppia di fatto eterosessuale, e dall'altra (caso *D. e Svezia*), dinanzi al riconoscimento di un istituto equivalente (ma diverso dal matrimonio), affermando l'impossibilità di una equiparazione «per via semplicemente interpretativa» dei *partners* ai coniugi, ha rinviato al legislatore comunitario l'adozione di un provvedimento, capace di «influire su tale situazione».

Questi principi, che caratterizzano la giurisprudenza della Corte di giustizia, per quanto siano evidenti la circolarità e la contaminazione con gli indirizzi degli organi di Strasburgo, possono sintetizzare la tradizione comune agli Stati europei, caratterizzata da una certa insensibilità verso la tutela delle coppie omosessuali, come emerge soprattutto dai punti 2), 3), e 4). Non può negarsi però che questa tradizione, diversamente da quella religiosa-confessionale, debba essere ricostruita e letta in una prospettiva non statica (-giusnaturalistica) ma dinamica (-storicistica). Il patrimonio costituzionale comune agli Stati europei può senza dubbio avvicinarsi (o addirittura coincidere), in un certo momento storico, con una tradizione antica, come quella giudaico-cristiana; quest'ultima, con i suoi canoni morali e teologici, può fornire taluni strumenti utili ad interpretare i parametri costituzionali ma la sua immutabilità confessionale non può neutralizzare i processi storici di evoluzione delle istituzioni (come il matrimonio civile) e delle dinamiche democra-

---

so, proposto da alcune coppie omosessuali che lamentavano il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi nella Regione della Baviera, affermando che il matrimonio è un'unione tra un uomo e una donna e che non sussiste alcuna testimonianza di un qualsiasi «progresso sociale» in grado di alterare questa fondamentale premessa. Su questa pronuncia v. M. BRUNS, *Art. 6 I GG und gesetzliche Regelungen fur gleichgesechlechtliche Lebensgemeinschaften*, in *ZRP*, 1996, p. 6.

tiche (come il processo di "inclusione" delle minoranze [69]). Il sistema comunitario presuppone infatti una propria potenzialità *evolutiva* che può desumersi non soltanto dall'attività di persuasione del Parlamento europeo, in alcuni casi in aperto contrasto con la tradizione religiosa [70], ma anche dalla giurisprudenza delle Corti europee, come emerge, in primo luogo, da quanto ha affermato la Corte europea dei diritti nel caso *Cossey* [71], secondo cui una nuova interpretazione dell'art. 12 CEDU (diritto al matrimonio) non sarebbe possibile perché non vi è *ancora* (presupponendo che possa esservi) un diffuso allontanamento degli Stati dal modello classico. Inoltre la Corte di giustizia ha significativamente affermato che le coppie stabili omosessuali non sono equiparabili neppure alla coppia stabile eterosessuale «allo stato attuale» (e non in assoluto) [72]. Tra l'altro nella stessa pronuncia si argomenta tale differenziazione sul presupposto che «nella maggior parte degli Stati membri» la comunione di vita tra persone dello stesso sesso «non è oggetto di nessun riconoscimento particolare»; negli anni successivi a questa decisione, come vedremo nei prossimi paragrafi (parr. 5, 6 e 7), vi è stata invece una proliferazione di modelli e opzioni di tutela, proprio nella gran parte degli Stati europei, potendo così essere individuata una prima e (già) attuale crisi di quel quadro di principi, di cui si è detto. La stessa Corte di giustizia, in altro caso, pur ritenendo che il riconoscimento dell'unione stabile in alcuni Stati membri non può avere come conseguenza quella di ricomprendere, per via interpretativa, nella nozione di "coniuge" persone soggette ad un regime distinto dal matrimonio, non sembra che abbia negato la possibilità di recepire un nuovo significato di tale termine, nell'ipotesi in cui i legislatori nazionali arrivino a istituire più diffusamente (come sta accadendo) tali unioni "parallele" al matrimonio [73].

Una conferma di questa dinamicità, presupposta dal sistema comunita-

---

[69] P. ADAM, *Le coppie gay e lesbiche in Francia e la loro richiesta di riconoscimento legale: uno sguardo sociologico*, in F. GRILLINI, M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, cit., p. 209 ss., osserva come il riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale acquista un valore aggiunto, ai fini dell'inclusione sociale, nei confronti dei soggetti più deboli e delle classi meno abbienti, poiché «i dirigenti e le persone impegnate in professioni intellettuali superiori godono, nel loro ambiente, di una migliore accettazione o tolleranza della loro omosessualità, situazione che facilita l'instaurazione di un progetto di coppia. Al contrario, vivendo in universi meno tolleranti riguardo l'omosessualità, gli individui appartenenti ad ambienti più modesti si limitano più spesso ad una sessualità anonima».

[70] A tal proposito v. nota 30.

[71] Corte europea dei diritti, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito, Serie A*, n. 184.

[72] Corte giust., 17 febbraio 1998, *Grant c. South-West Trains Ltd*, cit., p. 117 ss.

[73] Corte giust., 31 maggio 2001*, D. e Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, p. 2581 ss.

rio, può leggersi nello scarto tra l'art. 12 CEDU, in cui vi è un riferimento evocativo all'uomo e alla donna, e l'art. 9 della Carta dei diritti, secondo cui «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», essendo così posto l'accento (*a*) sulle opzioni del legislatore, a cui la norma né vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni omosessuali [74], e (*b*) sulla non-coincidenza tra matrimonio e famiglia, non dovendo quest'ultima risolversi necessariamente nei confini del primo [75]. Tra l'altro appare sintomatico di un diffuso mutamento di sensibilità il disposto letterale dell'art. 21 della Carta dei diritti che aggiunge, rispetto all'art. 14 CEDU l'«orientamento sessuale» ai motivi del divieto di discriminazione [76], per quanto la logica della parità di trattamento, come vedremo più avanti (par. 8), faccia sorgere dei dubbi sulla propria utilità ai fini dell'attribuzione di uno *status*, inteso come un *complesso* di diritti e di obblighi.

In definitiva può affermarsi che il sistema comunitario, quanto al riconoscimento delle coppie omosessuali, presuppone «l'autonomia delle legislazioni nazionali» [77] (vista tra l'altro l'incompetenza comunitaria in materia di *status* civile), valorizza il «pluralismo culturale» [78], rinvia alle scelte politiche degli Stati europei, il cui patrimonio comune è ricomponibile soltanto *ex post*

---

[74] S. RODOTÀ, *Presentazione* a F. GRILLINI e M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, cit., p. XIV, afferma che «nel momento in cui l'Europa si costituisce anche come area dei diritti, l'uniformità non viene considerata come un bene da perseguire in ogni caso e ad ogni costo: vi sono situazioni, al contrario, in cui la pienezza della tutela dei diritti è radicata nella loro articolazione secondo le diversità culturali. Qui non si riflette l'idea, avanzata in altri settori, di un'Europa a più velocità. Si individua, invece, un nesso tra diritti e pluralismo culturale».

[75] S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., p. XIV, osserva suggestivamente che «in un quadro caratterizzato da una pluralità di modelli, l'istituzione matrimoniale classica può trovare una nuova legittimazione sociale proprio perché non si presenta più coi caratteri della necessità o dell'imposizione, ma diventa il frutto di una scelta consapevole, e soprattutto libera».

[76] Sul divieto di discriminazione fondato sulle tendenze sessuali v. M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio di persone dello stesso sesso in Olanda*, in *Familia*, 2002, p. 422 ss.; E. CALÒ, *Dalla famiglia di fatto al piccolo matrimonio: un diritto comunitario della famiglia?*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 676 ss.; C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, cit., p. 114 ss.

[77] S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., p. XIV.

[78] In tal senso S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., p. XIV, il quale afferma che la imposizione di un modello esclusivo a livello europeo avrebbe obbligato a ritenere legittime solo le unioni tradizionali, «facendo da ciò discendere la limitazione o l'esclusione dei diritti di coppia in tutti gli altri casi».

(e non *ex ante*, come per la tradizione confessionale), in un certo momento storico. Tenteremo così di dare ordine alla pluralità dei livelli nazionali di tutela alla luce del criterio della *intensità* di riconoscimento, assumendo l'estensione dell'istituto matrimoniale come il livello più alto (1°); analizzeremo poi il modello delle socialdemocrazie scandinave (2°), che hanno creato un istituto equivalente al matrimonio, le soluzioni più "leggere" (3°), che non incidono sullo *status* civile, ed infine la scelta di taluni Stati di non riconoscere in alcun modo le coppie omosessuali (4°).

4. Il modello delle socialdemocrazie scandinave. L'istituto «equivalente» (ma non eguale) al matrimonio e la sua diffusione (il 2° livello)

In realtà, il criterio storico di analisi dei modelli impone, da subito, una deroga all'esposizione secondo il criterio della intensità, sul presupposto che le prime forme di riconoscimento, adottate dalle socialdemocrazie scandinave a partire dalla fine degli anni '80, non sono andate nel senso dell'ampliamento del matrimonio *anche* alle coppie omosessuali ma si sono concretizzate nella istituzione delle "unioni registrate" [79], ossia di un «istituto equivalente» ma non identico al matrimonio; quella sorta di opzione alternativa di cui ha parlato il Parlamento europeo. Il paese pilota è stato la Danimarca [80],

[79] L'istituto in Islanda è invece denominato «convivenza omologata», per quanto alla particolarità terminologica non corrisponda una differenziazione nei contenuti. Deve essere precisato che l'unione registrata rappresenta in realtà un momento (successivo) di "maturazione" del processo di inclusione delle coppie omosessuali. Di «maturità» dei sistemi nazionali parla C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, cit., p. 125 ss. (in relazione alla depenalizzazione degli atti omosessuali tra adulti consenzienti, alla parificazione dell'età del consenso per gli atti omosessuali ed eterosessuali, ecc.). A tal proposito appare significativo come tale processo inclusivo sia passato attraverso la previsione di strumenti di tutela non esclusivamente apprestati per la coppia omosessuale; strumenti di diritto comune, che avevano in quella tipologia relazionale soltanto *uno* dei destinatari. Ad esempio, in Svezia (1987) e in Norvegia (1991) la *partnership* registrata è stata anticipata dall'istituto della «comunione domestica», funzionale alla disciplina della convivenza di taluni soggetti, indipendentemente dalla stabilità dei rapporti e dal numero degli stessi (quindi anche al di là della coppia); una disciplina assai essenziale finalizzata principalmente a neutralizzare gli abusi e a tutelare il diritto fondamentale alla abitazione. Su tali discipline più approfonditamente v. G. ADEZATI, *Nuove unioni e nuovi status*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX, A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, pp. 187 ss. e 197.

[80] Legge 7 giugno 1989, n. 372.

seguito dalla Norvegia [81], dalla Svezia [82], dall'Islanda [83] e dalla Finlandia [84].

Questo modello è caratterizzato da una sorta di logica del "parallelismo", sulla base della quale si estendono alla *partnership* registrata le disposizioni del codice civile in materia di matrimonio e quelle contenute in altre leggi nazionali riferite ai coniugi, salvo talune limitazioni espressamente previste [85] (generalmente in materia di adozione, di inseminazione artificiale ed in riferimento alle norme la cui *ratio* è connessa al sesso biologico) [86]. Le discipline scandinave hanno una struttura normativa comune, utilizzando la medesima tecnica di "rinvio, salvo eccezione", attraverso cui i legislatori nazionali hanno tentato di realizzare un *bilanciamento* tra l'esigenza di attribuzione di un riconoscimento giuridico (*rectius*, di istituzionalizzazione) delle coppie omosessuali e le resistenze culturali connesse alla tradizionale configurazione dell'istituto matrimoniale. L'ulteriore carattere distintivo è rappresentato dall'esclusività del destinatario, visto che soltanto le coppie omosessuali (e non quelle eterosessuali non coniugate) possono accedere alla formalizzazione dell'unione [87]; questa delimitazione soggettiva delle normative può essere spiegata in relazione alla volontà di attribuire alla coppia del medesimo sesso

---

[81] Legge 30 aprile 1993, n. 40.

[82] Legge 23 giugno 1994.

[83] Legge 12 giugno 1996.

[84] Legge 8 novembre 2001, n. 950.

[85] L'art. 3 della legge danese è analogo infatti all'art. 4 della legge norvegese («La *partnership* registrata ha gli stessi effetti giuridici del matrimonio, ad eccezione di quanto disposto dall'art. 4»), alla sezione 1, capitolo 3, della legge svedese («La *partnership* registrata ha gli stessi effetti giuridici del matrimonio, tranne per quanto disposto dalle sezioni 2-4»), alla sezione 1 della legge islandese («La *partnership* registrata ha gli stessi effetti giuridici del matrimonio, ad eccezione di quanto disposto dalla sezione 2»), al capitolo 3 della legge islandese («Gli effetti giuridici della *partnership registrata* sono i medesimi del matrimonio, salvo quanto diversamente disposto»).

[86] Per un'analisi delle singole normative nazionali v. G. ADEZATI, *Nuove unioni e nuovi status*, cit., p. 177 ss.; S. ASPREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano, 2003, p. 35 ss.; E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali*, Milanofiori, 2004, p. 21 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 163 ss.; R. TORINO, *I nuovi modelli legali di relazioni familiari nei sistemi giuridici europei*, Relazione svolta al seminario su «Patto civile di solidarietà. Una prospettiva europea per le convivenze italiane» (Roma, 13 febbraio 2004); J.K.A. DINESEN, *Il "registered partnership": un approccio nordico alla legislazione per coppie non sposate*, in F. GRILLINI, M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, cit., p. 185 ss.; C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, cit., p. 136 ss.; I. LUND-ANDERSEN, *The Danish Registered Partnership Act*, in K. BOELE, A. FUCHIS (a cura di), *Legal recognition of same – sex couplet in Europe*, Oxford-New York, 2003, p. 13 ss.

[87] Su questo profilo v. C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, cit., p. 137 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 164.

uno *status* distinto da quello della famiglia di fatto, composta da persone che avrebbero potuto sposarsi ma che hanno liberamente deciso di non farlo, accentuandone invece la somiglianza e la vicinanza alla posizione giuridica (e sociale) della coppia coniugata [88]. In questa logica l'opzione dell'istituto alternativo rappresenta, per intensità, il secondo livello di riconoscimento, ossia quello più prossimo al matrimonio (*anche* omosessuale).

La soluzione scandinava dà vita così ad una simmetria di opzioni, visto che in alternativa all'unione libera (a), da una parte, le coppie eterosessuali possono accedere al matrimonio (b1), e, dall'altra, le coppie dello stesso sesso all'unione registrata (b2); gli Stati [89] che invece riconoscono anche alle coppie eterosessuali la possibilità di una formalizzazione dell'unione "distinta" dal matrimonio, sottoponendole alla medesima disciplina delle coppie omosessuali, producono una disuguaglianza quanto alle opzioni riconosciute dall'ordinamento [90]. Infatti in questi modelli, diversamente da quello che accade nei paesi scandinavi, la coppia eterosessuale può scegliere tra 1) il matrimonio, 2) la convivenza formalizzata e 3) l'unione libera, mentre la coppia omosessuale ha accesso soltanto alle soluzioni 2) e 3).

Continuando nella enucleazione dei profili comuni, può essere rilevata la natura volontaristica dell'unione, a cui la legge riconduce degli effetti tipici soltanto dopo che i *partners* hanno deciso di registrarsi. Questa soluzione sottende la tutela di un valore costituzionale diverso da quello tutelato dai sistemi «presuntivi» [91] (propri di alcuni Stati dell'America Latina), che invece connettono direttamente la produzione degli effetti normativi alla sussistenza di un fatto (ossia alla sussistenza di una coppia, che è tale alla luce di una serie di indici sintomatici individuabili *ex post*: stabilità, continuatività, presenza di una dimora familiare, ecc.); il modello scandinavo valorizza la libertà individuale dei *partners*, facendo prevalere l'autonomia soggettiva, che si manifesta nel momento della scelta dell'unione, sull'esigenza di tutelare il soggetto più debole della coppia, che trova una maggiore protezione in un regime legale, la cui applicazione è svincolata dalla volontà individuale e quindi dai rapporti di sudditanza interni alla coppia stessa.

Inoltre la logica dell'«istituto equivalente» è caratterizzata dalla creazio-

---

[88]… per quanto non "identica" ad essa.

[89] A tal proposito v. nota 97 e quanto si dirà sul modello francese (par. 6).

[90] In questo senso v. G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 171 ss.

[91] Questa classificazione è di G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit. 172 ss. Sulla distinzione tra sistemi «opzionali» e «non opzionali» (o «presuntivi») v. anche R. TORINO, *I nuovi modelli legali di relazioni familiari*, cit., p. 10 ss.

ne di uno *status* civile, analogamente all'istituto matrimoniale e diversamente dagli effetti (limitati) prodotti dalle soluzioni più "leggere" (par. 6), che rappresentano il terzo livello della gerarchia per intensità; uno *status* che istituzionalizza un complesso di diritti e di obblighi, che attribuisce un riconoscimento (*rectius*, legittimazione) sociale alle coppie omosessuali, rappresentando un «veicolo primario di raccordo fra il pubblico e il privato» [92]. L'analogia con gli effetti del coniugio emerge chiaramente dalle norme delle legislazioni scandinave, che prevedono espressamente che nessuno possa contrarre matrimonio, a pena di nullità, quando esista a suo nome la registrazione di un'unione con altra persona [93]; in questo limite per la libertà individuale alla formalizzazione dei rapporti risiede il sintomo più evidente della equivalenza dei due istituti, non cumulabili né compatibili, come potrebbe essere invece un semplice contratto di convivenza stipulato con un amico, con cui una persona coniugata si trovi, magari per motivi lavorativi, a condividere una casa per un certo periodo, lontano dalla dimora familiare. Tra l'altro le unioni registrate generano, tra un *partner* e i parenti dell'altro *partner*, rapporti di parentela e di affinità identici a quelli che riguardano i coniugi, alla luce di quel "rinvio" generale alla disciplina matrimoniale, effettuato dalle legislazioni scandinave, che non annoverano tra le "eccezioni" tali rapporti, quindi la dimensione relazionale dello *status*.

Un ulteriore spirito comune può essere individuato e riguarda i requisiti di costituzione dell'unione, tra cui è richiesta la cittadinanza nazionale, la stabile residenza o il domicilio sul territorio di almeno uno dei *partners*. Questa limitazione è probabilmente connessa all'esigenza storica di arginare il fenomeno del «turismo para-matrimoniale» [94] di quelle coppie composte da cittadini di Stati privi di qualsiasi forma di riconoscimento, dai quali gli omosessuali avrebbero interesse ad allontanarsi per vivere la propria vita familiare. Vi è stata invece un'apertura nei confronti delle coppie di cittadini degli Stati in possesso di istituti simili [95], nei confronti dei quali sarebbe risultata irra-

---

[92] G. ADEZATI, *Nuove unioni e nuovi status*, cit., p. 179 ss., il quale si sofferma sul valore sociale dello *status*. Sullo *status* come strumento di differenziazione individuale v. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993.

[93] Sono emblematici in tal senso l'art. 7, secondo comma, della legge norvegese, secondo cui «Nessuno può contrarre matrimonio se vi siano un precedente matrimonio o una precedente *partnership* registrata» e la sezione 3, terzo comma, della legge svedese, secondo cui «La registrazione non può effettuarsi se la persona è coniugata o registrata come *partner*».

[94] R. TORINO, *I nuovi modelli legali di relazioni familiari*, cit., p. 15 ss.

[95] In questa direzione sono andate la legislazione danese (emendata nel 1999) e la più recente legislazione finlandese (2001). Sul punto v. R. TORINO, *I nuovi modelli legali di relazioni familiari*, cit., p. 15 ss.

gionevole la "chiusura", di cui si è detto; da qui sembra emergere in modo evidente la presupposizione di un modello omogeneo ed univoco, del quale gli stessi Paesi scandinavi hanno favorito la circolazione all'interno di un'area geo-politica limitata.

Questo modello però si è dimostrato persuasivo e mobile, tanto da valicare quei confini. Infatti, ancor prima della Finlandia [96], l'Olanda [97] e la Germania [98], due paesi estranei a tale area, hanno adottato la stessa logica di riconoscimento dell'unione [99]. Come il legislatore olandese ha disposto che la registrazione della *partnership* si effettui attraverso l'iscrizione in un registro da parte di un funzionario dello stato civile [100], così il legislatore tedesco ha disposto che due persone dello stesso sesso devono dichiarare, dinanzi al-

---

[96] Legge 8 novembre 2001, n. 950. Sull'introduzione della convivenza registrata in Olanda v. M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari*, cit., p. 419 ss.; E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali*, cit., p. 126 ss.; SCHRAMA, *Registered Partnership in the Netherlands*, in *International Journal of Law, Policy and Family*, 1999, p. 315 ss.; E.M.H. HIRSCH BALLIN, *De wetgever en het huwelijk*, in *FJR*, 1985, p. 41 ss.; C. WAALDIJK, *Naar een gelijkgeslachtelijk huwelijk*, in *FJR*, 1995, p. 223 ss.; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Geregistrred partnerschap in de Europee Unie, Kanttekeningen over de internazionale reikwijdte van het wetsvoorstl*, in *NJB*, 1995, p. 1566 ss.; ID., *Het geregistreerd partnershap, het homohuwelijk en het IPR*, in *NJB*, 1999, p. 305 ss.

[97] Legge 5 luglio 1997. Questa legge ha introdotto nel Codice civile olandese il nuovo Titolo V A, che comprende gli artt. da 80a ad 80c. Appare significativo come la disciplina olandese estenda l'accesso all'unione registrata *anche* alle coppie eterosessuali. Questa soluzione prima del 2001, quando è stato riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, aveva generato quella disuguaglianza tra le opzioni di formalizzazione, visto che l'ordinamento attribuiva alle coppie omosessuali soltanto la possibilità dell'unione libera (1) o di quella registrata (2), ossia una *chance* in meno delle coppie eterosessuali, che avrebbero potuto anche sposarsi (3). L'apertura del matrimonio agli omosessuali è venuta a «riequilibrare il piatto della bilancia», come afferma G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 166.

[98] Legge 16 febbraio 2001. Sulla convivenza registrata in Germania v. C. CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, p. 501 ss.; J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale tedesca*, *ivi*, 2003, p. 503 ss.; D. HEINREICH, *Kollisionrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspatnerschaft*, in *FamRZ*, 2002, p. 137 ss.; D. JAKOB, *Die eingetrangene Lebenspartnerchaft im Europarecht, ivi*, 2002, p. 801 ss.; R. WAGNER, *Das neue internazionale Privat – und Verfahresrecht zur eingetrage – nen Lebenspartnerschaft*, in *IPrax*, 2001, p. 281 ss.

[99] Anche l'Inghilterra ha adottato una soluzione analoga approvando una legge (18 novembre 2004) sull'unione registrata (in vigore dal 19 dicembre 2005). Sul *Civil Partnership Bill* e sulle singole problematiche nell'ordinamento britannico v. F. GIARDINI, *Verso una disciplina giuridica delle Same-sex partnerships in diritto inglese*, in *Familia*, 2004, p. 149 ss.; D.J. WEST, *Matrimoni omosessuali in Inghilterra*, in F. GRILLINI e M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, cit., p. 191 ss.

[100] Art. 80, quinto e sesto comma, c.c. olandese.

l'autorità competente, vicendevolmente, personalmente e in presenza dell'altra, che desiderano condurre insieme una convivenza [101].

In questi due Paesi un contributo alla legittimazione della costruzione di un istituto equivalente, ma separato e non identico al matrimonio, è provenuto anche dalla giurisprudenza (comune e costituzionale). In Olanda già nel 1990 la Corte Suprema olandese [102], dinanzi alla pretesa di due lesbiche che chiedevano di sposarsi, per quanto avesse negato la sussistenza di un diritto al matrimonio fra persone del medesimo sesso, sul presupposto che il regime legale del coniugio è connesso (anche) alla filiazione e al sesso biologico, affermò l'irragionevolezza del mancato riconoscimento di *alcuni* degli effetti giuridici di tale istituto; con questo modo di argomentare si operava una "scomposizione" del contenuto dell'istituzione matrimoniale, fornendo una indicazione di principio al legislatore, a cui sarebbe toccata la costruzione normativa di un istituto parallelo, anche se diverso, proprio alla luce dell'impossibilità *naturale* della coppia omosessuale di essere destinataria di taluni degli effetti tipici. La Corte costituzionale tedesca, invece, con la sentenza 17 luglio 2002 [103], dovendo decidere sui dubbi di costituzionalità della legge sulla *Lebenspartnerschaftsgesetz*, sollevati da alcuni *Lander*, si è pronunciata sulla legittimità della convivenza registrata rispetto al parametro costituzionale rappresentato dall'art. 6, primo comma, *GG*, che predispone una «particolare protezione» [104] per il matrimonio. In particolar modo, secondo i ricorrenti non sarebbe stato leso il diritto fondamentale dei coniugi a contrarre matrimonio [105] o il diritto a difendersi da ingerenze statali ma l'imma-

---

[101] Legge 16 febbraio 2001, par. 1. Deve essere precisato però che in Germania l'assimilazione al matrimonio è meno intensa rispetto ai Paesi scandinavi, visto che è esclusa l'applicabilità delle norme sulla ripartizione compensativa dei diritti alla pensione fra i coniugi in caso di scioglimento dell'unione, sulla pensione spettante ai funzionari pubblici in caso di morte di uno dei coniugi o sul trattamento fiscale dei coniugi. Tra l'altro il legislatore tedesco, come quello olandese, ha utilizzato una tecnica legislativa diversa da quella dei Paesi scandinavi, visto che non vi è un mero "rinvio" alla disciplina matrimoniale ma la redazione di una disciplina autonoma (anche se simile). In controluce può forse leggersi in questo atteggiamento una certa cautela, essendo evidenziato che tale unione («convivenza registrata») è altra cosa rispetto al matrimonio; una sorta di "complesso" della tradizione.

[102] Suprema Corte d'Olanda, 19 febbraio 1990, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1992, par. 3.6. Su questa pronuncia v. M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari*, cit., p. 446.

[103] *Bundesverfassungsgericht*, 17 luglio 2002, in *NJW*, 2002, p. 22543. Su questa pronuncia si sofferma a lungo J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 503 ss.

[104] Questa è la traduzione che può leggersi in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA e M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione europea*, Padova, 2001.

[105] … sul presupposto che la legge tedesca non incide sulla libertà di esercitare tale diritto.

gine dello stesso istituto finalizzato naturalmente all'unione tra uomo e donna nonché alla comunione tra genitori e figli; una lesione derivante dalla tutela della convivenza registrata con norme *simili* a quelle del matrimonio, evidentemente alla luce di «una scala di valori prioritaria, cristiana-occidentale» [106]. I giudici costituzionali hanno però fornito una interpretazione laica della Costituzione, sottratta al vincolo interpretativo della logica confessionale, che è risultata recessiva rispetto all'esigenza di soddisfare altri principi costituzionali. In questa pronuncia si è affermato in modo chiaro che la tutela "speciale" che la Costituzione appresta per il matrimonio porta con sé (a) un limite negativo, visto che tale istituto, perché costituzionalizzato, non può essere soppresso con una legge ordinaria, e (b) un limite positivo, visto che il legislatore deve promuoverlo, per quanto quella specialità non possa risolversi in una «esclusività» [107] della tutela, che neutralizzerebbe i diritti delle coppie omosessuali. In definitiva è stato negato l'assioma secondo il quale la «particolare protezione» costituzionale del matrimonio dovrebbe produrre un impedimento alla costruzione normativa di un istituto analogo ad esso, affermando così la piena legittimazione costituzionale della logica del parallelismo [108].

Tra l'altro deve essere precisato che la norma costituzionale che si assumeva violata non si limita a prevedere la tutela del matrimonio (o, in modo ancor più problematico, della *famiglia fondata sul matrimonio*, come dispone l'art. 29 della Costituzione italiana) ma riconosce in modo autonomo, come emerge dal disposto letterale [109], una particolare protezione *anche* per la famiglia, facendo emergere che questa non possa esaurirsi nel rapporto di coniugio. A maggior ragione tale argomentazione dovrebbe valere per i Paesi scandinavi, le cui Costituzioni non si informano ad un principio di specialità in

---

[106] J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 509, mette in evidenza così il peso della tradizione confessionale come strumento interpretativo dei parametri costituzionali.

[107] Ancora J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 513 afferma che «la pretesa esclusività del matrimonio non è altro che l'inserimento di un elemento appartenente all'insegnamento delle grandi chiese, segnatamente della Chiesa cattolica».

[108] Tra l'altro la Corte costituzionale tedesca ha fornito un ulteriore contributo alla legittimazione costituzionale dell'istituto "alternativo", ritenendo infondata la violazione del principio d'uguaglianza (art. 3, primo comma, *GG*), argomentata invece dai ricorrenti alla luce della esclusione delle coppie eterosessuali dalla disciplina della convivenza registrata. I giudici costituzionali hanno affermato infatti che tale disparità di trattamento è giustificata sul presupposto che l'uomo e la donna non subiscono alcun pregiudizio da tale istituto (parallelo), potendo comunque accedere al matrimonio.

[109] L'art. 6, primo comma, della Costituzione tedesca dispone che «Il *matrimonio* e la *famiglia* godono della particolare protezione dell'ordinamento statale».

favore del matrimonio, limitandosi, tra l'altro soltanto in alcuni casi, ad affermare la tutela della famiglia [110]. In questa prospettiva emerge il superamento di quella tradizione, intimamente connessa alla primazia dell'"istituzione" matrimoniale e l'affermazione di una diversa tradizione, quella del costituzionalismo, che pur non negando i principi della prima, valorizza maggiormente la "funzione" [111] familiare, attraverso non solo l'attività del legislatore ma anche l'attività interpretativa dei giudici (come in Germania e in Olanda); una valorizzazione di taluni elementi sintomatici, come la stabilità del rapporto, la comunità affettiva, economica, sessuale, la presenza di una dimora familiare, che non possono certamente essere considerati un patrimonio esclusivo di una relazione eterosessuale.

5. La dilatazione dell'istituzione matrimoniale e il principio di irrilevanza del sesso biologico dei coniugi (il 1° livello)

Il modello appena descritto è stato in realtà "superato" dall'Olanda [112], successivamente seguita dal Belgio [113] e recentemente dalla Spagna [114], attraverso una estensione del contenuto del matrimonio, che ha scardinato il *principio dell'eterosessualità*, ritenuto dalla dottrina tradizionale un elemento essenziale [115] di tale istituto; in questa "apertura" si è consumato il momento di attrito più forte tra la cultura laica di alcuni Stati nazionali e quella confessionale. In realtà già la Svezia nel 1978 istituì una commissione che avrebbe

---

[110] Nessun riferimento alla tutela della famiglia (né tanto meno al matrimonio) vi è, ad esempio, nelle Costituzioni danese e svedese. La Costituzione finlandese (art. 15, terzo comma) invece afferma che «Le autorità pubbliche sosterranno anche le capacità delle famiglie e di altri che siano incaricati alla cura dei bambini a provvedere al loro benessere ed alla loro crescita individuale».

[111] Sulla nozione di "funzione" familiare si soffermano M. BESSONE, sub *art. 29 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 34; G. PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 1439; F. GHIRETTI, *La successione dei figli naturali alla luce degli artt. 2, 29, 30 Cost.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 331. In realtà la dottrina italiana ha utilizzato tale categoria per legittimare esclusivamente la convivenza extra-matrimoniale eterosessuale; oggi appare necessario un uso più ampio della distinzione tra "funzione" e "istituzione" familiare, al fine di tutelare anche la convivenza omosessuale.

[112] Legge 1° aprile 2001.

[113] Legge 1° giugno 2003.

[114] Legge 30 giugno 2005, n. 13.

[115] A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1947, p. 3.

dovuto studiare la diffusione del fenomeno omosessuale e proporre misure antidiscriminatorie ma questa indagine si concluse con una asserzione di "immaturità" del sistema nazionale al fine del riconoscimento di un diritto a sposarsi per le coppie dello stesso sesso.

L'Olanda, invece, è approdata ad una diversa conclusione [116]. Il dibattito sviluppatosi nella società civile [117] portò nel 1994 la Camera ad approvare una mozione con la quale si chiedeva al Governo di presentare un disegno di legge relativo alla dilatazione del matrimonio. L'inerzia dell'Esecutivo indusse la Camera bassa il 16 aprile 1996 a rinnovare la mozione, così che lo stesso Governo diede vita alla *Commissione Kortmann* che produsse un intenso rapporto alla fine dell'anno successivo. Da questo documento emergeva principalmente l'insufficienza della logica del parallelismo e della "scomposizione" degli effetti, di cui aveva parlato la Corte Suprema olandese [118] nella pronuncia di cui si è detto. La legge sull'unione registrata, ammettendo anche le coppie eterosessuali a tale tipologia di formalizzazione del rapporto, produceva infatti una disparità di trattamento quanto alle opzioni di riconoscimento, a discapito delle coppie omosessuali, a cui era sottratta la possibilità del matrimonio. Tra l'altro la Commissione fu assai critica nei confronti della dottrina del *separate but equal* [119], richiamando la pratica di istituire scuole in "altri" quartieri per le persone di colore e mettendo così in discussione la stessa forza inclusiva dell'unione registrata, come istituto equivalente al matrimonio (e più in generale l'anima del modello scandinavo). Questo stesso modo di argomentare è stato recentemente utilizzato dalla Corte Suprema del Massachusetts [120], chiamata ad esprimere un parere di costituzionalità da parte del Senato su un progetto di legge statale volto a creare due distinti (anche se equivalenti) regimi familiari, da una parte, la

---

[116] Sul lavoro della *Commissione Kortman* v. M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari*, cit., p. 452 ss. In generale sull'apertura del matrimonio v. W. SCHRAMA, *Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers*, in *Medium Boek Serie Recht en Praktijk, Deventer*, 2000, p. 884 ss.; S. RUTTEN, *Enkele besschouwingen over het poligamie vraagstuk in een Westerse context*, in *Nederlands Internatonal Privaatrecht*, 2001, p. 44 ss.

[117] Tale dibattito si sviluppò intorno a due casi giurisprudenziali, da cui emergeva il problema della discriminazione per motivi di genere quanto al godimento di taluni diritti: *Rechtbank Amsterdam*, 13 febbraio 1990, in *NJCM bullettin*, p. 456 ss.; *Hoge Raad*, 19 ottobre, in *NJ*, 1992, p. 129 ss.

[118] Suprema Corte d'Olanda, 19 febbraio 1990, cit., par. 3.6.

[119] *Rapporto della Commissione per l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso,* L'Aja, 1997, p. 15, in cui si legge che «è comunque una forma di discriminazione, anche se gli effetti giuridici fossero praticamente identici a quelli del matrimonio».

[120] *Supreme Court of Massachusetts*, 3 febbraio 2004, *Opinions of Justicies to the Senate*, 802 N.E. 2d 565.

civil union per le *same-sex couples*, e, dall'altra, il *marriage* per le *opposite-sex couples*; una distinzione che, secondo la Corte, avrebbe prodotto un *second class status*, in palese contrasto con il principio di uguaglianza [121].

Alla luce dei risultati dello studio della Commissione, il Parlamento olandese, dopo aver nuovamente ribadito il 16 aprile 1998 il contenuto della mozione precedente, ha approvato la legge di modifica del Codice civile olandese nel 2000 (entrata poi in vigore il 1° aprile 2001), sulla base di un disegno di legge finalmente presentato dal Governo il 13 novembre 1998; il legislatore ha aggiunto un comma all'art. 30, secondo cui «un matrimonio può essere contratto da due persone di sesso diverso o dello stesso sesso», facendo emergere un significativo *principio di irrilevanza del sesso biologico dei coniugi* [122]. Alla luce di questo principio appare evidentemente scorretta l'espressione "matrimonio omosessuale", sul presupposto che il matrimonio della coppia omosessuale non è "altro" (e quindi *separato*) rispetto al matrimonio tra persone di sesso diverso ma è invece coperto dal medesimo istituto, attraverso il quale si parifica il riconoscimento sociale delle due tipologie relazionali, accomunate dalla medesima "funzione" familiare, intimamente connessa alla comunità di vita e di affetti.

Posta l'audacia della soluzione olandese e il virtuoso impegno per il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, due osservazioni devono essere fatte quanto alle ragioni giustificatrici della *Commissione Kortmann*. In primo luogo la tesi secondo cui il riconoscimento del diritto al matrimonio è in grado di parificare le *chanche* di omologazione dei rapporti [123], sul presupposto che la mancata attribuzione di tale diritto alle coppie omosessuali avrebbe mantenuto in vita una disparità rispetto alle coppie eterosessuali (titolari di una opzione in più), oscura un ulteriore problema. Pur essendo chiaro che l'apertura del matrimonio abbia dato vita ad un bilanciamento, avendo oggi le coppie omosessuali le analoghe opportunità (1. matrimonio, 2. unione registrata, 3. unione libera) delle coppie eterosessuali, tuttavia questo sistema sembra non avere una assoluta coerenza interna. Non può negarsi infatti che l'unione registrata, ispirata al modello scandinavo dell'istituto equivalente, è in quanto tale assai prossima al matrimonio, facendo sorgere dei dubbi sul-

---

[121] Su questa pronuncia v. M. MONTALTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachussetts dopo Lawrence v. Texas*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 696 ss.

[122] Nella relazione di accompagnamento, come fa notare M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari*, cit., p. 455, si parla di «gender-neutrality».

[123] In dottrina nello stesso senso si è espressa anche G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 172, secondo cui «il riconoscimento dell'accesso al matrimonio anche alle coppie omosessuali verrebbe in Olanda a riequilibrare il piatto della bilancia».

l'utilità e sulla funzionalità di due livelli di riconoscimento così simili. Una maggiore razionalità può invece scorgersi nel sistema belga in cui la dilatazione del matrimonio, alla luce dell'analogo principio di irrilevanza del sesso dei coniugi [124], è una reale ed effettiva alternativa ad un livello più "leggero", che è rappresentato (come vedremo nel prossimo paragrafo) dalla «coabitazione legale». In questa logica non soltanto le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali hanno le medesime opzioni, in ossequio ad un principio generale di parità di trattamento, ma tali opzioni (1. matrimonio, 2. coabitazione legale, 3. unione libera) [125] sono realmente funzionali, potendo soddisfare differenti gradi di riconoscimento e vincolatività.

La seconda osservazione riguarda invece la delegittimazione che la Commissione ha operato nei confronti del modello del parallelismo e dell'istituto equivalente al matrimonio, rievocando i limiti della teoria americana del *separate but equal*. Questa lettura critica è evidentemente connessa alla logica del divieto di discriminazione ma tale logica, come cercheremo di mettere in evidenza più avanti (par. 8), appare debole al fine di fondare una dilatazione del matrimonio, non potendo così neppure essere utilizzata per provare la irragionevolezza dell'unione registrata. Tra l'altro una parte minoritaria della stessa *Commissione Kortmann* ha escluso l'integrazione di una discriminazione alla luce di una non comparabilità delle due situazioni (coppie omosessuali e coppie eterosessuali), connessa all'impossibilità di generare figli. Deve precisarsi però come con tale argomentazione intorno ad una «differenza biologica» non si siano volute ribadire le posizioni della tradizione confessionale ma più lucidamente si sia fatto emergere un problema giuridico, vista l'impossibilità di applicare alle coppie omosessuali tutte quelle norme relative alla filiazione, e quindi una *discrasia* interna allo stesso istituto del matrimonio. A tal proposito i redattori dell'opinione dissenziente si sono suggestivamente chiesti se il matrimonio non fosse già stato dilatato con l'introduzione dell'unione registrata, ravvalorando la logica dell'istituto equivalente e contribuendo a far sorgere dubbi sulla assoluta necessità della soluzione *più intensa* (ossia l'accesso al matrimonio).

Un contributo ulteriore a questo complesso quadro proviene dalla espe-

---

[124] Il parlamento del Belgio ha approvato il 30 gennaio 2003 il progetto di legge che «apre il matrimonio alle persone del medesimo sesso e modifica certe norme del codice civile». L'art. 143 del codice civile, che sintetizza il principio di irrilevanza del sesso dei coniugi dispone: «Due persone di sesso differente o del medesimo sesso possono contrarre matrimonio».

[125] È evidente come nei sistemi scandinavi e in quello tedesco, in cui non è prevista l'apertura del matrimonio, le opzioni possibili sono soltanto due: per le coppie eterosessuali 1) il matrimonio e 2) l'unione libera; analogamente per le coppie omosessuali 1) l'unione registrata e 2) l'unione libera.

rienza spagnola [126]. Nel 1870, quando il Governo dell'epoca preparò un progetto di legge per la introduzione del matrimonio civile nell'ordinamento, alla luce del modello napoleonico, il Concilio Vaticano I affermò che tale istituto non sarebbe stato «altro che un immorale concubinato o uno scandaloso incesto» [127]. Appare significativo come a distanza di più di due secoli la tradizione cattolica abbia arretrato il proprio confine di resistenza culturale, trovandosi ad osteggiare non più il matrimonio diverso da quello canonico ma l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, utilizzando tra l'altro parole non dissimili da quelle utilizzate alla fine XIX secolo [128].

Il testo, approvato dal Parlamento su iniziativa del Governo Zapatero [129], modifica sedici articoli del Codice civile, riconoscendo il *diritto a contrarre matrimonio* anche per le coppie omosessuali e, come una sorta di corollario, il diritto all'adozione (di cui si dirà nel par. 9). Nella nuova formulazione dell'art.

---

[126] Sulla vicenda costituzionale spagnola v. E. Exposito Gomez, *La legge sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 267 ss.; M. Carillo, *La legge sul matrimonio tra omosessuali e i principi costituzionali*, *ivi*, 2005, c. 264 ss.; E. Lauroba, *La legge sul matrimonio tra omosessuali e i principi del diritto civile spagnolo*, *ivi*, 2005, V, c. 272 ss. Sul possibile impatto della soluzione spagnola sull'ordinamento italiano v. F. Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, *ivi*, 2005, V, c. 275 ss.

[127] J.G. Bedoya, *Los muchos rabos del diablo*, in *El País*, 1 maggio 2005, il quale ricorda la risposta del Governo: «L'esercizio dei diritti civili e politici sono indipendenti dalla religione che professano gli Spagnoli».

[128] A tal proposito v. la *Dichirazione della Conferenza episcopale spagnola del 21 aprile 2005*, in *www.olir.it*, in cui si legge che il Parlamento ha approvato una legge che «sfigura l'istituzione del matrimonio (…) si tratta di una legge radicalmente ingiusta pericolosa per il bene comune. (…) Fabbricare *moneta falsa* significa sottrarre valore alla moneta vera e porre in pericolo tutto il sistema economico. Allo stesso modo, equiparare le unioni omosessuali ai veri matrimoni significa introdurre un pericoloso fattore di dissoluzione della istituzione matrimoniale e, con esso, del giusto ordine sociale. (…) Invitiamo i cattolici a fare tutto quello che è legittimamente possibile nel nostro sistema democratico perché le leggi del nostro paese tutelino l'unico vero matrimonio».

[129] Lo "spirito" della legge emerge chiaramente dalla allegata «Exposiciòn de motivos» (che può essere letta per intero in *www.olir.it*): «La relazione e la convivenza di coppia, basata sull'affetto, è l'espressione più genuina della naturalezza umana e costituisce la via principale per lo sviluppo della personalità, che la nostra Costituzione riconosce come uno dei fondamenti del sistema politico e della pace sociale. (…) Una manifestazione di questa relazione, qual è il matrimonio, è riconosciuta dalla Costituzione all'art. 32. (…). Questa garanzia costituzionale del matrimonio ha come conseguenza che il legislatore non potrà disconoscere tale istituzione e dovrà disciplinarla in conformità ai valori superiori dell'ordinamento giuridico (…). Sarà la legge che sviluppa questo diritto, all'interno del margine di opzione aperto dalla Costituzione (…). La realtà sociale spagnola del nostro tempo diviene molto più ricca, plurale e dinamica della società in cui è nato il Codice civile del 1889. La convivenza tra persone dello stesso sesso basata sull'affetto è oggetto di riconoscimento e accettazione sociale crescente ed ha superato i pregiudizi e le stigmatizzazioni».

44, secondo comma, si legge infatti che «Il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti nel caso in cui entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso opposto» [130]. Il principio affermato è ancora quello della *irrilevanza del sesso dei nubendi* [131], che si risolve in una dilatazione della nozione dell'istituzione matrimoniale e conseguentemente nel riconoscimento del diritto di adozione come «effetto» dell'accesso al matrimonio. Questa logica trova una propria conferma lessicale nelle altre norme in cui il legislatore non ha fatto altro che sostituire i *nomina* «marito e moglie» con «coniugi» (relativamente alla disciplina del matrimonio) e «padre e madre» con «genitori» (relativamente alla disciplina dell'adozione), ossia parole dal significato storico consolidato con parole utilizzabili in una accezione estensiva. Anche in questo caso (analogamente alla soluzione olandese e belga) il riconoscimento di tali diritti sembra passare non attraverso una enunciazione "solenne" ma più semplicemente attraverso l'utilizzo di una tecnica legislativa(-terminologica) con cui si ribadisce che il matrimonio omosessuale è il medesimo a cui accedono gli eterosessuali; in altre parole dietro la tecnica legislativa vive un valore politico-costituzionale.

Il Governo spagnolo, prima di presentare il disegno di legge, aveva richiesto un parere "semantico" alla *Real Accademia Espanola* (RAE) [132] ed un parere "giuridico" al *Consejo de Estado*. A questi si è aggiunto il *dictamen*, non richiesto [133], del *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ). Quanto alla pro-

---

[130] Il testo ha suscitato un forte dibattito nella società civile spagnola. A tal proposito v. M.M. SOSPEDRA, *Contra el matrimonio gay*, in *El País*, 3 maggio 2005; M. CUELLAR, *Los gays pueden vivir aquí con libertad*, *ivi*, 17 aprile 2005; E.D. BENITO, *El congreso apruba el matrimonio homosexual*, *ivi*, 22 aprile 2005; E.D. BENITO, *El PP y Unió Democrática votarán contra la ley del matrimonio homosexual*, *ivi*, 21 aprile 2005; *Los juces están obligados a cumplir*, *ivi*, 27 aprile 2005; J. GALBADON, *El matrimonio aseguirá el mantenimento de la specie*, *ivi*, 17 maggio 2005; *Juces para la Democrazia, contra la objeciòn ante el matrimonio gay*, *ivi*, 8 maggio 2005; E.A. VEGA, *El lio gay como paradigma politico*, *ivi*, 30 aprile 2005; M. BAYON, *Los obispos piden a los parlamentarios que voten contra las bodas homosexuales*, *ivi*, 7 maggio 2005; M. NIETO, *Dos juzgados reconocen a parejas lesbians la patria potestad compartida sobre los hijos*, *ivi*, 5 maggio 2005; P.A. IBANEZ, *Matrimonio homosexual: hay derecho*, *ivi*, 22 aprile 2005; J.V. ALAIGA, *El valor de la igualidad*, *ivi*, 16 maggio 2005; J.G. BEDOYA, *Los muchos rabos del diablo*, *ivi*, 1 maggio 2005; J.L.C. HONRUBIA, *Homesexuales, animales, y otras perversiones*, *ivi*, 25 aprile 2004; J. FORNES, *L'obiezione di coscienza? Scelta legittima*, in *www.db.avvenire.it*.; M. CORRICELI, *Matrimonio gay: i Sindaci spagnoli pronti al rifiuto*, in *www.db.avvenire.it*.

[131] Nel testo approvato dal Parlamento Spagnolo è prevista anche una *disposizione addizionale* riguardo all'«Applicazione nell'ordinamento» di tale disciplina. Tale norma assume la funzione di clausola generale affermando che «Le disposizioni normative che contengono un riferimento al matrimonio si intenderanno applicabili indipendentemente dal sesso dei contraenti».

[132] Può leggersi in *www.cervantesvirtual.com/portal/RAE/index.shtml*.

[133] L'art. 108.1 della *Ley orgánica del Poder Judicial* attribuisce al CGPJ il potere di redi-

blematica linguistica, connessa all'«adattamento terminologico» [134], la RAE ha affermato che la nozione di matrimonio, desumibile dalla vigente edizione del Dizionario della Lingua, «per uso costante dall'origine dello spagnolo ad oggi», si risolve nella «unione di uomo e donna conclusa mediante determinati riti o formalità legali», così che allo stato attuale il Dizionario «deve mantenere» un significato immutato; tuttavia la stessa RAE non ha escluso, in una prospettiva evolutiva, che un mutamento possa essere recepito se «si consoliderà nell'uso generale degli ispanoparlanti». In definitiva non appare, da un punto di vista lessicale, un ostacolo insormontabile l'accezione tradizionale di matrimonio; le parole non precedono le cose, non classificano immutabilmente la realtà; gli strumenti linguistici sono della società che utilizza, affina e muta le proprie categorie semantiche. La lingua non cambia soltanto nelle sue forme ma anche nei propri significati [135], e nulla esclude che un tale mutamento possa essere impresso e accelerato da una scelta del potere politico.

Quanto invece ai profili più strettamente giuridici, il *Consejo de Estado* [136] ha affermato che la Costituzione, pur non impedendo di regolare le unioni omosessuali, non «genera un diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso»; dal parere emerge l'opportunità della creazione di un istituto equivalente ma distinto da quello [137], poiché il testo presentato dal Governo rappresenta «una rottura dell'istituto costituzionalmente garantito», «optando per un'alterazione dell'istituzione matrimoniale a fronte di altre opzioni orientate ad una regolazione del modello di coppie insieme al matrimonio e non dentro di quello». La soluzione "parallela" non avrebbe, secondo il *Consejo de Estado*, generato una discriminazione ma avrebbe rappresentato la forma più adeguata di riconoscimento per una realtà «diversa» dal matrimonio.

Una difesa più forte ed intransigente dell'istituto matrimoniale emerge,

---

gere pareri "volontari" sui progetti di legge e le disposizioni generali dello Stato o delle CCAA nell'ambito delimitato dalla medesima norma.

[134] Così si esprime il Governo nella «Exposición de motivos».

[135] In tal senso v. J.L.C. HONRUBIA, *Homesexuales, animales, y otras perversiones*, cit., il quale afferma che «Le parole non classificano la realtà, siamo noi parlanti che classifichiamo con le parole e se la comunità cambia è logico pensare che necessariamente la lingua dovrà mutare, sia nella sua forma che nel suo significato».

[136] *Consejo de Estado*, 16 dicembre 2004, *Expedinete de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in *www.consejo-estado.es*.

[137] «(…) posto che si tratta di un nuovo modello di coppia sarebbe coerente creare una regolazione adeguata a quel nuovo modello, che dia risposta alle sue necessità, e non inserirlo in una regolazione che corrispone ad un modello differente».

invece, dal parere del CGPJ [138], in cui si è affermato che il matrimonio omosessuale «tradisce» e «snatura» lo stesso istituto, sul presupposto che «il matrimonio o è eterosessuale o non è». Il CGPJ ha elevato l'eterosessualità [139] ad elemento costitutivo ed essenziale di tale istituto [140], fino a sostenere, in modo assai sprezzante, che chiamare matrimonio l'unione omosessuale equivarrebbe a chiamare matrimonio una unione poligamica o «l'unione tra un uomo e un animale». Alla luce di queste considerazioni sono stati rilevati «seri dubbi di costituzionalità», principalmente in relazione all'art. 32 CE, in cui sarebbe costituzionalizzato il principio di esclusiva eterosessualità («L'*uomo* e la *donna* hanno diritto a contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica»). In questa logica, in cui il parametro costituzionale non sembra essere rappresentato da una *norma* ma da un *canone* della cultura cattolica, il contenuto dell'istituzione è così ricostruito nella sua immutabilità pre-statuale [141]. Appare però in dissonanza un successivo passaggio del parere, in cui il CGPJ afferma che il legislatore non può «alterare la portata dei precetti costituzionali dalla loro giuridicità immanente» e «cambiare il contenuto dei diritti mediante alterazioni radicali dei concetti»; ammettere tali cambiamenti significherebbe, secondo il CGPJ, riconoscere al legislatore ordinario un potere di revisione della Costituzione, che può invece essere esercitato soltanto attraverso la procedura aggravata.

Vi sarebbe un'antinomia logica nei due momenti argomentativi, emergendo infatti conclusioni contrastanti: da una parte, (1) la immodificabilità del matrimonio, sottratta *anche* al potere di revisione costituzionale, e, dall'altra, (2) la illegittimità di una mutamento operato con una legge ordinaria e non con una legge di revisione costituzionale, la cui esperibilità implicitamente ammette la modificabilità dell'istituto, negata invece nella prima parte del parere. Appare evidente che questa confusione logica, ancor prima che giuridica, sia il sintomo più evidente della inadeguatezza dell'approccio giusnaturalsitico (1), di cui si è già detto. In una diversa prospettiva (2), laico-costitu-

---

[138] *Consejo General del Poder Judicial*, 26 gennaio 2005, *Estudio sobre la reforma del Código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, in *www.poderjudicial.es*.

[139] L'eterosessualità sarebbe, secondo il parere del CGPJ, un tratto di identificazione oggettivo determinato dalla «diversità e complementarietà dei sessi», mentre l'omosessualità nasce da una «tendenza sessuale», soggettiva in quanto tale, che porta alla formazione di coppie «sterili, incapaci di generare».

[140] «La soddisfazione giuridica di una parte minima della popolazione non può portare a tradire il contenuto essenziale di una istituzione né a minare le fondamenta del Diritto della famiglia».

[141] È assai significativo come lo spirito del parere del CGPJ sia vicino a quello emerso dalla la *Dichirazione della Conferenza episcopale spagnola del 21 aprile 2005*, cit. Su tale dichiarazione v. nota 127.

zionale, rimane allora da chiedersi (se siano fondati i dubbi di costituzionalità, ossia) se l'art. 32 CE vincoli davvero il contenuto del matrimonio, imponendo necessariamente, al fine di modificarlo, la strada della revisione costituzionale [142] o se invece il quadro costituzionale attribuisca al legislatore ordinario uno spazio di determinazione.

Non può negarsi che dal disposto letterale dell'art. 32 CE sembrerebbe potersi desumere che l'istituto matrimoniale è intimante connesso alla coppia formata da un uomo e da una donna [143] analogamente alla lettera dell'art. 12 CEDU e diversamente, ad esempio, dall'art. 29 della Costituzione italiana che, definendo la famiglia come «una società naturale fondata sul matrimonio», non fornisce nessuna indicazione sul contenuto dell'istituto matrimoniale, operando invece, per una sua definizione, un «rinvio per presupposizione» [144] al legislatore ordinario. In realtà i dubbi di legittimità possono essere superati attraverso una interpretazione (evolutiva) della Costituzione spagnola non meramente ossequiosa della tradizione (e del senso) comune agli Stati europei, che valorizzi il riferimento all'uomo e alla donna come *necessari contitolari* del diritto al matrimonio; in una diversa logica potrebbe infatti intendersi la parola «e», posta tra i due sessi, non in una funzione congiuntiva-relazionale (ossia, *l'uomo con la donna*) [145] ma più semplicemente in una funzione di congiunzione in senso proprio, alla luce della quale *sia l'uomo che la donna* hanno diritto a contrarre matrimonio. Ad una interpretazione vincolata alla "relazione" se ne sostituisce così una che poggia sulla posizione del coniuge come "singolo" (uomo *o* donna), accentuando il valore della «piena eguaglianza giuridica» all'interno del matrimonio (e quindi l'esigenza di tutelare il soggetto debole) e non il principio di necessaria eterosessualità. Questa è la logica che ha legittimato il Governo Zapatero a introdurre il matrimonio

---

[142] Deve essere precisato che nella prospettiva della immutabilità del matrimonio, (il canone, *rectius*) la tradizione cattolica diventa il parametro stesso, che si sostituisce all'art. 32 CE, mentre nella prospettiva della modificabilità, attraverso il potere di revisione, la tradizione cattolica è uno strumento interpretativo alla luce del quale leggere il disposto dell'art. 32 CE, in una logica di eterosessualità (per quanto superabile attraverso la procedura aggravata).

[143] L'art. 32 CE dispone che «L'*uomo* e la *donna* hanno diritto a contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica».

[144] E. Rossi, *Famiglia fondata sul matrimonio e unioni civili: profili costituzionali ed evoluzione giuridica*, in *Quest. giust*., 2000, p. 458.

[145] Alla luce di questa interpretazione, cinquanta deputati del Partito popolare, lo scorso 30 settembre, hanno presentato ricorso al *Tribunal Constitucional.* Tra l'altro tre giudici ordinari (di Denia, Telde e Burgos) si sono rifiutati di celebrare i matrimoni richiesti da coppie dello stesso sesso, sollevando questione di costituzionalità. Tuttavia dei dubbi sorgono sulla legittimazione di tali giudici, vista la natura amministrativa (e non giurisdizionale) del procedimento. Sul punto v. R. Romboli, *Note introduttive*, in *Foro it.*, 2005, V, 256 ss.

omosessuale semplicemente seguendo il procedimento di approvazione di una legge ordinaria (modificativa del Codice civile), senza ricorrere alla revisione della Costituzione [146].

In definitiva questa lettura dell'art. 32 CE, da cui non può desumersi un modello esclusivo, si risolve in un rinvio in bianco al legislatore al fine di definire gli elementi costitutivi del matrimonio, potendo invece desumersi direttamente da questa disposizione soltanto che (a) sarebbe incostituzionale una norma che abolisse il matrimonio e che (b) sarebbe incostituzionale una disciplina dei rapporti coniugali non informata al principio di uguaglianza tra i coniugi. Il quadro costituzionale [147] rilascia così uno spazio politico "vuoto" in cui si muove il legislatore, non potendo esservi, alla luce di tali argomentazioni, una dichiarazione di incostituzionalità né per l' "omissione" del diritto al matrimonio *anche* per le coppie omosessuali né per la "estensione" del diritto al matrimonio *anche* alle coppie omosessuali. Alla medesima conclusione, alla luce tra l'altro di una minor problematicità dei testi costituzionali, si può giungere per l'Olanda, che non prevede nella propria Carata fondamentale una tutela specifica neppure per la famiglia, e per il Belgio, la cui Costituzione (art. 22), affermando che «Tutti hanno diritto al rispetto della loro vita privata e familiare», non fornisce nessuna indicazione sul contenuto del matrimonio; per altro l'art. 21, secondo comma, della stessa Costituzione belga dispone che «il matrimonio civile dovrà sempre

---

[146] Nella «Exposición de motivos» allegata al testo si legge che «Sarà la legge che sviluppa questo diritto, *dentro il margine di opzione rilasciato dalla Costituzione*; la legge, in questo momento storico e alla luce dei valori dominanti, determinerà la capacità richiesta per contrarre matrimonio, così come il suo contenuto ed il regime giuridico».

[147] Tale quadro non soltanto non sembra affermare un principio di eterosessualità del matrimonio ma neppure una esclusiva tutela della famiglia fondata sul matrimonio, come emerge dall'art. 39 CE secondo cui «I pubblici poteri assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia», alludendo ad una nozione di nucleo familiare autonoma dall'istituto del coniugio e assai più ampia. Per una ricostruzione del significato di tali norme v. J.V. GAVIDI SÁNCHEZ, *La unión libre (El marco constitutional y la situación del conviviente superstite)*, Valencia, 1995; J. VIDAL MARTINEZ, *Acerca del derecho de la persona umana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, in *Rev. Gen. Derecho*, 1997, p. 3517 ss.; A. RALLO *Lombarte, Uniones conyugales de hecho y Constitución*, in *Rev. Gen. Derecho*, 1995, p. 1767 ss.; V. ZAMBIANO, *Parejas no casadas: l'esperienza spagnola e la Llei catalana del 10/1998*, in F. GRILLINI e M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, cit., p. 79 ss. Lo stesso *Tribunal Constitutional* con la sent. n. 116 del 1999, pronunciandosi sulla legittimità delle tecniche di riproduzione assistita utilizzabili dai *singles*, secondo i ricorrenti in contrasto con il modello di famiglia tutelato dall'art. 39 CE, ha affermato chiaramente che nella Costituzione non vi è una «costrizione del concetto di famiglia a quella di origine matrimoniale, per rilevante che sia nella nostra cultura – nei valori e nella realtà dei comportamenti sociali – questa modalità di vita familiare. Ne esistono altre insieme a questa, come conviene ad una società plurale».

precedere la benedizione nuziale», facendo chiaramente emergere un suggestivo principio di autonomia dell'istituzione civile rispetto a quella religiosa.

In realtà neppure negli altri Stati europei, in cui non vi è stata un'apertura del matrimonio, le Costituzioni definiscono i profili costitutivi dell'istituto, dovendo dedursi che il principio dell'eterosessualità non rappresenta una soluzione necessaria ma, anche in questo caso, una scelta (possibile) del legislatore, per quanto inversa rispetto all'esperienza olandese, belga e spagnola. Questa comune logica costituzionale, che presuppone un intervento normativo, trova una sua chiara esplicitazione nell'art. 36 della Costituzione portoghese, che dopo aver riconosciuto il diritto a contrarre matrimonio in piena uguaglianza dispone che «*la legge regola i requisiti* e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento per morte o per divorzio». Inoltre neppure dalle Costituzioni in cui è sancita una tutela "speciale" per l'istituzione matrimoniale, come in Italia, in Germania, in Irlanda [148], può desumersi un'indicazione sulla illegittimità del coniugio omosessuale sul presupposto che tale preferenza nulla dice sul sesso dei coniugi, potendo al contrario argomentarsi, alla luce di tale *favor*, che lo Stato avrebbe il dovere di assecondarne la diffusione e magari l'accesso (anche agli omosessuali). Non può negarsi però che in questi Stati, quella specialità sia storicamente connessa alla tradizione confessionale, che non ha rappresentato semplicemente uno strumento interpretativo ma ha tendenzialmente coinciso, fino ad oggi, con il significato della norma costituzionale. Tuttavia l'esperienza della Spagna, Stato a tradizione cattolica assai radicata, sembra dimostrare come un'assunzione di responsabilità politica da parte del legislatore possa vincere certe resistenze culturali, accelerando il processo di inclusione democratica delle coppie omosessuali.

In definitiva dalla vicenda spagnola non soltanto può trarsi una indicazione chiara su un attuale processo di autonomizzazione del matrimonio civile da quello canonico [149], ma dei forti dubbi sulla presunta natura eterosessuale di questo istituto. L'unica ragione giustificatrice della diversità dei sessi è in realtà riconducibile ad un canone extra-giuridico, ossia al postulato giudaico-cristiano che il matrimonio abbia come fine ultimo quello di generare; in realtà nei testi costituzionali, pur essendo sancita la tutela dei figli legittimi

---

[148] L'art. 29 della Costituzione italiana: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio»; l'art. 6, primo comma, della Costituzione tedesca: «Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale»; l'art. 41, terzo comma, della Costituzione irlandese: «Lo Stato si impegna a vigilare con speciale cura l'istituto del matrimonio, su cui si fonda la famiglia, e a proteggerlo contro ogni minaccia».

[149] In Belgio tale principio è affermato dall'art. 21, 2° comma, della stessa Costituzione.

(come per altro quella dei figli naturali) non sembra esservi, in tal senso, nessuna indicazione per il legislatore. Nulla esclude infatti che questo anziché informare il matrimonio al modello tradizionale valorizzi maggiormente la "funzione" familiare, l'esigenza di soddisfacimento dei bisogni affettivi, il bisogno di protezione sociale [150], svincolandolo dalla finalità procreativa, che è una delle finalità costituzionalmente rilevanti di tale istituto, ma non certamente l'unica [151]. Tuttavia (come vedremo nel par. 8) spetta al legislatore individuare la forma più adeguata di riconoscimento di questi "altri" valori costituzionali, legati alla comunità di vita, potendo optare per l'apertura del matrimonio o per una soluzione "alternativa" ad esso.

Non sembra in ogni caso che le scelte dell'Olanda, del Belgio e della Spagna siano in grado di mutare la nozione "comunitaria" di matrimonio, potendo invece, nel lungo periodo, produrre una sorta di effetto persuasivo nei confronti di altri Stati nazionali; diversamente, nel breve periodo, verrebbe da chiedersi se la diffusione delle forme di riconoscimento delle coppie omosessuali (nelle più diverse intensità) non possa portare invece ad un mutamento della giurisprudenza degli organi di Strasburgo, quanto alla riconducibilità delle relazioni omosessuali alla nozione di «vita familiare» (art. 8 CEDU), negata fino ad oggi.

6. Le forme di riconoscimento più "leggere" e la loro inadeguatezza (il 3° livello). La singolarità del *derecho foral* delle Comunità Autonome spagnole

Al di sotto dei due livelli di riconoscimento appena indagati ne esiste un altro, meno intenso, al quale sono riconducibili, ad esempio, la soluzione adottata dalla Francia, che ha introdotto i «Patti civili di solidarietà» [152], dal

---

[150] M. Bonini Baraldi, *Società pluraliste e modelli familiari*, cit., p. 458, afferma che il matrimonio «inteso come possibilità di accesso ad una serie di benefici e protezioni che derivano dalle politiche pubbliche dello Stato (*welfare*) ed altri enti (sanitari, previdenziali, ecc.) diventa strumento di diffusione dei diritti, momento di tutela di un maggior numero di soggetti, rimedio contro l'esclusione sociale, culturale ed economica».

[151] Tra l'altro la coppia omosessuale che chiede di essere ammessa al matrimonio dovrebbe, in astratto, rappresentare, per questa istituzione, un pericolo minore rispetto al fenomeno della convivenza eterosessuale (famiglia di fatto) che "sfugge" ad esso. In realtà sul fenomeno omosessuale pesa il giudizio di disvalore etico, proprio della tradizione cattolica.

[152] Legge 15 novembre 1999, n. 944. Su questa disciplina v. F. Piccaluga, *Famiglia di fatto e contratto: il pacte civil de solidarité*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, p. 115 ss.; E.

Belgio, che ha previsto una disciplina per la «coabitazione legale» [153] e dal Portogallo, che regolamenta le «unioni di fatto» [154]. In questa sede proveremo a far emergere i profili comuni che possono far parlare di un modello informato ad una medesima logica, per quanto siano innegabili le differenze tra le discipline nazionali.

In primo luogo l'istituto belga, diversamente dal modello francese, non ha come (esclusivo) oggetto di tutela la convivenza tra due persone (indipendentemente dal sesso) che vivono come se fossero marito e moglie, potendo infatti essere utilizzato, ad esempio, da due fratelli o da due amici; invece, i *Pacs*, come emerge dal giudizio di legittimità in via preventiva espresso dal *Conseil Constitutionnel* [155] sono intimamente connessi (analogamente alla disciplina portoghese), non semplicemente ad una «comunione di interessi», ma alla «vita di coppia», per quanto la convivenza non sia un requisito per la registrazione dei Patti. Inoltre la soluzione francese, che tra l'altro genera, come quella portoghese, conseguenze di diritto pubblico (ad esempio in materia pensionistica e fiscale), valorizza maggiormente l'autonomia contrattuale dei *partners*, pur integrando la volontà delle parti con un contenuto normativo, diversamente dalla coabitazione legale che produce effetti tipici non disponibili, limitati ai rapporti di diritto privato. In ogni caso la disciplina portoghese, diversamente da quella francese e belga, è qualificabile come un modello «presuntivo» [156], visto che il legislatore connette l'applicabilità della relativa disciplina ad una circostanza di fatto (ossia la sussistenza della vita di coppia da almeno due anni), indipendentemente dalla volontà espressa dei *partners* di essere i destinatari di tali effetti normativi.

CALÒ, *Innovazione e circolazione*, cit., p. 27; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 179; F. GRILLINI, *Omosessuali e diritti*, cit., p. 123 ss.; M. IEVA, *I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane*, in E. MOSCATI e A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convenienza*, cit., p. 273 ss.; D. BORRILLO, *Entre mariane et concubinage: le pacte civil de solidarité*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX e F. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, cit., p. 59 ss.; F. GRIMALDI, *Le pacte civil de solidarité*, in *Rep. Defrenois*, 2000, p. 237 ss.

[153] Legge 23 novembre 1998. Su questa disciplina v. G. ADEZATI, *Nuove unioni*, cit., p. 189 ss.; S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, cit., p. 37 ss.; E. CALÓ, *Innovazione e circolazione*, cit., p. 119; R. TORINO, *I nuovi modelli*, cit., p. 10 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 172 ss.

[154] Legge n. 7 del 2001. Per una sintesi di questa disciplina v. R. TORINO, *I nuovi modelli*, cit., p. 4.

[155] *Conseil Constitutionnel*, n. 99-419, in *Journal Officiel*, 9 novembre 1999. Su questa pronuncia v. G. MOLFESSIS, *La réécriture de la loi par le Conseil Constitutionnel*, in *JCP*, 2000, p. 270 ss.; M. PIASTRA, *Loi relative au pacs*, in *Dalloz*, 2000, p. 203 ss.

[156] In questo senso R. TORINO, *I nuovo modelli*, cit., p. 10. Sulla distinzione tra sistemi «presuntivi» e «opzionali» più diffusamente v. G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., p. 166 ss.

Ciò che invece permette di ricondurre queste soluzioni, che trovano applicazione sia nei confronti delle coppie omosessuali che di quelle eterosessuali [157], ad uno spirito unico è la natura "leggera" della disciplina, che produce effetti circoscritti, differenziandosi dalla complessità del regime legale dei coniugi; un modello che pur essendo un'alternativa all'apertura del matrimonio, come per altro l'istituto "equivalente" di tradizione scandinava, diversamente da quest'ultimo rappresenta una forma di tutela assai meno intensa, finalizzata prevalentemente a tutelare il diritto fondamentale all'abitazione, intimamente connesso alla vita della comunità familiare, e a disciplinare i rapporti di natura privatistica, "interni" alle relazioni (per quanto il legislatore francese e quello portoghese abbiano previsto, come detto, *anche* taluni effetti di natura pubblicistica). Questo livello "minimo" non attribuisce uno *status* [158], visto che non incide sui rapporti di parentela né sullo stato matrimoniale, rimanendo infatti impregiudicata la libertà di contrarre matrimonio [159]; tra l'altro queste discipline danno un rilievo inferiore agli obblighi personali, accentuando invece la natura patrimonialistica delle relazioni [160].

Non può negarsi come questa logica soddisfi pienamente quel bisogno di degiuridificazione, proprio delle coppie eterosessuali, che decidono di sottrarsi, per ragioni ideologiche o pratiche, alla vincolatività del matrimonio; una disciplina "leggera" che asseconda efficacemente la «rivendicazione di libertà e autonomia», il «rifiuto di burocratizzare il rapporto», la «ricerca di una più autentica spontaneità dei sentimenti» [161]. Appare invece irragionevole l'assimilazione, operata da questa legislazione, delle coppie eterosessuali alle coppie omosessuali, essendo anche queste indistintamente destinatarie di tale normativa; la scelta di accomunare queste due tipologie relazionali sacrifica in realtà quel potenziale bisogno "ulteriore" di tutela, che la coppia

---

[157] Deve precisarsi, come già affermato, che la soluzione belga ha una applicazione più ampia rispetto alla coppia *more uxorio*, potendo coprire anche la convivenza tra due amici o parenti.

[158] Il punto è stato chiarito dal *Conseil Constitutionnel*, cit.; per altro un ulteriore elemento concordante, come osserva F. PICCALUGA, *Famiglia di fatto*, cit., p. 18, può leggersi nel fatto che la registrazione del *Pacs* non è fatta nei registri dello stato civile, negli uffici comunali, ma in uno speciale registro istituito presso il Tribunale del luogo di residenza della coppia.

[159] Il *Conseil Costitutionnel*, cit., ha ritenuto che la facoltà di sciogliere il patto a seguito della contrazione di un matrimonio (art. 15, 7° comma) non viola la dignità della persona, essendo diretta espressione della libertà di matrimonio, costituzionalmente garantita.

[160] È in tal senso palese la differenza rispetto agli obblighi personali che derivano dal matrimonio, come, ad esempio, può evincersi dall'art. 143 del Codice civile italiano, secondo cui «dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, alla assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione».

[161] E. ROPPO, *La parità tra i coniugi*, cit., p. 8.

formata da persone dello stesso sesso porta con sé. La logica di terzo livello è probabilmente inadeguata a farsi strumento di inclusione di una minoranza, per la quale il riconoscimento giuridico e l'attribuzione di uno *status* assumono una sorta di plusvalore, essendo il presupposto stesso della legittimazione e del consenso sociale. In questa sede, poca importanza riveste una indagine puntuale sui singoli benefici e sulla portata dei diritti riconosciuti alla coppia omosessuale da parte delle discipline "leggere", sul presupposto che la scelta del modello da parte dei legislatori nazionali è in realtà pregiudiziale; soltanto l'opzione dell'istituto equivalente può essere considerata, alla luce di quanto detto, uno strumento adeguato, *in alternativa* al matrimonio, a "riconoscere" le coppie omosessuali e ad attribuire quella rilevanza "esterna" (pubblica), di cui non abbisognano le coppie di fatto eterosessuali, limitandosi queste ultime a chiedere una disciplina "interna" (privatistica), afferente ai rapporti tra i *partners*. In definitiva la diversità, che attiene a questa fenomenologia della coppia, porta ad affermare che la soluzione dei Patti di solidarietà in Francia e delle unioni di fatto in Portogallo, pur producendo taluni effetti di diritto pubblico e pur soddisfacendo una preziosa esigenza pratica e funzionale connessa alla vita di coppia (indipendentemente dal sesso) e ai suoi aspetti immobiliari, mobiliari e patrimonialistici, rimane insufficiente ai fini di una legittimazione sociale e di un pieno riconoscimento delle *same-sex couples*.

Una diversa valutazione deve invece essere fatta per il modello belga, in cui la coabitazione legale (il livello "leggero") è soltanto una opzione possibile per la coppia omosessuale, che potrà in alternativa accedere al matrimonio; in questa logica la forma di riconoscimento meno intensa non è l'unica soluzione prevista dall'ordinamento, ma una soluzione a cui possono accedere le coppie omosessuali, che vogliono sottrarsi ad un più intenso livello di vincolatività e responsabilità, sul presupposto che quel bisogno "ulteriore", di cui si è detto, è soltanto *potenziale*; questo bilanciamento di opzioni (come visto nel par. 5), in una logica di pari opportunità per le coppie formate da persone dello stesso sesso o di sesso opposto, manca invece in Francia e in Portogallo.

Qualche ulteriore considerazione su questo livello di riconoscimento può essere svolta a proposito della Spagna, che rappresenta un caso sicuramente singolare. La soluzione spagnola pur essendo assimilabile a quella olandese e belga riguardo all'accesso al matrimonio fa emergere una differenza intorno alle opzioni di formalizzazione del rapporto sia per le coppie eterosessuali che per quelle omosessuali, mancando infatti una disciplina *nazionale* della convivenza registrata (*rectius,* della famiglia di fatto), così che l'unica alternativa possibile, a livello statale, è tra *a*) matrimonio e *b*) unione libera. Da questo vuoto normativo (e dalla mancanza di un livello "leggero") sembrerebbe

affiorare la debolezza di quelle coppie che sono caratterizzate da un maggiore spirito autonomistico e da un bisogno di *degiuridificazione*, visto che nulla esclude, come già detto, che non soltanto le coppie eterosessuali ma anche quelle omosessuali possano volersi sottrarre al vincolo matrimoniale, non per questo potendo essere private di taluni diritti, a maggior ragione di quelli fondamentali.

Deve precisarsi però che l'art. 149.1.8 della Costituzione spagnola introduce un elemento di complessità, disponendo che lo Stato ha competenza esclusiva in materia di «legislazione civile, senza pregiudizio della conservazione, modifica e sviluppo da parte delle Comunità Autonome dei diritti civili, forensi o speciali, laddove esistano». Proprio alla luce di questa legittimazione costituzionale di un diritto civile "speciale" [162], le Comunità Autonome, dando vita ad un livello "leggero" di tutela, hanno approvato norme di riconoscimento delle unioni di fatto (sia eterosessuali che omosessuali) [163], sull'esempio dalla Catalogna che ha introdotto il 15 luglio del 1998 la prima disciplina autonomica in questa materia (*de uniones estables de pareja*) [164]; queste normative sono accomunate dall'intento non soltanto di disciplinare i rapporti "interni" alla coppia ma anche di attribuire dei benefici equiparabili a quelli previsti per i coniugi [165]. Così sulla base di questo diritto differen-

---

[162] E. AJA, *El Estado autonómico, Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 2001, p. 169 ss.

[163] Mentre la legge catalana è formata da due capitoli distinti, l'uno per le coppie eterosessuali e l'altro per quelle omosessuali, le altre Comunità autonome hanno adottato una diversa tecnica legislativa, prevedendo una unica disciplina per entrambe le forme relazionali.

[164] Aragona, legge 26 marzo 1999, n. 6 (*Ley relativa a parejas estables no casada*); Navarra, legge 3 luglio 2000, n. 6 (*Ley para igualidad juridica de las parejas estables*); Isole Baleari, legge 18 dicembre 2001, n. 18 (*Ley de Parejas Estables*); Comunità di Valencia 6 aprile 2001, n. 1 (*Ley por que se regular las uniones de hecho*); Comunità di Madrid, legge 19 dicembre 2001, n. 11 (*Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid*); Asturie, legge 23 maggio 2002, n. 4 (*Ley de Parejas Estables*); Andalucia, legge 16 dicembre 2002, n. 5 (*Ley de Parejas de Hecho*); Canarie, legge 6 marzo 2003, n. 5 (*Ley para la regulaciòn de las parejas de hecho*); Extremadua, legge 20 marzo 2003, n. 5 (*Ley de Parejas de Hecho*); Paesi Baschi, legge 7 maggio 2003 (*Ley de Parejas de Hecho*).

[165] Provando a sintetizzare il contenuto delle discipline autonomiche, in primo luogo (1) può dirsi che nelle Relazioni allegate alle leggi, facendo emergere la medesima logica di legittimazione costituzionale, si afferma lo scarto tra la tutela del *matrimonio* prevista dall'art. 32 CE e quella della *famiglia* prevista dall'art. 39 CE, che rappresenta una specificazione dell'art. 9 CE, sotto il quale trovano copertura costituzionale tutte le formazioni sociali. Tra l'altro nella «*Exposición de motivos*» i legislatori regionali si soffermano sull'inadeguatezza dei giudici a colmare i vuoti di tutela, affermando la necessità di un intervento legislativo. (2) Quanto alla definizione di «coppia stabile» (o «unione di fatto»), può essere ricostruita una comune nozione, secondo cui è tale una unione (indipendentemente dall'orientamento sessuale) libera, pubblica, basata su una relazione affettiva analoga a quella coniugale, che duri da un certo perio-

ziato e dell'intreccio tra il piano statale e quello decentrato le coppie omosessuali in Spagna possono optare per *a*) il matrimonio, *b*) l'unione di fatto *autonomica* e *c*) l'unione libera, avendo così le stesse opzioni delle coppie omosessuali in Olanda e in Belgio, per quanto in questi due Stati la soluzione intermedia (b) sia rappresentata da una forma di riconoscimento *nazionale* (e non regionale), nel primo caso, più vicina al matrimonio (l'unione registrata, di matrice scandinava) e nel secondo caso da una disciplina davvero "leggera" (la coabitazione legale), effettivamente alternativa all'istituzione matrimoniale. Non possono sfuggire in ogni caso i limiti imposti dalla stessa Costituzione spagnola (art. 149.1.8) che sottrae al diritto civile speciale le regole relative all'applicazione e all'efficacia delle norme giuridiche, le relazioni giuridico-civili relative non soltanto alle *forme di matrimonio*, alle basi degli obblighi contrattuali, alle norme per risolvere i conflitti di legge, alla determinazione delle fonti del diritto ma anche all'*ordinamento dei registri* e degli strumenti pubblici, facendo sorgere così dei dubbi di legittimità sulla istituzione di tali registi a livello decentrato. Tra l'altro appare innegabile come una disciplina soltanto "regionale" porti con sé un effettivo problema quanto alla parità di trattamento in relazione alla tutela di alcuni diritti, soprattutto quelli fondamentali, come il diritto all'abitazione, sopratutto sul presupposto che non tutte le Comunità autonome hanno riconosciuto le coppie stabili. Su questa problematica il Governo Zapatero potrebbe successivamente intervenire, introducendo una disciplina nazionale che sostituisca quelle autonomiche,

---

do di tempo. (3) Quanto alle modalità di costituzione dell'unione, può farsi una distinzione tra le normative autonomiche che non hanno istituito un registro (Catalogna, Navarra) e quelle che hanno optato per la soluzione contraria. (a) Le prime utilizzano un sistema "doppio" disponendo che gli effetti legali si applichino o ad una coppia (con le caratteristiche viste sopra) convivente da almeno due anni, secondo una logica presuntiva *ex post*, o ad una coppia che abbia espresso la volontà di essere tale con una atto pubblico, secondo la diversa logica opzionale. (b) Le seconde invece (sul modello aragonese) individuano come requisiti per l'iscrizione, sull'apposito registro, la convivenza con figli, la convivenza da un periodo minimo di 1 o 2 anni, la manifestazione di volontà espressa con atto pubblico (le Comunità di Valencia, delle Canarie e di Madrid non prevedono però l'ipotesi dell'iscrizione previo atto pubblico; le Baleari non prevedono un periodo di durata minima della convivenza; la Comunità delle Asturie, secondo uno schema complesso, utilizza accanto alla modalità dell'iscrizione, senza il requisito della convivenza o dell'atto pubblico, la logica presuntiva *ex post,* individuando come presupposto la convivenza, e quella opzionale, caratterizzata dalla manifestazione di volontà con atto pubblico). (4) Nessuna di queste discipline incide sullo *status* civile, senza dar vita a rapporti di parentela. (5) È previsto un sistema integrato tra autonomia privata e disciplina legale, secondo cui quest'ultima subentra in mancanza di un patto tra i *partners* ed in ogni caso produce taluni effetti indisponibili. (6) In relazione alla funzione pubblica e all'amministrazione dei governi autonomi i conviventi godono di benefici equiparabili a quelli dei coniugi (permessi in caso di morte o malattie, aspettativa volontaria, riduzione delle giornate di lavoro per incapacità fisica del convivente, ecc.).

per razionalizzare il sistema e per evitare che la problematica del matrimonio omosessuale oscuri quella della tutela delle coppie di fatto.

7. Il "vuoto" di tutela (anche delle coppie di fatto eterosessuali) nei Paesi a radicata tradizione confessionale (il 4° livello). L'Italia come caso sintomatico

Al di là del terzo livello può esserne individuato uno ulteriore, che non è caratterizzato semplicemente da una forma meno intensa di riconoscimento ma da un assoluto "vuoto" di tutela per le coppie omosessuali. L'Italia, la Grecia, l'Austria, l'Irlanda rappresentano un modello di primazia dell'istituzione matrimoniale e della tradizione confessionale, che si risolve in realtà non soltanto nella negazione dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso ma anche nel mancato riconoscimento della famiglia di fatto eterosessuale. Sembra evidente come tale "vuoto" normativo non possa essere inteso come una mera disfunzione del sistema o come un fatto neutro, a cui non attribuire un significato politico-costituzionale, ma debba essere interpretato come una univoca opzione, adottata dai legislatori, di "non tutela" di talune forme relazionali, ritenute non costituzionalmente rilevanti e portatrici di un disvalore etico-sociale.

Non può negarsi come le stesse Costituzioni di questi Paesi risentano di quella radicata tradizione culturale, affermando una "speciale" protezione del matrimonio. L'art. 29 della Costituzione italiana «riconosce i diritti della famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio», attribuendo a questa una dimensione "premiale" *ex* art. 31 Cost., l'art. 41, terzo comma, della Costituzione irlandese sancisce che «Lo Stato si impegna a vigilare con speciale cura l'istituto del matrimonio, su cui si fonda la famiglia, e a proteggerlo contro ogni minaccia» e analogamente nell'art. 21 della Costituzione greca si legge che «La famiglia, in quanto fondamento della conservazione e del progresso della Nazione, così come il matrimonio, la maternità e l'infanzia sono sotto la protezione dello Stato». Tuttavia questa particolare promozione di tale istituto non sembra legittimare la opzione della "non tutela", imponendola come una soluzione necessaria; questo è evidente (*a*) alla luce della giurisprudenza costituzionale tedesca, che ha affermato chiaramente che tale "specialità" (sancita anche dall'art. 6.1 della Costituzione della Germania) non può risolversi in "esclusività" di tutela, non potendo la famiglia esaurirsi in unico modello (*infra*, par. 4), (*b*) alla luce di quanto detto sull'autonomia normativa degli Stati nazionali presupposta dal sistema comunitario (*infra*, par. 3), (*c*) alla luce della copertura costituzionale delle formazioni sociali e

dei gruppi intermedi [166], a cui, come vedremo, può essere ricondotta la famiglia di fatto, indipendentemente dal sesso dei componenti.

In questo generale tentativo di ricomposizione dei quadri costituzionali, se è vero allora che i legislatori hanno una propria autonomia costituzionale nella determinazione del contenuto del matrimonio, una autonomia costituzionale nell'individuazione di uno strumento (eventualmente) alternativo al matrimonio (come un istituto "equivalente" o uno più "leggero"), non è altrettanto vero che anche la scelta politica di non riconoscere né tutelare le coppie di fatto (anche eterosessuali) sia legittima e abbia un fondamento costituzionale, potendo invece essere individuato addirittura un *obbligo* ad attribuire una qualche forma di riconoscimento (liberamente individuabile) a queste *formazioni sociali di natura familiare*.

La vicenda italiana, pur rappresentando un caso sintomatico delle difficoltà di affermazione del riconoscimento delle unioni di fatto, può comunque fornire un contributo sul problema della "copertura" costituzionale di questi gruppi intermedi, non avendo invece nessuna utilità accennare allo stato attuale del dibattito sul matrimonio omosessuale, che sembra essere rimasto ad una risalente e grottesca pronuncia giurisprudenziale [167]. Fino ad oggi le risposte del nostro ordinamento al problema della rilevanza della convivenza "senza matrimonio" non soltanto si sono limitate alle sole coppie eterosessuali [168] ma sono state per di più rapsodiche, essendo affidate da una parte a

---

[166] Sulla riconducibilità della famiglia alla nozione di formazione sociale intermedia v. P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, p. 331 ss.

[167] Trib. Roma, 28 giugno 1980, in *Giur. it*., I, 1982, c. 170 ss, con nota di T. GALLETTO, *Identità di sesso e rifiuto delle pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio*. Con questa pronuncia fu rigettato il ricorso presentato da due uomini contro il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di procedere alle pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio. I giudici affermarono che la mancanza del divieto di matrimonio tra omosessuali non poteva risolversi in una autorizzazione implicita ma da esso doveva dedursi che tale fatto fosse totalmente estraneo al nostro ordinamento. Inoltre si utilizzò un argomentazione linguistica, richiamando il significato tradizionale del Dizionario italiano, ed una storica, alludendo alla definizione del giurista romano Modestino (III d.c.) secondo cui «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et umani iuris communicatio*». Dopo un'allusione alla coscienza popolare, il Tribunale di Roma giunse ad affermare che «né vengono in considerazione in questa sede altre libertà garantite dalla Costituzione», neutralizzando qualsiasi profilo di problematicità. Una questione analoga è stata affrontata da Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Foro it*., 2006, I, c. 287 ss. Nel caso di specie una coppia omosessuale, dopo aver richiesto la trascrizione del matrimonio contratto in Olanda (ex art. 19 D.P.R. n. 396 del 2000), ha impugnato il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di Latina. Il Tribunale competente ha affermato la legittimità del rifiuto, facendo emergere la mancanza dei «requisiti minimi essenziali» al fine di qualificare come matrimonio quello tra persone dello stesso sesso, proprio alla luce del sentimento e della storia nazionale.

[168] Fanno eccezione le iniziative di taluni Comuni (Pisa, Empoli, Firenze, Ferrara, Perugia,

talune leggi speciali [169], le cui *rationes* tra l'altro appaiono così eterogenee da non potersi dedurre un quadro sistematico di principi, e dall'altra all'attività interpretativa analogica dei giudici, che hanno tentato di rispondere alle esigenze di tutela attraverso una estensione "argomentata" della disciplina legale sul matrimonio (Libro I, Titolo VI, c.c.), per quanto l'uso dell'analogia faccia sorgere dei dubbi sulla ragionevolezza di tale assimilazione [170]. Non può negarsi però che vi sia stato un certo attivismo dei giudici comuni nel sollevare questioni di costituzionalità; nella maggior parte dei casi le ordinanze di rinvio hanno fatto emergere l'irragionevolezza della disparità di trattamento tra i coniugi e i conviventi (oltre alla violazione di ulteriori parametri), così da far sorgere la necessità di verificare se la giurisprudenza costi-

---

Bolzano, ecc.) che hanno istituito i Registri delle unioni civili (anche per le coppie omosessuali) e qualche isolata pronuncia giurisprudenziale, come la sent. 19 novembre 1993 della Corte di Appello di Torino che ha riconosciuto il diritto di astensione dal deporre *ex* art. 199 c.p.p. al teste, convivente omosessuale dell'imputato. Sulla istituzione dei Registri comunali v. R. Romboli e E. Rossi, *I registri comunali delle unioni e i loro censori*, in *Foro it*., 1996, III, c. 524. Più risalente una sentenza del Trib. Firenze, 11 agosto 1986 in *Giust. civ*., I, 1986, p. 321 ss., secondo cui «l'attuale coscienza sociale qualifica come dovere morale non soltanto l'assistenza prestata a favore dell'altro ma anche l'esborso di denaro al fine di sopperire alle singole necessità del compagno, atteso il carattere di reciprocità di tali prestazioni effettuate nell'ambito di una "famiglia di fatto"». Un'ulteriore eccezione è rappresentata dagli Statuti regionali della Toscana (art. 4, primo comma, lett. *l*) e dell'Umbria (art. 9, secondo comma), che affermano il riconoscimento delle «altre forme di convivenza» diverse dal matrimonio. Tuttavia la Corte costituzionale, sentt. nn. 372 e 378 del 2004, rispettivamente in *Giur. cost*., 2004, pp. 4022 ss. e 4111 ss., ha affermato la natura extra-giuridica di queste disposizioni, come dell'intero contenuto "eventuale" degli Statuti. Sulla problematica v. M. Pedetta, *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[169] Quelle più recenti: la legge n. 354 del 1975 (art. 30) riconosce al detenuto il permesso per assentarsi dal carcere per prestare assistenza al proprio convivente; la legge n. 91 del 1999 (art. 3) stabilisce l'obbligo di informazioni, sulle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto, al coniuge non separato e al convivente *more uxorio*; la legge n. 53 del 2000 (art. 49), relativa ai congedi parentali, riconosce al convivente stabile (che risulti da certificazione anagrafica) la facoltà di assentarsi dal lavoro in caso di decesso dell'altro o per la necessità di assistere il *partner* infermo; la legge n. 149 del 2001 ha assimilato alla convivenza post-matrimoniale il periodo durante il quale i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio ai fini del riconoscimento dell'idoneità all'adozione. Per una ricognizione analitica della "rilevanza" giuridica della convivenza nel sistema normativo v. M. Dogliotti, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv*., VIII, Torino, 1992, p. 193.

[170] Per un'analisi critica sull'uso della analogia v. R. Tommasini, *La famiglia di fatto*, in A. Albisetti, R. Botta, S. Ciccarello, L. Rossi Carleo e R. Tommasini (a cura di), *Il diritto di famiglia*, Torino, 2004, p. 334. Per un'analisi della analogia come strumento idoneo a colmare qualsiasi vuoto normativo senza la necessità di un intervento del legislatore v. M. Dogliotti, *Famiglia di fatto*, cit., p. 194.

tuzionale [171] abbia ritenuto discriminate (e quindi costituzionalmente rilevanti) quelle forme di convivenza «parafamiliare», secondo l'espressione della stessa Corte costituzionale [172].

In realtà nella maggior parte dei casi in cui è stata invocata la violazione dell'art. 3 Cost. la questione è stata ritenuta infondata [173], sulla base di un assunto chiaramente esplicitato: «le due situazioni poste a raffronto, come è evidente, sono nettamente diverse. Manca pertanto il necessario presupposto perché di fronte ad un trattamento differenziato possa utilmente prospettarsi e quindi dirsi fondato il denunciato contrasto con l'art. 3 della Costituzione» [174]. La incomparabilità dei termini ha dissolto così qualsiasi margine di operatività della logica del *tertium comparationis* [175], che informa l'accertamento del principio di uguaglianza. La ragione giustificativa della diversità dei termini di paragone risiede nel fatto che la «convivenza *more uxorio* è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri degli artt. 143, 144, 145, 146, 147 c.c., che

---

[171] Un'analisi di alcuni indirizzi della Corte costituzionale in materia di convivenza *more uxorio* si trova in M. SERAFINI, *Famiglia di fatto: evoluzioni giurisprudenziali e questioni aperte*, in *P.Q.M.*, 2001, p. 109; F. BILE, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 641; A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 1659; R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2518; M. CARDUCCI, *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale riguardante rapporti di fatto e limite degli interventi additivi della Corte*, *ivi*, 1989, p. 1406; V. VELLUZZI, *Nota a Corte cost., sent.. n. 166 del 1998*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 880; G. FERRANDO, *La Corte costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 766; A. PACE, *Il convivente more uxorio, il "separato in casa" e il c.d. diritto "fondamentale" all'abitazione*, *ivi*, 1988, p. 1801; R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*, *ivi*, 1988, p. 1802; P. FELICETTI, *Il Parlamento*, 1987, p. 53; C. COSSU, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*, in *Dir. proc. civ.*, 1998, p. 1783. Per un tentativo di sintesi della giurisprudenza costituzionale in questa materia sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La convivenza "senza matrimonio" nella giurisprudenza costituzionale*, in Atti del Seminario di Perugia (18 marzo 2005) sul tema «Giurisprudenza costituzionale e nuove discriminazioni», in corso di pubblicazione.

[172] Corte cost., sent. n. 372 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3129 ss.

[173] In tal senso v. Corte cost., sentt. n. 6 del 1977, in *Giur. cost.*, 1977, p. 29 ss.; n. 45 del 1980, *ivi*, 1980, p. 323 ss.; n. 423 del 1988, *ivi*, 1988, p. 1941 ss.; n. 310 del 1989, *ivi*, 1989, p. 1407 ss.; n. 2 del 1998, *ivi*, 1998, p. 4 ss.; n. 166 del 1998, *ivi*, 1998; n. 352 del 2000, *ivi*, 2000, p. 2567 ss.; n. 461 del 2000, *ivi*, 2000, p. 3642 ss.; ord. n. 491 del 2000, *ivi*, 2000, p. 3785 ss.

[174] Corte cost., sent. n. 6 del 1977, cit., p. 29 ss.

[175] «La famiglia legittima essendo una realtà diversa dalla famiglia di fatto non costituisce un adeguato *tertium comparationis*», tale «da rendere illegittima l'omissione e conseguentemente doverosa la sentenza additiva» (Corte cost., sent. n. 2 del 1998, cit., p. 4 ss.).

nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima» [176]; la convivenza appare instabile perché in balìa della volontà degli stessi conviventi, della «*affectio quotidiana,* liberamente e in ogni istante revocabile» [177]. Tuttavia questa diversa natura non ha portato a negare una copertura costituzionale alla famiglia di fatto, potendo infatti essere ricondotta, secondo la Corte, sotto l'art. 2 Cost.: «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, *non appare costituzionalmente irrilevante* quando si abbia riguardo al rilievo offerto al *riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche*» [178]. Sembra emergere così una conferma di quanto detto intorno alla mancanza di un fondamento costituzionale della opzione di "non tutela" e alla possibilità di configurare, in capo al legislatore, un obbligo di riconoscimento di questo gruppo intermedio.

Invece la Corte, quando i giudici *a quibus* hanno tentato di far valere la violazione dell'art. 29 Cost., presupponendo una espansione del modello costituzionale di famiglia, si è pronunciata nel senso della infondatezza [179], non autorizzando «la perdita dei contorni caratteristici delle due figure in una visione unificante», visto che tali contorni vanno al di là del «dato estrinseco della sanzione formale del vincolo» [180]. La stessa Corte ha affermato inoltre che la definizione di una "pluralità" dei livelli di tutela, uno "minimo", quello dell'art. 2 Cost. e uno "massimo", quello dell'art. 29 Cost., permette tra l'altro di evitare una configurazione della convivenza come «forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata», così che dovrà essere evitata «un'impropria rincorsa verso la disciplina del matrimonio», che ne sacrificherebbe il carattere della «soggettività individuale», appiattendola sulle «esigenze obiettive della famiglia come tale» [181]. Sono apparsi così chiari gli appelli al legislatore sulla costruzione normativa di uno statuto minimo della famiglia di fatto, come sistema bilanciato (ed essenziale) di diritti e doveri, visto che «la normale presenza di quegli interessi non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni omesse» [182].

La giurisprudenza costituzionale è rimasta però ancorata ad una interpretazione letterale della nozione di convivenza *more uxorio*, intesa come conviven-

---

[176] Corte cost., sent. n. 45 del 1980, cit., p. 323 ss.

[177] Corte cost., sent. n. 423 del 1988, cit., p. 1941 ss.

[178] Corte cost., sent. n. 237 del 1986., in *Giur. cost*., 1986, p. 2056 ss.

[179] Corte cost., sentt. n. 237 del 1986, cit., p. 2056 ss.; n. 8 del 1996, *ivi*, 1996, p. 98 ss.

[180] Corte cost., sent. n. 8 del 1996, cit., p. 98 ss.

[181] Corte cost., sent. n. 8 del 1996, cit., p. 98 ss.

[182] Corte cost., sent. n. 6 del 1977, cit., p. 29 ss.

za stabile e duratura, con o senza figli, tra individui che si comportano *come se fossero marito e moglie*. Visto infatti che coloro che contraggono matrimonio (marito e moglie) anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti non possono che essere di sesso biologico "diverso" secondo il significato "tradizionale" che assume l'istituzione matrimoniale nella cultura giuridica degli Stati europei, allora la Corte costituzionale sembra affermare che possano "comportarsi" come marito e moglie soltanto coloro che possono "essere" tali, ossia un uomo e una donna. Non può negarsi che la Corte avrebbe dovuto valorizzare la copertura costituzionale dell'art. 2 Cost. riconoscendo alle coppie omosessuali la natura di formazione sociale, al pari delle coppie eterosessuali, superando il significato classico di convivenza *more uxorio* e sganciando tale significato dal modello matrimoniale. Tale valorizzazione sarebbe probabilmente una mera esplicitazione di ciò che la giurisprudenza costituzionale ha già affermato sul fenomeno del transessualismo [183]. Infatti la Corte con la sent. n. 161 del 1985 [184], pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della legge n. 164 del 1982, che ha riconosciuto ai transessuali la possibilità di rettificare il sesso ad essi attribuito alla nascita, ha affermato chiaramente che l'identità sessuale [185] di un individuo è un profilo della identità personale [186]. La stessa legge n. 164 del 1982 si «colloca nell'alveo (…) di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale». Da questa giurisprudenza emerge un «concetto di identità sessuale

---

[183] Sul fenomeno del transessualismo v. R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, Bologna-Roma, 1988, p. 257 ss.; P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona: la legge n. 164 del 1982*, in *Legal. giust*., 1984, p. 746 ss.; G. PALMIERI e M.C. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam. pers*., 1999, p. 1331 ss.

[184] Corte cost., sent. n. 161 del 1985, in *Giur. cost*., 1985, p. 1173 ss. Con questa pronuncia la Corte ha mutato la propria giurisprudenza rispetto a quanto affermato con la sent. n. 98 del 1979, resa su un dubbio di costituzionalità sollevato su alcune disposizioni dell'ordinamento dello Stato civile (R.D.L. n. 1238 del 1939), nella parte in cui escludevano il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita ed alla attribuzione del sesso femminile, nell'ipotesi di modificazioni artificiali del sesso attributive di caratteristiche femminili esterne. In quell'occasione si espresse nel senso della infondatezza affermando che il diritto all'identità sessuale non è un diritto inviolabile *ex* art. 2 Cost., poiché «*non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti*». Sulla problematica v. S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, *ivi*, 1979, p. 1179 ss.

[185] A. GIUFFRIDA, *Il diritto alla identità personale e alla liberà sessuale*, in G. GIACOBBE e A. GIUFFRIDA, (a cura di), *Le persone. III: Diritti della personalità*, Torino, 2000, p. 419.

[186] G. ALPA e G. ANSALDO, *Le persone fisiche. Art. 1-10*, in *Il Codice civile*, Milano, 1996; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; A. CERRI, *Identità personale*, in *Enc.giur*., Roma, 1995; A. GIUFFRIDA, *Il diritto alla identità sessuale e alla libertà sessuale*, cit., p. 419; G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Bologna, 2003.

nuovo e diverso rispetto al passato» in cui assumono rilievo anche «elementi di carattere psicologico e sociale», una sorta di «complesso della personalità», che necessita di un riconoscimento giuridico, come presupposto di riconoscimento sociale, al fine di «superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza». Se è vero allora che le formazioni sociali sono il luogo "naturale" in cui si sviluppa la personalità degli individui, posto che l'identità sessuale è coessenziale alla sfera della personalità, non si vede come la Corte non abbia riconosciuto alla convivenza omosessuale la natura di formazione sociale e la tutela costituzionale *ex* art. 2 Cost., visto che in questa si realizza principalmente l'identità sessuale. Tra l'alto la stessa Corte costituzionale, in quella significativa pronuncia, ha affermato che l'art. 2 Cost. «non è violato quando (…) sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale» [187].

In definitiva sembra emergere, da quanto detto, una forte debolezza degli strumenti giurisprudenziali, connessa non soltanto ai limiti (insuperabili) imposti dal principio di separazione delle funzioni rispetto al potere legislativo (quanto alla costruzione di uno statuto minimo della famiglia di fatto) ma anche ad un certo timore (non insuperabile) dinanzi alle resistenze culturali della tradizione (quanto all'estensione della nozione di convivenza *more uxorio* anche alle coppie omosessuali); tra l'altro in Italia questa debolezza della Corte costituzionale è stata accentuata dalla assoluta incapacità del potere politico di approvare una disciplina organica sulle unioni di fatto [188].

Ad ogni modo anche se fossero colmate queste "omissioni" giurisprudenziali la tutela delle coppie omosessuali, pur essendo riconosciuti i diritti inviolabili, non risulterebbe comunque sufficiente, alla luce di quel bisogno "ulte-

---

[187] La Corte aggiunge che l'identità sessuale è «*da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità*».

[188] Molti sono i progetti presentati nella XIV legislatura: A.C. 795 (on. Belillo ed altri), Disciplina dei patti di convivenza; A.C. 1232 (on. Pecoraro Scanio ed altri), Norme sulle unioni civili; A.C. 1610 (on. Soda), Disciplina dell'unione affettiva; A.C. 2982 (on. Grillini ed altri), Istituzione del Registro delle unioni civili di coppie dello stesso sesso o di sesso diverso e possibilità per le persone dello stesso sesso di accedere all'istituto del matrimonio; A.C. 3296 (on. Grillini ed altri), Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto; A.C. (on. Titti De Simone ed altri), Norme in materia di unione registrata, di unione civile, di convivenza di fatto, di adozione e di uguaglianza giuridica tra i coniugi; A.C. 3893 (on. Grillini ed altri), Disciplina dell'unione affettiva; A.C. 4334 (on. Rivolta ed altri), Disciplina del patto civile di solidarietà; A.C. 4399 (on. Mussolini ed altri), Disciplina della convivenza familiare; A.C. 4405 (on. Mussolini), Disciplina della convivenza familiare e norme in materia di filiazione e successione; A.C. 4442 (on. Buemi), Disciplina delle unioni di fatto; A.C. 4478 (on. Belillo ed altri), Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, concernenti l'adozione dei minori da parte delle persone e delle coppie stabilmente conviventi; A.C. 4588 (Consiglio Regionale della Toscana), Disciplina delle unioni di fatto.

riore", di cui si è già detto, che va ben al di là del livello "minimo" *ex* art. 2 Cost.; analoga considerazione dovrebbe valere per una disciplina normativa soltanto "leggera", come quella francese dei Patti di solidarietà, la cui funzionalità è invece apprezzabile nei confronti delle coppie di fatto eterosessuali. Tuttavia la problematica della inclusione e dell'attribuzione di uno *status*, come strumento di pieno riconoscimento sociale e di soddisfacimento di quel bisogno "ulteriore", si pone in una sfera di mera *opportunità* costituzionale, connessa all'espansione dei processi di inclusione democratica, diversamente dalla esigenza di estensione della nozione di convivenza *more uxorio* e di attribuzione dei diritti fondamentali anche alle coppie omosessuali, che riguarda invece la sfera della *necessità* costituzionale (quindi degli obblighi del legislatore ordinario e, ancor prima, della coerenza della giurisprudenza costituzionale). Evidentemente in Italia un dibattito sull'*opportunità* costituzionale risulta minato dalla assoluta mancanza del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale e del legislatore, delle *necessità* costituzionali delle coppie formate da persone del medesimo sesso.

8. Una macro-comparazione tra modello europeo e modello americano: centralità del legislatore e naturale inadeguatezza del controllo di costituzionalità

Per quanto l'autonomia normativa, presupposta dal sistema comunitario e valorizzata dalle Costituzioni degli Stati, abbia dato vita ad una molteplicità di forme di riconoscimento a livello nazionale, l'elemento che accomuna gli Stati europei è senza dubbio la centralità del legislatore nel processo di inclusione degli omosessuali, visto che il ruolo delle Corti costituzionali (come quello del *Conseil Constitutionnel*[189], del *Bundesverfassungsgericht*[190] e prossimamente, quasi sicuramente, del *Tribunal Constituciónal*) non sembra poter divenire decisivo, tanto da anticipare le scelte dei Parlamenti. Sembra soprattutto difficile prospettare una dichiarazione di incostituzionalità della legge nella parte in cui non prevede il diritto al matrimonio (anche) per le coppie omosessuali, essendo più probabile un giudizio favorevole di compatibilità con la Costituzione di una opzione di tutela, *già* prevista dal legislatore, o l'attribuzione, attraverso pronunce di natura additiva, di taluni diritti "omessi". Negli USA invece dando uno sguardo all'attività svolta da talune Corti

[189] *Conseil Constitutionnel*, n. 99-419, cit.

[190] *Bundesverfassungsgericht*, 17 luglio 2002, cit.

Supreme statali, in una logica di diffusione del controllo di costituzionalità, quel rapporto legislatore-giudici appare *invertito*, visto che l'attività giurisdizionale ha preceduto quella legislativa; per di più questo rapporto è stato caratterizzato, nella maggior parte dei casi, da forti contrasti.

In realtà alcune pronunce, risalenti all'inizio degli anni '70, della Corte Suprema del Minnesota [191] e della Corte d'appello del Kentucky [192] avevano affermato la natura esclusivamente eterosessuale di tale istituto e il radicamento di questa configurazione nella cultura e nella tradizione del Paese, come per altro è stato ribadito successivamente dalla Corte Suprema di New York [193]. La stessa Corte Suprema federale, nel noto caso *Bowers* [194], ritenne addirittura legittima la previsione da parte dello Stato di Georgia di sanzioni penali nei confronti di atti omosessuali sul presupposto che la maggioranza dei cittadini di quello Stato consideravano immorali le pratiche sodomitiche, ponendo così i diritti di una minoranza pericolosamente in balìa delle resistenze culturali della maggioranza [195]. Molto però è cambiato negli ultimi anni. La Corte Suprema federale [196] ha dichiarato l'incostituzionalità della norma texana che sanzionava penalmente l'attività omosessuale, operando

---

[191] *Supreme Court of Minnesota*, *Baker v. Nelson*, 191 N.W. 2 d 185, 1971.

[192] *Supreme Court of Kentucky, Jones v. Hallahan*, 501 S.W. 2 d 588, 1973.

[193] *Supreme Court of New York*, *Storrs v. Holcomb*, 654 N.Y.S. 2 d 286, 1996.

[194] *Supreme Court of U.S.*, *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 1986. I giudici sostennero che la sodomia non poteva essere ricompresa nel diritto alla *privacy*, qualora esistesse una norma penale di condanna. La questione era arrivata alla Corte dopo che Michael Hardwick era stato sorpreso con un compagno in una stanza d'albergo di Atlanta da un poliziotto, che, alla ricerca di un pregiudicato, era giunto erroneamente nella sua stanza. Hardwick, sottoposto a misure detentive per 12 ore (per quanto il fermo non fosse stato convertito in un ordine di arresto), ritenne di dover procedere in una causa, sostenendo che era stato violato il proprio diritto alla *privacy*

[195] In questo senso v. E. CECCHERINI, *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale in alcuni ordinamenti stranieri: lo stato del dibattito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 39 ss.

[196] *Supreme Court of U.S., Lawrence v. Texas*, 123 s. Ct. 3471, 2003. A tal proposito v. C. VALENTINI, *La sentenza Lawrence v. Texas e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 189 ss. Questa pronuncia è stata anticipata da una decisione della Corte Suprema della Georgia, *Powell v. Georgia*, 1998, che ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma che prevedeva sanzioni penali per gli atti sodomitici perché contraria al rispetto del diritto alla *privacy*. Tuttavia *Lawrence* sembra andare oltre, non limitandosi ad affermare la rilevanza costituzionale della mera libertà individuale ma soffermandosi sulla dimensione affettiva relazionale della coppia omosessuale: «Affermare che la questione in *Bowers* era semplicemente quella di stabilire l'esistenza di un diritto ad intrattenere certe condotte sessuali svilisce le aspettative degli individui coinvolti, parimenti a quanto accadrebbe a una coppia sposata ove si affermasse il matrimonio consiste solo nel diritto ad avere rapporti sessuali».

l'*overruling* del criticato precedente e smontando il postulato secondo il quale la condanna morale dell'omosessualità è una ragione in grado di superare il *rational basis test* [197], che informa la verifica della natura discriminatoria dei trattamenti differenziati. In questa pronuncia si è letto tra l'altro un indebolimento del principio di eterosessualità dei coniugi, poiché verrebbe meno il principio secondo cui il *same-sex marriage* non è un "vero" matrimonio, in quanto non può essere consumato, rafforzandosi invece l'idea che sia possibile porre in essere rapporti sessuali e relazioni affettive non finalizzate alla procreazione [198].

A tal proposito appaiono ancor più significative le pronunce di alcune Corti Supreme statali che, attraverso differenti logiche decisorie, hanno affermato (o, in un caso, hanno indotto, in seguito a rinvio, la *Circuit Court* ad affermare) la illegittimità delle leggi che negavano alle coppie omosessuali l'accesso all'istituzione matrimoniale. Una prima logica giurisprudenziale, utilizzata per scardinare il modello tradizionale di coniugio, è stata quella del *divieto di discriminazione* [199] (a), resa operativa attraverso uno *scrutiny* sull'arbitrarietà di tale omissione normativa. La Corte Suprema delle Hawaii [200], pur non riconoscendo direttamente un diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha affermato che una tale discriminazione (come quelle basate sulla religione, sulla lingua, sulla razza, ecc.) necessita di un interesse meritevole e di una ragione oggettiva in grado di giustificarla. Lo Stato hawaiano però non è riuscito ad argomentare le ragioni di questo trattamento differenziato, dimostrando un *compelling interest*, così che la *Circuit Court*, dinanzi alla quale il caso è stato rinviato, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto del matrimonio omosessuale. Alla luce di un ragionamento analogo la Corte Suprema del Vermont [201] ha affermato l'illegittimità della normativa statale; anche in questo caso lo Stato, sui cui gravava l'onere della

---

[197] La Corte Suprema americana afferma chiaramente che «il fatto che la maggioranza che governa lo stato veda una particolare pratica come immorale non costituisce ragione sufficiente per considerare costituzionalmente legittimo uno *statute* che proibisce tale pratica». Su questa logica decisoria v. A. D'ANGELO, *La difesa del matrimonio eterosessuale negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 303 ss.

[198] In questo senso si è espresso M. MONTALTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 690.

[199] Sulla logica della *equal protection clause* v. A. D'ANGELO, *La difesa del matrimonio*, p. 303 ss.; M. MONTALTI, *Same-sex marriage tra protezione statale e principio federale*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 41 ss.

[200] *Supreme Court of Hawaii, Baher v. Lewin*, 852 P. 2 d 44, 1993.

[201] *Supreme Court of Vermont, Baker v. State of Vermont*, 20 dicembre 1999, in *www.lambdalegal.org*.

prova, non è riuscito a provare l'esistenza di un *substantial state interest* [202].

Una decisione della Corte Suprema dell'Alaska [203] ha fatto emergere una diversa ragione ispiratrice, informata alla tutela del *diritto alla privacy* (b), argomentando in modo suggestivo che la questione realmente rilevante non è se il matrimonio omosessuale sia configurabile, nella tradizione di questo Stato, come un diritto fondamentale ma se la libertà di scelta del proprio *partner* sia radicata nella tradizione statale [204]. A questo proposito la Corte ha sostenuto che tale scelta, intima e personale, è riconducibile sotto la copertura del (radicato) diritto alla riservatezza, e quindi da sottrarre alle intrusioni istituzionali, arrivando così a valorizzare l'autonomia individuale a discapito del legame (presunto) tra procreazione e matrimonio. La Corte Suprema del Massachusetts [205], senza ricorrere ad una logica mediata, ha invece ricostruito un "autonomo" *diritto fondamentale* (c) al matrimonio, senza il quale «si è esclusi da una vasta gamma di esperienze umane ed è negata la piena protezione al riconosciuto impegno di ciascuno ad un'intima relazione umana»; «decidere se e con chi contrarre matrimonio, o come esprimere la propria intimità sessuale, o se e come creare una famiglia rientrano fra le libertà fondamentali garantite dalla previsione del *due process* [206]».

A parte taluni casi, come quello della California, comunque caratterizzato da un certa schizofrenia normativa [207], e del Vermont, in cui vi è stata una vir-

---

[202] Questa pronuncia si informa ad una logica analoga a quella della Corte Suprema delle Hawaii, per quanto lo *standard* utilizzato, a fini anti-discriminatori, non sia quello dello *strict scrutiny* ma dell'*intermediate scrutiny*. Sul punto v. A. D'ANGELO, *La difesa del matrimonio*, cit., p. 308.

[203] *Supreme Court of Alaska, Brause v. Bureau of Vital Statistics*, in *Family Law Reporter*, 1998, p. 2015 ss.

[204] M. MONTALTI, *Same-sex marriage,*, cit., p. 47.

[205] *Supreme Court of Massachusetts, Goodridge, et al. v. Departm of Public Health*, *et al.*, 798 N.E. 2 d 941, 2003. Su questa pronuncia v. M. MONTALTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso,* cit., p. 687 ss.

[206] Il XIV emendamento americano dispone che « (…) *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law* ».

[207] Il 7 marzo del 2000 fu approvata attraverso un referendum la modifica del *Family Code* nel senso che «Soltanto il matrimonio tra un uomo e una donna è valido e riconosciuto in California» (sez. 308.5). Una parte della sfera politica aveva espresso la necessità di preservare il modello tradizionale, appellandosi al popolo californiano, che, dimostrò in quell'occasione di non voler vedere stravolto l'istituto matrimoniale. Tuttavia il 15 marzo 2005 una sentenza del giudice Richard Kramer, di S. Francisco, ha stabilito che il limite eterosessuale, introdotto tramite referendum, è incostituzionale. Già nel febbraio 2004 il Sindaco di S. Francisco aveva autorizzato la celebrazione di matrimoni omosessuali ma la Corte Suprema statale, riservandosi di decidere nel merito, ha annullato i matrimoni per assoluta carenza di competenza

tuosa collaborazione tra la Corte Suprema e il Parlamento, che, dinanzi alla alternativa (tra dilatazione del matrimonio e istituto equivalente) prospettata dalla Corte Suprema, ha optato per il modello parallelo delle unioni registrate [208], sembra palese come il legislatore (*rectius*, i legislatori statali e quello federale) abbia esercitato una forte resistenza politica nei confronti dell'audacia e del "riformismo" giurisprudenziale, assumendo una posizione assai diversa da quella assunta dai legislatori europei. Sono sintomatici in tal senso gli emendamenti costituzionali, che riservano il matrimonio agli eterosessuali, presentati dai legislatori degli Stati delle Hawaii (il cui corpo elettorale si è espresso favorevolmente nel 1997) [209] e del Massachusetts (2004), in aperto contrasto con le decisioni delle rispettive Corti Supreme; in modo analogo nel 2000 lo Stato del Nebraska ha modificato la propria Costituzione, negando la validità al *same-sex marriage* [210]. Ancor più significativa appare l'iniziativa a livello federale del Congresso, che il 21 settembre 1996 ha emanato il *Defense of Marriage Act*, in cui si dispone che gli Stati possono decidere di non conferire efficacia a quegli atti, che pur legittimamente emanati da uno Stato, attribuiscono alle unioni omosessuali uno *status* simile al matrimonio [211]; attualmente quasi quaranta Stati hanno dato operatività a questa dife-

---

del Sindaco. L'ultimo atto di questa vicenda è rappresentato però dal riconoscimento del matrimonio omosessuale da parte del Parlamento (7 settembre 2005), che ha espresso una diversa sensibilità politica; questa normativa ha "superato" quella sulle unioni registrate entrata nel frattempo in vigore il 1° gennaio 2005.

[208] Legge 26 aprile 2000, *Act Relating to Civil Unions*. La Corte Suprema, affermando infatti l'illegittimità della esclusione delle coppie omosessuali di tutti i benefici e i vantaggi di cui possono disporre le coppie sposate eterosessuali, ha rimesso alla discrezionalità legislativa la decisione di introdurre (come soluzione) il matrimonio oppure attribuire gli stessi vantaggi offerti ai coniugi utilizzando una soluzione alternativa. Emerge così un'ulteriore conferma sulla fungibilità della logica del parallelismo (di matrice scandinava) a soddisfare un bisogno sostanziale di eguaglianza. Nella stessa *Relazione* allegata alla legge si afferma chiaramente che l'istituto equivalente rappresenta un bilanciamento ragionevole tra valori tradizionali e esigenze di tutela e riconoscimento di una minoranza. A tal proposito v. CECCHERINI, *Il Principio di non discriminazione*, cit., p. 54.

[209] A. D'ANGELO, *La difesa del matrimonio*, cit., p. 308, fa notare che successivamente la Corte Suprema delle Hawaii, 9 dicembre 1999, in *www.lambdalegal.org*., si è limitata a prendere atto che è cambiato il testo della Costituzione, ritenendo legittimo il divieto del matrimonio omosessuale.

[210] L'art. 1, *section* 29 dispone che «Soltanto il matrimonio tra un uomo e una donna è valido o riconosciuto in Nebraska. L'unione di due persone del medesimo sesso in un'unione civile, in una *partnership* domestica, o un'altra simile relazione omosessuale non è valida o riconosciuta in Nebraska».

[211] Sembra chiaro che tale "difesa" è indirizzata contro non soltanto il matrimonio omosessuale ma anche l'unione registrata, essendo questa un istituto che attribuisce uno *status* simile al matrimonio. Il *Defense of marriage Act* è caratterizzato da una logica contraria a quel-

sa dell'eterosessualità matrimoniale. Per di più il Presidente degli Stati Uniti, non ritenendo sufficiente questa limitazione (eventuale) alla circolazione delle forme di tutela delle coppie omosessuali, ha indotto il Congresso a presentare un emendamento costituzionale nel senso della eterosessualità del matrimonio, sostenendo la necessità di utilizzare il potere di revisione costituzionale come argine nei confronti del protagonismo giudiziario [212].

Da questo quadro da cui emerge chiaramente una forte resistenza del potere politico e dei legislatori alle Corti, può forse desumersi la debolezza degli strumenti giurisprudenziali nell'imporre un così travagliato processo di inclusione, perfino in un ordinamento che ha fatto parlare del "governo dei giudici". In particolar modo le logiche decisorie, utilizzate dalla Corti Supreme statali, appaiono inadeguate a fondare la forma di riconoscimento più intensa delle coppie omosessuali. In primo luogo il *diritto alla privacy* (a) è naturalmente in grado di coprire la sola dimensione individuale e la libertà sessuale ma non sembra idoneo ad essere utilizzato come parametro al fine di dichiarare incostituzionale l'omissione del diritto al matrimonio, afferente invece ad una sfera relazionale, in cui si realizza la comunità di vita tra due persone. Il *divieto di discriminazione* (b) presuppone invece il noto problema della "comparabilità" della situazione che si assume discriminata (la coppia omosessuale) e di quella "terza" comparata (la coppia eterosessuale). Una somiglianza potrebbe prospettarsi se fosse valorizzata maggiormente la "funzione" familiare; al contrario una valorizzazione della eterosessualità e del fine procreativo non potrebbero che far prevalere la diversità dei termini, in ossequio all' "istituzione". In definitiva, in questa prospettiva anti-discriminatoria, dovrebbe spettare al giudice (costituzionale) porre in essere un giudizio di valore e di prevalenza della "funzione" sull'"istituzione". Dei dubbi però sorgono, come si dirà tra poco, sulla forza persuasiva degli organi giurisdizionali a vincere una tradizione plurisecolare e sulla carenza di legittima-

---

la delle normative scandinave, in cui, come abbiamo visto, si asseconda una circolazione dei modelli analoghi di tutela tra gli Stati dell'area nordica (e non solo). A. D'ANGELO, *La difesa del matrimonio*, cit., p. 313 ss., si sofferma sulla dubbia compatibilità del *Defense of Marriage Act* con la *full faith and credit clause*, che si concretizza nell'obbligo per gli Stati di riconoscere la validità a ogni effetto degli atti provenienti da ciascuno di essi, rendendo così omaggio all'unità federale. M. MONTALTI, *Same-sex marriage*, cit., p. 60, definisce suggestivamente il DOMA uno strumento di «guerra preventiva» al *same-sex marriage*.

[212] *President Bush's remarks on Same-Sex Marriage*, 24 febbraio 2004, in *www.cittadinolex.kataweb.it*. Bush ha annunciato la presentazione di un emendamento costituzionale affermando che «la mia amministrazione difenderà vigorosamente questa legge del Congresso (*Defense of Marriage Act*). Eppure non c'è alcuna certezza che la legge di difesa del matrimonio non venga essa stessa attaccata e demolita dalle Corti attiviste»; «per questo la difesa del matrimonio richiede una *modifica costituzionale*».

zione necessaria per operare un tale stravolgimento. Tra l'altro la logica del divieto di discriminazione può, più naturalmente (e meno problematicamente), essere utilizzata da parte dei giudici per attribuire singoli diritti omessi o addirittura dal legislatore, su indicazione dei giudici (come è accaduto in Olanda, guardando alla nota pronuncia della Corte Suprema, di cui si è detto), per "scomporre" gli effetti del matrimonio al fine di costruire un istituto analogo a quello del matrimonio, che sembra poter soddisfare comunque un'esigenza egualitaria. In definitiva anche il principio di eguaglianza non sembra essere sufficiente ad aprire le porte del matrimonio, dovendo invece arrestarsi dinanzi a quello.

Quanto invece alla configurazione del diritto al matrimonio come *diritto fondamentale* (c), violato dalla mancanza di una previsione normativa, valgono diverse considerazioni. Non può negarsi che le argomentazioni della Corte Suprema del Massachusetts [213], che ha sottratto il matrimonio al fine procreativo, riconoscendo la libertà individuale di scelta del *partner* e la libertà di dar vita ad una famiglia, appaiono convincenti, sul presupposto che «il diritto al matrimonio ha poco significato se non include il diritto di sposare la persona di propria scelta». In questa logica l'apertura del matrimonio non si fonda su una problematica valutazione di comparabilità (tra coppie omosessuali e eterosessuali) operata dal giudice ma sulla natura "aperta" della *due process clause* [214], a cui i giudici danno diretta attuazione. Tuttavia, pur non potendo negare la maggiore stabilità di questo fondamento costituzionale, rimane in vita una problematica assai complessa.

La questione dell'accesso al matrimonio sembra infatti fortemente complicata se affrontata nella logica e con lo strumentario classico della tutela costituzionale dei diritti; la legittimazione sociale, che il matrimonio, come forma più *intensa* di riconoscimento, dovrebbe garantire, presuppone necessariamente la legittimazione politica dell'organo che attribuisce tale riconoscimento, misurandosi (anche traumaticamente) con la tradizione. In un momento storico in cui la fenomenologia sociale delle coppie gay si impone nella società senza che questa sia ancora matura per non soffermarsi sulla stravaganza e sulla presunta immoralità, soltanto il legislatore può valutare il rapporto tra *fatto* e *valore*, la fattibilità socio-culturale, l'impatto di un tale cambiamento perché soltanto il legislatore ha la forza per imprimerlo e per costruire un diritto al matrimonio, colmando lo scarto tra le evoluzioni sociali (i fatti) e la cultura sociale (i valori) ed imprimendo normativamente un'ac-

---

[213] *Supreme Court of Massachusetts, Goodridge, et al. v. Departm of Public Health*, cit.

[214] Su questa clausola della Costituzione americana v. A. D'ANGELO, *La difesa del matrimonio*, cit., p. 299 ss.

celerazione dei processi di inclusione. Per altro il legislatore può decidere di *non* dilatare l'istituzione tradizionale, avendo infatti gli strumenti per "graduare" gli effetti, per bilanciare tradizione e innovazione; la costruzione normativa delle unioni registrate come istituto equivalente è l'esempio più nitido, espressione di una progressiva evoluzione e di un progressivo avvicinamento al primo livello di riconoscimento (come è avvenuto in modo esemplare in Olanda). Non può negarsi invece che i giudici siano privi di questi strumenti, di questi spazi di manovra e di valutazione, potendo attribuire o non attribuire il diritto al matrimonio; quando decidano di dichiarare incostituzionale una norma per il mancato riconoscimento di tale diritto anche in capo alle coppie omosessuali sono infatti costretti (pur utilizzando argomentazioni persuasive come la Corte Suprema del Massachusetts) ad affermare la debolezza inclusiva della teoria del *separate but equal* [215], per provare che la soluzione dell'apertura del matrimonio è una soluzione a rime obbligate (e quindi non una mera opzione tra le tante).

In realtà dietro il tentativo di argomentare l'inadeguatezza della logica della soluzione "alternativa" al matrimonio vive l'inadeguatezza del controllo di costituzionalità ad introdurre nell'ordinamento questo "nuovo" diritto. Allo stato attuale il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali non sembra essere configurabile come un problema di legittimità costituzionale, sul presupposto che non è forse illegittima una norma che lo "omette" così come non è illegittima una norma che lo "riconosce". Potrà forse diventare in futuro una questione di legittimità al mutare della coscienza sociale, alla luce della quale potrebbe prospettarsi, anche in Europa, una pronuncia di illegittimità sopravvenuta essendo mutato il significato del parametro, per quanto questa logica rimanga a tratti insidiosa [216]. Ma a voler ragionare sul presente

---

[215] Sulla critica della Corte Suprema del Massachusetts alla teoria del *separate but equal* v. M. MONTALTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 697.

[216] Sulla problematica della illegittimità sopravvenuta al mutamento della coscienza sociale v. S. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1988. Appare in tal seno significativa una pronuncia della Corte costituzionale tedesca, 4 ottobre 1993, cit., p. 1419 ss., che ha negato la illegittimità del mancato riconoscimento del diritto di sposarsi, affermando che il matrimonio è tradizionalmente un'unione tra un uomo e una donna e che non sussiste alcuna testimonianza di un qualsiasi «*progresso sociale*» in grado di alterare questa fondamentale premessa, avendo fatto emergere *a contrario* la possibilità, in astratto, che sopravvenga un diverso significato del parametro costituzionale. Tuttavia non può negarsi che questa logica, portata alle contrarie conseguenze, nasconde delle insidie poiché rischia di attribuire alla *attuale* diffidenza morale della società, verso una minoranza, una forza di definizione del matrimonio, alla luce della quale, a coscienza sociale invariata, potrebbe essere dichiarata incostituzionale l'apertura del matrimonio prospet-

quello che sembra leggersi nei sistemi costituzionali è la centralità del legislatore, presupposta dalle Costituzioni europee (che rinviano ad esso per la definizione del contenuto del matrimonio) e deducibile dal modello americano (caratterizzato da una forte opposizione agli effetti del controllo diffuso di legittimità costituzionale).

9. Il diritto di adozione come problematica "autonoma"

Il Parlamento europeo nella nota risoluzione dell'8 febbraio 1994 «sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità» non si limitò ad invitare al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali ma giunse ad auspicare l'eliminazione di «qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali *di essere genitori* ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini». Tra l'altro questa esortazione è stata ribadita più recentemente nella risoluzione del 4 settembre 2003 «sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2002)», in cui si legge che il Parlamento «ribadisce la propria richiesta agli Stati membri di abolire qualsiasi forma di discriminazione – legislativa o *de facto* – di cui sono ancora vittima gli omosessuali in materia di diritto al matrimonio e all'adozione dei minori».

È evidente come la problematica dell'adozione da parte delle coppie omosessuali sottenda una forte destabilizzazione della esclusiva funzione delle coppie eterosessuali alla cura dei minori, sul presupposto che fino ad oggi la configurazione normativa della filiazione giuridica è stata modellata sul paradigma (eterosessuale) della filiazione naturale. Tuttavia l'adozione appare un profilo "autonomo" rispetto al rapporto di coniugio; nelle legislazioni europee è disciplinata, non a caso, in (leggi speciali o in) un titolo del codice civile separato rispetto a quello sul matrimonio, per quanto vi sia una scelta (prevalente) a favore dell'istituto matrimoniale come requisito legittimante, alla luce di una presunzione di stabilità e certezza dei rapporti, funzionali all'effettività della tutela dei minori. Tale presunzione però non ha generato una preclusione assoluta nei confronti delle coppie omosessuali, non essendone stata ignorata da alcuni legislatori nazionali la "funzione" familiare (e, in particolar modo, l'idoneità a rappresentare un ambiente sicuro per lo svi-

---

tata eventualmente dal legislatore. In realtà appare chiara, alla luce delle incertezze e delle zone d'ombra, la inadeguatezza funzionale dei giudici costituzionali a maneggiare e interpretare le evoluzioni della sensibilità sociale, in relazione ad un istituto di plurisecolare tradizione, dovendo in questo ambito essere naturalmente ribadita la centralità politica del legislatore.

luppo dei minori), anche negli ordinamenti in cui non vi è stata la dilatazione dell'istituzione matrimoniale.

In realtà i Paesi scandinavi, nella prima esperienza di attribuzione di riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali, inserirono originariamente il diritto di adozione proprio in quella sfera di "eccezione", che rappresenta lo scarto tra il matrimonio e l'unione registrata, configurando la coppia omosessuale come un famiglia «senza figli»[217]. Questa opzione normativa è stata messa in crisi da talune situazioni *di fatto*, in cui i figli naturali di uno dei *partner* (generati da una precedente relazione eterosessuale o attraverso la tecnica dell'inseminazione artificiale) si trovavano a vivere in seno alla famiglia omosessuale, all'interno del quale anche il *partner* del genitore svolgeva quotidianamente una funzione di cura. Alla luce di questo impulso "reale" la Danimarca[218] è stata il primo paese a riconoscere il diritto di adozione dei figli del compagno di vita, allargando gli effetti dell'unione registrata, a distanza di dieci anni dalla sua introduzione nell'ordinamento giuridico. Questo diritto, attribuito alle coppie omosessuali registrate e non a quelle meramente conviventi, è stato successivamente riconosciuto, sul modello danese, da altri Stati nordici, come la Norvegia l'Islanda e la Finlandia (tra il 2000 e il 2002)[219], e successivamente dalla Germania[220]. Può così essere individuato un ulteriore elemento di differenziazione tra il 2° e il 3° livello, visto che nella disciplina francese, in quella belga sulla coabitazione legale e in quella portoghese sulle unioni di fatto l'adozione non è certamente prevista; per di più l'art. 7 della normativa portoghese specifica che il diritto di adozione, disciplinato dal codice civile, è riconosciuto soltanto «alle persone di sesso differente che vivano in unione di fatto», facendo emergere un giu-

---

[217] R. TORINO, *I nuovi modelli*, cit., p. 22.

[218] Legge 2 giugno 1999, n. 360.

[219] L'Islanda nella disciplina originaria (legge 12 giugno 1996) aveva riconosciuto al *partner* del genitore naturale, come effetto dell'iscrizione dell'unione, l'affidamento per la durata della relazione. Tale scelta è stata successivamente superata dall'attribuzione del diritto di adozione del figlio naturale del *partner*. Non può negarsi che assai diversi sono gli effetti dei due istituti. L'adozione, diversamente dall'affidamento, fa sorgere rapporti di parentela, attribuisce diritti ereditari, produce i propri effetti al di là della maggiore età, rappresentando così una forma più forte di riconoscimento della idoneità della famiglia omosessuale a prendersi cura dei bambini.

[220] Legge 29 ottobre 2004. Prima di questa innovazione la disciplina originaria prevedeva una forma specifica e limitata di potestà a favore del convivente non genitore, avendo potuto quest'ultimo soltanto essere associato alle decisioni riguardanti la vita quotidiana del bambino e, in caso di morte del genitore naturale, ottenere l'affidamento previa ordinanza del tribunale competente.

dizio di disvalore sulle unioni di fatto omosessuali rispetto a quelle eterosessuali.

In realtà alcuni Stati sono andati al di là del mero diritto di adozione del figlio del *partner*, che si configura come un istituto "limitato" e connesso ad una situazione circostanziale (ossia l'esistenza di figli naturali), ammettendo all'adozione congiunta *anche* le coppie omosessuali. L'Olanda è stato il primo Stato a battere questa strada, dopo un primo periodo in cui la normativa olandese [221] prevedeva la mera possibilità di una relazione di affidamento tra un bambino e il *partner* della madre o del padre di quello, previa domanda giudiziale [222]. È stata proprio la *Commissione Kortmann*, di cui si è già detto, a concludere i propri lavori raccomandando di consentire l'adozione anche da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso sulla base di criteri validi per tutti, così che il legislatore olandese ha disposto che il vincolo di adozione sorge per decreto del giudice dietro «richiesta congiunta di due *persone* o (…) di una persona sola» [223]. In questa logica l'adozione congiunta da parte di una coppia, indipendentemente dal sesso biologico e indipendentemente dal vincolo formale (matrimonio o unione registrata), è possibile se i *partners* abbiano vissuto insieme per un periodo di almeno tre anni, immediatamente precedente alla richiesta [224]. L'Inghilterra è arrivata alla medesima conclusione con l'*Adoption and Children Act* [225] del 2002, che ha previsto la possibilità per i conviventi, anche dello stesso sesso, di accedere alla *joint adoption*; per altro il riconoscimento formale dell'unione registrata non può che influire positivamente sulla valutazione della idoneità della coppia a prendersi cura del bambino [226]. Anche la Svezia, modificando la disciplina originaria, ha riconosciuto l'adozione congiunta [227], per quanto tale diritto,

---

[221] Legge 1° gennaio 1998.

[222] Su questa disciplina v. C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, p. 141 ss.

[223] Legge 1° aprile 2001, n. 2673.

[224] Sul punto v. M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari*, cit., p. 457.

[225] D.J. WEST, *Matrimoni omosessuali in Inghilterra*, in F. GRILLINI e M.R. MARELLA (a cura di), cit., p. 197, osserva che persino la originaria disciplina inglese sulla adozioni del 1976 (*Adoption Act*) non conteneva una esplicita proibizione nei confronti dei conviventi omosessuali o eterosessuali. L'Autore fa comunque notare come in concreto le Agenzie competenti a valutare l'idoneità degli adottanti abbiano esercitato forti resistenze verso le coppie omosessuali. Tuttavia, prima della nuova disciplina del 2002, il legislatore inglese (*Children Act* 1989) aveva comunque riconosciuto al *partner* del genitore naturale una forma limitata di potestà sui figli di quest'ultimo, attraverso il *Joint residence order*, affrontando per la prima volta in Europa il problema dei bambini *di fatto* viventi in seno ad una famiglia omosessuale.

[226] Così si esprime F. GIARDINI, *Verso una disciplina giuridica delle Same-Sex*, cit., p. 165.

[227] Legge 6 giugno 2002.

diversamente dalla soluzione inglese e da quella olandese, sia connesso esclusivamente alla formalizzazione del rapporto e non alla mera convivenza; questa normativa si discosta evidentemente dalla soluzione degli altri Paesi scandinavi, che si sono limitati a introdurre l'adozione del figlio naturale del *partner*.

In Spagna invece l'attribuzione del diritto di adozione è un mero corollario della dilatazione della istituzione matrimoniale, sul presupposto (art. 44, secondo comma, c.c.) che il matrimonio produce gli stessi effetti indipendentemente dal sesso dei coniugi, quindi anche in relazione all'adozione, tra i cui requisiti legittimanti vi è proprio il rapporto di coniugio. Tutto ciò trova una conferma lessicale nella sostituzione delle parole «padre e madre», tradizionalmente connesse ad un rapporto eterosessuale, con la parola più ampia «genitori». È apprezzabile in questo senso l'utilizzo di una differente tecnica legislativa rispetto all'Olanda, che ha introdotto invece tale diritto attraverso una normativa autonoma rispetto a quella sul matrimonio. Tuttavia appare singolare come la scelta del Governo Zapatero sia stata anticipata dai legislatori di alcune Comunità autonome spagnole (Navarra, Paesi Baschi, Aragona [228], Catalogna) [229], che hanno riconosciuto il diritto all'adozione congiunta alle coppie di fatto (anche omosessuali), ritenendolo costituzionalmente coperto dall'art. 149.1.8 CE, che, pur attribuendo allo Stato la competenza esclusiva in materia civile, fa salvi i diritti civili "speciali" (pre-esistenti alla Costituzione [230]). Il Governo Aznar aveva impugnato sul punto la disciplina dei Paesi Baschi e della Navarra [231] ma il Governo Zapatero, alla luce di una lettura più estensiva della sfera di eccezione alla competenza esclusiva dello Stato, ha successivamente ritirato i ricorsi, valorizzando l'autonomia delle Comunità ed ispirandosi a queste soluzioni per introdurre anche a livello nazionale l'adozione congiunta da parte degli omosessuali (per quanto coniugati e non meramente conviventi).

Ai nostri fini, invece, nessuna utilità avrebbe indagare la previsione dell'adozione da parte dei *singles*, visto che questo non è certamente un diritto della coppia omosessuale, riconosciuta come formazione sociale idonea a

---

[228] L'adozione congiunta da parte di coppie omosessuali è stata introdotta in Aragona nel 2004, con una riforma della legge n. 6 del 1999, relativa alle coppie stabili. Cinquanta deputati del Partito Popolare hanno presentato ricorso al *Tribunal Constitucional*, il quale non è entrato nel merito della questione, avendo rilevato la mancanza di interesse a ricorrere in capo ai soggetti legittimati (ATC 459/2004).

[229] Queste discipline sono reperibili in *www.lemur.it*.

[230] Sulla complessa problematica dei diritti civili "speciali" v. R. RUBINO, *L'adozione in Spagna*, in, *Dir. fam.*, 2003, p. 843 ss.

[231] Sul punto v. E. CECCHERINI, *Il principio di non discriminazione*, cit., p. 52.

prendersi cura dei bambini, ma semplicemente un potenziale "espediente" utilizzabile da un individuo omosessuale per immettere *di fatto* un minore nella comunità di vita formata con il proprio *life-partner*, la cui funzione di cura è inesistente per l'ordinamento giuridico, potendo infatti quest'ultimo essere *di diritto* estromesso dalla vita dell'adottato, quando venga meno la propria relazione con l'adottante. In definitiva l'uso che può essere fatto dell'adozione singola come strumento per colmare il mancato riconoscimento dell'adozione congiunta esula dalla nostra indagine.

Quello che invece interessa è ribadire l'autonomia della problematica dell'adozione congiunta da quella dell'apertura del matrimonio; questa separazione concettuale permette infatti di non confondere i due piani, potendo essere più coerentemente indagate le ragioni che possono legittimare o negare il riconoscimento del rapporto di filiazione giuridica anche per gli omosessuali. Appaiono significative, al fine di provare tale autonomia, sia l'esperienza belga che quella scandinava ed inglese. In Belgio il legislatore ha ritenuto di dover scindere la dilatazione dell'istituzione matrimoniale dall'attribuzione del diritto di adozione, legittimando come adottanti soltanto i *singles*, i coniugi di sesso diverso e i conviventi eterosessuali, come può leggersi nella nuova formulazione dell'art. 343 del codice civile; da questa scelta può forse desumersi una valutazione di "immaturità" del sistema a recepire questo nuovo diritto, in ossequio a quel gradualismo dell'esperienza belga che, partendo da una soluzione "leggera", è giunta all'apertura del matrimonio, non essendo escluso che in futuro possa riconoscere anche il diritto di adozione congiunta, come tappa "ulteriore" [232]. Tuttavia non sembra che la questione della filiazione giuridica debba essere intesa necessariamente come un riconoscimento successivo al matrimonio. In Svezia e in Inghilterra, due Paesi di 2° livello, i legislatori nazionali hanno ritenuto di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto di adozione congiunta senza attendere l'apertura del matrimonio. Per di più la soluzione inglese legittima la coppia convivente omosessuale indipendentemente dalla decisione di formalizzare, attraverso la registrazione, il rapporto di coppia. Anche in questo senso è confermata l'autonomia del diritto di adozione e la centralità del legislatore, dinanzi al quale sta il valore costituzionale della tutela dell'infanzia ma non una determinazione in senso eterosessuale del contenuto del diritto di adozione.

Posto allora che non esistono dei limiti assoluti alla legittimazione attiva delle coppie omosessuali, verrebbe da chiedersi quali siano le ragioni che

---

[232] Nelle more di stampa la Camera dei Deputati del Belgio ha approvato un testo di legge che permette alle coppie omosessuali (sposate o conviventi legalmente) di adottare bambini. Il testo dovrà essere approvato entro 60 giorni sal Senato.

possono fondare una negazione del diritto di adozione [233] e quale il "pericolo" per gli interessi dei minori, alla luce dei quali la maggior parte dei legislatori hanno ammesso a questo diritto soltanto le coppie eterosessuali (coniugate o conviventi). Evidentemente, a parte i pregiudizi della cultura confessionale, non è certamente l'omosessualità in sé a rendere la coppia non idonea alla funzione familiare e a quella di cura dei bambini; l'elemento ostativo è probabilmente la *rappresentazione sociale* della funzione familiare (e genitoriale), connessa nella tradizione ad un modello eterosessuale, il cui stravolgimento si ritiene che possa incidere potenzialmente sullo sviluppo dei minori. A parere di chi scrive, la scissione della corrispondenza tra il paradigma (eterosessuale) della filiazione naturale e della filiazione giuridica ha come momento pregiudiziale necessario quello dell'affermazione e del riconoscimento normativo, come presupposto di riconoscimento sociale, della "famiglia" omosessuale. Soltanto successivamente ad un radicamento e ad una piena inclusione della coppia omosessuale nel tessuto sociale (non necessariamente attraverso il matrimonio) potrà essere più serenamente affrontato dai legislatori nazionali il problema dell'adozione congiunta, che non trova in ogni caso nessuna pre-definizione nei testi costituzionali, analogamente all'istituto matrimoniale.

[233] M. COSTANZA, *Adottare è un diritto di tutti?*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 1079 ss., afferma che nell'ordinamento italiano la giustificazione dell'esclusione delle coppie omosessuali sarebbe individuabile sul presupposto che oggi l'adozione è consentita alle sole coppie coniugate, quali non possono essere le coppie omosessuali. Non vi sarebbe in tal senso, secondo l'Autrice, una disparità di trattamento alla luce della diversità dello *status* civile. È evidente come questa impostazione non aggiunga nulla alla problematica del diritto di adozione, continuando a legarla a quella del matrimonio e utilizzando in modo tautologico, al fine di negare tale diritto, il piano ontologico come criterio per determinare quello del «dover essere».

La ragionevole durata del processo e la legge Pinto

di *Federico Gambini*

SOMMARIO: 1. Cenno introduttivo. – 2. La legge Pinto: norme ispiratrici, struttura, finalità. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza interna ed europea: dalla sentenza *Brusco* alla sentenza *Di Sante*. – 4. La legge Pinto: un primo bilancio. – 5. La legge Pinto nella giurisprudenza delle Corti d'appello e della Corte di cassazione: ulteriori spunti d'interesse.

1. Cenno introduttivo

La relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2005 del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, rendendo noti i dati relativi al 2004, ha evidenziato, per l'ennesima volta, l'irragionevole e allarmante durata dei processi italiani: un processo civile in primo grado dura in media 888 giorni (e per i tre gradi di giudizio occorrono mediamente 8 anni), un processo penale in media giunge a conclusione dopo 1.623 giorni (compresa la fase delle indagini preliminari).

La stessa Corte di cassazione, in alcune significative pronunce emesse nel corso del 2004 [1], ha stabilito, mutando la propria precedente giurisprudenza sul punto, che il danno non patrimoniale sofferto dalla parte per l'eccessiva durata del processo può considerarsi solitamente presente in base all'*id quod plerumque accidit*, non necessitando di alcun sostegno probatorio relativo al singolo caso, tanto che il giudice deve ritenerlo sussistere ogni qualvolta non ricorrano, nel caso concreto, circostanza particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente.

Il Consiglio d'Europa, considerato che la Corte europea dei diritti dell'uomo è sommersa dalle cause portate alla sua attenzione (nel 1990 erano state 5.279, nel 2003 sono diventate più di 39mila, con circa 65mila procedu-

[1] Il riferimento è alle sentenze della Corte cass., sez. un., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340 e 1341.

re pendenti), è corso ai ripari e, per evitare la paralisi e l'irragionevole durata dei giudizi della Corte stessa, ha previsto una serie di procedure semplificate con l'adozione del nuovo protocollo 14 [2].

Il nuovo art. 111 della Costituzione, al secondo comma, assegna alla legge il compito di garantire la ragionevole durata del processo, dando finalmente copertura costituzionale esplicita ad un principio (quello appunto della ragionevole durata) in riferimento al quale in passato la stessa Corte costituzionale aveva affermato che esso «*non trova eco nella Carta costituzionale*» [3].

In merito agli effetti di questa nuova previsione costituzionale si è sviluppato in dottrina un ampio dibattito, spesso collegato al tema più generale del giusto processo, di cui non è possibile dar conto qui in maniera esaustiva [4]. Si può invece subito rilevare che in realtà gli interventi del legislatore ispirati dalla disposizione contenuta nel nuovo art. 111 in riferimento alla ragionevole durata del processo sono stati, in più di 5 anni, pochi e non particolarmente significativi [5]. Se è vero, infatti, che il primo destinatario della disposizione in commento è proprio il legislatore, visto che la Costituzione demanda alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata dei giudizi, è altresì vero che il rischio paventato da alcuni che una simile disposizione si risolva niente più che in un mero auspicio appare assai concreto.

---

[2] In data 13 maggio 2004 è stato aperto alla firma il protocollo addizionale n. 14 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, già sottoscritto anche dall'Italia.

[3] Così Corte cost., 15 luglio 1985, n. 202.

[4] Nella sterminata produzione dottrinale seguita all'introduzione del nuovo art. 111 Cost. si segnalano, per brevità, solo alcuni contributi di carattere generale. Si vedano, quindi: AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, 2001; M. Cecchetti, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Appendice, V, Milano, 2001, p. 595; M. Chiavario, voce *Giusto processo*, II, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, p. 1; G. Romano, D.A. Parrotta e E. Lizza, *Il diritto ad un giusto processo tra Corte internazionale e Corti nazionali*, Milano, 2002.

[5] Si pensi al nuovo art. 375 del codice di procedura civile, introdotto proprio con l'art. 1 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge Pinto), che disciplina, ampliandole, le ipotesi in cui la Corte di cassazione adotta una pronuncia in camera di consiglio. Si pensi ancora all'art. 9 della legge 21 luglio 2005, n. 205, «*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*», che prevede la possibilità per i Tribunali Amministrativi Regionali e per il Consiglio di Stato di decidere in camera di consiglio e con sentenza succintamente motivata nel caso in cui «*ravvisino la manifesta fondatezza, ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso*». Ancora, si vedano alcune norme contenute nei DD.LLgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e 6 febbraio 2004, n. 37 in riferimento ai nuovi procedimenti societari, la cui effettiva capacità di ridurre la durata dei giudizi è però ancora tutta da dimostrare.

Per inciso, ma il discorso ci porterebbe qui piuttosto lontano, neppure la giurisprudenza della Corte costituzionale, sia pure sollecitata sul punto da numerose ordinanze di rimessione, è giunta alla declaratoria di illegittimità di norme processuali per contrasto con il nuovo parametro di cui all'art. 111, dimostrando anche in questo senso come tale norma sia, in concreto, di difficile applicazione [6].

Contemporaneamente, però, l'Italia si è trovata a dover affrontare il problema costituito dalla propria sistematica violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, che prevede il diritto di ogni persona «*a che la sua causa sia esaminata … entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale*» [7]. Si trattava di una necessità non più rimandabile, vista la presa di posizione assunta nei confronti dell'Italia dalla Corte di Strasburgo [8] e visti i richiami del Consiglio d'Europa che già nel 1997 aveva affermato che la cronica lentezza dei nostri giudizi «*costituisce un significativo pericolo … per il rispetto dello stato di diritto*» [9].

Per far cessare le sistematiche e ormai automatiche condanne in sede europea per violazione del principio della ragionevole durata, l'Italia ha quindi adottato nel 2001 una legge, la c.d. «*legge Pinto*», che dovrebbe garantire l'equa riparazione per l'irragionevole durata dei giudizi, mantenendo entro il confine della giurisdizione domestica le controversie in materia.

---

[6] È possibile qui soltanto accennare alla difficoltà, per la Corte costituzionale, di giungere ad una declaratoria di illegittimità di una norma processuale per contrasto con l'art. 111 sotto il profilo della ragionevole durata del processo. Volendo esemplificare, in primo luogo va rilevato come difficilmente l'irragionevole durata di un giudizio possa essere attribuita all'effetto diretto di una o più norme; si deve poi sottolineare che la Corte deve tenere in debito conto la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore nella scelta della disciplina processuale; ancora, la durata dei giudizi deve essere «ragionevole» e ciò implica, di per sè, la necessità di compiere un bilanciamento tra diversi diritti e principi costituzionalmente tutelati, bilanciamento che spesso conduce a considerare prevalenti, rispetto al diritto ad un processo non irragionevolmente lungo, altri diritti (ad esempio, quello di difesa); infine, la Corte ha spesso sottolineato che non è compito suo risolvere questioni c.d. «di mero fatto», attinenti ad esempio alla cattiva organizzazione degli uffici o all'insufficienza del personale, che, pur incidendo indubbiamente sulla durata dei giudizi, restano al di fuori del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi.

[7] Per un commento generale all'art. 6 CEDU si rinvia a M. CHIAVARIO, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 153 ss.

[8] Si tornerà ampiamente sul punto in seguito, comunque lo spartiacque nella giurisprudenza della Corte europea nei confronti dell'Italia è dato da una serie di pronunce contestuali di cui la prima e più nota è *Bottazzi c. Italia*, 28 luglio 1999.

[9] In questi termini la risoluzione DH (97) dell'11 luglio 1997.

2. La legge Pinto: norme ispiratrici, struttura, finalità

Accingendosi a parlare della legge Pinto (legge 24 marzo 2001, n. 89) in riferimento al principio della ragionevole durata dei giudizi bisogna subito sgomberare il campo da un possibile equivoco.

La legge Pinto, nella parte dedicata all'equa riparazione [10], non è uno strumento adottato dal legislatore per ridurre la durata dei processi, questo è evidente.

La legge Pinto, sempre in riferimento all'equa riparazione, non è però neppure un intervento del legislatore ordinario ispirato dalla revisione costituzionale dell'art. 111.

È piuttosto la triste presa d'atto che i nostri giudizi generalmente non hanno una durata ragionevole, che questo problema ha fatto dell'Italia un osservato speciale in campo europeo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa non erano più disposti a tollerare una simile situazione e che, in definitiva, i panni sporchi è meglio lavarli in casa [11].

Del resto, una simile considerazione si evince anche da alcuni interventi proposti nel corso dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge, interventi critici verso la decisione di adottare uno strumento di tipo meramente risarcitorio [12].

---

[10] L'art. 1 della legge in commento, come visto, sostituisce l'art. 375 c.p.c

[11] Con un'altra efficace espressione F.P. LUISO, nel suo intervento nel *forum Il nuovo art. 111 della Costituzione*, a cura di S. PANIZZA, R. ROMBOLI e P.P. SABATELLI, in *Riv. dir. cost.*, 2002, p. 346, ha sostenuto che «*avere …previsto un processo giurisdizionale innanzi alla Corte d'appello e poi innanzi alla Cassazione è servito più che altro a nascondere la spazzatura sotto il tappeto*».

[12] In un intervento alla seduta antimeridiana del Senato del 28 settembre 2000, il sen. Pera rilevava che «*questo provvedimento non parla della riduzione dei termini di durata del processo. Anzi, implicitamente si afferma che poiché non riusciamo a rispettare i tempi ragionevoli di durata dei processi approviamo un disegno di legge per l'equa riparazione, nel caso in cui, ed è il caso quotidiano, i tempi siano irragionevoli. Stiamo perdendo un'occasione, non stiamo dando una risposta pertinente, non solo all'Europa ma ai cittadini … ammettiamo lo stato di paralisi e di difficoltà della nostra giustizia affermando però che i cittadini hanno diritto almeno ad un'equa riparazione nel caso in cui subiscano un danno, patrimoniale o no, a causa della lunghezza dei procedimenti*». Lo stesso senatore Pera in un precedente intervento (seduta della Commissione Giustizia del Senato del 22 marzo 2000) aveva sottolineato che «*alla luce delle numerose condanne subite dall'Italia in ambito europeo per violazione del principio della ragionevole durata del processo, ciò che viene chiesto al Parlamento e al Governo italiani è soprattutto l'adozione di misure che si concretizzino in un'effettiva accelerazione dei processi, piuttosto che l'introduzione di una normativa che assicuri soltanto il diritto ad un'equa riparazione in caso di violazione del principio della ragionevole durata e che, determinando in prospettiva un'ulteriore quota di*

L'art. 2 della legge Pinto (legge 24 marzo 2001, n. 89), rubricato «Diritto all'equa riparazione», prevede appunto il diritto ad una equa riparazione da parte di chi ha subito un danno «patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali … sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, par. 1».

È necessario, preliminarmente, soffermarsi sul richiamo operato dalla norma in esame all'art. 6 CEDU e non all'art. 111 Cost., che, come visto, rappresentano le disposizioni fondamentali in materia di ragionevole durata dei giudizi. È stato tuttavia ampiamente sottolineato in dottrina come la diversa formulazione dei due articoli collochi i medesimi su piani del tutto differenti. Mentre, infatti, non vi è dubbio che l'art. 6 Cedu preveda un vero e proprio diritto soggettivo alla ragionevole durata [13], ben più controversa è la portata da attribuire al nuovo art. 111 della Costituzione. Non è possibile, anche in questo caso, dar conto dell'intero dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto. Va detto, comunque, che in dottrina si è quasi concordemente sottolineato che la previsione dell'art. 111 Cost. è profondamente diversa da quella dell'art. 6 CEDU che pure, come dimostrato dai lavori parlamentari [14], era

---

controversie, potrebbe aggravare in maniera non trascurabile il carico di lavoro degli uffici giudiziari con la conseguenza di una sorta di effetto paradosso rispetto alla finalità perseguita». Si veda anche il parere espresso dall'Ufficio Studi del Consiglio Superiore della Magistratura nel maggio 2001 su richiesta della VI Commissione in cui di afferma che la finalità della legge in parola è quella di «*deflazionare il contenzioso dinanzi a alla Corte di Strasburgo originato dalla lentezza dei processi italiani*».

[13] In tal senso, fra gli altri, A. SACCUCCI, *Le due «prospettive» della durata ragionevole del processo tra diritto internazionale e diritto interno*, in questa *Rivista*, 2002, p. 3107; M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, cit., p. 9; A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. FALZEA, A. SPADARO e L. VENTURA, Torino, 2003, p. 197; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in AA.VV., *Il nuovo art. 111 …*, cit., p. 33; G. ROMANO, D.A. PARROTTA e E. LIZZA, *Il diritto …*, cit., p. 73.

[14] Nel novembre del 1998 sono stati presentati al Senato della Repubblica cinque diversi disegni di legge che miravano all'introduzione in Costituzione dei principi del giusto processo. Si tratta del d.d.l. n. 3619 presentato, in qualità di primo firmatario, dal sen. Pera in data 4 novembre 1998; del d.d.l. n. 3623 presentato dal sen. Follieri e altri e del d.d.l. 3630 presentato dal sen. Pettinato e altri, entrambi in data 5 novembre 1998; del d.d.l n. 3638 presentato dalla sen. Salvato in data 11 novembre 1998 e del d.d.l. n. 3665 presentato dal sen. Salvi e altri in data 24 novembre 1998. Esaminati congiuntamente i disegni di legge, il testo unificato proposto dalla Commissione affari costituzionali veniva approvato dal Senato già in data 24 febbraio 1999. Il testo veniva poi approvato dalla Camera in data 27 luglio 1999 e, in seconda lettura, dal Senato in data 29 settembre 1999 e dalla Camera in data 10 novembre 1999, per essere poi pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 23 dicembre 1999. La formula «*la legge ne assicura la ragionevole durata*» è ripresa letteralmente, in tutti i citati disegni di legge, dal primo comma del nuovo art. 130 Cost. previsto dal progetto di riforma costituzionale elaborato dal-

sicuramente la norma di riferimento cui si è ispirato il legislatore costituzionale del 1999.

La prima sezione della Corte di cassazione ha sostenuto a tale proposito che il diritto alla ragionevole durata del processo non potrebbe essere incluso tra i diritti fondamentali della persona garantiti da norme costituzionali, in quanto tale diritto troverebbe invece «la sua fonte a livello di legge ordinaria (legge n. 89 del 2001)» non essendo «direttamente riconducibile alla previsione dell'art. 111 Cost.». Tale disposizione, secondo la Suprema Corte, «per il profilo della ragionevole durata, che assume come connotato del giusto processo, prefigura un canone oggettivo di disciplina della funzione giurisdizionale e non direttamente una garanzia del singolo strutturata in termini di diritto soggettivo; contiene cioè una norma meramente programmatica, non utilizzabile come strumento di controllo della durata del singolo processo (a ciò appunto ora provvedendo la legge n. 89 del 2001) e che rileva, invece, unicamente come parametro di controllo della legge che sia in tesi in contrasto con gli obbiettivi della ragionevole durata dei processi. Spettando, dunque, in tale contesto, al legislatore bilanciare le istanze di ragionevolezza della durata del processo con il quantum delle garanzie concedibili al suo interno, alle parti» [15].

In realtà pare di poter dire che contro una simile lettura è orientata sia la maggioranza della dottrina, sia (sicuramente) la successiva giurisprudenza della Cassazione a sezioni unite.

Effettivamente, una cosa è fornire del nuovo art. 111, per quanto qui interessa, una lettura prudente e non eccessivamente retorica, come ha fatto gran parte dei commentatori, altro è definire lo stesso una norma «meramente» programmatica con l'intento di limitarne al minimo la portata.

È vero, infatti, che la disposizione in esame è rivolta, come visto, ad un soggetto ben individuato: il legislatore. E pone a carico di tale soggetto un preciso obbligo di risultati [16], individuando nella legge lo strumento più

---

la Commissione Bicamerale per le riforme presieduta dall'on. D'Alema. Le relazioni accompagnatorie agli Atti del Senato nn. 3619, 3623 e 3665 e la relazione della I Commissione permanente presentata alla Camera il 16 luglio 1999 fanno espresso richiamo all'art. 6 CEDU, salvo poi proporre una disposizione che, almeno per ciò che concerne la ragionevole durata, ha tutt'altra struttura.

[15] In questi termini Corte cass., sez. I, 8 agosto 2002, n. 11987. Per un commento, si veda M. Poto, *Prime pronunce della Corte di cassazione sulla violazione del principio della ragionevole durata del processo* in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2/2003,p. 355 ss.

[16] A. Travi, nel suo intervento nel *forum Il Nuovo …*, cit., p. 351, sostiene che «*il principio della ragionevole durata pone…un vincolo di risultati a carico del legislatore e del Governo, nel senso che devono essere sempre messe a disposizione degli organi giurisdizionali risorse adeguate…per assicurare un celere svolgimento dei processi*». Nello stesso senso si veda anche N.

appropriato per assicurare che i processi abbiano una durata ragionevole.

Dal momento dell'entrata in vigore della nuova disposizione costituzionale, il legislatore deve verificare, pur nell'ambito della sua discrezionalità, che eventuali nuove norme processuali e di organizzazione non siano astrattamente suscettibili di contrasto con un parametro costituzionale ben definito, quello della ragionevole durata. Oltre a questo, però, la migliore dottrina ha da tempo chiarito che sostenere che le norme programmatiche si rivolgono al legislatore è solo parzialmente esatto, posto che esse si rivolgono in realtà allo Stato-soggetto, prescrivendogli il conseguimento di certi scopi e quindi ponendo alla sua attività determinati limiti positivi e negativi [17]. La norma programmatica costituita dall'art. 111 in relazione alla ragionevole durata, infatti, non è una di quelle che si risolvono esclusivamente in «norme di legislazione», intendendosi per tali quelle che prescrivono un comportamento che per sua natura non può attuarsi altro che dal legislatore [18]. Al contrario, la disposizione in esame si rivolge sì in prima battuta al legislatore, imponendogli un chiaro vincolo, ma è suscettibile di trovare applicazione diretta anche da parte dei giudici, chiamati a interpretare secondo una lettura costituzionalmente orientata le norme processuali e a sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Corte quando una simile lettura non sia possibile.

Non ci si nasconde di certo che, all'atto pratico, sia ben difficile che una singola disposizione possa essere censurata in quanto capace di rendere irragionevole la durata di un processo [19].

Rimane il fatto, però, che non si può neppure escludere del tutto una simile evenienza e che invece, senza il parametro oggi costituito dall'art. 111 Cost., in passato la Corte costituzionale ha quasi sempre escluso (fino al 1999) che il principio della ragionevole durata trovasse nel nostro ordinamento copertura costituzionale.

D'altro canto, e su questo si tornerà anche in seguito, non appare neppure condivisibile la posizione (autorevolmente sostenuta, come si vedrà infra) di chi ritiene che anche il nuovo art. 111 Cost. preveda, al pari dell'art. 6

TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 49.

[17] Così V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 67.

[18] Si veda ancora V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 66. L'Autore indica quali esempi di norme programmatiche che si risolvono esclusivamente in «*norme di legislazione*», tra gli altri, l'art. 10 Cost. «*La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità …*» e l'art. 24 Cost. «*La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari …*».

[19] In questo senso si vedano E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Legisl. pen.*, n. 4/2000, parte II, p. 773; M. CHIAVARIO, *Commento …*, cit., pp. 207-208; N. TROCKER nel *forum Il Nuovo…*, cit., p. 345.

CEDU, un vero e proprio diritto soggettivo del singolo alla ragionevole durata del processo.

Contro questa opzione militano diversi elementi di non poco valore.

In primo luogo, la formulazione letterale della disposizione. Non si vede per quale motivo, se si fosse inteso attribuire al singolo un diritto di tal genere, si sia utilizzata una formulazione ben più «tenue», dalla quale obbiettivamente è difficile ricavare l'esistenza di una posizione individuale direttamente e immediatamente tutelabile.

Significativamente è stato osservato che la formula prescelta dal legislatore costituzionale, e cioè il fatto che nell'art. 111 si sia voluta menzionare la legge come necessario quid medium per l'attuazione della garanzia, «toglie ogni dubbio sulla possibilità di portare, anche davanti al nostro giudice supremo dei diritti fondamentali questioni concernenti i tempi processuali» [20].

Un'argomentazione a contrario si può poi ricavare dalla stessa legge Pinto, uno dei pochi interventi legislativi post-riforma che trovino un concreto legame con il principio della ragionevole durata. È significativo, infatti, che il citato art. 2 di tale legge, nel sancire il diritto ad un'equa riparazione in relazione all'irragionevole durata dei processi faccia espresso riferimento soltanto all'art. 6 CEDU, e non al nuovo art. 111 Cost. entrato in vigore due anni prima.

Ma non va dimenticato, come invece accade spesso, che il primo articolo di tale legge costituisce una delle limitatissime riforme legislative tendenti ad introdurre misure acceleratorie per i processi, dal momento che provvede a modificare l'art. 375 c.p.c., introducendo un giudizio preliminare in camera di consiglio da parte della Corte di cassazione sulla manifesta infondatezza o fondatezza del ricorso.

Nella stessa legge, quindi, convivono una norma che, in applicazione di quanto previsto dal nuovo art. 111 Cost., prevede uno strumento in grado di rendere più rapidi i giudizi in sede di legittimità, e norme che, con riferimento espresso ed esclusivo all'art. 6 CEDU, indicano i presupposti ed il procedimento per l'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo [21].

---

[20] Così M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, cit., p. 9, che aggiunge che «*naturalmente la Corte costituzionale dovrà di regola limitarsi a valutare, pure a questo proposito, se la legge svolga o non svolga il suo compito di strumento di tutela di quell'esigenza che qui le viene specificamente affidata*».

[21] La Legge Pinto approvata nel 2001 deriva in realtà da un disegno di legge d'iniziativa governativa n. 1816, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 gennaio 1994 e recante «*misure per l'accelerazione dei giudizi e previsione di equa riparazione in caso di violazione del* «*termine ragionevole*» *del processo*». Il disegno di legge è stato poi ripreso nel corso della XIII

Rinviando ai paragrafi successivi per l'analisi più approfondita dell'impatto della legge Pinto sulla «questione» della ragionevole durata, qui importa sottolineare che il legislatore ordinario, nel momento in cui deve fare riferimento al diritto all'equa riparazione per il danno subito, nel momento, cioè, in cui riconosce un diritto del singolo alla ragionevole durata, non richiama l'art. 111 Cost., ma l'art. 6 CEDU. E questo nonostante, ovviamente, l'entrata in vigore della riforma costituzionale e nonostante il fatto, soprattutto, che in risposta (anche) a tale riforma, con la stessa legge, all'art. 1, si sia introdotto uno strumento idoneo ad abbreviare i tempi processuali.

È lo stesso legislatore ordinario, quindi, ad individuare nella normativa convenzionale e non in quella costituzionale la fonte del diritto alla ragionevole durata [22].

In realtà, benché nel citato art. 2 sia richiamato soltanto l'art. 6 CEDU, la necessità di predisporre un rimedio interno al fine di evitare il protrarsi delle condanne dinanzi alla Corte europea deriva dal combinato di diversi articoli della Convenzione, di cui l'art. 6.1 rappresenta la norma di diritto sostanziale.

Sancito infatti il diritto di ognuno ad un giudizio che abbia durata ragionevole da parte dell'art. 6, i successivi art. 13 e 35, in applicazione del principio di sussidiarietà, stabiliscono che la tutela dei diritti espressi nella Convenzione deve essere apprestata innanzi tutto ad opera dello Stato contraente, con la conseguenza che la Corte può intervenire soltanto quando questa forma di tutela non esista o non possa considerarsi efficace [23]. Il cerchio si

---

legislatura (n. 3813) per iniziativa dei senatori Pinto ed altri. Il testo presentato nel 1994 dedicava 16 articoli a misure per l'accelerazione del processo civile e di quello amministrativo: nel testo poi approvato nel 2001, anche per le riforme nel frattempo intervenute (si pensi alla novella del codice di procedura civile e alla legge n. 205 del 2000 sul processo amministrativo) è stata riproposta soltanto la modifica dell'art. 375 c.p.c. Sul punto si vedano A. SACCUCCI, *Le due …*, cit., pp. 3115-3116, nota 23; G. ROMANO, D.A. PARROTTA e E. LIZZA, *Il diritto …*, cit., p. 14, nota 18. Per un commento generale sulla riforma dell'art. 375 c.p.c. si veda M.G. CIVININI, *Il nuovo art. 375 c.p.c.: il diritto a un processo in tempi ragionevoli in Cassazione* in *Foro it.*, 2001, V, p.150 ss.

[22] È necessario anticipare qui che contro tale ricostruzione sembrano militare alcune autorevolissime pronunce giurisprudenziali. La citata sent. n. 1338 del 2004 della Cassazione ritiene che «il diritto della parte ad un processo che non si protragga in modo irragionevole sia previsto e trovi la propria tutela nella Costituzione, di cui pertanto la legge n. 89 del 20001 costituisce attuazione»: con l'osservazione in esame le sezioni unite intendono espressamente contrastare la lettura, già esaminata, della prima sezione, che individuava proprio nella legge Pinto la fonte del diritto alla ragionevole durata (Cass. civ., sent. n. 11987 del 2002, cit.). Si tornerà sul punto nel corso del paragrafo conclusivo.

[23] L'art. 13 CEDU, rubricato «*Diritto ad un ricorso effettivo*», prevede che «*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata com-*

chiude, infine, con l'art. 41, in cui si prevede la possibilità per la Corte di accordare «un'equa soddisfazione alla parte lesa» qualora riscontri che vi è stata violazione della Convenzione e che il diritto interno dello Stato contraente non permette di rimuovere le conseguenze di tale violazione.

L'Italia quindi si trovava a subire un numero elevatissimo di condanne in quanto la durata dei propri giudizi era (ed è) irragionevole e non esisteva un rimedio interno effettivo, ragion per cui la Corte era legittimata ad intervenire con una sentenza di condanna.

Per bloccare questa spirale si è intervenuti con una legge che consentisse di precludere (almeno in prima battuta) il ricorso alla Corte europea, prevedendo uno strumento di garanzia interno nel caso di irragionevole durata del processo [24].

Riassumendo brevemente la procedura prevista dalla legge in commento [25] va sottolineato che i ricorsi vanno presentati alle Corti d'appello, individuate sulla base del meccanismo di cui all'art. 11 c.p.p. per i procedimenti riguardanti i magistrati, le quali decidono in camera di consiglio. Il ricorso può essere proposto nel corso del procedimento durante il quale si ritenga che si sia verificata la violazione ovvero entro il termine decadenziale di sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il medesimo procedimento è divenuta definitiva. Le parti private devono necessariamente essere assistite da un difensore munito di procura speciale. Le Corti d'appello dovrebbero decidere entro quattro mesi del deposito del ricorso (ma non si tratta di un termine perentorio) [26] con un decreto immediatamente esecutivo ed impugnabile esclusivamente per cassazione. Legittimati passivi sono, a seconda dei casi il Ministro delle Finanze, il Ministro della Giustizia, il Ministro della Difesa ed

---

messa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». L'art. 35 CEDU, rubricato «*Condizioni di ricevibilità*» chiarisce che «*la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, quale è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva*».

[24] Si vedano sul punto le considerazioni delle sezioni unite della Corte di cassazione nelle già citata sent. n. 1339 del 2004, laddove si riconosce che «*le ragioni che hanno determinato l'approvazione della legge n. 89 del 2001 si individuano nella necessità di prevedere un rimedio giurisdizionale interno contro le violazioni relative alla durata dei processi, in modo da realizzare la sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo, sancita espressamente dalla CEDU*».

[25] Per un'analisi approfondita sugli aspetti sostanziali e procedurali della legge Pinto si veda il recentissimo lavoro di F. PETROLATI, *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole (la c.d. «legge Pinto»)*, Milano, 2005.

[26] In tal senso A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002, p. 69 e C. CARBONARO, *I danni da irragionevole durata del processo*, in *I danni non patrimoniali – Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2004, p. 283.

il Presidente del Consiglio dei Ministri nelle ipotesi residue. La riparazione, a norma dell'art. 2, deve essere determinata a norma dell'art. 2056 del codice civile con l'avvertenza che «rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole» e che «il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forma di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione».

La legge prevede inoltre, all'art. 3, che l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avvenga «nei limiti delle risorse disponibili». L'art. 5 dispone che il decreto di accoglimento sia comunicato anche «al procuratore generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonché ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento».

Preannunciando che non sarà possibile approfondire compiutamente tutte le tematiche applicative cui ha dato origine l'entrata in vigore della legge, in quanto le stesse esulano almeno parzialmente dall'ottica del presente contributo, si ritiene comunque necessario verificare le scelte compiute dal legislatore in relazione ad alcuni punti fondamentali, per chiarire ratio e portata dell'intervento legislativo.

In primo luogo si deve osservare che il richiamo «all'ambito CEDU» non è ristretto soltanto all'individuazione dell'art. 6 come norma ispiratrice del diritto alla ragionevole durata.

L'art. 2 della legge n. 89 del 2001, infatti, individua anche i criteri in base ai quali il giudice chiamato ad accertare la violazione deve valutare il caso sottoposto alla sua attenzione.

Andranno quindi valutati la complessità del caso e «in relazione alla stessa» il comportamento delle parti e del giudice nel procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione.

Tali criteri non sono altro che quelli enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea ed ormai assurti a vero e proprio standard nella valutazione operata dalla Corte stessa in tema di ragionevole durata [27].

Una delle prime questioni poste dalla formulazione dell'articolo in esame

---

[27] Esiste una motivazione ormai pedissequamente ripetuta dalla Corte europea nelle proprie decisioni in materia, in base alla quale «*la ragionevole durata del processo deve essere considerata alla luce delle particolari circostanze del caso e dei seguenti criteri generali: complessità*, *condotta delle parti*, *condotta delle autorità coinvolte nel caso e interessi in gioco per il ricorrente*». Cfr., *ex plurimis*, *Papadopoulos c. Grecia*, 9 gennaio 2003; *Bukowski c. Polonia*, 11 febbraio 2003, *Bufferne c. Francia*, 11 febbraio 2003, *Orzel c. Polonia*, 25 marzo 2003, *Gregoriou c. Cipro*, 25 marzo 2003, *Kitov c. Bulgaria*, 3 aprile 2003, *Simkò c. Ungheria*, 8 aprile 2003, *Konti-Arvaniti c. Grecia*, 10 aprile 2003, *D.K. c. Slovacchia*, 6 maggio 2003.

riguarda la possibilità per le Corti d'appello italiane di discostarsi dalle indicazioni emergenti dalla giurisprudenza europea in riferimento alla valutazione della durata, ragionevole o meno, dei giudizi.

Già all'indomani dell'entrata in vigore della legge Pinto, infatti, si era sottolineato in dottrina come un'eventuale adozione di criteri meno rigorosi da parte dei giudici italiani, e quindi una maggiore tolleranza degli stessi verso i tempi lunghi dei giudizi, avrebbe in sostanza trasformato il giudizio appena introdotto in uno strumento atto solo a ritardare, ma non ad escludere l'intervento della Corte europea [28]. Vi era infatti il diffuso timore (purtroppo confermato dalle prime concrete applicazioni) che l'introduzione di uno strumento interno di valutazione delle violazioni potesse finire con il rendere la tutela del diritto ancora meno efficace [29]. Sul punto, comunque, si ritornerà approfonditamente nel corso del prossimi paragrafi.

Il testo dell'art. 2, legge n. 89 del 2001 che, come detto, ricalca quasi pedissequamente la formula adottata dalla Corte europea nelle proprie sentenze, si discosta da quest'ultima solo per due aspetti.

In primo luogo nel valutare la durata di un processo deve essere considerata la complessità del caso e «in relazione alla stessa» vanno poi impiegati gli altri criteri. La norma assume quindi come riferimento principale l'analisi delle eventuali difficoltà oggettive connesse al caso in esame, stabilendo che gli altri indicatori in base ai quali va accertata la violazione debbano necessariamente essere considerati una volta tenuta presente l'intrinseca complessità della fattispecie. Una simile precisazione, tuttavia, non sembra particolarmente significativa e, soprattutto, non sembra in grado di produrre uno scostamento rilevante della giurisprudenza interna rispetto a quella europea [30].

A diverse considerazioni conduce, invece, il rilievo che, fra i criteri indica-

---

[28] Si veda R. MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4/2001, p. 1068 ss. L'Autore, in particolare, osserva che «*se è vero che l'art. 2, secondo comma, recepisce, nella sostanza, i suindicati criteri di valutazione elaborati dalla Corte, sembra altrettanto vero che l'opzione per cui i nostri giudici potrebbero interpretare autonomamente la nozione di termine ragionevole di cui all'art. 6 CEDU potrebbe ugualmente condurre a delle difformità nella valutazione della ragionevolezza rispetto agli enunciati della Corte europea*». Appare però evidente che se i giudici italiani «*potessero valutare le violazioni di tale disposizione in maniera meno rigorosa rispetto alla Corte di Strasburgo, il procedimento interno rischierebbe di diventare uno strumento utile esclusivamente al fine di dilazione nel tempo l'intervento della Corte, ma non ad impedire le pronunce di condanna da parte della stessa Corte*».

[29] Si veda ancora l'intervento di F.P. LUISO, *loc. ult. cit.*

[30] Nello stesso senso anche M. BERTUZZI, *Violazione del principio della ragionevole durata del processo e diritto all'equa riparazione*, in *Giur. merito*, n. 4/2001, p. 1161.

ti dalla legge Pinto, manchi quello riferito alla c.d. «posta in gioco» per il ricorrente. Analizzando la giurisprudenza della Corte europea sul punto si può rilevare che solo di recente la Corte stessa ha inserito questo criterio in maniera stabile nella formula standard delle proprie sentenze, posto che in precedenza lo stesso era considerato alla stregua di una regola non scritta [31].

La valutazione specifica dei particolari interessi che il ricorrente intendeva far valere nel corso del giudizio comporta, da parte della Corte, una maggiore severità nel valutare i casi in cui le Autorità competenti non abbiano adottato specifici accorgimenti per far sì che la procedura avesse una durata ancora più breve. Tra le ipotesi in cui questo criterio ha assunto un'importanza decisiva si ricorderanno i casi di azioni per il risarcimento dei danni intentate da soggetti che avevano contratto il virus dell'AIDS a seguito di trasfusioni ovvero ancora le procedure di adozione e di divorzio, di tutela dei diritti del lavoratore o i procedimenti penali a carico di persone sottoposte a custodia cautelare [32].

Il mancato inserimento del criterio della posta in gioco nell'art. 2 della legge n. 89 del 2001 non aveva comunque mai portato la dottrina a dubitare che anche tale aspetto potesse e dovesse essere valutato dalle Corti d'appello al momento di giudicare sulla violazione del diritto alla ragionevole durata [33].

Forse, però, nemmeno i commentatori più attenti avrebbero potuto immaginare che i giudici nazionali avrebbero ribaltato, proprio in riferimento all'elemento della posta in gioco per il ricorrente, l'indirizzo assunto dalla giurisprudenza europea.

Tendenzialmente, infatti, il riferimento all'importanza degli interessi in gioco nel processo per il ricorrente è servita alla Corte europea al fine di stringere ulteriormente le maglie del proprio giudizio nel senso di richiedere una particolare diligenza allo Stato nel trattare cause «delicate». Talvolta, ma più raramente, la Corte ha riconosciuto che l'importanza relativa dell'*enjeu* ovvero l'esistenza di un vantaggio per il ricorrente derivante dal-

---

[31] Così M. FINOTTO, *Il diritto alla ragionevole durata del processo*, in *Giust. pen.*, III, 2001, p. 551.

[32] Si vedano rispettivamente le sentenze *X c. Francia*, 31 marzo 1992; *Valèe c. Francia*, 26 aprile 1994; *Karakaya c. Francia*, 26 agosto 1994 e *A .e altri c. Danimarca*, 8 febbraio 1996; la sentenza *H. c. Regno Unito*, 8 luglio 1987; la sentenza *Bock c. RFT*, 29 marzo 1989; le sentenze *Obermaier c. Austria*, 28 giugno 1990 e *Nunes Violante c. Portogallo*, 8 giugno 1999; e infine le sentenze *Herczegfalvy c. Austria*, 24 settembre 1992 e *Abdoella c. Paesi Bassi*, 25 novembre 1992.

[33] In questo senso G. ROMANO, D.A. PARROTTA e E. LIZZA, *Il diritto …*, cit., p. 19 e M. BERTUZZI, *loc. ult. cit.*

la protrazione del processo potesse escludere la violazione o limitare il risarcimento.

Nelle prime applicazioni giurisprudenziali italiane della legge Pinto, invece, questa seconda eventualità, ritenuta comunque eccezionale dalla Corte di Strasburgo, è stata significativamente utilizzata per sminuire la portata del danno subito dalle vittime di processi eccessivamente lunghi.

Esemplificativo di una simile tendenza è il decreto emesso dalla Corte d'appello di Roma in riferimento all'irragionevole durata di un procedimento riguardante il risarcimento dei danni a cose derivanti da sinistro stradale [34]. Dopo aver rigettato la richiesta del ricorrente del pagamento di una somma, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, parametrata alle liquidazioni generalmente operate dalla Corte europea, la Corte romana ha condannato lo Stato a pagare un milione di lire per una causa definita in primo grado dopo undici anni.

Nel decreto si legge che «è da chiedersi quali turbamenti e sofferenze psichiche e morali, quali patemi d'animo» il ricorrente abbia «potuto soffrire nei lunghi anni d'attesa per la definizione del suo giudizio; certamente la sua vita non è stata sconvolta dal lamentato ritardo, né ha trascorso notti insonni ed agitate, tormentato dagli incubi per l'incertezza dell'esito del suo processo». La Corte riconosce che il ricorrente possa aver subito un disagio ed un disturbo nel non vedere soddisfatta in tempi ragionevoli la sua domanda di giustizia, ma ritiene che tale tensione psicologica, in considerazione dell'entità del caso, abbia inciso «in misura trascurabile» nella sua vita.

È evidente che, se in linea generale si può concordare circa la necessità di valutare adeguatamente il danno non patrimoniale in relazione all'entità della posta in gioco, anche nel senso di riconoscere che l'esiguità della stessa possa determinare una proporzionale riduzione del risarcimento o dell' «equa riparazione», ciò che non va condiviso, invece, è il tono quasi irridente della motivazione appena citata.

Probabilmente la controversia in esame non avrà tolto il sonno al ricorrente (o forse sì, ma lo stesso non ne ha fornito prova), ma il «disagio» e il «disturbo» provocato da undici anni di attesa per la risoluzione di una causa semplice come quella in oggetto non possono essere sbrigativamente risarciti con la ridicola e offensiva somma di un milione di lire. Sembra quasi che la Corte d'appello abbia voluto punire il ricorrente per aver «osato» chiedere un risarcimento che invece, in base alla legge, alla Convenzione e alla giurisprudenza europea, gli spettava di diritto.

---

[34] Cfr. Corte d'app. Roma, 10 luglio 2001, caso *Corbo c. Min. della Giustizia* in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 957. Per un commento, A. DIDONE, *Equa riparazione* …, cit., p. 70 ss.

Come si vede, dunque, in questo, come in altri casi [35], il criterio della posta in gioco è stato utilizzato, in un certo senso, alla rovescia, come ultimo baluardo a difesa dell'Amministrazione della giustizia, in assenza di altri addebiti da muovere alle parti [36].

Significativamente, pertanto, la Corte di cassazione è intervenuta proprio nella vicenda in oggetto con la già citata sent. n. 1340 del 2004 per stigmatizzare il comportamento della Corte romana. In aggiunta ad altre considerazioni, su cui si tornerà subito, sulla facoltà per i giudici italiani di discostarsi dalla giurisprudenza europea, infatti, la Corte ha voluto sottolineare che «la liquidazione esigua» non «può trovare giustificazione nella entità degli «interessi in gioco» nel processo presupposto. Tale entità può determinare una riduzione significativa dell'indennizzo, ma non può ridurlo a meno di un decimo di quanto normalmente venga liquidato dalla Corte europea in casi simili» [37].

La considerazione da ultimo svolta conduce immediatamente all'esame di un ulteriore questione di particolare rilevanza in riferimento all'interpretazione giudiziale della legge Pinto e, in particolare, ai rapporti tra la giurisprudenza interna e quella europea in tema di ragionevole durata.

Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità per le Corti d'appello di accertare la violazione del diritto alla ragionevole durata e di liquidare il danno conseguente secondo termini di valutazioni diversi da quelli applicati in relazione al medesimo diritto dalla Corte europea. Il tema, vista l'evoluzione giurisprudenziale sul punto, si intreccia inevitabilmente con l'ulteriore questione relativa alla possibilità per i cittadini italiani di adire la Corte europea per lamentare la violazione del diritto in parola anche dopo l'entrata in vigore della legge Pinto.

Le segnalate questioni hanno dato origine ad un contrasto tra la Corte di cassazione e la Corte europea, contrasto che oggi sembra finalmente composto ma che ha toccato vertici di tensione non trascurabili.

---

[35] Cfr. ancora la casistica citata da A. DIDONE, *loc. ult. cit.*

[36] In questo senso anche C. CARBONARO, *I danni …*, cit., p. 289.

[37] Si veda anche la relazione dell'Ufficio Studi e Documentazione n. 310 del 15 giugno 2000, inserita nel quaderno n. 113/2000 che il C.S.M. ha dedicato interamente alla durata ragionevole del processo, in cui, esaminando la giurisprudenza della Corte europea relativa alla «posta in gioco», si sottolinea correttamente che essa «*pone in luce quindi come i ritardi nella valutazione dei giudizi siano valutati con maggiore rigore quando la durata eccessiva comprometta la posta in gioco sia pecuniaria che morale*».

3. L'evoluzione della giurisprudenza interna ed europea: dalla sentenza *Brusco* alla sentenza *Di Sante*

L'ideale è forse prendere le mosse dalla sentenza *Brusco* della Corte europea [38].

Con tale pronuncia la Corte, per la prima volta, aveva stabilito che il mancato utilizzo del rimedio interno costituito dal ricorso previsto dalla legge Pinto comportasse l'irricevibilità della domanda introdotta in sede europea anche prima dell'entrata in vigore della legge medesima.

La Corte motivava la propria presa di posizione con riferimento alla previsione di cui all'art. 6 della legge Pinto, in base alla quale chi aveva già presentato tempestivo ricorso alla Corte europea poteva adire, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, la Corte d'appello competente, purché non fosse nel frattempo intervenuta una decisione sulla ricevibilità da parte della Corte di Strasburgo [39].

In realtà la sentenza *Brusco* era apparsa da subito piuttosto singolare. In primo luogo perché quella prevista dall'art. 6 della legge n. 89 del 2001 è una mera facoltà, mentre la Corte la trasformava d'imperio in un requisito indispensabile per poter ritenere esauriti i ricorsi interni [40]. Secondariamente, la pronuncia in questione derogava anche al principio generale accolto dalla giurisprudenza di Strasburgo in base al quale la condizione del previo esaurimento delle vie di ricorso interne si valuta di norma alla data dell'introduzione del ricorso dinanzi alla Corte europea [41].

In dottrina non si era mancato di sottolineare, in primo luogo, come la valutazione operata dalla Corte rispondesse in realtà essenzialmente a ragioni di tipo «pragmatico» [42]: con la sentenza *Brusco*, in sostanza, la Corte cercava una scappatoia per bloccare da subito l'enorme mole di ricorsi italiani in tema di ragionevole durata, facendoli rifluire nelle Corti d'appello interne [43].

---

[38] Sentenza *Brusco c. Italia*, 6 settembre 2001, in *Foro it.*, 2003, IV, p. 361 ss. Per un commento si veda A. TAMIETTI, *La legge Pinto riceve un primo avallo da parte della Corte europea: il rimedio da essa introdotto è accessibile e efficace*, in *Cass. pen.*, 2002, 2, p. 803 ss. Cfr. anche G. ROMANO, D.A. PARROTTA e E. LIZZA, Il *diritto* …, cit., pp. 20-21.

[39] Il termine semestrale è stato poi prorogato a 12 mesi dal D.L. 12 ottobre 2001, n. 370.

[40] Così A. PERTICI, *La Corte* …, cit., p. 194.

[41] Si veda la stessa sentenza *Brusco* in cui la Corte dà conto del fatto che nella propria giurisprudenza essa, di norma, valuta il rispetto del requisito del previo esaurimento al momento della presentazione del ricorso.

[42] Il termine è di A. TAMIETTI, *loc. ult. cit.*

[43] La Corte stessa né dà conferma nella sentenza in commento, laddove afferma che «*la fre-*

D'altra parte, però, non si può negare che una simile presa di posizione costringeva coloro che avevano già presentato ricorso a Strasburgo ad un irragionevole, ulteriore attesa per vedere finalmente riconosciuto il diritto ad una riparazione per il danno subito a causa dell'eccessiva durata del processo. In ottemperanza a quanto sancito dalla sentenza *Brusco*, infatti, i ricorrenti che avevano già introdotto la propria domanda dinanzi alla Corte europea si sono visti costretti a ricominciare ancora una volta la procedura dinanzi al giudice interno [44].

Evidentemente, però, le già citate ragioni «pragmatiche» avevano avuto la meglio su quelle strettamente giuridiche che avrebbero dovuto suggerire alla Corte di dichiarare ricevibili e conseguentemente decidere nel merito i ricorsi già introdotti al momento dell'entrata in vigore della legge Pinto. In realtà il giudice europeo nel momento stesso in cui riconosceva che, secondo la regola generale, l'esaurimento delle vie di ricorso interne deve essere valutato al momento della proposizione della domanda dinanzi ad essa, si premurava altresì di affermare che tale principio non è privo di eccezioni, giustificate da particolari circostanze. E, nel caso specifico, le particolari circostanze erano costituite (oltre che dalle già menzionate ragioni pratiche), dal fatto che la disposizione transitoria contenuta nell'art. 6 della legge Pinto tendeva ad attrarre nella giurisdizione nazionale i ricorsi già presentati a Strasburgo.

La Corte, inoltre, vedeva nella legge Pinto uno strumento concreto di tutela, tendente a rendere «effettivo a livello interno il principio della «durata ragionevole», inserito nella Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 111». È singolare rilevare come sia la Corte a richiamare il principio di cui al nuovo art. 111 Cost., mentre la legge Pinto, come visto, indica come propria

---

quenza crescente delle…constatazioni di non-rispetto, da parte dello Stato italiano, dell'esigenza del «termine ragionevole» l'aveva indotta a concludere che l'accumulo di queste mancanze costituiva una pratica incompatibile con la Convenzione ed a richiamare l'attenzione del Governo sul «pericolo importante» che «la lentezza eccessiva della giustizia» rappresenta per lo stato di diritto…Peraltro l'assenza di un ricorso efficace per denunciare la durata eccessiva delle procedure aveva obbligato i soggetti alla giurisdizione a sottoporre sistematicamente alla Corte di Strasburgo dei ricorsi che avrebbero potuto essere istruiti anzitutto ed in maniera più appropriata nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano. Questa situazione rischiava, a lungo termine, di affliggere il funzionamento, sia sul piano nazionale che sul piano internazionale del sistema di protezione dei diritti dell'uomo costruito dalla Convenzione. Ora, la via di ricorso introdotta dalla legge Pinto si iscrive nella logica di permettere agli organi dello Stato convenuto di riparare le mancanze all'esigenza del «termine ragionevole» e, di ridurre, per conseguenza, il numero dei ricorsi che la Corte sarà chiamata a trattare. Ciò non vale soltanto per i ricorsi presentati dopo l'entrata in vigore della legge, ma anche per i ricorsi che, alla data in questione, erano già iscritti nel ruolo della Corte».

[44] Senza contare, ad esempio, tutte le spese nel frattempo sostenute per adire la Corte europea.

norma «ispiratrice» esclusivamente l'art. 6 CEDU. È inoltre significativo che la Corte ritenga la legge Pinto un rimedio capace di rendere effettivo il principio della ragionevole durata quando è del tutto evidente che in realtà si tratta esclusivamente di uno strumento di tipo risarcitorio, che non comporta alcuna modifica di tipo procedurale in grado di rendere più rapidi i processi.

Quest'ultima osservazione conduce ad esaminare un ulteriore riferimento operato nella sentenza in esame e che merita di essere approfondito: la Corte richiama la propria precedente pronuncia relativa al caso *Kudla* [45] per sottolineare ancora che il diritto di ciascuno di vedere la sua causa trattata entro un termine ragionevole non può che essere «meno effettivo» se non esiste alcuna possibilità di adire, prima della Corte stessa, un'autorità nazionale. Nella sentenza da ultimo citata, con un revirement giurisprudenziale anche in questo caso abbastanza sorprendente, la Corte aveva riconosciuto che il diritto ad un processo entro un termine ragionevole deve essere tutelato nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 13 della Convenzione, sanzionando anche la violazione di quest'ultima disposizione dopo aver accertato, a norma dell'art. 6, l'eccessiva durata della procedura. In precedenza la Corte europea era stata costante nel ritenere di non dover procedere all'accertamento di un'eventuale violazione dell'art. 13 nei casi in cui si lamentava l'eccessiva durata del processo [46]. Un simile atteggiamento era motivato dal fatto che la Corte riteneva che le garanzie specifiche previste dall'art. 6 fossero più incisive di quella generale di cui all'art. 13, di modo che, nelle ipotesi in cui si accertava una violazione dell'art. 6, risultava superfluo, secondo la Corte, procedere anche in relazione all'art. 13 [47].

Ecco perché la sentenza *Kudla* si pone indubbiamente come un punto di svolta fondamentale nella giurisprudenza europea. La Corte infatti, nel riscontrare per la prima volta anche una violazione dell'art. 13 nel caso di mancanza di un ricorso effettivo in tema di ragionevole durata, sottolineava

---

[45] Corte europea, *Kudla c. Polonia*, 26 ottobre 2000. Il caso aveva ad oggetto l'eccessiva durata della custodia cautelare in carcere, l'eccessiva durata di un processo penale e la mancanza nell'ordinamento polacco di un ricorso effettivo contro il mancato rispetto del termine ragionevole. Per un quadro si veda ancora G. ROMANO, D.A. PARROTTA e E. LIZZA, *Il diritto …*, cit., p. 102 ss.

[46] Si vedano, *ex multis*, Corte europea, *Foti e a. c. Italia*, 10 dicembre 1982; *Pizzetti c. Italia*, 26 febbraio 1993; *Bouilly c. Francia*, 7 dicembre 1999; *Tripodi c. Italia*, 25 gennaio 2000. Come si può notare quest'ultima pronuncia precede solo di pochi mesi la citata sentenza *Kudla*.

[47] Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte europea *Sporrong e Lönroth c. Svezia*, 23 settembre 1982 e *W. c. Regno Unito*, 8 luglio 1987.

che, nel caso dei ricorsi che hanno come oggetto esclusivamente l'eccessiva durata dei processi, la doglianza relativa alla mancanza di un ricorso interno deve considerarsi autonoma e non può ritenersi assorbita da quella relativa alla violazione dell'art. 6 [48]. La Corte, inoltre, specificava che un rimedio interno può essere considerato effettivo ai sensi dell'art. 13 se impedisce il verificarsi della violazione dell'art. 6.1, se impedisce che questa continui nel tempo o se può fornire alla vittima una riparazione appropriata per la violazione già prodottasi [49].

Anche nella sentenza in parola le ragioni di tipo pratico e quindi la volontà della Corte di spingere i governi nazionali ad adottare un rimedio interno in grado di alleggerire il carico di lavoro di Strasburgo sembrano essere predominanti rispetto alle motivazioni strettamente giuridiche. Tuttavia, è evidente che la Corte, al momento di decidere il caso *Brusco*, ha voluto in certo modo riconoscere che l'Italia aveva adottato un rimedio interno che, prima facie e sulla scorta di quanto previsto dalla sentenza *Kudla*, poteva ritenersi efficace. Questo anche perché, come si legge nella sentenza *Brusco*, in base alla previsione dell'art. 2 della legge Pinto «il giudice nazionale è chiamato nella valutazione del carattere ragionevole della durata di una procedura, ad applicare i principi emanati dalla giurisprudenza della Corte, segnatamente la complessità della causa, il comportamento del ricorrente e quello delle autorità». Sulla base di queste considerazioni, la Corte riteneva che «nulla permette di pensare che il ricorso introdotto dalla legge Pinto non offrirà al ricorrente la possibilità di far riparare la sua doglianza, o che non avrebbe alcuna prospettiva ragionevole di successo».

E invece la Corte si sbagliava. Le prime applicazioni della legge Pinto da parte delle Corti d'appello e, successivamente, le pronunce della Corte di cassazione sulle impugnazioni delle decisioni di primo grado hanno mostrato da subito che i giudici italiani non intendevano adeguarsi, in realtà, ai criteri di valutazione della giurisprudenza europea.

Lungi dal considerarsi una «sezione distaccata in Italia della Corte euro-

---

[48] La Corte distingue il caso dei ricorsi aventi ad oggetto esclusivamente la durata non ragionevole del processo da quelli che lamentano invece anche la violazione del «*diritto ad un Tribunale*». In questo secondo caso, infatti, un ulteriore motivo di ricorso relativo all'art. 13, e quindi alla mancanza di un ricorso effettivo, deve ritenersi superfluo in quanto già «coperto» dall'incisiva tutela prevista per la violazione del diritto ad un Tribunale.

[49] Si veda la sentenza *Kudla*, par. 158. In dottrina ci si è chiesti se, per l'effettività del rimedio, sia necessaria la compresenza di tutte le caratteristiche indicate dalla sentenza, o se sia sufficiente anche una sola delle stesse. Tuttavia la giurisprudenza della Corte europea in relazione alla legge Pinto dimostra che anche un rimedio di tipo esclusivamente risarcitorio può essere considerato sufficiente.

pea» come suggerito in dottrina [50], i giudici italiani hanno elaborato i propri criteri di decisione quasi sempre in senso peggiorativo per i ricorrenti rispetto a quanto accadeva a Strasburgo, soprattutto in riferimento al periodo da prendere in considerazione per verificare la durata di un processo e in relazione alla quantificazione del danno da risarcire.

Significativa nella sua sorprendente conclusione è una pronuncia della Corte d'appello di Roma in cui si è affermato che «possono valutarsi solo le situazioni di ritardo verificatesi successivamente all'entrata in vigore del ricordato testo normativo…atteso che la legge in esame – a carattere sostanziale – ha fatto nascere una nuova fattispecie di danno» [51].

Come se tutto quello che è avvenuto prima dell'entrata in vigore della legge Pinto non contasse nulla. Peccato che la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo sia in vigore per l'Italia da cinquant'anni e il danno da irragionevole durata del processo sia stato riconosciuto centinaia di volte ai cittadini italiani dalla Corte di Strasburgo [52]. Pronunce come quella della Corte d'appello di Roma rendono comunque l'idea di come (non sempre, ovviamente) la legge Pinto sia stata intesa almeno inizialmente nella giurisdizione domestica: come un'ulteriore seccatura da risolvere o, in alternativa, come l'occasione per mettere un freno ai risarcimenti ottenuti dai cittadini in sede europea [53].

---

[50] L'espressione è di M. DE STEFANO, *L'Italia risarcisce male le vittime dei lunghi processi*, in «*La previdenza forense*», 2002, 4, p. 351.

[51] Corte d'app. Roma, decreto 4 ottobre 2002, n. 1543. Nello stesso senso anche Corte d'app. Torino, decreto 30 luglio 2002: «*prima di tale entrata in vigore la fattispecie sostanziale non esisteva nel nostro ordinamento*».

[52] E infatti si veda Corte d'app. Genova, 17 luglio 2002: «*il diritto ad un'equa riparazione, in caso di violazione della ragionevole durata del processo è contenuto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo…e pertanto era già presente nel nostro ordinamento prima della legge 24 marzo 2001, n. 89, trovando altresì implicito riconoscimento nell'art. 24 della Costituzione. Pertanto, il diritto ad un'equa riparazione per la eccessiva durata di un procedimento, è entrato nel patrimonio delle parti di tale procedimento decedute anteriormente alla legge 24 marzo 2001, n. 89, e gli eredi sono legittimati ad agire in giudizio per ottenere la relativa riparazione*».

[53] A titolo di amara curiosità, si segnala la pronuncia della Corte d'app. Torino, 5 settembre 2001, n. 1157, che statuisce quanto segue: «*… quello che non è stato percepito nel sistema di Strasburgo sta nel fatto che il termine lungo del processo italiano, sia in penale che in civile, è ascrivibile al comportamento delle parti e dei loro difensori. Cioè in Italia si sono verificati due fenomeni nell'ambito della scuola e della giustizia; fenomeni sociali, di cui non si può non tener conto, al fine di meglio percepire la* ratio *delle nuove norme, che in questa sede devono essere applicate. In Italia la maturità e la laurea in legge non si nega a nessuno e la scuola si è strutturata sulla promozione facile e sull'eliminazione della selezione. Questa situazione è aggravata dal fatto che il corpo insegnante, che è passato da circa 240 mila insegnanti a più di un milione, è di livello non certo alto, ed ha prodotto la decadenza della scuola e la decadenza dell'Università. Analoga decadenza (e con termini lunghi) si è verificata nella giustizia. Si è osservato in dottrina*

In sostanza, secondo quanto statuito dalle pronunce da ultimo citate, l'introduzione della legge Pinto comporterebbe un trattamento deteriore per le vittime dei lunghi processi, posto che le stesse dovrebbero necessariamente rivolgersi in prima battuta ai giudici interni, non vedendo riconosciuto dagli stessi tutto il periodo di durata del loro processo anteriore all'entrata in vigore della legge Pinto, mentre avrebbero senza alcun dubbio ottenuto dalla Corte di Strasburgo un risarcimento anche per quel periodo.

Almeno in un primo momento, inoltre, neppure la Corte di cassazione ha mantenuto un atteggiamento più favorevole ai ricorrenti che impugnavano le decisioni delle Corti d'appello [54]. Contrariamente alle ormai consolidate tendenze della giurisprudenza europea, ad esempio, si è sostenuto che grava sul ricorrente la prova, sia pure in maniera non rigorosa, della sussistenza del danno non patrimoniale per l'eccessiva durata del processo [55] ovvero, ancora, si è escluso in via generale che tale danno non patrimoniale possa essere rivendicato dalle persone giuridiche [56]. Bisogna dare atto alla Cassazione di aver provveduto, comunque, a correggere almeno parzialmente il tiro con due pronunce di poco successive, in cui, pur non riconoscendo l'esistenza di una vincolatività diretta, si è comunque affermata la necessità di rispettare i criteri enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea [57].

---

che nel 1997 premevano sul processo italiano 100.000 avvocati, che oggi sono diventati 135.000 mentre, ad esempio, in Francia, che è un paese quasi il doppio dell'Italia sotto tutti i profili, operano solo 32.000 avvocati. Orbene un noto magistrato italiano tanti anni fa, ha precisato che ogni avvocato funziona da moltiplicatore delle cause e che i difensori sono i creatori della crisi della giustizia…perché assecondano le scelte delle parti. Ad esempio in penale chi viene condannato al minimo della pena ed ottiene tutti i benefici pretende di percorrere tutti i gradi del giudizio, nella speranza di raggiungere la prescrizione del reato. In civile gli avvocati cercano in tutti i modi di trasformare il processo orale in processo scritto, mandando in udienza giovani avvocati, i quali candidamente dichiarano che non conoscono la causa. In civile poi le parti, anche per cause di infimo valore, chiedono e ottengono dai loro difensori di percorre tutti i gradi di giudizio, quattro e alle volte cinque per duplicazione del giudizio di rinvio. Orbene la giustizia non può essere utilizzata, come lo è stato per la scuola, per eliminare la disoccupazione intellettuale di giovani, che impreparati e non idonei per altri mestieri, si rifugiano negli albi professionali per sbarcare il lunario. Cioè non si può imputare alle «forme» processuali e al garantismo voluto dal popolo italiano, una crisi della giustizia, che è voluta dalle parti e dai loro difensori, tramite precise scelte processuali. Orbene queste parti non possono poi esser premiate con la liquidazione di danni non dimostrati». La pronuncia ha dato luogo ad un esposto del Consiglio Nazionale Forense al Consiglio Superiore della Magistratura ed è riportata da A. DIDONE, *Equa riparazione …*, cit., pp. 89-90.

[54] Per un quadro si veda M. POTO, *Prime pronunce …*, cit., p. 355 ss.

[55] Corte cass., sez. I, 8 agosto 2002, n. 11987.

[56] Corte cass., sez. I, 2 agosto 2002, n. 11573.

[57] Cfr. Corte cass., sent. 22 ottobre 2002, n. 14885, in cui si legge che «*se può convenirsi con*

Il vero pomo della discordia (che ha dato origine al contrasto tra la Cassazione e la Corte europea) era però costituito, come già accennato, dalla disparità dei risarcimenti assegnati in sede nazionale rispetto alle cifre su cui si era ormai assestata la giurisprudenza europea.

Tutte le Corti d'appello italiane hanno liquidato ai ricorrenti somme di gran lunga inferiori rispetto agli standard europei e la situazione non è migliorata (almeno fino al recentissimo revirement su cui si tornerà fra poco) neppure dinanzi alla Corte di cassazione [58].

Sollecitata dai ricorrenti insoddisfatti, è dovuta intervenire quindi nuovamente la Corte europea.

Nella sentenza *Scordino c. Italia* del 2003 [59] essa ha, in primo luogo, dichiarato ricevibile un ricorso con cui si lamentava un'insufficiente liquidazione del danno da irragionevole durata del processo liquidato da parte della Corte d'appello di Reggio Calabria con decreto non previamente impugnato in Cassazione. A tale proposito, infatti, la Corte ha rilevato che la regola dell'art. 35 CEDU, del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, non riveste carattere assoluto e, lungi da un'applicazione automatica, deve essere utilizzata con una certa elasticità, senza formalismo eccessivo ed alla luce, quindi, dell'insufficienza del controllo operato dalla Corte di cassazione in relazione alla congruità della liquidazione riconosciuta dal giudice di merito.

La pronuncia ha anche chiarito che spetta alla Corte europea valutare, caso per caso, la qualità della vittima del ricorrente e dunque, l'adeguatezza della somma accordata a livello nazionale per riparare il pregiudizio e la violazione addotti, atteso che, pur rispettando il margine di valutazione di cui le giurisdizioni nazionali dispongono, queste ultime devono conformarsi alla giurisprudenza della Corte, accordando somme conseguenti.

Rilevando quindi che la Corte d'appello competente aveva liquidato ai ricorrenti una somma dieci volte inferiore a quella accordata dalla Corte

---

la tesi secondo cui la legge n. 89 del 2001 non ha determinato il recepimento in blocco nel nostro ordinamento della giurisprudenza europea si deve anche affermare che i principi elaborati da quella giurisprudenza vanno considerati nell'interpretazione della citata legge, la quale, per assicurare concreta attuazione agli impegni assunti con la Convenzione, va interpretata in modo da garantire una tutela effettiva sia del termine ragionevole di durata dei procedimenti (secondo la nozione di questi elaborata dalla Corte di Strasburgo) sia del diritto all'equa riparazione in caso di sua violazione».

[58] Cfr. sul punto M. DE STEFANO, *L'Italia …*, cit., p.351.

[59] Corte europea, sentenza *Scordino c. Italia*, 27 marzo 2003. in *Foro it.*, 2003, IV, p. 361 ss. con breve nota redazionale di P. GALLO. Si veda anche M. DE STEFANO, *Legge Pinto sull'equa riparazione: conflitto tra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Fisco*, 26, 2003, p. 4033 ss.

europea in casi analoghi, la Corte medesima ha dichiarato ricevibile il ricorso sottoposto alla sua attenzione [60].

Si tratta, com'è di tutta evidenza, di una sentenza di grandissima rilevanza sotto diversi profili.

Dal punto di vista strettamente procedurale, infatti, la Corte ha dichiarato ricevibile un ricorso anche in assenza del previo esaurimento dei rimedi interni, sottolineando l'eccezionalità del caso dovuta alla concreta mancanza di effettività di detti rimedi per effetto di una giurisprudenza domestica irragionevolmente restia a concedere un risarcimento adeguato alle vittime dei lunghi processi.

In relazione a quest'ultimo punto, inoltre, la Corte ha rivendicato a sé la facoltà di controllare il rispetto del diritto alla ragionevole durata sancito dall'art. 6 CEDU anche in presenza di un rimedio interno astrattamente ispirato ai principi fondamentali della giurisprudenza europea sul punto ma concretamente inadeguato a fornire ai ricorrenti un risarcimento paragonabile a quello che gli stessi avrebbero prevedibilmente ottenuto in sede europea. Si tratta, come è evidente, di un'inversione di rotta che ribalta totalmente la prospettiva della precedente pronuncia sul caso *Brusco*: constatato che la legge Pinto, per come veniva applicata in Italia, non forniva in realtà tutela sufficiente di fronte alla violazione del diritto alla ragionevole durata, la Corte ha voluto in sostanza riprendersi il ruolo di cui si era spogliata all'indomani dell'entrata in vigore della legge medesima. Di fronte alla reiterata violazione di un diritto fondamentale, tutelato dalla CEDU, e all'inadeguatezza della tutela giurisdizionale sul punto, la Corte ha ribadito un concetto che peraltro non è nuovo, ma che era già stato esplicitato nella sentenza *Lucà c. Italia* del 2001: «i giudici nazionali devono applicare le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo i principi ermeneutici espressi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» [61].

Per di più, cosa che è particolarmente grave, il revirement della Corte è avvenuto dopo che la stessa aveva sottoposto ad un attento esame la giurisprudenza della Cassazione, esame che aveva mostrato i risultati del tutto insoddi-

---

[60] Si veda la sentenza *Scordino* laddove la Corte afferma che «*… nel presente caso, la somma accordata ai ricorrenti dalla Corte d'appello di Reggio Calabria non presenta un rapporto ragionevole con la somma accordata dalla Corte negli analoghi casi sopra citati … Pur nel rispetto del margine di discrezionalità di cui dispongono i giudici nazionali, essi si debbono conformare alla giurisprudenza della Corte anche concedendo un risarcimento consequenziale. Tenuto conto degli elementi che emergono dal fascicolo, la Corte ritiene che un tale divario tra la giurisprudenza di Strasburgo da una parte e l'applicazione nel caso di specie della legge Pinto dall'altra non sia giustificato. Pertanto, ritiene che la somma accordata ai ricorrenti non possa considerarsi adeguata e idonea a riparare la violazione dedotta*».

[61] Cfr. sentenza *Lucà c. Italia*, 27 febbraio 2001.

sfacenti a cui tale giurisprudenza era giunta [62]. La Corte europea, nella sentenza in commento, esprime anche un timore generale circa l'effettiva idoneità del ricorso per cassazione a superare la giurisprudenza restrittiva delle Corti d'appello: i giudici di Strasburgo, infatti, prendono atto che la Corte di cassazione, avendo funzione di giudice di legittimità, difficilmente potrebbe intervenire nel merito del caso singolo per accordare un maggiore risarcimento ai ricorrenti. Questo aspetto, però, finirebbe per causare un ulteriore danno ai ricorrenti se questi ultimi dovessero necessariamente adire la Corte di cassazione prima di rivolgersi alla Corte europea. A meno che, sindacando la logicità e la congruità della motivazione del decreto impugnato, la Corte non rilevi un ingiustificato contrasto dello stesso con i parametri europei, parametri che però la Cassazione stessa dovrebbe riconoscere come tendenzialmente vincolanti [63].

A seguito della sentenza *Scordino*, quindi, si presentava per la Cassazione la necessità di intervenire prontamente, per evitare un nuovo, massiccio afflusso di ricorsi alla Corte europea, cosa che avrebbe vanificato di fatto gli obbiettivi della legge Pinto, riportando l'Italia sul banco degli imputati (da dove, per inciso, era scesa solo per un brevissimo periodo).

La risposta della Suprema Corte, a sezioni unite, è giunta con le già citate sentenze nn. 1338, 1339, 1340 e 1341 del 2004, di contenuto per molti versi analogo.

Mutando il proprio precedente orientamento (che, a tutto concedere, appariva quantomeno ambiguo), la Corte ha infatti riconosciuto che la giurisprudenza della Corte europea si impone ai giudici italiani chiamati ad applicare la legge Pinto, che, a sua volta, trova fondamento nell'art. 6 CEDU. La Corte di cassazione, nelle pronunce in esame, mostra di aver ben presenti tutte le implicazioni della sentenza *Scordino* e mostra anche la ferma volontà di evitare che i cittadini italiani si riversino ancora una volta in massa a Strasburgo per cercare giustizia [64].

---

[62] Nella sentenza *Scordino* si legge ancora che «*… La Corte ha effettuato un esame comparativo delle cento sentenze della Corte cass. ad oggi disponibili. Ha potuto constatare che i principi stabiliti nelle due sentenze citate dai ricorrenti … sono stati costantemente applicati, precisamente: mancato riconoscimento, al diritto ad un processo in tempi ragionevoli, dello* status *di diritto fondamentale; negazione della applicabilità diretta della Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo in materia di equa soddisfazione. La Corte non ha rinvenuto alcun caso in cui la Corte cass. abbia preso in considerazione una doglianza relativa all'insufficienza delle somme accordate dalla Corte d'appello rispetto al pregiudizio allegato o alla loro inadeguatezza rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo. Si tratta effettivamente di censure che vengono rigettate dalla Corte cass. perché considerato o come questioni di fatto, non rientranti nella sua competenza, o come questioni sollevate alla luce di disposizioni non applicabili direttamente*».

[63] In questo senso P. GALLO nella nota a sentenza citata.

[64] Si veda in proposito anche la relazione pronunciata il 26 gennaio 2004 dal Procuratore

Le sentenze in parola sono già state citate in relazione a diversi profili: ciò che qui interessa maggiormente è il riconoscimento da parte della Corte di cassazione che i giudici italiani, compresa la stessa Suprema Corte, devono attenersi ai criteri stabiliti dalla Corte europea nell'interpretazione della CEDU nelle loro decisioni incentrate sulla legge Pinto. E questo anche in tema di entità dei risarcimenti da corrispondere ai ricorrenti [65].

Una simile presa di posizione della Corte di cassazione suggerisce implicazioni che vanno ben al di là dello scopo del presente lavoro e che, pertanto, saranno appena tratteggiate.

Si è parlato, in uno dei primi commenti alle decisioni in parola, di «common law all'italiana», sottolineando come i precedenti della Corte europea dovrebbero d'ora in poi imporsi addirittura alla stessa Corte di cassazione, con una forza che non sembra avere eguali nel nostro ordinamento, soprattutto se si tiene conto che la liquidazione del danno dovrebbe comunque

---

Generale presso la Corte Suprema di cassazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario: «*se siamo entrati in Europa non possiamo non tenere conto della giurisprudenza comunitaria … Va tenuto peraltro presente che il giudice nazionale è il primo tutore dei diritti dell'uomo, come esige il rapporto di sussidiarietà che sussiste tra la giurisdizione nazionale e quella di Strasburgo … Quale che sia il giudizio da dare sulla correttezza o meno della lettura che la Corte di Strasburgo ha dato dell'indirizzo giurisprudenziale italiano, non è certo auspicabile un braccio di ferro tra le due Corti e si può essere fondatamente fiduciosi che la Corte italiana saprà trovare la strada di un ragionevole e limpido chiarimento*».

[65] Nella citata sent. n. 1340 del 2004 si legge che «*i criteri di determinazione del* quantum *della riparazione applicati dalla Corte europea non possono essere ignorati dal giudice nazionale, anche se questi può discostarsi in misura ragionevole dalle liquidazioni effettuate a Strasburgo in casi simili … la liquidazione del danno non patrimoniale effettuata dalla Corte d'appello a norma dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001, pur conservando la sua natura equitativa, è tenuta a muoversi entro un ambito che è definito dal diritto, perché deve riferirsi alle liquidazioni effettuate in casi simile dalla Corte di Strasburgo, da cui è consentito discostarsi purché in misura ragionevole. L'ambito giuridico della riparazione equitativa del danno non patrimoniale è, in altri termini, segnato dal rispetto della Convenzione europea dei diritti Umani, per come essa vive nelle decisioni, da parte di detta Corte, di casi simili a quello portato all'esame del giudice nazionale. L'accertamento dei casi simili e delle eque soddisfazioni del danno non patrimoniale in essi operate dalla Corte di Strasburgo, pur rientrando nei dovrei di ufficio del giudice, può giovarsi della collaborazione delle parti, ed in particolare dell'attore, che ha interesse a fornire al giudicante ogni elemento utile alla determinazione del* quantum *del danno nella misura da lui richiesta …*». Si veda anche la successiva sentenza Cass. civ., sez. I, 5 maggio 2004, n. 8529, in cui si specifica che «*il giudice del merito al fine di valutare se il processo abbia avuto una durata eccessiva, ha il dovere generale di interpretare l'art. 6.1 … tenendo conto dei criteri ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla ragionevole durata del processo, tale dovere essendo da porsi in collegamento con il ruolo di giudice della verifica e chiusura della adeguatezza e della effettività della tutela nazionale, da riconoscere alla Corte di Strasburgo. A questo dovere generale si accompagna l'obbligo specifico, per lo stesso giudice, di prendere in esame, e di farsi carico criticamente, dei precedenti della Corte europea che si assumano pronunciati su casi identici o analoghi a quelli al suo esame*».

avvenire in via equitativa e cioè con una discrezionalità su cui sarebbe tendenzialmente precluso ogni sindacato anche in sede di legittimità [66].

Altri hanno sottolineato come tale vincolatività non potrebbe essere limitata alla sola materia della ragionevole durata, ma dovrebbe valere per tutte le altre norme di diritto interno in contrasto con quelle della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo [67].

Come si vede si tratta di questioni che, da sole, meriterebbero un intero contributo.

Qui ci si deve limitare a riconoscere che il revirement della Corte di cassazione è capace di rendere nuovamente (o finalmente, a seconda dei punti di vista) effettivo il rimedio del ricorso dinanzi alla Corte stessa, con il probabile effetto di precludere nuovamente l'impugnazione diretta a Strasburgo dei decreti delle Corti d'appello.

Ovviamente la Corte ritaglia per i giudici italiani uno spazio di «discrezionalità» nel seguire gli orientamenti della Corte europea, ma è evidente che tale discrezionalità non potrà più tramutarsi in una assoluta disapplicazione di tali orientamenti. E infatti, nella successiva sent. n. 17139 del 2004 la stessa Cassazione ha riconosciuto il «valore conformativo, in termini di diritto vivente (o del valore di cosa interpretata)» che riveste la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente alla definizione e delimitazione della portata applicativa della fattispecie disciplinata dall'art. 6 CEDU «alla cui violazione, appunto, il nostro legislatore ha inteso porre rimedio con il meccanismo riparatorio» previsto dalla legge Pinto [68].

A conclusione (forse …) di questo complicato iter è giunta la decisione della Corte europea nel caso *Di Sante c. Italia* [69].

La Corte, riconoscendo la fondamentale presa di posizione operata dalla Corte di cassazione con le sentenze del 26 gennaio 2004, si mostra pronta a mutare nuovamente il proprio indirizzo sancito con la sentenza *Scordino*.

---

[66] In questo senso E. SACCHETTINI, *Un'attività di difficile applicazione pratica che mette a repentaglio le casse dell'erario*, in *Guida al diritto*, n. 6/2004, pp. 27 e 28.

[67] Così M. DE STEFANO, *La Cassazione italiana riconosce integralmente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani* in *Il Fisco*, n. 7/2004, p. 929 ss.

[68] Cass. civ., sez. I, 27 agosto 2004, n. 17139. Nella motivazione si chiarisce inoltre che «*poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge n. 89 del 2001 consiste in una determinata violazione della CEDU, spetta al Giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico che, pertanto, finisce per essere «conformato» dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all'applicazione della legge n. 89 del 2001, ai giudici italiani*».

[69] Corte europea, sentenza *Di Sante c. Italia*, 24 giugno 2004; per un commento si veda M. DE STEFANO, Revirement *della Corte di Strasburgo sulla ricevibilità dei ricorsi per la eccessiva durata di processi dopo il* revirement *della Cassazione italiana* in *www.dirittumani.it*

Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, a seguito di tali pronunce, la via di ricorso interna davanti alla Corte di cassazione ha «nuovamente acquisito un grado di certezza giuridica sufficiente non solamente in teoria ma anche nella prassi per potere e dovere essere nuovamente utilizzata ai fini dello stesso art. 35.1 della Convenzione».

Questa presa di posizione ulteriore della Corte europea appare condivisibile ed equilibrata, in quanto riconosce l'intervenuto mutamento giurisprudenziale della Corte di cassazione e ne sottolinea la potenziale capacità di risolvere il contrasto in essere, ma fornisce contemporaneamente alle parti coinvolte un «termine di grazia». La Corte europea, infatti, riconoscendo che può essere necessario del tempo affinché i ricorrenti ed i loro difensori vengano a conoscenza delle citate sentenze della Suprema Corte, fissa un termine di sei mesi entro il quale i ricorsi già in precedenza depositati a Strasburgo potranno essere esaminati ed eventualmente dichiarati ricevibili. Trascorso tale termine non potrà più essere scusata l'eventuale ignoranza della nuova giurisprudenza di legittimità e pertanto i ricorrenti, prima di adire nuovamente la Corte europea, dovranno dimostrare di avere previamente esaurito le vie di ricorso interne, compreso il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione che, per effetto proprio delle sentenze in parola, parrebbe aver acquisito il carattere di rimedio effettivo contro la violazione del diritto alla ragionevole durata [70].

Merita comunque di essere segnalato il fatto che in numerose decisioni successive alla sentenza *Di Sante*, rese dalla Corte europea in relazione a ricorsi già in precedenza dichiarati ricevibili, è stato rilevato che le somme stabilite dalle Corti d'appello italiane sulla base della legge Pinto non costituiscono una compensazione adeguata per i disagi subiti dai ricorrenti a causa dell'irragionevole durata del loro processo [71].

---

[70] Cfr. la sentenza *Di Sante* citata: «*La Corte prende buona nota di questo* revirement *di giurisprudenza e del fatto che la nuova si è diffusa molto rapidamente nell'ambiente giuridico interessato ed anche nel pubblico. Essa reputa che a decorrere dalla sentenza depositata il 26 gennaio 2004, la via di ricorso interna davanti alla Corte cass. aveva nuovamente acquisito un grado di certezza giuridica sufficiente non solamente in teoria ma anche nella prassi per potere e dovere essere nuovamente utilizzata ai fini dello stesso art. 35.1 della Convenzione, questo, a prima vista dal giorno del deposito in cancelleria della sentenza. Tuttavia, è chiaro che per alcuni ricorrenti il termine per ricorrere in Cassazione poteva spirare nei giorni seguenti il deposito in cancelleria della sentenza della Corte di cassazione. È opportuno dunque fissare una data posteriore a quella del deposito della sentenza prendendo in considerazione il tempo di avere conoscenza del* revirement, *di trovare un avvocato che abbia il diritto di patrocinare davanti alla Corte cass. e di preparare il ricorso. La Corte giudica ragionevole considerare che queste sentenze, e segnatamente la sent. n. 1340 della Corte di cassazione, non possono più essere ignorate dal pubblico a decorrere dal 26 luglio 2004. Essa ne conclude che proprio a decorrere da questa data deve essere preteso dai ricorrenti che essi utilizzino questo ricorso ai fini dell'art. 35.1 della Convenzione*».

[71] Si vedano, ad esempio, Corte europea, sent. *Scordino c. Italia*, 29 luglio 2004 (si tratta

4. La legge Pinto: un primo bilancio

A più di quattro anni dall'entrata in vigore della legge n. 89 del 2001, e vista anche la tormentata vicenda giurisprudenziale appena descritta, si può tentare di tracciare un bilancio dell'impatto avuto da tale normativa sul nostro ordinamento, rinviando al prossimo paragrafo per l'esame della giurisprudenza relativa ad alcuni temi specifici.

In primo luogo va sottolineato che, indubbiamente, i principi dettati dalla legge Pinto hanno trovato almeno inizialmente una certa resistenza all'applicazione da parte delle Corti d'appello e, direttamente o di riflesso, anche da parte della Suprema Corte.

Quelli che in dottrina erano spesso dubbi appena accennati, sul fatto che l'introduzione di un rimedio risarcitorio interno potesse finire per rendere meno effettiva la tutela dei ricorrenti rispetto al ricorso diretto alla Corte europea, si sono rivelati purtroppo delle certezze.

Come si è visto supra, nei due paragrafi precedenti, questa «resistenza» si è concretata da un lato nel tentativo di negare l'esistenza di una violazione, facendo ricadere la colpa dell'eccessiva durata dei processi sulle parti o sottolineando l'esiguità degli interessi privati coinvolti, e dall'altro nella riduzione delle somme liquidate a cifre talmente esigue da sconsigliare del tutto l'inizio della procedura. Sotto quest'ultimo punto di vista, inoltre, va ribadito che la legge Pinto impone l'assistenza tecnica di un difensore alla parte privata (e nel caso in cui si voglia poi ricorrere per cassazione, ovviamente, tale difensore dovrà essere abilitato a patrocinare davanti alle giurisdizioni superiori), contrariamente a quanto previsto per il ricorso dinanzi alla Corte europea. È anche vero che quest'ultima affermazione va chiarita, poiché solo l'introduzione di un ricorso dinanzi alla Corte europea non richiede il patrocinio di un avvocato: dopo la dichiarazione di ricevibilità di tale ricorso, infatti, anche la Corte richiede che la parte sia assistita da una difesa tecnica [72]. Resta il fatto

---

della pronuncia che chiude il «*caso Scordino*» dopo la già citata pronuncia che aveva ritenuto ammissibile il ricorso), e le sentenze, tutte del 10 novembre 2004, *Apicella c. Italia*, *Carletti e Bonetti c. Italia*, *Cocchiarella c. Italia*, *Zullo c. Italia*, *Finazzi c. Italia*, *Mostacciuolo c. Italia*, *Procaccini c. Italia*, *Musci c. Italia* e *Riccardi Pizzati* c. Italia.

[72] Sul punto si veda A. TAMIETTI, *La legge …*, cit. p.804, nota 9. In giurisprudenza, si veda Cass. civ., sez. I, 1 agosto 2003, n. 11715, in cui si chiarisce che «*la circostanza che, ai sensi dell'art. 34 della convenzione … la Corte europea di Strasburgo possa essere investita con ricorsi presentati direttamente dagli interessati, senza necessità di un patrocinio tecnico e senza che siano previsti particolari oneri per la parte, non implica che anche gli strumenti di tutela giurisdizionale approntati in sede nazionale per la salvaguardia dei corrispondenti diritti debbano essere sottratti alle regole generale del processo italiano, tanto più che la citata convenzione si limita a disciplinare il processo in ambito europeo ma non stabilisce alcun obbligo per gli Stati contraen-*

che, comunque, la legge Pinto prescrive fin dall'inizio l'assistenza di un difensore, con inevitabile aumento dei costi a carico della parte.

Alcune pronunce già citate sembravano avere lo scopo ulteriore, rispetto alla decisione del caso specifico, di mandare un segnale preciso ai potenziali ricorrenti perché si astenessero dal proporre le loro richieste di equa riparazione [73].

Una simile presa di posizione può essere originata da diverse motivazioni.

In primo luogo alcune pronunce delle Corti d'appello con cui si negava o si riduceva al minimo la riparazione richiesta sembravano chiaramente motivate da un intento «difensivo» della magistratura rispetto a possibili addebiti, anche disciplinari, derivanti dalla constatazione dell'eccessiva durata dei processi [74], eventualità che peraltro sembra superata se si esaminano i primi dati disponibili in materia [75]. Non si deve dimenticare inoltre che la stessa legge Pinto, all'art. 3, settimo comma, specifica che l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene «nei limiti delle risorse disponibili» [76]. Non è pos-

---

ti di armonizzare le disposizioni da ciascuno di essi previste per la trattazione dei processi nazionali». Sulla base di tali considerazioni la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, secondo comma, legge n. 89 del 2001 «*nella parte in cui non prevede la gratuità del processo di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata e la possibilità che esso si svolga senza difesa tecnica della parte*».

[73] Si veda, per tutti, il citato decreto della Corte d'app. Torino, 5 settembre 2001. In dottrina M.G. CIVININI, *Sul diritto alla ragionevole durata del processo: prime applicazioni della c.d. legge Pinto*, in *Foro it*., 2002, I, p. 232 ss.

[74] In proposito M.G. CIVININI, *op. ult. cit*., p. 236, osserva che «*devono subito essere ridimensionate le posizioni di quella parte della magistratura che ha ravvisato nella nuova normativa (ed in particolare nella previsione del foro determinato a norma dell'art. 11 c.p.p. – come a volere preconizzare un interesse in causa del magistrato che ha trattato o deciso il processo origine dell'equa riparazione – e della trasmissione degli atti al procuratore generale della Corte dei conti e al titolare dell'azione disciplinare) un suggerimento o una vaga minaccia di un futuro promovimento di giudizi disciplinari e contabili in relazione a un disservizio per lo più imputabile a carenze strutturali e organizzative*».

[75] Si veda C. MORELLI, *Processi lunghi, toghe senza colpa*, in *Italia Oggi* del 16 settembre 2004. Nell'articolo si pone in evidenza come su circa 11.500 procedimenti per l'equa riparazione *ex lege* Pinto, l'azione disciplinare sia stata esercitata soltanto 15 volte, non ravvisandosi in generale una responsabilità dei magistrati per l'eccessiva durata delle procedure, dovuta piuttosto ad altri elementi come «*la complessità della procedura, la partecipazione di più giudici o di più uffici giudiziari allo stesso procedimento, gli eventuali cambi di sede …*».

[76] L'art. 7 della legge n. 89 del 2001 chiarisce poi che «*all'onere derivante dall'attuazione della presente legge, valutato in lire 12.075 milioni a decorrere dall'anno 2002, si provvede mediante corrispondente riduzione delle proiezioni dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2001-2003, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente* «*Fondo speciale*» *dello stato di previsione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica per l'anno 2001, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al medesimo Ministero. Il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio*».

sibile, in questa sede, soffermarsi approfonditamente sul punto. Certo è che la disposizione in commento ha dato origine a non poche perplessità e che è verosimile che l'entità dei risarcimenti sia rimasta entro limiti contenuti anche per la consapevolezza degli organi giudicanti che le «risorse disponibili» non sono in grado di far fronte a tutte le richieste provenienti dai cittadini lesi nel proprio diritto ad una ragionevole durata dei giudizi.

Secondariamente è apparso evidente che molte pronunce denotavano una scarsa dimestichezza delle Corti d'appello con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e anche una forte chiusura nei confronti dell'applicazione interna delle norme convenzionali.

Non è certo questa la sede per affrontare il delicato tema del rapporto tra la CEDU e l'ordinamento interno, peraltro profondamente inciso dall'evoluzione giurisprudenziale avvenuta proprio in tema di ragionevole durata. È evidente, però, che sostenere che la legge Pinto ha fatto sorgere una nuova fattispecie di danno [77] e che, pertanto, dovrà essere preso in considerazione ai fini dell'eventuale riparazione solo il periodo della procedura in questione successivo all'entrata in vigore di tale legge, è un chiaro segnale di totale rifiuto del recepimento della normativa e della giurisprudenza europea sul punto. Non è necessario, infatti, dipanare l'intricata matassa dei rapporti tra CEDU e ordinamento interno, né stabilire se e quanto i giudici italiani si possano discostare dai criteri risarcitori individuati dalla giurisprudenza di Strasburgo per rilevare che la legge Pinto non ha introdotto nell'ordinamento italiano un nuovo diritto, ma ha solo approntato (finalmente) uno strumento per ottenere il risarcimento di eventuali violazioni direttamente da un giudice domestico, senza doversi necessariamente rivolgere alla Corte europea che, come stabilito dalla stessa Convenzione, dovrebbe intervenire solo in via sussidiaria.

Questo, effettivamente, sembra un punto cruciale nella ricostruzione dell'impatto avuto dalla legge Pinto sul nostro ordinamento.

È chiaro che, almeno inizialmente e in buona parte dei casi, i giudici italiani non hanno ritenuto di considerarsi «sezioni distaccate» in Italia della Corte di Strasburgo, mostrando invece una decisa resistenza all'applicazione dell'amplissima giurisprudenza di detta Corte in tema di ragionevole durata. È altrettanto evidente, però, che la legge Pinto e le decisioni sui ricorsi presentati in base alla stessa hanno portato all'attenzione delle Corti d'appello il problema della durata dei processi, come mai era avvenuto in passato. Dopo l'introduzione del nuovo articolo 111, infatti, il tema della ragionevole durata ha formato oggetto specifico solo di un limitato numero di decisioni dei

[77] In questo senso Corte d'app. Roma, n. 1543 del 2002, cit.; Corte d'app. Torino, decreti 12 novembre 2001 e 30 luglio 2002.

giudici ordinari e speciali, oltre alle ipotesi di rimessione di questioni di costituzionalità alla Corte costituzionale che, per quanto discretamente numerose in rapporto al giudizio costituzionale in via incidentale, restano comunque un caso sporadico ed eccezionale rispetto alla massa delle pronunce giurisprudenziali. Per di più, il braccio di ferro tra la Corte di cassazione e la Corte europea, con l'ammissione finale da parte del giudice di legittimità che i criteri elaborati a Strasburgo devono essere tenuti presenti anche nelle pronunce interne e anche nelle decisioni della Cassazione stessa, ha sicuramente determinato una maggiore attenzione da parte di tutti gli operatori giuridici, ma dei giudici in primis, sulla necessità di conoscere la normativa convenzionale e di applicarla secondo i criteri elaborati dalla Corte europea. È significativo che in tutto questo «magmatico» panorama sia ben poco lo spazio occupato dal nuovo art. 111 Cost.

Come visto, la legge Pinto non fa riferimento alla normativa costituzionale nell'indicare l'antecedente e la fonte ispiratrice del proprio apporto innovativo. Dall'esame dei lavori preparatori e anche dalle ricostruzioni operate addirittura in sede di legittimità [78], si evince chiaramente come tale legge sia stata approvata per porre un freno ai ricorsi introdotti in sede europea e non per assicurare la ragionevole durata dei processi. E infatti, la più recente giurisprudenza di cassazione ha confermato, in primo luogo, l'esistenza del «collegamento genetico…e funzionale della legge nazionale con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo» con la conseguenza che «poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge n. 89 del 2001 consiste in una determinata violazione della CEDU, spetta al Giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico che, pertanto, finisce per essere «conformato» dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all'applicazione della legge n. 89 del 2001, ai giudici italiani» [79]. Il contenuto stesso della legge, inoltre, non lascia dubbi sul suo carattere di rimedio prettamente risarcitorio *ex post* [80], escludendo che la stessa abbia invece l'intento di garantire una più ragionevole durata dei giudizi.

In riferimento a quest'ultima, ovvia, constatazione appare utile svolgere almeno due ulteriori considerazioni.

In primo luogo il rimedio offerto dalla legge Pinto se può, almeno in astratto, garantire che sia equamente indennizzato il pregiudizio subito da un cittadino per l'eccessiva durata di un processo già concluso, non è assoluta-

---

[78] Cfr. Corte cass., sent. n. 1339 del 2004, cit.

[79] Si veda ancora la citata sent. n. 17139 del 2004.

[80] Con l'eccezione, ovviamente, dell'art. 1, legge n. 89 del 2001 che, come visto, ha introdotto la riforma dell'art. 375 c.p.c.

mente in grado, invece, di intervenire efficacemente su una procedura ancora in corso. È vero, infatti, che la legge in commento stabilisce che il ricorso possa essere proposto anche in relazione ad un processo ancora pendente [81], ma non introduce alcuno strumento acceleratorio per tale ipotesi, limitandosi a prevedere anche in questo caso la possibilità di liquidare una somma al ricorrente a titolo di equa riparazione. Non si è ritenuto, quindi, di introdurre nel nostro ordinamento neppure con la normativa in commento uno strumento in grado di intervenire, a processo pendente, per imprimere a quest'ultimo un'accelerazione, ovvero per condurlo ad una conclusione quasi immediata [82]. Una simile constatazione ha portato parte della dottrina a dubitare che il rimedio proposto dalla legge in esame possa incidere sulla ricevibilità del ricorso da parte della Corte europea nel caso in cui si lamenti l'eccessiva durata di un processo ancora pendente [83]. Lo strumento di diritto interno, infatti, dovrebbe consentire di adottare misure acceleratorie del processo, posto che per riparare una violazione in atto non sarebbe sufficiente la previsione di un indennizzo, potendosi invece intervenire al fine di eliminare tale violazione. Mancherebbe, in sostanza, uno strumento interno idoneo a garantire l'effettività della tutela, di modo che la Corte europea dovrebbe considerarsi legittimata ad intervenire. Tuttavia non si può dimenticare che, a partire dalla sentenza *Kudla*, la Corte ha mostrato di ritenere effettivo anche un rimedio puramente risarcitorio, essenzialmente per ridurre il numero dei ricorsi annualmente presentati in sede europea in riferimento all'irragionevole durata dei processi [84].

Un ulteriore spunto di riflessione in riferimento all'inadeguatezza della legge Pinto a garantire la ragionevole durata dei giudizi è dato anche dalla considerazione che le Corti d'appello o la stessa Corte di cassazione, chiama-

---

[81] Cfr. l'art. 3, legge n. 89 del 2001: «*la domanda di equa riparazione si propone dinanzi alla Corte d'appello del distretto in cui ha sede il giudice competente ai sensi dell'art. 11 del codice di procedura penale a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto è concluso o estinto relativamente ai gradi di merito ovvero pende il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata*».

[82] Si pensi all'istituto del c.d. *dismissal*, (utilizzato in paesi di tradizione anglosassone ma anche in Germania, Belgio, Olanda e Svizzera) che consiste, in linea generale, nel rigetto dell'azione penale per mancato rispetto dei termini di durata ragionevole dei processi.

[83] In questo senso M. Bertuzzi, *Violazione del …*, cit., p. 1157.

[84] Si veda Corte europea, sent. *Kudla*, cit., in cui si è affermato che un rimedio è da considerarsi effettivo ai sensi dell'art. 13 se impedisce il verificarsi della violazione dell'art. 6.1, se impedisce che questa perduri o se può fornire alla vittima una riparazione appropriata per la violazione che si sia già prodotta. Si è già rilevato che la successiva giurisprudenza europea, proprio in relazione alla legge Pinto, ha dimostrato che la Corte ritiene sufficiente anche un rimedio di tipo risarcitorio.

te ad accertare l'irragionevole durata di un procedimento, non potrebbero sollevare questione di legittimità costituzionale della norma o delle norme che eventualmente individuassero come causa degli ingiustificati ritardi nella procedura. Una simile questione, infatti, non potrebbe dirsi rilevante nel giudizio a quo, non essendo chiamato il giudice rimettente a fare applicazione delle norme in parola, ma solo di quelle riguardanti l'equa riparazione per l'irragionevole durata del procedimento [85]. Si tratta di un ulteriore elemento che porta a considerare come la legge Pinto sia, di fatto, quasi del tutto scollegata dalla previsione costituzionale relativa alla ragionevole durata, non potendo incidere in alcun modo (se non come debolissima minaccia in riferimento alle ipotesi di responsabilità dei magistrati e all'entità dei risarcimenti, comunque limitata alle disponibilità finanziarie già stanziate) sull'effettiva durata dei processi.

Ciò non vuol dire, sia chiaro, che si tratta di uno strumento inutile, almeno da quando la giurisprudenza interna inizierà, effettivamente, ad applicare i criteri di Strasburgo.

Resta il fatto che, come anticipato da attenta dottrina, «l'Italia ha oggi optato per un ricorso di interno di tipo risarcitorio. Il rischio, tuttavia, è di sostituire per tale via il diritto fondamentale ad una giustizia entro un termine ragionevole con un diritto di credito dei singoli nei confronti di uno Stato che, cosciente della propria incapacità di assicurare una rapida trattazione delle causa, ritiene preferibile indennizzare i cittadini che inevitabilmente saranno danneggiati» [86].

In sostanza, una norma che provoca di fatto un rallentamento dei giudizi ha scarse probabilità di essere dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 111 Cost., mentre può (insieme ad altre, ovvero a seguito anche di specifici ulteriori elementi afferenti il singolo caso) condurre ad un'irragionevole durata del processo, con conseguente violazione dell'art. 6 Cedu ed equa riparazione *ex lege* Pinto.

Allo stesso modo, se il legislatore non adotta le misure necessarie, sulla base della previsione costituzionale, ad «assicura(re) la ragionevole durata», tale comportamento omissivo resta ovviamente privo di sanzione, ma può essere prodromico all'accertamento (in sede europea ovvero domestica) della responsabilità dello Stato per l'eccessiva durata dei processi, con conseguente condanna alla riparazione in favore della parte ingiustamente costretta a subire l'eccessiva durata di un giudizio.

---

[85] In tal senso ancora C. Belfiore, *Riflessioni* …, cit., p. 350.

[86] Così A. Tamietti, *La legge* …, cit., p. 805.

5. La legge Pinto nella giurisprudenza delle Corti d'appello e della Corte di cassazione: ulteriori spunti d'interesse

Passando ad esaminare alcuni profili specifici delle ricostruzioni giurisprudenziale operate in riferimento alla legge Pinto, un argomento di indubbio interesse è quello relativo alla natura dell'indennizzo previsto dalla legge n. 89 del 2001 e, prima ancora, quello della qualificazione giuridica della responsabilità per il superamento del termine ragionevole di durata dei processi.

In relazione al problema della fonte della responsabilità in parola va dato atto che oggi la maggioranza della dottrina, sulla scorta anche della giurisprudenza delle Corti d'appello e della Corte di cassazione, individua tale fonte in un'obbligazione *ex lege* riconducibile, in base all'art. 1173 c.c., ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico [87].

L'obbligo alla riparazione, pertanto, non deriverebbe da un fatto illecito, come pure ipotizzato anche in giurisprudenza [88], ma dalla stessa legge, e quindi da un'ipotesi di responsabilità dello Stato per attività legittima [89].

Il diritto ad un'equa riparazione per mancato rispetto del termine ragionevole del processo è quindi fondato sull'accertamento della violazione dell'art. 6.1 CEDU, violazione che è di per sé lesiva del diritto della persona alla definizione del suo procedimento entro una durata ragionevole [90].

Conseguentemente, la posizione prevalente in dottrina e in giurisprudenza è quella che ricostruisce la natura dell'indennizzo in parola (per quanto riguarda il danno non patrimoniale) in chiave indennitaria e non come un risarcimento del danno, posto che la a somma di denaro riconosciuta al ricorrente sarebbe dovuta a titolo di ristoro patrimoniale come conseguenza di un fatto lecito dannoso e determinata in via equitativa [91].

---

[87] In tal senso, recentemente, Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2005, n. 1094 (in *Diritto & Giustizia*, n. 7/2005, p. 21 ss., con commento di O. FITTIPALDI, *Danni da processo, la Corte mette i paletti*) e, in precedenza, Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2004, n. 6071 e 26 luglio 2002, n. 11046. In dottrina, per un quadro complessivo, C. CARBONARO, *I danni …*, cit., p. 285.

[88] Corte d'app. Torino, 5 luglio 2001 «*il legislatore non ha inteso costruire una fattispecie diversa da quella disciplinata negli artt. 2043 ss.*».

[89] In questo senso Corte cass. n. 11987 del 2002, cit. e n. 11046 del 2002 cit. In dottrina, tra gli altri, M. BERTUZZI, *Violazione …*, cit., p. 1164; A. DIDONE, *Equa riparazione …*, cit., p. 36 ss.

[90] Cfr. Corte cass. sent. n. 14885 del 2002, cit.

[91] In tal senso, tra gli altri, C. CARBONARO, *loc. ult. cit.*; A. DIDONE, *loc. ult. cit.*; in giuri-

A favore di una simile ricostruzione militano, del resto, vari elementi testuali (ad esempio il richiamo all'equità dell'art. 2 e l'utilizzo dell'espressione «indennizzo» all'art. 3, settimo comma) nonché il riferimento al limite rappresentato dalle risorse disponibili. È anche vero, però, che altri riferimenti, contenuti nella stessa legge Pinto, hanno creato non pochi dubbi in relazione all'esclusione del carattere risarcitorio dell'indennizzo in parola. È il caso, ad esempio, del riferimento (contenuto nell'art. 2) all'art. 2056 c.c., che in tema di valutazione si ricollega alle ipotesi di danni derivanti da fatto illecito [92].

Ribadito che, comunque, sembrano oggi fugati tali dubbi e che la ricostruzione dell'equa riparazione come un'indennità da fatto lecito appare ormai consolidata, si deve appena accennare anche al fatto che, come conseguenza, non vi è alcuna necessità da parte dell'organo giudicante di accertare l'esistenza di un illecito *ex* art. 2043 c.c. e di verificare la presenza dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo a carico di un agente [93]. Ancora, la ricostruzione della riparazione in chiave indennitaria porta ad escludere che ad essa vada applicato ogni accessorio di tipo rivalutativo, nulla essendovi da attualizzare sotto il profilo monetario [94].

È da ritenersi quindi che la violazione del termine ragionevole di durata dei giudizi faccia sorgere un vero e proprio diritto all'equa riparazione sub specie del diritto non al risarcimento del danno ma ad un indennizzo liquidato dal giudice in via equitativa, tenuto conto anche dei criteri di cui all'art. 2056 c.c., senza dimenticare che, accanto alla condanna dello Stato al pagamento di somme in denaro, la legge Pinto prevede anche la possibilità che il danno sia riparato attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione [95].

---

sprudenza si vedano ancora le citate sentenze nn. 1094 del 2005, 14885, 11987 e 11046 del 2002 della Corte di cassazione.

[92] Cfr. C. BELFIORE, *Riflessioni …*, cit., p. 350. In giurisprudenza è nettamente minoritario l'orientamento di chi ritiene che «*ha natura risarcitoria l'azione ex art. 2, legge n. 89 del 2001, relativa alla ragionevole durata del processo: ne consegue l'applicabilità dello schema generale della responsabilità civile (atto illecito, comportamento doloso o colposo dell'autore, nesso di causalità, danno ingiusto, risarcimento)*»*:* così Corte d'app. Genova, 29 novembre 2001. Richiama la struttura dell'illecito aquiliano anche Corte d'app. Torino, 5 settembre 2001.

[93] Cfr. A. DIDONE, *loc. ult. cit.*, il quale rileva che «*si è del tutto fuori dalla disciplina dell'illecito e, se il sacrificio di un diritto è consentito dal legislatore, non vi è luogo a risarcimento pieno e solo è consentito discorrere di indennizzo da attività illegittima ma lecita. Lecita perché non rileva l'elemento costitutivo dell'illecito costituito dall'imputabilità soggettiva del danno ad un comportamento doloso o colposo, così come è richiesto, invece, dall'art. 2043*». In giurisprudenza si veda ancora la citata sent. n. 1094 del 2005 della Corte di cassazione.

[94] Così Corte d'app. Salerno, 2 ottobre 2001.

[95] Si veda l'art. 2, terzo comma, lett. *b*).

È necessario poi soffermarsi sugli aspetti legati alla necessità o meno per il ricorrente di fornire prova del danno subito a causa dell'irragionevole durata del giudizio, al fine di ottenere un'equa riparazione.

Secondo la giurisprudenza più recente della Suprema Corte, il fatto che l'eccessiva durata di un processo provochi di per sé la violazione del diritto del singolo alla ragionevole durata non implicherebbe anche che il relativo danno non patrimoniale sia da considerarsi *in re ipsa*. Tale danno, infatti, non consiste nel fatto stesso della lesione del diritto, come nelle ipotesi del c.d. danno-evento, ma è un danno che «si verifica normalmente, e cioè di regola, per effetto della violazione stessa» [96].

Normalmente, quindi, ma non automaticamente. Le conseguenze non patrimoniali, pertanto, si possono presumere, «senza bisogno di alcun sostegno probatorio relativo al singolo caso» in virtù dell'id quod plerumque accidit, ma non si può correlativamente escludere che in taluni casi, invece, esse non si producano (ad esempio perché il protrarsi di un giudizio risponde ad un interesse di una parte). Conseguenza di questa ricostruzione è il fatto che, in assenza di tali circostanze eccezionali che dovranno essere valutate di caso in caso, «il danno non patrimoniale non può essere negato alla persona che ha visto violato il proprio diritto alla durata ragionevole del processo ed ha perciò subito l'afflizione causata dall'esorbitante attesa della decisione». Secondo le sezioni unite, quindi, «può allora parlarsi, a proposito del danno non patrimoniale derivante dalla violazione dell'art. 6 CEDU (nel profilo considerato dalla legge n. 89 del 2001) non di danno insito nella violazione (danno in re ipsa), ma di prova (del danno) di regola in re ipsa» nel senso che, provata la sussistenza della violazione, ciò comporta, nella normalità dei casi, anche la prova che essa ha prodotto conseguenze non patrimoniali in danno della parte processuale [97].

Si tenga presente che, anche in questo caso, il principio di diritto dettato dalle sezioni unite consente di superare una giurisprudenza più restrittiva della prima sezione che invece richiedeva che il ricorrente fornisse prova (sia pure attraverso il ricorso a presunzioni o nozioni di comune esperienza) del danno non patrimoniale subito per effetto della durata eccessiva del processo che lo aveva coinvolto [98].

La sentenza in esame (al pari delle già citate pronunce «gemelle» della stessa data) si rivela interessante anche perché consente di trarre ulteriori spunti di riflessione in riferimento al rapporto tra la legge Pinto, l'art. 6 CEDU e l'art. 111 Cost.

---

[96] Si veda ancora, *ex multis*, la più volte citata sent. n. 1338 del 2004 delle sezioni unite.

[97] Sentenza n. 1338 del 2004, cit.

[98] Cfr, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 3 gennaio 2003, n. 10.

La prima sezione, infatti, aveva più volte escluso che, in riferimento al danno da irragionevole durata del processo, si versasse in un'ipotesi di danno-evento rilevando che quest'ultima è riferibile esclusivamente alla violazione di diritti fondamentali la cui inviolabilità sia costituzionalmente garantita. Secondo la prima sezione il diritto alla ragionevole durata, troverebbe riconoscimento, all'art. 111 Cost., solo in termini di «diritto socialmente condizionato» all'intervento del legislatore ordinario [99].

Una simile posizione conferma, una volta di più, quanto già rilevato in riferimento al fatto che il nuovo art. 111 non attribuisce un diritto soggettivo al singolo, ma costituisce un vincolo per il legislatore, con la conseguenza che, in realtà, il diritto soggettivo alla ragionevole durata dei processi trova la sua fonte nell'art. 6.1 CEDU e il diritto al risarcimento del danno patito trova oggi uno strumento interno di tutela attraverso la legge Pinto.

Le sezioni unite, intervenendo sul punto, non prendono decisa posizione sulla questione, ma spostano l'ottica di analisi del problema evitando di giungere, a parere di chi scrive, ad una soluzione chiara dello stesso.

Si legge infatti nella sent. n. 1338 del 2004 che «il nuovo art. 111 non va contrapposto ma si integra» con l'art. 6.1 CEDU. Entrambe le disposizioni hanno ad oggetto il medesimo bene giuridico, e cioè la ragionevole durata del processo, con la differenza che la nostra norma costituzionale si rivolge al legislatore, mentre la norma convenzionale attribuisce un diritto alla persona. Tuttavia, considerato che la Corte costituzionale ha stabilito che «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione e non meno intensa garanzia, nella Costituzione» [100] e che, più di recente, la stessa Corte costituzionale ha affermato che la ragionevole durata dei processi «è oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato» [101], secondo la Cassazione deve ritenersi che il diritto della parte ad un processo che non si protragga in modo irragionevole «sia previsto e trovi la propria tutela nella Costituzione, di cui pertanto la legge n. 89 del 2001 costituisce attuazione» [102].

Quindi, secondo le sezioni unite, il diritto alla ragionevole durata trova

---

[99] In questo senso, ad esempio, Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2003, n. 5129.

[100] Cfr. Corte cost., sent. 22 ottobre 1999, n. 388 in questa *Rivista*, 1999, p. 2991 ss., con note di C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 2997 ss., e di L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, p. 3001 ss.

[101] Cfr. Corte cost., sent. 21 marzo 2002, n. 78.

[102] Cfr. ancora sent. n. 1338 del 2004.

in realtà una copertura diretta nel testo costituzionale, che attribuirebbe al singolo un vero e proprio diritto soggettivo e non, come ritenuto dalla prima sezione, un diritto socialmente condizionato all'intervento del legislatore.

Ma allora perché escludere che la semplice violazione di tale diritto provochi di per sé, automaticamente, un danno risarcibile?

A parte il fatto che la ricostruzione delle sezioni unite non convince del tutto, perché troppi elementi (esaminati in precedenza) sembrano in realtà escludere che si possa ricavare dal disposto dell'art. 111 un diritto soggettivo del singolo [103], la conclusione a cui giunge il giudice di legittimità per escludere che si tratti di un danno-evento derivante dalla semplice violazione del diritto in parola appare, per così dire, artificiosa.

Dopo aver affermato la necessità che i giudici italiani si conformino alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento all'interpretazione delle norme convenzionali e, in particolare, dell'art. 6.1, la sent. n. 1338 del 2004 prosegue sostenendo che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo «si desume che il danno non patrimoniale conseguente alla durata non ragionevole del processo, una volta che sia provata detta violazione dell'art. 6 CEDU, viene normalmente liquidato alla vittima della violazione, senza bisogno che la sua sussistenza sia provata, sia pure in via soltanto presuntiva». Secondo la Cassazione, però, un simile orientamento interpretativo della Corte europea non significa, che il danno non patrimoniale sia insito nella mera esistenza della violazione, «sia cioè … *in re ipsa*. Ciò comporterebbe che, accertata la violazione, dovrebbe necessariamente conseguirne il risarcimento del danno non patrimoniale, che non potrebbe giammai essere escluso. Ma tale tesi interpretativa si porrebbe in chiaro contrasto proprio con l'art. 41 CEDU, ove si prevede che, accertata la violazione, la Corte europea accorda un'equa soddisfazione alla parte lesa "quando è il caso", e quindi non in tutti i casi. E, in applicazione di tale disposizione, la Corte di Strasburgo, alcune volte, ha ritenuto sufficiente a riparare il danno morale della vittima il riconoscimento solenne, contenuto nella decisione di merito, che la violazione dedotta sussiste». Non sarebbe, quindi accettabile la tesi del

[103] In merito all'effettiva portata della sent. n. 78 del 2002 della Corte costituzionale va rilevato che il riconoscimento a «*tutte le parti*» di un diritto alla ragionevole durata è operato in un brevissimo inciso (inserito tra parentesi) in un pronuncia che in realtà ha per oggetto i principi del giusto processo, ed in particolare quello dell'imparzialità del giudice, in relazione alla competenza a decidere sull'istanza di ricusazione di un giudice nel processo civile. In diverse altre pronunce, peraltro, la Corte è stata molto accorta nel parlare di «*principio costituzionale*» della ragionevole durata (cfr., ad esempio, la sent. 23 marzo 2001, n. 75 e l'ordinanza 19 novembre 2002, n. 458) e non di diritto alla stessa.

c.d. danno-evento, e cioè del danno non patrimoniale insito nella violazione della durata ragionevole del processo [104].

Come si vede, quindi, le sezioni unite giungono ad escludere che ci si trovi in presenza di un danno insisto nella stessa violazione del diritto sulla base di una ricostruzione tutta rivolta alla CEDU e alla giurisprudenza europea [105]. Non si comprende, allora, quale significato e quale «utilità» abbia la precedente affermazione secondo cui il diritto soggettivo alla ragionevole durata trova fonte diretta nell'art. 111 Cost., sia pure «integrato» con l'art. 6 CEDU.

Come dimostra la stessa sentenza in commento, infatti, quando dal piano delle affermazioni di principio ci si sposta su quello della pratica applicazione, l'unico parametro di riferimento in relazione al diritto alla ragionevole durata è costituito dall'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea e integrato, non dall'art. 111 Cost, ma dalla legge Pinto.

Per quanto riguarda invece il danno non patrimoniale, che peraltro viene raramente riconosciuto sia in sede domestica che dinanzi alla Corte europea, l'eventuale liquidazione di somme al ricorrente deve qualificarsi come un vero e proprio risarcimento e richiede, di conseguenza, un'adeguata allegazione probatoria [106].

Passando all'esame di altri elementi significativi che emergono dalle pronunce delle Corti d'appello e della Corte di cassazione in tema di equa riparazione per l'irragionevole durata del processo, va innanzitutto rilevato che, in riferimento all'ambito oggettivo di applicazione della legge Pinto, la Suprema Corte ha chiarito che la disciplina dell'equa riparazione non è applicabile ai giudizi in materia tributaria, contrariamente a quanto statuito sul punto dalla Corte d'appello di Perugia. In una recente sentenza, infatti, si sottolinea che la disposizione dell'art. 3 della legge Pinto che individua il Ministero delle Finanze fra i legittimati passivi della domanda di equa riparazione, norma

---

[104] Sentenza n. 1338 del 2004, par dicembre

[105] Ricostruzione, peraltro, discutibile, in quanto appare vero, piuttosto, che secondo la Corte di Strasburgo il superamento del termine di durata ragionevole, in assenza di «colpa» delle parti, comporta in via automatica il riconoscimento del danno non patrimoniale. Sul punto C. CARBONARO, *op. ult. cit.*, p. 287.

[106] In questo senso, per tutti, G. ROMANO, D.A. PARROTTA e E. LIZZA, *loc. ult. cit.* La più volte citata sent. n. 1094 del 2005 ha cura di specificare che «*la tipologia di danno «patrimoniale» che il ricorrente può legittimamente allegare è, invece, soggetta alle ordinarie regole probatorie di cui all'art. 2697 c.c., sicché grava sulla parte che agisce per il suo riconoscimento l'onere di dimostrare rigorosamente il danno (patrimoniale appunto) lamentato …, secondo un principio enunciato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha infatti costantemente liquidato il danno patrimoniale dedotto dagli interessati esclusivamente nel caso in cui ne era stata fornita la piena prova. Pertanto incorre nel vizio di violazione di legge la pronuncia che faccia derivare il danno patrimoniale in modo automatico dal fatto in sé della durata del processo*».

su cui si fondava l'opinione favorevole all'ammissibilità di tale domanda anche con riferimento al giudizio tributario, si riferisce soltanto a quelle controversie di competenza del giudice tributario relative alla materia civile, in quanto riguardanti pretese del contribuente che non investano la determinazione del tributo ma solo aspetti a questa consequenziali; ovvero alla materia penale, intesa quest'ultima – secondo la «nozione autonoma» elaborata anche per tal profilo dalla giurisprudenza della CEDU, di cui il legislatore nazionale deve tenere conto – come comprensiva anche delle controversie relative alla applicazione di sanzioni tributarie ove queste siano commutabili in misure detentive ovvero siano, per la loro «gravità», assimilabili sul piano della afflittività ad una sanzione penale [107].

Risultano poi particolarmente interessanti alcune pronunce che hanno chiarito quali termini debbano essere presi in considerazione per valutare l'effettiva durata di un procedimento e l'eventuale superamento del periodo di tempo considerato ragionevole.

Innanzitutto si è chiarito che, nel valutare la durata di un giudizio ai fini dell'equa riparazione per violazione del termine ragionevole, deve farsi riferimento alla durata del processo «nel suo complesso» e non al rispetto dei singoli termini, ordinatori o dilatori, interni al processo stesso ovvero alla durata delle singole fasi in cui il giudizio si è articolato [108]. Secondo la Suprema Corte, infatti, è necessario giungere ad una valutazione «sintetica e complessiva» dell'intero giudizio, ben potendo lo stesso aver avuto una durata ragionevole anche se, per ipotesi, una singola fase o un singolo termine siano durati eccessivamente [109].

Significativa è poi la presa di posizione con cui la stessa Cassazione ha chiarito che la durata complessiva del giudizio deve essere misurata a partire

---

[107] Cfr. Cass. civ., n. 17139 del 2004, cit. In precedenza la Corte d'app. Perugia, con decreto di data 30 ottobre 2001 aveva ritenuto ammissibile la domanda di equa riparazione, nonostante la giurisprudenza europea contraria in relazione all'art. 6 CEDU ritenendo che nulla vieti «*al legislatore nazionale di prevedere per i cittadini una tutela più ampia di quella assicurata dalla … convenzione*» e che «*l'art. 3, terzo comma, legge n. 89 del 2001 testualmente stabilisce che il ricorso è proposto nei confronti del Ministro delle finanze quando si tratta di procedimenti del giudice tributario*». Sul punto, anche per le modifiche legislative intervenute (da ultimo con la legge 14 novembre 2002, n. 259) si veda C. CARBONARO, *I danni …*, cit., p. 283, nota 4. Per quanto riguarda la posizione della Corte europea sul punto si veda la sent. 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italia*, in cui appunto si esclude l'applicabilità dell'art. 6.1 al processo tributario.

[108] Cfr. Cass. civ., sez. I, 17 marzo 2004, n. 5386 e 18 febbraio 2004, n. 3143.

[109] Ciò non toglie, ovviamente, che il ricorso *ex lege* Pinto possa essere presentato, come previsto dalla stessa legge all'art. 3, anche in corso di procedimento qualora si ritenga che una singola fase o più fasi successive abbiano già superato il termine di durata ragionevole.

dall'introduzione del medesimo e fino al momento della proposizione della domanda di equa riparazione [110].

Ancora, in tema di durata complessiva del giudizio e di comportamento posto in essere dalle parti, merita di essere citato il recente chiarimento operato dalla Suprema Corte secondo cui «non tutto il lasso di tempo intercorso tra un'udienza e l'altra può essere imputato al comportamento della parte che abbia chiesto un rinvio, dovendo il giudice adito in sede di equa riparazione verificare se l'entità del rinvio sia ascrivibile anche a concorrenti carenze dell'organizzazione giudiziaria» [111]. L'affermazione in commento (che peraltro recepisce quanto affermato dalla giurisprudenza europea e anche dalla dottrina sul punto) ha il pregio di stabilire che non possono essere addossati alla parte, al fine magari di ridurre o negare del tutto la riparazione richiesta, quei ritardi solo astrattamente dovuti ad un suo comportamento processuale, ma imputabili in realtà all'amministrazione della giustizia (chiedere il rinvio di un'udienza in un processo civile non dovrebbe comportare, come invece accade, che l'udienza successiva si tenga a svariati mesi di distanza).

Si tratta, peraltro, di una delle concrete applicazioni del principio affermato dalla Corte europea e oggi recepito anche dalla giurisprudenza interna secondo cui a fronte del diritto «assoluto ed incomprimibile» alla ragionevole durata sorge un vero e proprio obbligo dello Stato di predisporre le misure legislative e organizzative necessarie per consentire ai propri organi il rispetto dell'art. 6 della Convenzione [112]. Dal recepimento di questo principio deriva l'affermazione secondo cui, ai fini dell'accertamento della responsabilità dello Stato per violazione del principio di ragionevole durata del processo, «sono irrilevanti le disfunzioni e i ritardi riconducibili all'organizzazione amministrativa e al sistema processuale e in particolare alla mancata predisposizione di misure idonee alla sollecita definizione delle causa mediante una adeguata predisposizione di risorse umane e materiali e una efficiente organizzazione degli uffici» [113].

Le pronunce da ultimo citate (anteriori alle sentenze delle sezioni unite sul punto) mostrano come, in alcuni casi limitati, le Corti d'appello avessero cercato, fin dalle prime applicazioni della legge Pinto, di porsi nel solco della giurisprudenza europea, anche a costo di sottolineare pesantemente le responsabilità dell'Amministrazione in tema di irragionevole durata dei giudizi. A fianco al filone giurisprudenziale più restio a concedere un adeguato

---

[110] Si veda ancora la sent. n. 3143 del 2004, cit.

[111] Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2004, n. 6856.

[112] Così Corte d'app. Brescia, 29 giugno 2001.

[113] Cfr. Corte d'app. Torino, 25 giugno 2001.

indennizzo alle vittime dei processi troppo lunghi (fondato anche, almeno in parte, su di un'ottica di tutela corporativistica della magistratura), ne esisteva un altro più disponibile a riconoscere le responsabilità dello Stato e anche dei singoli magistrati in relazione alla lentezza dei giudizi [114].

La stessa Suprema Corte ha cercato di chiarire la necessità di individuare un punto di equilibrio tra il dovere del giudice di utilizzare i propri poteri al fine di un «più sollecito e leale svolgimento del procedimento», anche rispetto ai comportamenti dilatori delle parti, e il contestuale obbligo di rispettare il principio dispositivo della domanda e l'esigenza di assicurare alle parti il rispetto del diritto della difesa e del contraddittorio [115]. Tale questione dispiega i suoi effetti anche in relazione all'accertamento della violazione del diritto alla ragionevole durata e al conseguente riconoscimento dell'equa riparazione. Non è imputabile al giudice, secondo la Cassazione, quel ritardo dovuto, ad esempio alla richiesta delle parti di procedere ad integrazioni probatorie derivante dalla formulazione incompleta delle richieste istruttorie ad opera delle parti stesse: il dovere del giudice di perseguire l'obbiettivo di un processo dai tempi ragionevoli deve soccombere di fronte al contrapposto dovere di rispettare comunque il diritto di difesa di tutte le parti coinvolte [116].

Non è neppure imputabile al giudice amministrativo, sempre secondo la Cassazione, il periodo di tempo trascorso durante un giudizio senza che la parte interessata abbia presentato istanza di prelievo. La presentazione di tale istanza si configura quindi come una sorta di presupposto necessario per l'esperibilità della successiva azione tendente ad ottenere un indennizzo *ex lege* Pinto: solo a far data da tale impulso processuale proveniente dalla parte, infatti, sarà computato il decorrere del tempo al fine di valutare la ragionevolezza della durata del processo [117].

---

[114] Sul punto si veda ancora M.G. CIVININI, *Sul diritto …*, cit., pp. 235-236. In relazione all'accertamento della responsabilità del singolo giudice per l'eccessiva durata di un giudizio si veda Corte d'app. Catanzaro, 30 luglio 2001: «*sussiste la responsabilità dello Stato per violazione del diritto alla ragionevole durata di un processo civile allorquando i tempi abnormi dello stesso (nella specie, trent'anni) siano stati determinati dalla ripetuta violazione degli obblighi di diligenza e puntuale applicazione della legge da parte del giudice, il quale abbia omesso i necessari controlli sull'operato del consulente tecnico d'ufficio, in particolare non procedendo alla sua sostituzione a fronte di un'inerzia perdurante per anni e abbia disposto ripetuti rinvii delle udienze di trattazione e dell'udienza collegiale anche immotivatamente e per lunghi periodi (talvolta pari o superiori a un anno)*».

[115] Si veda sul punto Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2003, n. 11424.

[116] Cfr. ancora la sentenza da ultimo citata.

[117] Cfr. Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2003, n. 1680 e nello stesso senso Corte d'app. Bari, 12 dicembre 2001. Sul punto A. DIDONE, *Corti di merito, Cassazione e Legge Pinto: una breve rassegna*, in *Giur. merito*, n. 6/2002, pp. 1261-1263.

Sempre in relazione al comportamento delle parti e delle autorità coinvolte nel caso, va sottolineato, da ultimo, che la Cassazione ha opportunamente chiarito che l'equa riparazione non può essere esclusa per il semplice fatto che il ritardo nella definizione del processo penale abbia prodotto l'estinzione, per prescrizione, del reato addebitato al ricorrente. Anche in questo caso andrà valutato se «l'effetto estintivo sia intervenuto o meno a seguito dell'utilizzo da parte dell'imputato, di tecniche dilatorie o di strategie sconfinanti nell'abuso del diritto di difesa, ben potendo un effetto del genere prodursi in tutto o almeno in parte (ed in questa seconda ipotesi, con valenza preponderante), indipendentemente da simili tecniche e da tali strategie, ovvero dalla reale volontà dell'imputato ed a causa, piuttosto, del comportamento delle autorità procedenti, senza che, in quest'ultimo caso, la mancata rinuncia alla prescrizione ad opera dell'imputato medesimo possa ritenersi di per sé in grado di elidere il danno patrimoniale o non patrimoniale conseguente alla durata irragionevole» [118].

La motivazione della sentenza in esame pare cogliere correttamente la necessità di valutare sempre in relazione al singolo caso il comportamento della parte e quello delle autorità, nonché i danni e i benefici derivanti alla parte stessa dal protrarsi del procedimento che la vede coinvolta. Non si vede perché, infatti, l'estinzione del processo per intervenuta prescrizione del reato dovrebbe sempre portare all'esclusione del diritto all'equa riparazione in capo a chi, per anni, abbia dovuto difendersi da un'accusa penale, senza mai utilizzare strumentalmente i mezzi di difesa al solo fine di far trascorre il tempo, potendo la prescrizione intervenire anche per il semplice effetto di rinvii disposti d'ufficio.

L'opportunità, rectius, la necessità di procedere alla valutazione mediante un approccio casistico è del resto ribadita in diverse pronunce della Suprema Corte, tutte tendenti ad escludere la possibilità di individuare termini fissi e meccanismi automatici che facciano scattare il diritto all'indennità al semplice superamento di un determinato periodo di tempo [119].

---

[118] Così Cass. civ., sez. I, 5 novembre 2002, n. 15449, in *Danno e responsabilità*, n. 3/2003, p. 266 ss., con commento di G. PONZANELLI, per la conferma che, anche per la giurisprudenza interna, il diritto all'equa riparazione «*spetta a tutte le parti del processo, attori o convenuti, indipendentemente dal fatto che esse siano risultate vittoriose o soccombenti, l'esito favorevole del processo non essendo, di regola, condizione di azionabilità della pretesa indennitaria, salvi i casi di abuso del processo, configurabile allorquando risulti che il soccombente abbia promosso una lite temeraria o abbia artatamente resistito in giudizio al solo fine di perseguire, con tattiche processuali di varia natura, il perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 2 … legge n. 89 del 2001*», cfr. Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2003, n. 3410.

[119] Cfr, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2003, n. 1600 e Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2002, n. 13422.

La Commissione europea di fronte al Parlamento

di *Tommaso Giovannetti*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La funzione di controllo del Parlamento europeo in generale ed il ricorso ai cosiddetti «accordi interistituzionali». – 3. La procedura di investitura della Commissione. – 4. (*segue*) Il «caso *Buttiglione*» ed il controllo sui singoli commissari. – 5. La responsabilità individuale dei commissari tra la spinta del Parlamento e le resistenze della Commissione. – 6. La mozione di censura ed il ricorso a strumenti atipici di controllo. – 7. Conclusioni.

1. Note introduttive

Quando, nel giugno del 1989, i cittadini italiani furono chiamati alle urne per pronunciarsi sul *referendum* di indirizzo indetto con la legge costituzionale n. 2 dello stesso anno, il quesito cui dovettero dar risposta era, come noto, così formulato: «Ritenete voi che si debba procedere alla trasformazione delle Comunità europee in una effettiva Unione, dotata di un Governo responsabile di fronte al Parlamento, affidando allo stesso Parlamento europeo il mandato di redigere un progetto di Costituzione europea da sottoporre direttamente alla ratifica degli organi competenti degli Stati membri della Comunità?» [1]. A distanza di oltre quindici anni dallo svolgimento di questo *referendum*, ed in un momento di profonda riflessione sul processo di integrazione, forte può essere la tentazione di provare una sorta di bilancio di ciò che, rispetto al contenuto di quel quesito, è stato realizzato e di quello che, al contrario, è rimasto incompiuto. L'esperienza della Convenzione europea, l'approvazione del «Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa» da parte della conferenza intergovernativa di Roma dell'ottobre 2004, la sospensione del procedimento di ratifica del Trattato costituzionale da parte di alcu-

[1] Sulla legge cost. 3 aprile 1989, n. 2, vedi, per tutti, LOTITO, *Commentario della Costituzione*, sub *legge cost. n. 2/1989*, 1995, p. 574.

ni Stati membri a seguito dell'esito negativo dei *referendum* francese ed olandese e l'incertezza in ordine al destino di un testo che, se non può dirsi «morto», certo in questo momento appare almeno «congelato», rendono tuttavia assai problematico il tentativo di capire a che punto del cammino ci troviamo rispetto alle indicazioni contenute nella domanda referendaria. Si può, tutt'al più, sottolineare come, da un lato, il «progetto di Costituzione» oggi al centro del dibattito europeo, se non propriamente «redatto» dal Parlamento dell'Unione e «direttamente» presentato ai Paesi membri per la ratifica, abbia rappresentato comunque il frutto di un procedimento di elaborazione che, prima di concludersi con l'approvazione da parte della Conferenza intergovernativa secondo il metodo classico delle revisioni dei trattati ad opera dei Governi degli Stati, si è incentrato sul lavoro di un organo – la Convenzione, appunto – nel quale il Parlamento europeo era ampiamente rappresentato e nel cui seno il progetto è nato ed ha progressivamente acquisito la sua forma (quasi) definitiva e, d'altro lato, come tale progetto, al di là dell'interminabile dibattito intorno alla sua natura [2], rappresenti la continuazione del cammino iniziato con il Trattato di Maastricht e che dovrebbe portare a quella «trasformazione della Comunità in Unione» indicata nel quesito sopra ricordato ed almeno formalmente prefigurata nel nuovo Trattato [3].

---

[2] Ampio è stato ed è il dibattito intorno alla natura del testo firmato a Roma il 29 ottobre 2004 dai Capi di Stato e di Governo dei 25 paesi membri dell'Unione. Tale dibattito, che vede sostanzialmente contrapposti coloro che sottolineano il carattere tipicamente internazionalistico del nuovo Trattato ed i sostenitori della natura più propriamente costituzionale del testo, è stato efficacemente riassunto in una battuta da uno dei due Vice-presidenti della Convenzione europea, Giuliano Amato, il quale si è chiesto se il Trattato fosse «maschio» o «femmina». Per una sintetica panoramica delle ragioni a sostegno dell'una e dell'altra tesi, vedi comunque P. PASSAGLIA, *Il Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in S. PANIZZA e R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Pisa, 2004, p. 299 ss. Segnaleremo soltanto come a fianco di questa vasta, e probabilmente interminabile, disputa dottrinale esista oggi una pronuncia di un giudice costituzionale, e segnatamente del *Conseil constitutionnel* francese, il quale, prendendo espressamente posizione sul punto della qualificazione giuridica del testo in discorso, afferma che tale atto normativo, soprattutto in virtù delle norme relative alla sua entrata in vigore, alla sua revisione ed alla possibilità di denuncia, «conserva il carattere di Trattato internazionale sottoscritto dagli Stati firmatari del Trattato che istituiva la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea» (sentenza n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004). Per un primo commento a questa sentenza vedi F. DURANTI, *Il* Conseil constitutionnel *e la nuova Costituzione europea*, in *www.forumcostituzionale.it/contributi/cost-eu.htm*, il quale ritiene «quantomeno «sbrigativa»» l'analisi compiuta dal *Conseil*, limitandosi esso «ad una mera esegesi nominalitico-definitoria, ovvero a considerare che la «*dénomination de ce nouveau traité*» poco aggiunge al suo carattere di puro e semplice accordo internazionale», laddove avremmo potuto aspettarci «ben altro approfondimento interpretativo, su questo punto, da un organo di giustizia costituzionale che si confronta con un testo di tale complessità e portata».

[3] Secondo l'art. IV-437, «il presente Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa

Ciò che, tuttavia, in questa sede interessa sottolineare è il fatto che la domanda posta agli elettori nel 1989 sembrava contenere non solo un'indicazione di carattere procedurale relativa al modo in cui proseguire il processo di integrazione, ma anche un'importante indicazione di carattere sostanziale, o, se si preferisce, una precisa direttiva cui i rappresentanti italiani avrebbero dovuto attenersi nel riformare i Trattati [4]: nella prospettiva di un auspicato, generale rafforzamento del Parlamento europeo, infatti, rilievo centrale avrebbe acquisito la configurazione, a livello comunitario, di un effettivo rapporto di responsabilità del Governo nei confronti dello stesso Parlamento. Ciò pare sufficiente a dimostrare come il tema delle relazioni che si instaurano tra assemblea parlamentare rappresentativa e organo titolare del potere esecutivo, oltre a costituire un profilo essenziale per la definizione delle forma di governo degli Stati nazionali, rappresenti anche una questione centrale nel processo di integrazione comunitaria, intrecciandosi strettamente con la problematica più generale del cosiddetto «deficit democratico» di cui soffrirebbe Unione [5].

In via di prima approssimazione, sembra di poter dire che a livello comunitario il problema della determinazione di un sistema caratterizzato dalla presenza di un governo responsabile di fronte ad un parlamento sia complicata proprio dal fatto che, ancora oggi, la titolarità del potere esecutivo nell'Unione non pare che possa essere riconosciuta *sic et simpliciter* alla Commissione europea, trovandosi essa ad operare in un quadro istituzionale complesso, a fianco, come noto, del Consiglio europeo e del Consiglio dei ministri [6].

---

abroga il Trattato che istituisce la Comunità europea e il Trattato sull'Unione europea e, alle condizioni stabilite nel protocollo relativo agli atti e trattati che hanno completato o modificato il Trattato che istituisce la Comunità europea e il Trattato sull'Unione europea, gli atti e trattati che li hanno completati o modificati, fatto salvo il paragrafo 2 del presente articolo». Dal canto suo, l'art. IV-438, rubricato «Successione e continuità giuridica», stabilisce che «l'Unione europea istituita dal presente Trattato succede all'Unione europea istituita dal Trattato sull'Unione europea e alla Comunità europea».

[4] Secondo C. PINELLI, *Ipotesi sulla forma di governo dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 321, infatti, la legge cost. n. 2 del 1989, intitolata «Indizione di un *referendum* di indirizzo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo che sarà eletto nel 1989» avrebbe in qualche modo finito per vincolare tale (presunto) mandato proprio in relazione alla forma di governo dell'Unione.

[5] Numerosi sono gli studi che affrontano il problema del deficit democratico nell'Unione Europea. Tra i più recenti ci limitiamo a segnalare P. CRAIG, *The nature of the community: Integration, Democracy and Legitimacy*, in P. CRAIG e G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 1999, pp. 1-54; A. ARNHULL e D. WINCOTT (ed.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002; P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in H.-J. BLANDE e S. MANGIAMELI (ed.), *A Constitution for Europe*, Springer, Heidelberg, 2005.

[6] Osserva, ad esempio, M. PATRONO, *La forma di governo dell'Unione europea: una breve*

Sono, d'altronde, proprio le peculiarità della struttura istituzionale comunitaria a giustificare, per così dire, la ricorrente affermazione per cui ogni riflessione relativa all'ordinamento dell'Unione Europea richiede un approccio metodologico che sia in grado di affrancarsi dal riferimento alle tradizionali categorie tanto del diritto costituzionale quanto del diritto internazionale. Ferma restando la sostanziale correttezza di questa considerazione di carattere generale, che costituisce la premessa, senz'altro condivisibile, di gran parte degli studi riguardanti l'organizzazione ed il funzionamento dell'ordinamento comunitario, pare comunque giusto riconoscere che, pur senza voler costringere i caratteri di un'esperienza giuridica *sui generis* quale è quella comunitaria entro gli schemi classici del diritto interno, il riferimento a certi istituti e categorie proprie degli ordinamenti nazionali sembra non solo utile ai fini di una migliore comprensione del fenomeno in esame, ma addirittura necessaria nella misura cui sono precisamente le esperienze maturate in seno a questi ordinamenti a rappresentare, più o meno consapevolmente, il punto di riferimento, o, se si preferisce, un modello ispiratore dell'evoluzione del sistema comunitario.

Dal punto di vista delle relazioni tra le istituzioni politiche dell'Unione, tale evoluzione è stata segnata, già nel corso degli anni Ottanta e più ancora a partire dagli anni Novanta, da una tendenza al rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo, il quale, secondo alcuni, avrebbe addirittura ripercorso, sotto molti aspetti, il cammino seguito dal Parlamento di Westminster [7]. Questa crescita del Parlamento europeo si è sviluppata, come noto, lungo due direttive principali: da un lato, per quanto riguarda la funzione legislativa, si è avuta la progressiva e rapida trasformazione del Parlamento di Strasburgo da organo essenzialmente consultivo in assemblea dotata di veri e propri poteri normativi, attraverso, dapprima, l'introduzione della procedura di cooperazione e, in seguito, la previsione della procedura di codecisione, successivamente semplificata ed estesa ad un numero tanto elevato di materie da potersi ormai considerare, come esplicitamente affermerebbe il Trattato costituzionale, il procedimento legislativo ordinario (art.

---

storia, in *Riv. dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2004, p. 1774, non solo come sia «un dato di fatto che alla guida dell'UE siede – già da tempo – un governo bipolare, composta da una *testa politica*, il Consiglio europeo, e da una *testa tecnica*, la Commissione […]», ma anche che la Costituzione europea prospetti «una distribuzione ancora diversa del potere di governo nel contesto istituzionale della UE», con un «forte declassamento della Commissione […] a cui corrisponde altrettanta crescita del Consiglio europeo».

[7] Secondo P. MAGNETTE, *Contrôler l'Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2003, p. 36, gli stessi membri del Parlamento europeo si sentivano «come i fieri eredi dei pionieri di Westminster, e tentarono di sottrarre al Consiglio le prerogative che i loro antenati avevano ottenuto dal Re».

III-396) [8]; d'altro lato, il Parlamento è riuscito a esercitare un controllo sempre più penetrante ed effettivo nei confronti delle altre istituzioni comunitarie, in particolare rispetto alla Commissione europea.

La recente vicenda della tormentata approvazione della nuova Commissione presieduta da Josè Manuel Durao Barroso offre l'occasione per svolgere una riflessione su questo secondo aspetto e consente, se riletta insieme ad altri più o meno recenti e noti episodi che hanno caratterizzato la vita istituzionale dell'Unione, di analizzare i limiti ed il significato del controllo esercitato dal Parlamento europeo sul collegio dei Commissari, nonché di gettare una luce sul senso attuale e/o possibile della responsabilità di questi nei confronti dell'Assemblea parlamentare.

2. La funzione di controllo del Parlamento europeo in generale ed il ricorso ai cosiddetti «accordi interistituzionali»

In termini generali, è noto come la nozione di «controllo» richiami tutte quelle attività di un'assemblea parlamentare dirette a verificare l'esercizio del potere di governo, ad accertarne le responsabilità ed, eventualmente, a sanzionarne gli errori di conduzione politica [9]. Parimenti noto è il fatto che il filo rosso che lega tra loro i concetti di «controllo», «potere» e «responsabilità», finisce in certi casi per acquisire un connotato ulteriore, nella misura in cui il concreto esplicarsi della funzione di controllo non si riduce ad una mera veri-

[8] Già alcuni anni fa, prima che intervenissero le ulteriori modifiche derivanti dal Trattato di Nizza e quelle, peraltro non ancora entrate in vigore, previste dalla Costituzione europea, R. DEHOUSSE, *European institutional architecture after Amsterdam: parliamentary system or regulatory structure?*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 605, aveva modo di sottolineare come, se osservato in una prospettiva storica, il processo di affermazione e consolidamento delle competenze normative del Parlamento europeo appaia addirittura impressionante: inaugurato, infatti, nel 1986 con l'adozione dell'Atto unico europeo, che ha istituito il procedimento di cooperazione, tale processo è proseguito con il Trattato di Maastricht, che ha segnato il passaggio del Parlamento al ruolo di co-legislatore, grazie all'introduzione della procedura di codecisione, e con il Trattato di Amsterdam, che, avanzando sul cammino tracciato nel 1992, ha semplificato tale procedura, estendendola altresì ad ulteriori settori di competenza comunitaria. Sull'argomento vedi, da ultimo, T. CHECCOLI, *La procedura di codecisione tra Parlamento europeo e Consiglio nella formazione della legge comunitaria*, in P. BIANCHI e E. CATELANI (a cura di), *Le «nuove» fonti comunitarie*, in corso di pubblicazione per i tipi della Cedam, Padova, 2006.

[9] Così A. MANZELLA, *Controllo parlamentare e forme di governo*, in *Quaderni cost.*, 1995, n. 2, p. 311 ss.

fica *ex post* del comportamento del soggetto controllato, ma determina anche un effetto di indirizzo *ex ante* di questa attività [10]. Si può dire, anzi, che quello che dovrebbe costituire il principale strumento del controllo parlamentare, vale a dire il rapporto di fiducia che in molti ordinamenti deve sussistere tra Parlamento e Governo, funziona «piuttosto per indirizzare l'attività futura del governo che non come mezzo per applicare sanzioni nei confronti di esso quando si renda eventualmente inadempiente ai suoi doveri» [11].

Al di là della generica (e nuova) previsione contenuta nel Trattato costituzionale secondo cui il Parlamento «esercita funzioni di *controllo politico* e consultive alle condizioni stabilite dalla Costituzione» [12] (corsivo nostro), si può dire che a livello comunitario la funzione di controllo sia ormai articolata in una complessa serie di strumenti, in parte noti alle varie esperienze giuridiche nazionali e da queste mutuati, in parte originali, insieme causa ed effetto delle peculiarità dell'ordinamento dell'Unione. Oltre al procedimento di investitura della Commissione, nel corso del quale il Parlamento è variamente implicato, ed al potere, in qualche misura corrispondente, di censura nei confronti della stessa Commissione, l'assemblea parlamentare può rivolgere interrogazioni, orali o scritte, al Consiglio, alla Commissione e alla Banca centrale europea, può istituire commissioni temporanee d'inchiesta (art. 193 TCE), esamina le relazioni presentate dal Mediatore europeo sui casi di cattiva amministrazione riscontrati nell'azione delle istituzioni ed organi dell'Unione nonché le relazioni annuali del medesimo (art. 195 TCE), esamina la relazione generale annuale della Commissione (art. 200 TCE) e quelle redatte dal Consiglio europeo all'esito di ciascuna delle sue riunioni nonché la relazione annuale sui progressi compiuti dall'Unione (art. 4 TUE), controlla l'esecuzione del bilancio da parte della Commissione, è regolarmente informata dalla presidenza e dalla Commissione in merito allo sviluppo della politica estera e di sicurezza dell'Unione (art. 21 TCE).

Prima di procedere ad un'analisi più accurata del modo in cui il Parlamento ha utilizzato alcuni degli strumenti appena elencati, pare opportuno premettere due osservazioni di carattere generale. La prima concerne il fatto che la funzione di controllo sembra avere quale destinatario «privilegiato» la Commissione europea, dal momento che gli strumenti che consentono di incidere in modo più efficace sull'attività del soggetto controllato, verifican-

---

[10] A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, p. 442 ss.

[11] Così A. PIZZORUSSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, p. 401.

[12] Cfr. l'art. I-20, il quale stabilisce anche che il «Parlamento europeo esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio» ed «elegge il presidente della Commissione».

done, ed eventualmente indirizzandone, l'azione, pongono il Parlamento a contatto soprattutto con quest'ultima [13]. La seconda osservazione riguarda invece le modalità con cui questi poteri di controllo sono andati incrementando: la loro originaria affermazione ed il loro progressivo consolidamento, infatti, non sono stati segnati tanto, o soltanto, da modifiche convenzionali, cioè da revisioni dei trattati, quanto, piuttosto, dal progressivo sviluppo di comportamenti e di prassi che soltanto in un momento successivo sono stati, per così dire, istituzionalizzati, talvolta attraverso modifiche dello stesso regolamento interno del Parlamento europeo, talaltra con la conclusione dei cosiddetti «accordi interistituzionali», sino a trovare, in certi casi, definitiva consacrazione a livello dei trattati.

A questo proposito sembra, semmai, utile spendere qualche parola su quel particolare tipo di atti appena richiamato, che prendono appunto il nome di «accordi interistituzionali» e che, a dispetto della loro natura per certi versi ancora sfuggente e controversa, hanno giocato, e giocano tuttora, un ruolo primario sul terreno che qui interessa, vale a dire quello della regolazione dei rapporti tra le istituzioni comunitarie. Nati nel quadro del procedimento relativo all'approvazione del bilancio della Comunità al fine di chiarire e disciplinare alcuni dei passaggi più oscuri di quella complessa procedura, sommariamente descritta a livello di Trattato, essi hanno, in un primo momento, ricevuto una sorta di riconoscimento sul piano giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia, la quale, al di là delle specifiche disposizioni dei trattati che rinviano ad accordi del genere per la disciplina di singole materie o istituti [14], ha individuato quale fondamento giuridico del ricorso ad

---

[13] Il riferimento è, ovviamente, alla procedura di formazione della Commissione, soprattutto nella fase delle audizioni dei singoli commissari designati, alla mozione di censura ed ai poteri in materia di bilancio. A ciò si aggiunga che uno dei poteri che attengono più strettamente alla funzione legislativa, la cosiddetta «iniziativa obbligatoria» prevista dal secondo comma dell'art. 192 del TCE – ai sensi del quale il Parlamento europeo, a maggioranza dei suoi membri, «può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto della Comunità ai fini dell'attuazione del presente trattato» – tende a connotarsi come strumento di indirizzo dell'attività delle altre istituzioni comunitarie, ed in particolare della Commissione, finendo per partecipare di una delle funzioni che spesso contemporaneamente appartengono agli strumenti di controllo, i quali riuniscono in sé, come accennato nel testo, la funzione di verifica e quella di indirizzo.

[14] Si tratta, ad esempio, dell'art. 193 TCE in materia di commissioni temporanee d'inchiesta, secondo cui «le modalità per l'esercizio del diritto d'inchiesta sono fissate *di comune accordo* dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione» (corsivo nostro), o dell'art. 195 TCE, il cui ultimo comma stabilisce che «previo parere della Commissione e con l'approvazione del Consiglio che delibera a maggioranza qualificata, il Parlamento europeo fissa lo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del Mediatore».

essi il generale principio di leale cooperazione tra le istituzioni comunitarie, a sua volta enucleato in via interpretativa dall'art. 10 del Trattato CE [15]. Lo stesso Parlamento europeo, nel 1999, si è preoccupato di disciplinare direttamente tali «accordi» con il proprio Regolamento interno, stabilendo, all'art. 54, che «in applicazione dei trattati ed *ai fini di un miglioramento e chiarimento delle procedure*» il Parlamento poteva «concludere accordi con altre istituzioni», i quali avrebbero potuto «assumere la veste di dichiarazioni comuni, scambio di lettere, codici di condotta o altri opportuni strumenti» ed essere eventualmente «allegati per informazione» allo stesso Regolamento [16]. Se il Trattato di Nizza ha segnato la prima presa di posizione a livello di diritto comunitario originario sull'istituto nella sua globalità, cui è stata dedicata un'apposita dichiarazione (annessa al Trattato medesimo e relativa all'art. 10 TCE) che ha cercato di definirne caratteri e limiti di utilizzo, questo tipo di atti sembra aver ricevuto una piena e definitiva consacrazione ad opera del Trattato costituzionale, il cui art. III-397 stabilisce che «il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione procedono a reciproche consultazioni e definiscono di comune accordo le modalità della cooperazione» e, «a tale scopo, nel rispetto della Costituzione, possono concludere accordi interistituzionali che possono assumere carattere vincolante».

Il tentativo di inquadrare giuridicamente questo tipo di atti deriva, evi-

---

[15] Tale articolo, infatti, stabilendo che gli Stati membri «adottano tutte le misure, di carattere generale e particolare, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità», «facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti» e «si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato», si riferisce espressamente alle sole attività poste in essere dagli Stati. Per una sintetica analisi, operata nell'ottica della comprensione della natura giuridica degli accordi interistituzionali, della ricostruzione giurisprudenziale del principio di leale cooperazione, vedi comunque A.-M. TOURNEPICHE, *La clarification du statut juridique des accords interistitutionnels*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, p. 209 ss. In questa sede noteremo soltanto che l'art. I-19 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, rubricato «Le istituzioni dell'Unione», sancisce per la prima volta esplicitamente tale principio, laddove afferma che «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dalla Costituzione, secondo le procedure e condizioni da essa previste. Le istituzioni attuano tra loro una *leale cooperazione*» (corsivo nostro).

[16] La sedicesima edizione del Regolamento del PE del 2004 ha aggiunto un comma all'art. 120 (*ex* art. 54) che prevede che «prima della firma di tali accordi, qualora essi importino la modifica di diritti od obblighi regolamentari esistenti, istituiscano nuovi diritti od obblighi regolamentari per i deputati o gli organi del Parlamento europeo, o comportino in altro modo una modifica o interpretazione del Regolamento, la questione è deferita all'esame della commissione competente, ai sensi dell'art. 201, paragrafi da 2 a 6». Per un'approfondita analisi di questa particolare categoria di atti si veda, comunque, L. RONCHETTI, *Gli accordi interistituzionali nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 1 ss.

dentemente, dalla constatazione che gli accordi istituzionali sembrano ormai essersi imposti, in via di fatto, come fonti del diritto capaci di incidere sull'equilibrio istituzionale prefigurato dalla fonte suprema del diritto comunitario [17]. In questo senso, non è un caso che la citata dichiarazione relativa all'art. 10 TCE, che, in attesa dell'(eventuale) entrata in vigore della Costituzione europea, rappresenta ad oggi l'unico riferimento generale a tali accordi previsto dagli autori dei trattati, abbia cercato di limitare il ricorso ad essi alle sole ipotesi in cui la loro conclusione risulti necessaria al fine di «*facilitare l'applicazione* delle disposizioni dei trattati», non potendo tali accordi «né *modificare* né *completare* le disposizioni dei trattati» (corsivi nostri). La scelta, compiuta dalla Convenzione europea, di fissare quale unica condizione di legittimità degli accordi interistituzionali il limite generale del «rispetto della Costituzione» chiarisce, da un lato, il carattere gerarchicamente sovraordinato del Trattato costituzionale nei confronti di questi atti, e, d'altro lato, sembra rispondere alle perplessità suscitate in una parte della dottrina dalla previsione del divieto di concludere accordi diretti a «*completare*» le disposizioni dei trattati, da alcuni ritenuta una soluzione che più che arginare il ricorso a tali strumenti ne avrebbe, di fatto, compromesso l'utilità, colpendone la *ratio*, che è, appunto, quella di «organizzare i rapporti di cooperazione tra le istituzioni comunitarie completando o precisando i meccanismi previsti dai trattati» [18].

---

[17] Se prendiamo come punto di riferimento l'esperienza giuridica italiana, tali atti sembrano porsi, per il loro contenuto, a metà strada tra i regolamenti degli organi supremi e le consuetudini, o forse meglio le convenzioni costituzionali, tanto da poter essere quasi definiti come «regolamenti plurisoggettivi», ovvero regolamenti redatti da più organi in vista dell'organizzazione interna dei loro reciproci rapporti. Parte della dottrina, del resto, non ha mancato di sottolineare come la scelta di procedere attraverso l'elaborazione concertata delle regole dirette a disciplinare le relazioni tra istituzioni in diversi settori si possa in realtà agevolmente spiegare se si pensa che le regole determinate di comune accordo dalle varie istituzioni coinvolte avrebbero dovuto da queste medesime istituzioni essere applicate. In questo senso cfr. C. REICH, *La mise en œuvre du traité sur l'Union européenne par les accords interinstitutionnels*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1994, n. 375, p. 85. Sull'origine e sulla natura degli accordi interistituzionali vedi anche J. MONAR, *Interinstitutional agreements: the phenomenon and its new dynamics after Maastricht*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 693 ss., il quale ricorda come la difficoltà di inquadrare giuridicamente tali accordi sia determinata anche dal fatto che essi non sembrano avere un'unica forma: se i primi si risolvevano spesso in uno scambio di lettere tra i Presidenti delle istituzioni coinvolte, od in lettere unilaterali scritte in risposta a domande poste dal Parlamento, hanno in seguito talvolta acquisito la forma di «dichiarazioni congiunte», essendo il termine «accordo interistituzionale» apparso per la prima volta solo nel 1988.

[18] Così D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Puf, Paris, 1997, p. 236 ss. Sul punto vedi anche A.-M. TOURNEPICHE, *La clarification*, cit., p. 218, la quale, dopo aver riconosciuto la difficoltà di immaginare degli accordi interistituzionali che si astengano, in qualche

In ogni caso, resta da capire quale sia l'efficacia giuridica di atti il cui valore cogente, secondo quanto prefigurato dalla stessa Costituzione europea, sembra comunque dover essere accertato caso per caso, in base a criteri peraltro indefiniti e presumibilmente destinati ad essere chiariti dalla Corte di giustizia. Quest'ultima, infatti, potrebbe essere chiamata, da un lato, a valutare direttamente la compatibilità con la Costituzione di un determinato accordo, che fungerebbe dunque, in questo caso, da «oggetto» del controllo, e, d'altro lato, ad utilizzare invece tale accordo come un vero e proprio «parametro» di giudizio, nel momento in cui, ad esempio, dovesse pronunciarsi sulla legittimità di atti emanati da un'istituzione in violazione dello specifico accordo di riferimento.

Ciò che pare comunque innegabile, e che la dottrina pacificamente riconosce, è il fatto che gli accordi interistituzionali si sono tradotti generalmente in uno strumento favorevole al Parlamento europeo, il quale proprio grazie a questi è riuscito a conquistarsi buona parte di quegli spazi lasciati dai trattati alla libera dinamica delle relazioni tra le istituzioni, talvolta anticipando successive modifiche convenzionali, talaltra semplicemente affiancandosi alla disciplina stabilita dal diritto comunitario originario.

In alcuni momenti di crisi dei rapporti tra le istituzioni comunitarie, infatti, è stata proprio la richiesta di ricercare una comune ridefinizione delle regole di convivenza interistituzionale a consentire il superamento delle situazioni di *impasse*, come è avvenuto in occasione delle dimissioni della Commissione Santer e del successivo insediamento della Commissione Prodi, o, ancora più recentemente, nel caso dell'approvazione della Commissione Barroso. La risoluzione con cui il Parlamento ha espresso il proprio voto favorevole nei confronti del nuovo collegio, infatti, contiene anche un'esplicita richiesta, da parte del primo, di rivedere ed aggiornare quanto prima l'accor-

---

modo, dall'integrare il contenuto dei trattati, riporta, quale esempio di questa loro funzione essenziale, il caso della procedura di bilancio, disciplinata dal 1988 non solo da accordi a carattere generale, successivamente rinnovati nel 1993 e nel 1999, ma anche da accordi più puntuali riguardanti talora specifici problemi derivanti da divergenze interpretative su nozioni particolari, talaltra volti ad associare il Parlamento a procedure di bilancio dalle quali era, sino a quel momento, escluso (è il caso, ad esempio, dell'accordo interistituzionale del 16 luglio 1997 relativo alla PESC). Ugualmente importanti risultano, d'altra parte, gli accordi conclusi al fine di regolare più puntualmente i procedimenti legislativi: tali accordi non si sono limitati a prevedere un'intensificazione dei contatti tra Consiglio e Parlamento, ma hanno anche finito, in certi casi, per stabilire regole che hanno effettivamente inciso sulla disciplina dei trattati con modalità che hanno talvolta effettivamente superato il confine tra una mera integrazione e una, sia pure limitata, modifica del contenuto precettivo della fonte suprema dell'ordinamento comunitario (è il caso, ad esempio, della Dichiarazione comune del 4 maggio 1999, la quale ha previsto che Parlamento e Consiglio possano, laddove lo ritengano assolutamente necessario, prolungare i termini fissati dall'allora art. 251 TCE).

do quadro sui rapporti tra le due istituzioni firmato nel luglio del 2000 dagli allora presidenti Romano Prodi e Nicole Fontaine, e di farlo sulla base degli impegni assunti dal neoeletto Presidente portoghese e delle indicazioni fissate nella stessa risoluzione dal Parlamento europeo. D'altronde, è proprio la procedura di investitura della Commissione che può fornire i primi, importanti indizi utili ai fini della ricostruzione del significato della responsabilità del collegio di fronte al Parlamento.

3. La procedura di investitura della Commissione

La nascita e lo sviluppo di questa procedura costituiscono un esempio tipico di quanto sopra detto a proposito della progressiva formalizzazione di regole scritte a partire da dinamiche interistituzionali che scaturiscono dall'iniziativa delle parti coinvolte nei singoli casi concreti. Nel 1981, infatti, il Parlamento organizzò, di sua propria iniziativa, quella che allora fu chiamata una «audizione di conferma» della Commissione, la quale ricevette, nel corso di una seduta caratterizzata da un forte assenteismo, il voto favorevole di 155 parlamentari su 434 [19]. Questo episodio, per quanto in quel momento giuridicamente irrilevante – poiché sembra che un eventuale voto negativo non avrebbe potuto avere alcuna immediata conseguenza sulla formazione e l'entrata in carica della nuova Commissione – segnò profondamente la storia successiva dei rapporti tra le due istituzioni [20], se si pensa che già due anni più tardi, con una solenne dichiarazione adottata a Stoccarda, i Capi di Stato e di Governo riconobbero al Parlamento la titolarità di un potere consultivo in merito alla scelta del Presidente della Commissione, e che, nonostante tale «audizione» non fosse stata in alcun modo codificata a livello normativo, il Parlamento decise di ripetere l'esperienza negli anni successivi [21].

---

[19] 31 furono i voti contrari, 21 le astensioni. Sul punto vedi P. MAGNETTE, *Contrôler l'Europe*, cit., p. 38.

[20] Può, semmai, apparire significativo il fatto che questa nuova prassi dell'approvazione parlamentare del Presidente della Commissione sia stata inaugurata proprio a seguito delle prime elezioni dirette del Parlamento europeo, svoltesi nel 1979: il primo Parlamento direttamente rappresentativo dei cittadini europei ha tentato, cioè, di dare un segno tangibile, o quantomeno simbolico, della propria presenza in uno dei momenti più importanti della vita democratica della Comunità, quale è quello della scelta del capo della Commissione europea.

[21] Cfr. P. MAGNETTE, *Contrôler l'Europe*, cit., p. 39, il quale osserva che nel 1988 la procedura si svolse in un tal clima di euforia che i voti non furono nemmeno contati, cosicché la seconda commissione Delors fu nominata, per così dire, per acclamazione.

Con il Trattato di Maastricht la regola della previa consultazione del Parlamento in ordine alla nomina del Presidente ad opera degli Stati membri e quella della successiva approvazione dell'intero collegio da parte della stessa Assemblea parlamentare venne per la prima volta formalizzata sul piano del diritto comunitario originario (art. 158 TCE) [22]. Questo meccanismo ha in seguito conosciuto ulteriori aggiustamenti, con modiche del Trattato apparentemente marginali ma, in realtà, nel loro complesso significative, proprio perché sintomatiche della progressiva erosione del ruolo di protagonisti incontrastati nell'ambito di tale procedura originariamente riconosciuto ai soli Stati membri: questi ultimi, infatti, devono ormai condividere poteri e responsabilità nella definizione della composizione della Commissione con un Parlamento che è chiamato ad intervenire in due riprese, secondo quella che in dottrina è stata descritta come una «doppia investitura», che riguarda, dapprima, il solo Presidente ed, in seguito, il collegio nel suo complesso.

Se già con il Trattato di Amsterdam era stato modificato l'art. 158 TCE, con l'introduzione di un meccanismo di scelta del Presidente della Commissione imperniato sullo schema della previa designazione da parte degli Stati e della successiva approvazione ad opera del Parlamento, l'art. 214 TCE (*ex* art. 158), modificato in occasione del Conferenza intergovernativa di Nizza, prevede oggi che il «Consiglio, riunito a livello di capi di Stato o di governo e *deliberando a maggioranza qualificata*, *designa* la persona che *intende nominare* presidente della Commissione; tale designazione è *approvata* dal Parlamento europeo» (corsivo nostro) [23]. In sostanza, la scelta del Presidente designato non avviene più sulla base del «comune accordo» tra i governi degli Stati membri, ma richiede (soltanto) il raggiungimento di una maggioranza qualificata all'interno del Consiglio.

A questo proposito, e con riferimento al ruolo svolto dal Parlamento europeo nell'ambito del procedimento di investitura, è forse possibile domandarsi se tale modifica, evidentemente legata all'esigenza di garantire il funzionamento del meccanismo di designazione in un'Unione composta da 25 (o più)

---

[22] Gli Stati, insomma, erano tenuti soltanto ad ascoltare il parere dell'Assemblea prima di procedere alla designazione del Presidente, che non riceveva una specifica approvazione da parte del Parlamento, il quale conferiva, dunque, un'unica investitura collettiva.

[23] In realtà pare giusto precisare che l'art. 214, secondo comma, TCE (riprodotto testualmente dall'art. I-27, secondo comma) prevede che dopo «l'approvazione del Parlamento europeo, il presidente e gli altri membri della Commissione sono nominati dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata». In proposito noteremo soltanto come tale previsione sembri contemplare una possibilità apparentemente assai remota, quale potrebbe essere un ripensamento del Consiglio in merito alla composizione di una Commissione già approvata dal Parlamento.

Stati, non finisca per avere delle ripercussioni sul piano dell'esercizio concreto del potere di approvazione da parte dello stesso Parlamento, nella misura in cui quest'ultimo, allorché deve esprimere il proprio voto di approvazione del Presidente, non trova più necessariamente di fronte a sé una manifestazione compatta di volontà proveniente dai governi degli Stati membri, ma potrebbe dover discutere dell'approvazione di un Presidente indicato «soltanto» da una parte (sia pure largamente maggioritaria) dei paesi che compongono l'Unione. Fermo restando, infatti, che la maggioranza qualificata richiesta impone comunque il raggiungimento di un vasto consenso tra gli Stati, in virtù dell'operare congiunto della regola della maggioranza dei paesi e della maggioranza dei voti calcolati col sistema del voto ponderato, si potrebbe ciò nondimeno ritenere che la decisione assunta dal Consiglio senza la sostanziale unanimità degli Stati non sia dotata, per così dire, di una capacità di condizionamento sulla successiva deliberazione del Parlamento pari a quella propria di una designazione che si fonda sul «comune accordo» tra i paesi membri. Pare, in altri termini, lecito chiedersi se le tensioni che si dovessero eventualmente sviluppare all'interno del Consiglio in ordine all'individuazione del futuro Presidente della Commissione e che potrebbero addirittura dar luogo ad una designazione «a maggioranza», non possano finire per riflettersi nel successivo dibattito parlamentare che dovrebbe portare all'approvazione del soggetto designato: non si può, cioè, escludere che il Parlamento funga, per così dire, da cassa di risonanza di quelle tensioni, e i compromessi faticosamente raggiunti nell'ambito del Consiglio potrebbero essere scompaginati e travolti in sede parlamentare.

A questo proposito sembra, anzi, di poter aggiungere che le probabilità che il voto di approvazione del Parlamento europeo non si riduca ad una ratifica pressoché automatica della decisione del Consiglio potrebbero incrementarsi nell'ipotesi in cui gli equilibri politici interni a quest'ultimo non rispecchino quelli risultanti dalla composizione dell'Assemblea rappresentativa dei cittadini europei. A titolo puramente esemplificativo – pur senza dimenticare che nella dimensione comunitaria ogni ragionamento in termini di contrapposizione tra maggioranza e opposizione secondo logiche tendenzialmente bipolari sconta un alto grado di approssimazione e rischia pertanto di risultare eccessivamente semplicistico e poco aderente alla realtà – si potrebbe immaginare che una situazione di «disomogeneità politica» tra la maggioranza dei governi degli Stati che partecipano alla designazione in seno al Consiglio, da un lato, e la maggioranza parlamentare, dall'altro, abbia l'effetto di potenziare il ruolo del Parlamento nel procedimento di investitura, rendendo tutt'altro che improbabile la manifestazione di un diniego alla designazione effettuata dall'organo intergovernativo. Il confronto tra l'«Europa dei cittadini» e l'«Europa degli Stati» potrebbe, cioè, portare ad

una situazione di *impasse* istituzionale già nella fase dell'individuazione del futuro Presidente della Commissione, ed in un quadro normativo in cui l'ultima parola spetta al Parlamento, l'unico modo per superare tale *impasse* sembrerebbe costituito dal riconoscimento da parte del Consiglio della necessità di assecondare la volontà dell'istituzione che deve approvare la designazione.

In questo senso, quindi, non stupisce che l'art. I-27 del «Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa» si apra con l'affermazione per cui il Consiglio europeo dovrà proporre un candidato alla carica di presidente della Commissione «tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate». Proprio il riferimento al risultato della competizione elettorale europea ed alla necessità di operare preliminarmente non meglio definite «consultazioni» – le quali, sia detto per inciso, evocano idealmente quelle effettuate in Italia dal Presidente della Repubblica allo scopo di conferire l'incarico per la formazione del nuovo Governo – sembra segnare la presa d'atto definitiva della centralità acquisita dall'Assemblea parlamentare nell'ambito della procedura di formazione della nuova Commissione, risultando ormai esplicito il riconoscimento che la scelta dell'organo intergovernativo in ordine al nuovo Presidente è di fatto vincolata e dipendente dagli equilibri esistenti in Parlamento [24].

Si potrebbe, anzi, addirittura sostenere che, in questa fase, il Consiglio europeo finisca per giocare un ruolo almeno parzialmente assimilabile a quello che, in analogo frangente, talvolta riveste il Capo di Stato in alcune esperienze giuridiche nazionali, nella misura in cui il Consiglio, agendo quasi come Capo di Stato collegiale dell'Unione, è chiamato ad individuare un Capo dell'esecutivo in grado di ricevere il sostegno di una maggioranza parlamentare, alla stregua, appunto, di quanto può avvenire in alcuni ordinamenti caratterizzati da forme di governo parlamentari o comunque basate sulla sussistenza di un rapporto di fiducia tra legislativo ed esecutivo. E se, in questo senso, già si è richiamata l'esperienza italiana delle consultazioni svolte dal Presidente della Repubblica, si può citare altresì il caso della Francia,

[24] A questo proposito pare interessante ricordare come lo stesso Jacques Delors avesse, sul finire degli anni novanta, avanzato la proposta di consentire a ciascuna forza politica europea di indicare, in occasione dello svolgimento della campagna elettorale per il Parlamento europeo, un proprio candidato alla presidenza della Commissione, con l'impegno a sostenerlo attraverso il corrispondente gruppo parlamentare. Cfr. *Europe Documents*, 27 maggio 1998, n. 2089. Ricorda inoltre A. PRETO, *Le relazioni interistituzionali comunitarie dopo la crisi della Commissione Santer e l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 948, che, muovendosi in una prospettiva sostanzialmente analoga, l'intergruppo parlamentare «SOS Europa» aveva suggerito che i governi anticipassero le proprie proposte di candidatura del futuro Presidente, in modo tale da consentire alle forze politiche europee di confrontarsi e chiarire le proprie posizioni nel momento della campagna elettorale.

per certi versi forse ancora più significativo nella misura in cui, ad esempio, gli eventuali contrasti tra Parlamento europeo e Consiglio in merito alla scelta del Presidente della Commissione potrebbero riprodurre su scala comunitaria il potenziale conflitto che si realizza tra maggioranza parlamentare e maggioranza presidenziale nell'ipotesi della cosiddetta «*cohabitation*».

Certamente, come anticipato poco sopra, discorrere sul piano comunitario di contrapposizione tra maggioranza e opposizione secondo la logica tradizionale dell'appartenenza politica e, forse ancora di più, applicando lo schema del contrasto tra schieramenti di destra (o centro-destra) e di sinistra (o centro-sinistra) può risultare talvolta arduo, se non addirittura fuorviante. Le cause di questa difficoltà di fondo risiedono essenzialmente in due circostanze di fatto: in primo luogo, a livello di Unione europea non può dirsi ancora esistente un sistema politico-partitico compiuto e stabile, sol che si pensi che i processi decisionali che si svolgono all'interno del Parlamento di Strasburgo sono spesso caratterizzati dalla persistente convivenza tra logiche di appartenenza politica e logiche legate alla nazionalità dei singoli parlamentari o alle peculiarità delle varie realtà politiche nazionali. In secondo luogo, anche quando i gruppi parlamentari europei riescono ad esprimere una visione politica che sia in grado di affrancarsi dalle logiche di stampo *lato sensu* nazionale, si è spesso registrata una convergenza tra i due principali gruppi presenti in Parlamento, il PPE ed il PSE, che rappresentano nel loro insieme circa i due terzi dell'assemblea [25].

Questa tendenziale comunione di posizioni tra i due gruppi parlamentari non deve tuttavia far dimenticare che, in certi casi, è stato possibile registrare qualche segno di polarizzazione, e pare anzi significativo che un esempio di emersione di un contrasto disegnato lungo l'asse che divide «destra» e «sinistra» sia costituito proprio da un voto di approvazione del Presidente designato dai governi degli Stati membri, allorché Jacques Santer, ricevendo il voto favorevole dell'intero PPE e quello a sfavore dei tre quarti del PSE e di altri gruppi riconducibili alla sinistra (verdi, comunisti e radicali), ottenne l'approvazione del Parlamento con uno scarto assai limitato [26]. Se la dottrina ha sottolineato il fatto che la Commissione formata da Santer avrebbe poi ricevuto, nel suo complesso, l'approvazione anche del PSE, rivelando come la votazione sulla figura del Presidente fosse diretta non tanto contro il suo pro-

---

[25] Ricordano S. Hix e C. Lord, *Political Parties in the European Union*, Macmillan, Londra-New York, 1997, p. 137, che il 75%-80% delle votazioni che si svolgono nel Parlamento europeo registrano una maggioranza formata dai gruppi del PPE e del PSE, mentre il 20%-25% sono caratterizzate o dall'espressione di un voto unanime o da una netta contrapposizione tra «sinistra» e «destra».

[26] 262 furono i «Sì», 245 i «No», 23 gli astenuti.

gramma, quanto piuttosto contro i governi che avevano accettato il veto della Gran Bretagna sul nome di Jean-Luc Dehaene [27], ciò non vale a sminuire il rilievo di quanto accaduto all'interno del Parlamento in occasione del voto sul nome del Presidente designato, che ha portato il confronto tra governi e assemblea parlamentare ai limiti dello scontro aperto sul soggetto destinato a guidare la Commissione.

Ciò che, semmai, pare giusto metter in evidenza è la circostanza per cui in questa fase il Parlamento europeo svolge un'opera di controllo non solo, e forse si dovrebbe dire non tanto, sulla Commissione, che evidentemente non esiste ancora come tale, quanto piuttosto sullo stesso Consiglio europeo, nella veste di designatore del futuro Presidente. In sostanza, il voto di approvazione viene a configurarsi, insieme, come una valutazione della figura del Presidente della Commissione e come un giudizio sull'operato dell'organo intergovernativo, tanto che l'attuale Presidente Barroso è giunto ad affermare che il Consiglio, a partire dal 2009, «dovrà giustificare la sua scelta o i criteri politici applicati per selezionare il Presidente» [28]. A questo proposito sembra, tuttavia, opportuno ricordare che il Regolamento parlamentare prevede già espressamente che il Presidente del Parlamento europeo possa invitare «il candidato proposto a fare una dichiarazione ed a presentare i suoi orientamenti politici» all'Assemblea, esposizione che è seguita da una discussione alla quale lo stesso Consiglio è «invitato a partecipare» (art. 98 Reg. PE). Il Parlamento, in sostanza, prima di votare sul presidente designato, intende conoscere le linee fondamentali dell'azione politica della futura Commissione da lui presieduta, e sulla base di tali indicazioni eventualmente concedere l'approvazione. Se l'analogia con il meccanismo del voto di fiducia iniziale che consente ad un governo di entrare nel pieno delle sue funzioni è di per sé evidente, si può aggiungere che quanto più peso acquisirà, ai fini dell'approvazione parlamentare, il programma politico illustrato dal presidente designato, tanto più si potrà dire che il controllo esercitato dal Parlamento si svolgerà direttamente sul Presidente, lasciando in secondo piano il Consiglio.

Prima di passare all'esame della seconda fase dell'investitura della Commissione, pare giusto segnalare come il nuovo Trattato costituzionale contenga anche altri indizi del peso progressivamente acquisito dall'Assemblea di Strasburgo in merito all'individuazione del futuro presidente della Commissione. L'art. I-27, infatti, facendo proprio il linguaggio usato dal Parlamento nel proprio Regolamento interno, non prevedrebbe più che il Presidente del-

---

[27] Così P. Magnette, *Contrôler l'Europe*, cit., p. 43.

[28] J.M. Durao Barroso, *Dichiarazione del Presidente della Commissione designato, 22 luglio 2004*, in *Discussioni, sessione plenaria del Parlamento europeo*, in *www.europarl.eu.int.*

la Commissione sia «designato» dal Consiglio ed «approvato» in sede parlamentare, ma stabilirebbe che l'organo intergovernativo si debba limitare a «proporre un candidato» che dovrà poi essere «eletto» dal Parlamento. A questo leggero mutamento linguistico si accompagna il primo, esplicito riferimento a livello di Trattato all'eventualità di un voto negativo da parte del Parlamento. Tale ipotesi, sino ad oggi espressamente prefigurata soltanto dal Regolamento interno del PE, risulterebbe ora direttamente disciplinata dalla fonte suprema dell'ordinamento dell'Unione, che prevede che la proposta del nuovo candidato dovrà essere effettuata «entro un mese»[29]: le probabilità che il confronto tra Consiglio e Parlamento sfoci in un voto negativo sul candidato proposto sono tali da richiedere un'apposita regolamentazione da parte della stessa fonte suprema dell'ordinamento comunitario che garantisca una soluzione della crisi in tempi ragionevolmente brevi, anche se indefinite risultano le conseguenze di un'eventuale superamento del termine fissato dal Trattato ai fini della formulazione della nuova proposta.

4. (*segue*) Il «caso *Buttiglione*» ed il controllo sui singoli commissari

L'art. 214, secondo comma, TCE prevede che, dopo l'approvazione del Presidente della Commissione da parte del Parlamento, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata e di comune accordo con il Presidente designato, adotti l'elenco delle altre persone che intende nominare membri della Commissione, redatto conformemente alle proposte presentate da ciascuno Stato membro.

È, questa, la fase più complessa e delicata della formazione della nuova Commissione: la scena appare dominata dal presidente designato e dai governi nazionali, impegnati nella ricerca del «comune accordo» sui nomi dei futuri commissari, ma il loro sguardo e la loro attenzione sono rivolti anche verso un Parlamento che, sullo sfondo, attende, vigile, di entrare in azione.

Da questo punto di vista, il Trattato CE è invero assai laconico, prevedendo soltanto che il Presidente e gli altri membri della Commissione così designati siano «soggetti, collettivamente, ad un voto di approvazione da parte

[29] L'art. 98 del Regolamento PE stabilisce, infatti, che «se il Parlamento non approva la nomina, il Presidente invita il Consiglio a designare un nuovo candidato». L'art. I-27 del Trattato costituzionale prevede, dal canto suo, prevede che «se il candidato non ottiene la maggioranza [dei voti dei membri del Parlamento], il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura.

del Parlamento europeo». In realtà, come noto, il ruolo del Parlamento nel periodo che va dall'approvazione del Presidente al voto sull'intero collegio risulta molto più incisivo di quanto non traspaia da questa sintetica previsione. Da un lato, infatti, l'esito delle elezioni dell'Assemblea di Strasburgo può rivestire un peso rilevante non solo – come ora espressamente riconosciuto dal nuovo Trattato costituzionale – nel momento dell'individuazione di un candidato alla presidenza, ma anche quando si tratta di scegliere i singoli commissari provenienti dai vari Stati membri, d'altro lato, appare ormai evidente come il consolidamento della prassi delle audizioni abbia finito effettivamente per rendere la scelta effettuata dai governi e dal Presidente designato condizionata dall'esito positivo della verifica svolta dal Parlamento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, pare utile ricordare, a titolo esemplificativo, quanto avvenuto in occasione della formazione della Commissione presieduta da Romano Prodi, quando il partito tedesco della CDU-CSU, uscito vincitore dalla elezioni europee in Germania, chiese al presidente designato di far sì che il Governo tedesco indicasse, tra i due commissari allora spettanti a quello Stato, almeno un esponente del partito che, a livello nazionale, si trovava allora all'opposizione [30]. A questo proposito pare lecito chiedersi cosa potrebbe accadere nell'ipotesi in cui il «caso tedesco» dovesse, per così dire, moltiplicarsi anche in altri Stati, soprattutto ora che ciascun Paese membro può esprimere un solo commissario, e, forse, a maggior ragione quando la diminuzione del numero dei componenti della Commissione determinerà una rotazione degli stessi tra i vari Stati, accendendo ulteriormente il confronto all'interno del singolo paese per l'individuazione del «proprio» commissario. In un quadro certamente complicato e dagli scenari tutt'altro che prevedibili, sembra di poter dire che molto dipenderà dalla capacità del futuro Presidente di dialogare con i governi, da un lato, ed i partiti nazionali, dall'altro, alla ricerca di un punto di mediazione che potrebbe contribuire ad esaltare il ruolo del presidente della Commissione come vero e proprio capo di un esecutivo europeo.

L'occasione per la valutazione della scelta effettuata dai governi nazionali in collaborazione con il Presidente della Commissione è costituita, come dicevamo, dallo svolgimento delle cosiddette audizioni, il cui unico fondamento normativo resta, tuttora, l'art. 99 del Regolamento interno del Parlamento europeo, dal momento che né il Trattato attualmente vigente, né la nuova Costituzione europea (laddove questa, ovviamente, riuscisse effettivamente ad essere ratificata da tutti gli Stati membri ed entrasse in vigore) prevedono tale istituto. Stabilisce, infatti, il citato art. 99, rubricato *Elezione del-*

[30] Sul punto vedi A. Preto, *Le relazioni interistituzionali comunitarie*, cit., p. 947.

la Commissione, che il Presidente del Parlamento, «consultato il neoeletto Presidente della Commissione, invita i candidati proposti dal neoeletto Presidente e dal Consiglio per i vari posti di Commissario a comparire dinanzi alle varie commissioni parlamentari secondo le loro prevedibili competenze». Durante tali audizioni, che – precisa la stessa disposizione – «sono pubbliche», «ogni commissione invita il candidato designato a formulare una dichiarazione e a rispondere a domande».

Tuttavia, fermo restando l'assoluto silenzio del Trattato sul punto, sembra di poter dire che, in linea teorica, la previsione a livello di regolamento parlamentare delle audizioni e, soprattutto, il modo in cui queste concretamente si svolgono, finisca per fondarsi, per così dire logicamente, sulla concezione della Commissione come organo fortemente connotato in senso tecnico. Detto ancora più chiaramente, l'esplicita previsione da parte della norma fondamentale dell'ordinamento comunitario di certi requisiti necessari per la nomina alla carica di commissario, a prescindere dal loro carattere assolutamente generico, apre in qualche modo la porta ad un sindacato sulla loro effettiva sussistenza sin dal momento immediatamente successivo all'individuazione dei soggetti in questione.

Al di là, dunque, del riferimento al modello americano delle udienze di conferma, giustamente richiamato in dottrina [31], ciò che in questa sede interessa sottolineare è il fatto che tali audizioni si presentano come una sorta di fase istruttoria ideata e disciplinata in via autonoma dal Parlamento per verificare la «competenza generale» e l'«indipendenza» dei singoli commissari, in vista del voto di approvazione che lo stesso Parlamento dovrà esprimere sull'intero collegio. Le audizioni si articolano in un due fasi, la prima scritta, la seconda orale, nel corso delle quali il commissario designato è sottoposto ad un vero e proprio esame con cui si accertano la sua competenza, la sua preparazione, in una parola la sua idoneità e adeguatezza allo svolgimento dell'incarico che gli sarà assegnato. Proprio la circostanza per cui la proposta di nomina del singolo commissario risulta accompagnata dall'indicazione del portafoglio di cui lo stesso sarà titolare ha condotto il Parlamento ad elaborare un duplice questionario, cui i commissari sono chiamati a rispondere per scritto, l'uno di carattere generale, comune a tutti i soggetti designati, l'altro a carattere specifico, contenente una serie di domande connesse alle materie di competenza del singolo (futuro) commissario, al quale, dunque, sono sottoposti quesiti diversi a seconda del portafoglio che è destinato a dirigere. Trattandosi, quindi, di una verifica non solo generale, ma anche, e soprattut-

[31] Sull'argomento vedi, ad esempio, N. NUGENT, *Governement and politics of European union*, Londra, 1999, p. 219 ss.

to, puntuale delle conoscenze del singolo commissario, al fine di comprendere quelle che dovrebbero essere le linee concrete della sua azione in qualità di commissario responsabile di un determinato settore, l'esame è svolto dalle commissioni parlamentari competenti per materia.

Al termine della fase orale, le varie commissioni procedono, singolarmente, ad una valutazione del commissario designato, esprimendo un voto che potremmo definire di «approvazione» del soggetto esaminato: tale valutazione, certamente sprovvista di carattere giuridicamente vincolante rispetto al voto del *plenum* dell'assemblea sull'intera Commissione, acquista tuttavia un valore politico potenzialmente assai rilevante in relazione all'esito della procedura di approvazione del collegio, come dimostra quanto avvenuto in occasione delle audizioni di alcuni commissari designati dal Presidente Barroso [32].

Come noto, infatti, i commissari designati per i dicasteri «Libertà, sicurezza e giustizia», «Energia» e «Fiscalità e unione doganale» non hanno ottenuto, per motivi diversi, una valutazione positiva da parte delle rispettive commissioni parlamentari. Se nel caso del commissario ungherese Lázló Kovács i dubbi della commissione parlamentare competente per materia si appuntavano precipuamente sulla preparazione specifica del soggetto destinato a dirigere il portafoglio energia, nel caso dei commissari designati rispettivamente dall'Italia e dalla Lettonia, Rocco Buttiglione e Ingrida Udre, le perplessità espresse in seno alle commissioni riguardavano, in generale, l'idoneità di questi soggetti a svolgere adeguatamente le funzioni di commissario europeo, anche a prescindere dal portafoglio di cui avrebbero dovuto essere titolari.

Per quanto riguarda, in particolare, il commissario italiano Rocco Buttiglione, il presidente della commissione parlamentare «Libertà, giustizia ed affari interni», Jean-Louis Bourlanges, in data 11 ottobre 2004, informava il Presidente del Parlamento europeo del fatto che i coordinatori dei gruppi politici rappresentati all'interno della stessa commissione «non hanno potuto mettersi d'accordo su un testo comune di valutazione». Interessante, ai fini della comprensione delle procedure di decisione interne alle commissioni parlamentari implicate nella procedura di investitura della Commissione, è la lettura di tale breve nota inviata al presidente del Parlamento europeo. Si apprende, infatti, che, una volta constatata l'impossibilità di giungere ad una valutazione positiva condivisa tra i coordinatori dei gruppi, si decideva – in virtù di un accordo intercorso tra questi ultimi ed il presidente della commissione parlamentare che procedeva all'esame del commissario – di sottoporre

[32] Cfr. A. Schillaci, *Il difficile avvio della Commissione Barroso*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it/ cronache/estero/barroso/index.html*.

al voto dell'intera commissione due proposte successive, la prima contenente un parere favorevole alla nomina di Buttiglione come Vice-presidente della Commissione europea titolare del portafoglio «Libertà, sicurezza e giustizia», la seconda contenente un parere favorevole alla nomina dello stesso come Vice-presidente della Commissione europea, a condizione, però, che gli fosse assegnato un diverso dicastero. In una nota relativa a tale procedura si precisava, inoltre, che i citati coordinatori dei gruppi politici convenivano nel ritenere che «l'eventuale approvazione della prima proposta avrebbe fatto decadere la seconda, e che il rigetto di entrambe le proposte avrebbe significato il rifiuto della nomina del Signor Buttiglione». Constatato l'esito negativo di entrambe le votazioni (26 voti favorevoli e 27 contrari, per la prima, 25 favorevoli e 28 contrari sulla seconda), il presidente della commissione «Libertà, giustizia e affari interni» invitava, di conseguenza, il Presidente del Parlamento «*a tener conto* della posizione adottata» (corsivo nostro) dalla medesima commissione ai fini delle successive decisioni.

A prescindere dai motivi che hanno indotto la commissione parlamentare ad esprimersi contro l'ipotesi di assegnazione di un portafoglio al commissario designato di comune accordo dal Presidente Barroso e dal Governo italiano, pare interessante sottolineare, da un lato, come l'intera procedura si sia svolta seguendo regole di volta in volta definite dai protagonisti della stessa, i quali hanno stabilito strada facendo i vari passaggi del cammino che li avrebbe condotti alla risoluzione finale, dall'altro come, a fronte di un contenuto privo di ambiguità – il voto negativo sarebbe equivalso, per usare le parole degli stessi parlamentari, ad un rifiuto della nomina del commissario designato – tale risoluzione formalmente non potesse esercitare altro ruolo se non quello di costituire un elemento di valutazione a disposizione del Presidente del Parlamento e di cui, eventualmente, rendere edotto il Presidente designato Barroso affinché ne traesse le dovute conseguenze politiche.

La complicata situazione di *impasse* istituzionale che si è venuta a determinare a seguito di quella che alcuni non hanno esitato a definire come una vera e propria «bocciatura» dei commissari ungherese, lettone ed italiano, e che risultava in qualche modo aggravata dalle perplessità relative anche ad altri commissari designati [33], si è infine risolta con lo spostamento di Kovács

[33] Si trattava, in particolare, della danese Mariann Fischer Boel, commissaria designata per l'«Agricoltura e lo sviluppo rurale», e dell'olandese Neelie Kroes, commissaria designata per la «Concorrenza», su cui, in particolare, si nutrivano dubbi in ordine al sorgere di possibili situazioni di conflitto di interessi. Da questo punto di vista, pare appunto significativo che il Parlamento, in occasione dell'approvazione dell'intera Commissione, abbia sottolineato con particolare vigore la necessità che il presidente Barroso vigili attentamente su eventuali casi di conflitto di interessi, ed abbia addirittura proposto che una delle modifiche da apportare al

dal portafoglio «Energia» a quello «Fiscalità e unione doganale», e con la sostituzione di Buttiglione e Udre con due nuovi commissari, rispettivamente Frattini e Pielbags, il primo confermato nel dicastero «Libertà, sicurezza e giustizia» – che avrebbe dovuto essere ricoperto dal suo connazionale – il secondo responsabile del portafoglio «Energia» [34].

A tacer d'altro, questa vicenda conferma come il Parlamento europeo abbia, di fatto, acquisito un peso decisivo non solo nella fase dell'individuazione del futuro presidente della Commissione, ma anche nel momento della scelta dei singoli commissari, nella misura in cui, minacciando, per così dire, di non votare l'approvazione dell'intero collegio, è in grado di indirizzare un soggetto verso un dicastero piuttosto che un altro per ragioni di competenza e adeguatezza, o, addirittura, di porre una sorta di veto sulla persona, ritenuta comunque inidonea allo svolgimento dell'incarico, in quanto non rispondente a quei requisiti di «competenza generale» o «garanzia d'indipendenza» che lo stesso Trattato indica quali condizioni per la nomina a commissario europeo [35]. Non stupisce, quindi, che la proposta di modifica dell'accordo quadro tra Parlamento europeo e Commissione elaborata dal primo contestualmente all'approvazione del nuovo collegio preveda espressamente non solo che, in caso di dimissioni, il commissario subentrante compaia in veste ufficiale dinanzi al Parlamento o al Consiglio solo dopo che la sua nomina sia stata avallata attraverso la normale procedura parlamentare (audizione e votazione in Aula), ma anche che la stessa procedura si applichi ai Commissari interessati, qualora il Presidente intenda ridistribuire i portafogli in seno alla Commissione in corso di mandato: l'idea della necessità che i membri della commissione siano provvisti di una competenza non solo generale, ma anche specificamente legata ai rispettivi settori di azione trova conferma nell'intento del Parlamento di operare un controllo costante su ogni possibile riassestamento all'interno del collegio.

---

vigente accordo interistituzionale tra Parlamento e Commissione consista precisamente nell'affermazione della piena responsabilità del presidente di questa nell'accertamento di tali situazioni.

[34] Naturalmente, tanto i due nuovi Commissari quanto quello assegnato ad un diverso dicastero si sono dovuti sottoporre alle consuete audizioni.

[35] Appare, anzi, evidente come la pressione che il Parlamento può esercitare nella fase dell'approvazione della Commissione sia senza dubbio più efficace di quella che eventualmente potrebbe svolgere in un momento successivo, laddove intendesse «ritirare la fiducia» ad uno o più commissari, dal momento che l'utilizzo della censura sull'intero collegio come strumento di pressione sulle scelte del Presidente appare, in un certo senso, più debole rispetto al potere di approvazione, a causa delle diverse maggioranze richieste per la due deliberazioni. Sul punto vedi comunque *infra*, nel testo.

5. La responsabilità individuale dei commissari tra la spinta del Parlamento e le resistenze della Commissione

Se, dunque, le audizioni consentono il primo luogo al Parlamento di controllare l'«adeguatezza professionale» del singolo commissario all'incarico che sarà chiamato a ricoprire, esse contribuiscono altresì a fornire qualche elemento utile alla comprensione del modo in cui gli stessi commissari percepiscono ed intendono impostare il proprio rapporto con il Parlamento.

La parte IV del questionario generale, infatti, significativamente intitolata «Responsabilità democratica di fronte dal Parlamento europeo», conteneva una serie di domande relative alla portata della responsabilità dei singoli commissari nei confronti dell'assemblea parlamentare, ed iniziava con un quesito formulato nei termini seguenti: «Qual è, a suo avviso, la *natura* della sua responsabilità di fronte al Parlamento europeo?» (corsivo nostro). Il fatto che tutti commissari, nel rispondere a tale quesito, abbiano avuto cura di precisare l'importanza che essi riconoscevano al principio della responsabilità dell'esecutivo nei confronti dell'unico organo direttamente eletto dai cittadini europei non dovrebbe certo costituire motivo di stupore. Ciò che, al contrario, potrebbe colpire, è l'insistenza con cui i futuri commissari si riferiscono al Parlamento come l'«alleato naturale» della Commissione, o come un'istituzione con cui – riprendendo le parole pronunciate dal presidente Barroso di fronte allo stesso Parlamento – la Commissione deve instaurare un proficuo rapporto di «partenariato». In termini generali, il concetto della responsabilità della Commissione nei confronti del Parlamento, inteso quale declinazione a livello europeo del principio della responsabilità dell'esecutivo di fronte all'organo rappresentativo, sembra, quindi, arricchirsi di un significato ulteriore, richiamando la necessità dello sviluppo di un rapporto privilegiato tra questi due soggetti nel più ampio quadro istituzionale dell'Unione. Sembra, in altre parole, che siano in primo luogo i commissari a richiedere al Parlamento un costante, positivo sostegno, che non deve esaurirsi nel momento dell'approvazione ma che dovrebbe accompagnare l'azione della Commissione durante l'intero quinquennio, se è vero che, come alcuni commissari hanno modo di precisare, l'Unione europea ha raggiunto i suoi risultati più significativi nei periodi in cui le due istituzioni hanno collaborato al raggiungimento di obiettivi comuni [36]. In queste parole si coglie il senso dell'alleanza tra le due istituzioni, il cui carattere naturale ed innato sembra, per così dire, derivare dalla peculiare struttu-

[36] Cfr., ad esempio, le risposte fornite dal commissario finlandese all'«Allargamento» Olli Rehn al questionario generale.

ra istituzionale dell'ordinamento comunitario e pare altresì caratterizzare, come la dottrina non ha mancato di mettere in evidenza, larga parte della storia dell'integrazione europea, segnata spesso da una tendenziale contrapposizione tra Parlamento e Commissione, da un lato, quali organi che in qualche modo rappresenterebbero l'incarnazione dell'interesse comunitario, ed il Consiglio, dall'altro, come organo di governo che opera secondo logiche più tipicamente sovranazionali e intergovernative [37].

Ciò che in questa sede pare interessante sottolineare è il fatto che l'evocata «cooperazione interistituzionale» tra Parlamento e Commissione e, con essa, quel suo particolare profilo costituito dall'esercizio della funzione di controllo del primo sulla seconda, sembra in gran parte svilupparsi lungo i binari di un dialogo costante tra i commissari e le rispettive commissioni parlamentari competenti per materia. In altre parole, sembra di poter dire che un aspetto peculiare delle relazioni tra Parlamento e Commissione consista proprio nel fatto che il rapporto tra le due istituzioni appare prevalentemente imperniato su una serie di rapporti separati ed autonomi tra i singoli commissari e le varie commissioni parlamentari competenti nella stessa (o analoga) materia, rapporti che in qualche modo nascono proprio in occasione dello svolgimento delle audizioni [38]. L'impressione che ci si trovi di fronte ad una

[37] Sul punto vedi, ad esempio, L. RONCHETTI, *Sovranazionalità senza sovranità: la Commissione e il Parlamento dell'UE*, in *Pol. dir.*, 2001, n. 2, p. 203, secondo cui «solo una forte collaborazione tra chi detiene il monopolio dell'iniziativa normativa (la Commissione) e chi partecipa alle procedure decisionali e esplica una qualche forma di controllo (il PE) può spostare, in parte, il potere di scelta sul versante sovranazionale».

[38] In questo modo le audizioni finiscono per rappresentare non solo un momento essenziale ai fini della verifica della competenza generale e specifica dei commissari, ma anche la prima occasione di confronto tra il singolo commissario e la commissione parlamentare competente per il settore corrispondente al portafoglio di cui il commissario sarà titolare. La consapevolezza di questa funzione ulteriore delle audizioni è espressa a chiare lettere da alcuni commissari, nel momento in cui riconoscono che l'importanza di questo primo confronto con il Parlamento risiede non solo nel fatto che esso serve a determinare «la legittimità dell'azione dei commissari mediante il controllo democratico», ma anche nel fatto che tali audizioni permettono «di costruire la fiducia nella futura azione dei commissari» e servono «a stabilire il contatto e ad avviare le prime discussioni politiche» sulle rispettive materie di competenza. Così si esprimeva il commissario belga per lo «Sviluppo ed aiuti umanitari» Louis Michel in risposta al questionario generale, in particolare nella parte in cui gli veniva chiesto se riteneva che, su un piano esclusivamente politico, l'eventuale esito negativo dell'audizione avrebbe dovuto significare per il commissario interessato l'obbligo di rinunciare alla propria candidatura. Nello stesso senso vedi, ad esempio, quanto affermato dal commissario svedese alle «Relazioni istituzionali e strategia di comunicazione» Margot Wallström, secondo cui non solo l'intero esercizio delle audizioni «rafforza la legittimità democratica della nuova Commissione», ma rappresenta anche «un momento essenziale per instaurare un rapporto di fiducia tra il Parlamento ed i Commissari».

sorta di tendenziale «scomposizione» della responsabilità della Commissione, come organo complessivamente inteso, in una serie di responsabilità distinte, ripartite tra i singoli commissari e (ovviamente) limitate agli specifici settori di competenza, appare confermata dall'insistenza con cui le commissioni parlamentari richiedono, nel corso dell'audizione, ai commissari esaminati di spiegare non solo se ed in che misura si ritengano responsabili per le risposte fornite al Parlamento dai propri Servizi, ma anche come interpretano il concetto di responsabilità politica dinanzi all'Assemblea per le attività svolte dalle proprie Direzioni generali [39].

Tali domande rappresentano, evidentemente, un'espressione ulteriore dell'ormai ripetuto tentativo del Parlamento di costruire una vera e propria sfiducia individuale nei confronti del singolo commissario. Se l'affermazione di questa «responsabilità frazionata» trova tuttora un limite oggettivo nel principio della responsabilità collegiale della Commissione di fronte al Parlamento, non si può comunque fare a meno di rilevare come l'idea di una responsabilità individuale abbia ormai iniziato a farsi strada, come dimostrano sia il già citato accordo quadro sui rapporti tra le due istituzioni, nella parte in cui stabilisce che «fatto salvo il principio di collegialità della Commissione, ciascun membro della Commissione assume la responsabilità politica dell'azione del settore di cui è incaricato», sia il contenuto di molte risposte fornite dai commissari, che non hanno esitato ad affermare, ad esempio, che «l'enfasi sulla responsabilità collettiva contenuta nel Trattato non riduce assolutamente le responsabilità individuali, al contrario» [40], oppure di essere pienamente consapevoli «del fatto che i membri della Commissione europea hanno anche, nei confronti del Parlamento europeo, una responsabilità individuale per le questioni di loro competenza o ad essi assegnate dal Presidente della Commissione europea, fermo restando il principio di collegialità» [41], o, ancora, che «se vogliamo che la summenzionata alleanza strategica tra il

[39] Non bisogna dimenticare che il «Comitato dei saggi» istituito in occasione della crisi della Commissione Santer, su cui torneremo oltre nel testo, aveva avuto modo di precisare, nella sua relazione finale, che «la responsabilità politica dei commissari, collettiva o individuale, deve coprire tutta la serie di competenze loro affidate, in particolare le carenze personali, di gestione e operative verificatesi nell'esercizio del loro compito nonché gravi disfunzioni dei loro servizi anche se la colpa per queste ultime non può essere imputata loro personalmente».

[40] Così il commissario finlandese all'«Allargamento» Olli Rehn.

[41] Cfr. Danuta Hubner, commissario polacco alla «Politiche regionali», mentre Janez Potocnick, commissario sloveno alla «Scienza e ricerca» non solo afferma di assumersi «la responsabilità politica delle attività che avvio personalmente ma anche di quelle che partono dai miei servizi», ma aggiunge anche che «non c'è "limite" a tale responsabilità», che egli concepisce come base della propria credibilità come membro della Commissione.

Parlamento e la Commissione funzioni è essenziale che ciascun commissario goda di una fiducia individuale […]» [42]. Far corrispondere a questa responsabilità, o fiducia, individuale la possibilità di una altrettanto individuale «sfiducia» non sembra, almeno teoricamente, del tutto privo di logica.

Come noto, d'altra parte, il problema della configurazione di un meccanismo idoneo a far valere le responsabilità individuali dei commissari, provocandone le dimissioni, si è posto con particolare vigore e chiarezza in occasione della crisi che ha colpito la Commissione Santer tra il 1998 ed il 1999. Quella vicenda, sulla quale avremo modo di tornare tra poco, è servita, per quanto qui interessa, a mettere inequivocabilmente in luce la circostanza per cui né il Parlamento né la stessa Commissione disponevano degli strumenti necessari per costringere un commissario alle dimissioni: in caso di rifiuto di questi a lasciare il proprio incarico, anche a dispetto delle pressioni provenienti dall'esterno o dall'interno dello stesso collegio, non restava altra via da percorrere se non quella della presentazione di una mozione di censura sull'intera Commissione [43].

Di fronte a questa «lacuna del diritto comunitario» [44] l'Assemblea di Strasburgo non esitava, allora, ad esprimere il proprio disagio, ricordando, per bocca dell'allora presidente del gruppo liberale Patrick Cox, che «da anni il

---

[42] Così Markos Kiprianou, commissario cipriota alla «Salute e protezione dei consumatori».

[43] Sul punto vedi, ad esempio, L. COUTRON, *Le principe de la collegialité au sein de la Commission européenne après le traité de Nice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 262, il quale tra l'altro ricorda come K. VAN MIERT, *Le marché et le pouvoir*, Racine, Bruxelles, 2000, p. 248, abbia affermato, a proposito dell'allora commissario Edith Cresson, che «costringerla alle dimissioni era, in sostanza, giuridicamente impossibile». Per la verità, pare giusto ricordare come un meccanismo di controllo e di accertamento della responsabilità individuale del singolo commissario fosse già allora in qualche modo previsto dall'art. 216 del Trattato (*ex* art. 160), ai sensi del quale «qualsiasi membro della Commissione che non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni o che abbia commesso una colpa grave può essere dichiarato dimissionario dalla Corte di giustizia, su istanza del Consiglio o della Commissione». Se l'intervento dell'autorità giurisdizionale, insieme alla limitazione della possibilità di farvi ricorso ai soli casi indicati nella disposizione, sembra ricondurre tale strumento entro i confini dell'accertamento di un'eventuale responsabilità disciplinare, pare tuttavia doversi sottolineare come il Parlamento non compaia tra le istituzioni legittimate ad sollecitare il controllo. A questo proposito, tuttavia, non si può fare a meno di ricordare come il «Comitato dei saggi» istituito in occasione della crisi della Commissione Santer, su cui torneremo oltre nel testo, abbia espresso un chiaro rifiuto della proposta di concedere anche al Parlamento la possibilità di avviare questo tipo di procedimento, «in quanto tali comportamenti riguardano una condotta scorretta a livello *personale*, e possono essere quindi visti come una sorta di procedimento disciplinare, mentre il ruolo del Parlamento, in quanto istituzione democraticamente eletta, riguarda l'applicazione della responsabilità *politica* […]».

[44] Così L. COUTRON, *Le principe de la collegialité*, cit., p. 262.

Parlamento chiede il diritto di censura individuale, ma questa sua richiesta non ha ancora trovato riscontro nella legge»[45]. Né si può fare a meno di ricordare che su una linea sostanzialmente analoga si poneva il Comitato di Saggi incaricato di indagare sull'operato dei membri della Commissione Santer, quando affermava chiaramente, nel proprio rapporto finale, che «la responsabilità politica andrebbe applicata a due livelli distinti, […] in primo luogo la responsabilità collettiva della Commissione, guidata dal suo Presidente» e, «in secondo luogo, la responsabilità politica individuale dei commissari […] che andrebbe applicata mediante un significativo rafforzamento del ruolo del Presidente della Commissione»: alla comune individuazione, da parte del Parlamento e del Comitato, del problema da affrontare, corrispondevano due strade diverse da percorrere per risolverlo, proponendosi, in un caso, la previsione di un potere diretto dell'Assemblea di rimuovere il singolo commissario e, nell'altro, di affidare tale potere al Presidente del collegio[46]. Se, a distanza di oltre sei anni, la pretesa del Parlamento non ha ancora ricevuto una risposta esaustiva a livello di Trattato (né in quello vigente, né in quello in corso di ratifica), pare comunque aver prodotto alcune conseguenze degne di nota.

La tormentata esperienza della crisi e della caduta della Commissione presieduta da Jacques Santer ha, infatti, consigliato al suo successore, Romano Prodi, di impegnarsi nell'elaborazione di strumenti che fossero in grado congiuntamente di garantire la stabilità dell'intero collegio e di soddisfare le esigenze di controllo del Parlamento sull'attività dei commissari. Tale impegno si è tradotto, dapprima, nella previsione, nell'ambito del citato accordo quadro sui rapporti tra le due istituzioni, della regola per cui la «Commissione

[45] Il presidente del gruppo liberale continuava precisando che il Parlamento non voleva fare «le veci di un tribunale o di un pubblico ministero; non stiamo introducendo una presunzione di colpa o di innocenza poiché tali aspetti rientrano in ambito giudiziario. Non accusiamo nessuno di frode personale o di grossolana corruzione. Semplicemente chiediamo un giudizio politico poiché la gestione impropria, le irregolarità, la frode e la corruzione spicciola non cesseranno mai se il singolo commissario potrà sempre farsi scudo della collegialità e sottrarsi alla responsabilità personale».

[46] Affermava, infatti, il Comitato di Saggi che «come nella maggior parte degli Stati membri il capo del governo è costituzionalmente libero di congedare i membri del suo governo o di procedere ad un rimpasto, il Presidente della Commissione dovrebbe trovarsi in una situazione analoga per quanto riguarda i commissari. Il presidente dovrebbe poter agire di propria iniziativa e sotto la propria responsabilità per dare forma concreta alla responsabilità politica dei commissari. Dovrebbe spettare a lui decidere il carattere esatto di tale azione». E – aggiungeva il Comitato – se «non si può escludere che il Parlamento potrebbe esprimere per parte sua opinioni sull'opportunità o meno che alcune persone esercitino un mandato politico in seno alla Commissione, […] deve restare competenza esclusiva del Presidente decidere quale azione eventualmente avviare nei confronti del singolo individuo».

accetta che, qualora il Parlamento europeo *rifiuti la fiducia* a un commissario (fatto salvo il sostegno politico sul merito e la forma di siffatto punto di vista), il presidente della Commissione *esamina seriamente l'opportunità* di chiedere al commissario in causa di presentare le dimissioni» (corsivo nostro), e, in seguito, in una riforma del Trattato avvenuta a Nizza e con la quale si è prevista l'introduzione del principio secondo cui un «membro della Commissione rassegna le dimissioni se il presidente, previa approvazione del collegio, glielo chiede» (art. 217, quarto comma, TCE).

Se la previsione contenuta nell'accordo quadro sembra effettivamente rappresentare, per così dire, una forma embrionale di «sfiducia individuale indiretta», la disposizione del Trattato non pare andare esattamente nella stessa direzione. Al silenzio relativo alla possibilità di un eventuale intervento del Parlamento europeo, quantomeno nella veste di soggetto legittimato ad avviare la procedura di rimozione del commissario (o di alcuni commissari), si aggiunge, infatti, la previsione della necessità che la decisione del Presidente di chiedere le dimissioni al singolo membro del collegio sia preceduta da un voto di approvazione della Commissione. Il potenziamento del ruolo del Presidente all'interno del collegio, auspicato dallo stesso Parlamento – consapevole che l'incremento dei poteri del primo avrebbe significato anche un rafforzamento della posizione del secondo quale organo di controllo – ed in parte realizzato con le modifiche apportate ad Amsterdam prima ed a Nizza poi, trova nel meccanismo previsto all'art. 217, quarto comma, un'ambigua riaffermazione, stante l'imprevedibilità delle dinamiche che si potrebbero sviluppare all'interno della Commissione nell'ipotesi in cui fosse avanzata la richiesta di dimissioni di uno o più commissari [47].

Ciò che, semmai, pare lecito domandarsi è quale rapporto possa concretamente instaurarsi tra il potere del Presidente di chiedere direttamente le

[47] L'art. 217 prevede non solo che la «Commissione agisce nel quadro degli orientamenti politici del suo presidente, che ne decide l'organizzazione interna per garantire la coerenza, l'efficacia e la collegialità della sua azione», ma anche che le «competenze che spettano alla Commissione sono strutturate e ripartite fra i membri dal presidente», che questi «può modificare la ripartizione delle competenze nel corso del mandato», che i «membri della Commissione esercitano le funzioni loro attribuite dal presidente, sotto la sua autorità» e che «previa approvazione del collegio, il presidente nomina dei vicepresidenti tra i membri della Commissione». D'altra parte già la dichiarazione n. 32 annessa al Trattato di Amsterdam precisava che la Conferenza intergovernativa riteneva «che il Presidente della Commissione debba disporre di un ampio potere discrezionale nell'assegnazione dei compiti nell'ambito del collegio, nonché in qualsiasi riattribuzione dei medesimi nel corso del mandato». Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, il Parlamento ha affermato chiaramente la propria volontà ed il proprio diritto di vigilare sull'esercizio di tale facoltà da parte del Presidente della Commissione.

dimissioni a seguito di un eventuale voto di sfiducia espresso dal Parlamento nei confronti di un commissario (attraverso, magari, l'approvazione di una mozione di censura individuale) [48], ed il medesimo potere di cui lo stesso Presidente è titolare ai sensi dell'art. 217, quarto comma, TCE, e che può essere esercitato, appunto, soltanto con il consenso della Commissione. Laddove, infatti, i due meccanismi giungessero ad interagire, come potrebbe avvenire nel caso in cui, ad esempio, l'espressione di un voto di sfiducia individuale da parte del Parlamento fosse seguita da una delibera della stessa Commissione, l'opinione del Parlamento potrebbe acquisire forza giuridica vincolante proprio attraverso l'approvazione della Commissione, mentre, qualora le due istituzioni dovessero esprimersi in modo diverso, si potrebbe determinare una situazione di *impasse* difficilmente superabile, al cui centro si troverebbe, nuovamente, il Presidente della commissione.

L'attuale Presidente Barroso pare, dal canto suo, aver chiarito *a priori* il proprio punto di vista sulla questione, affermando di fronte al Parlamento di non poter «accettare che divenga automatico che il ritiro della fiducia [dell'assemblea] a un commissario implichi le sue dimissioni, poiché non è nei trattati, non è né nello spirito né nella lettera del Trattato». In questa prospettiva può, tuttavia, apparire per certi versi superflua, per altri addirittura contraddittoria, la precisazione effettuata dallo stesso Barroso, secondo cui i futuri commissari, alla stregua di quanto avvenuto in occasione dell'investitura della Commissione presieduta da Romano Prodi, avrebbero comunque assicurato al presidente di dimettersi nel caso in cui questi glielo chiedesse, ipotesi, questa, come la precedente, parimenti esclusa dallo spirito e dalla lettera dei trattati.

Per altro verso, bisogna segnalare come la stessa scelta di sottoporre alla valutazione del collegio una richiesta di dimissioni di un commissario che sia stata avanzata dal Parlamento sembri, in ultima analisi, rimessa totalmente alla discrezionalità del Presidente della Commissione, a meno che non si ritenga che l'obbligo di domandare il parere del collegio discenda implicitamente dall'impegno assunto dallo stesso Presidente nell'accordo quadro di «esaminare seriamente l'opportunità di chiedere al commissario di presentare le dimissioni».

Ad ogni modo, qualora si dovesse riconoscere che un eventuale voto negativo della Commissione non può che avere un effetto inibente sul potere del Presidente di chiedere le dimissioni del singolo commissario, al Parlamento

[48] È bene tuttavia ricordare ancora una volta che l'eventuale votazione con cui il Parlamento ritirasse la fiducia ad un commissario, anche se espressa con una maggioranza ampia come quella attualmente richiesta per l'approvazione di una mozione di censura, non avrebbe, a Trattato invariato, alcun effetto vincolante sul piano giuridico.

non resterebbe altra via da percorrere se non quella della censura contro l'intera Commissione, laddove essa fosse ritenuta responsabile di aver ingiustificatamente coperto le responsabilità di uno (o più) dei suoi membri. Si tratterebbe, forse, di una soluzione estrema e apparentemente eccessiva rispetto allo scopo, oltre che di non facile percorribilità in ragione dell'elevata maggioranza richiesta per l'approvazione della mozione di censura, ma l'esperienza della Commissione Santer – e, per certi versi, quella, più recente, della Commissione Barroso, giunta ad un passo da una ormai (pressoché) certa mancata approvazione proprio a causa delle perplessità gravanti soltanto su alcuni dei suoi membri – sembra dimostrare come anche in mancanza di uno strumento adeguato di controllo, il Parlamento abbia, in un certo senso, saputo appoggiarsi ad altri istituti, minacciandone, per così dire, l'utilizzo, al fine di rendere efficace il controllo medesimo [49].

A questo proposito resta da aggiungere che la risoluzione con cui il Parlamento, contestualmente all'approvazione dell'attuale Commissione, ha esplicitamente richiesto di modificare l'accordo quadro del 2000, avanza, in realtà, una proposta che, come parte della dottrina ha avuto modo di sottolineare, appare solo parzialmente innovativa, in quanto, lasciando invariato il principio enunciato nell'accordo vigente, aggiunge soltanto che, all'esito del serio esame condotto dal Presidente della Commissione, questi dovrebbe alternativamente chiedere le dimissioni del commissario oppure giustificare dinanzi al Parlamento il suo rifiuto di procedere in tal senso [50]. Non è difficile immaginare che tale rifiuto potrebbe, appunto, agevolmente fondarsi proprio su un eventuale voto negativo della Commissione sull'ipotesi di richiesta di dimissioni proveniente dall'Assemblea.

In chiusura, pare opportuno sottolineare come la tendenza ad impostare il rapporto Parlamento-Commissione non solo sul confronto tra il collegio nel suo insieme e l'assemblea parlamentare, ma anche sul dialogo specifico con i singoli membri, emerga già durante lo svolgimento delle audizioni, quando ai commissari viene chiesto se ritengano, «su un piano esclusivamente politico,

[49] D'altronde, non si può fare a meno di notare che la previsione contenuta nell'art. 217, quarto comma, TCE sembra configurare una sorta di forma di auto-controllo della Commissione sui suoi membri. Questa considerazione appare confermata da alcune disposizioni contenute nel cosiddetto «codice di condotta» dei commissari, che prevede non solo che ciascun membro della Commissione risponde al Collegio delle sue attività e di quelle del suo Dipartimento, ma anche che il Direttore generale risponde al commissario ed al collegio riguardo alla corretta attuazione degli orientamenti definiti dagli stessi, in particolare per la gestione della Direzione generale o del servizio conformemente alla divisione dei poteri.

[50] Sul punto vedi, ad esempio, L. RONCHETTI, *Colpire la Commissione per punire il Consiglio europeo. Cronaca di una crisi annunciata: la Commissione Barroso dinanzi al Parlamento europeo*, in *www.costituzionalismo.it*.

che in caso di esito negativo di un'audizione il commissario interessato debba rinunciare alla sua candidatura». Se il Parlamento sembra voler spingere verso un'autonomizzazione del controllo (e dei suoi effetti) sin dal momento genetico della formazione della Commissione, le risposte fornite dai commissari rivelano una certa resistenza nei confronti di tale spinta, se è vero che tutti, o quasi tutti, i membri designati hanno cura di precisare che le conseguenze di un potenziale esito negativo dell'audizione dovranno essere valutate direttamente dal presidente designato, sul quale graverà eventualmente l'onere di chiedere al singolo commissario di dimettersi [51]. L'unica, parziale eccezione sembra rappresentata dal commissario estone per gli «Affari amministrativi, l'audit e la lotta alle frodi», Sim Kallas, il quale, pur ammettendo che la decisione di ritirare una candidatura spetta al presidente della Commissione, ha comunque affermato di ritenere «*opportuno* che, in caso di esito negativo di un'audizione, un commissario designato *offra spontaneamente* al presidente di ritirarsi» (corsivo nostro).

Se, come precedentemente sottolineato, l'esperienza dell'approvazione della Commissione Barroso dimostra come il Parlamento possa effettivamente incidere sulla definizione della composizione del collegio e sulla distribuzione dei portafogli all'interno di questo, si deve riconoscere che, ancora oggi, ciò avviene solo indirettamente, restando ferma la mancanza di un obbligo per il commissario designato e «bocciato» di ritirare la propria candidatura: i futuri Commissari, infatti, facendosi scudo del principio stabilito nell'accordo quadro, finiscono per scaricare il peso della decisione in merito al loro destino interamente sulle spalle del Presidente, il quale si troverà nella delicata situazione di dover ricercare un punto di mediazione tra la volontà del Parlamento e quella dei governi nazionali che hanno espresso il commissario che non ha superato l'esame delle audizioni [52].

[51] Afferma, ad esempio, il commissario finlandese Olli Rehn che qualora «perdessi la fiducia del Presidente della Commissione, rassegnerei immediatamente le dimissioni». In sostanza, l'unico rapporto di fiducia giuridicamente rilevante è quello che intercorre tra singolo commissario e Presidente.

[52] Nel corso del dibattito parlamentare che ha preceduto la richiesta di rinvio, avanzata dal Presidente Barroso, del voto di approvazione sulla Commissione i liberaldemocratici del gruppo dell'ALDE, dopo aver ricordato che «il processo di approvazione non è un semplice timbro», si chiedevano «quanti governi si sono dimostrati disponibili ad accettare il diritto democratico e giuridico del nostro Parlamento di valutare gli uomini e le donne che sono stati proposti? Il silenzio che si ode è quello dei governi europei che abbandonano la Commissione ed il suo Presidente al proprio destino».

6. La mozione di censura ed il ricorso a strumenti atipici di controllo

Ad ogni modo, il precipitato finale di un meccanismo di formazione della Commissione in cui ancora forte è il ruolo dei Governi nazionali è una composizione del collegio caratterizzata dalla convivenza tra esponenti riconducibili a schieramenti politici diversi ed in certi casi addirittura opposti. La soddisfazione con cui il Presidente Barroso, nel discorso tenuto dinanzi al Parlamento in vista dell'approvazione dell'intera Commissione, sottolineava come nel collegio da lui formato vi fossero «i rappresentanti delle principali correnti politiche europee, i democratici cristiani ed i popolari, i socialisti ed i socialdemocratici, i liberali ed i democratici» costituisce il segno più evidente della peculiarità di questa istituzione, e, per quanto qui interessa, sembra complicare il significato della responsabilità della Commissione nei confronti del Parlamento.

Né a chiarire il significato di tale responsabilità sembra che possa valere il richiamo di quello che generalmente è considerato il principale strumento di controllo a disposizione del Parlamento, ma che, allo stesso tempo, alcuni autorevoli esponenti dell'Assemblea non hanno esitato a definire come «uno strumento grezzo e indiscriminato, che, in parole semplici, spesso viene descritto come se fosse un'opzione nucleare per cui, premendo il pulsante […], si farebbe scomparire l'intera Commissione»[53]. Si tratta, evidentemente, della mozione di censura, che, secondo l'art. 201 TCE, deve essere «approvata a maggioranza di due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei membri che compongono il Parlamento europeo: laddove questa maggioranza sia raggiunta, i membri della Commissione sono costretti ad «abbandonare collettivamente le loro funzioni».

Pur condividendo con l'istituto della sfiducia il carattere di procedimento strettamente parlamentare[54], il contesto politico-istituzionale in cui la censura si inserisce, l'elevata maggioranza richiesta per la sua approvazione, nonché la mancata equiparazione di questa maggioranza a quella necessaria per l'investitura della Commissione rendono tuttora difficile la sua completa assimilazione alla sfiducia parlamentare in senso classico[55].

---

[53] Così si esprimeva, in occasione del dibattito parlamentare relativi alla crisi della Commissione Santer, l'allora presidente del gruppo liberale Patrick Cox, il quale, come precedentemente ricordato nel testo, cercava di affermare la necessità di prevedere uno strumento di sfiducia individuale dei singoli commissari.

[54] Come emerge dalla lettura dell'art. 201 TCE, infatti, sia il Consiglio che il Consiglio europeo, almeno formalmente, non sembrano legittimati ad intervenire in alcun modo nel corso della procedura.

[55] Dal punto di vista della configurazione dell'istituto, il nuovo Trattato costituzionale non

La stessa formulazione letterale dell'art. 201 TCE, stabilendo che la mozione di censura ha ad oggetto «l'operato della Commissione», sembra, anzi, tradire in parte la natura originaria dell'istituto, che, concepito più come uno strumento per esaminare fatti già verificatisi che per valutare programmi politici, sembrava destinato all'accertamento del compimento di eventuali atti illegali da parte del soggetto controllato piuttosto che a fungere da mezzo con cui esprimere delle divergenze politiche tra l'assemblea e l'esecutivo [56].

Se rivolgiamo lo sguardo verso l'uso concreto che di questo strumento ha fatto il Parlamento, è dato constatare come la mozione di censura, a dispetto dell'evocata cautela con cui si sarebbe dovuta maneggiare un'arma potenzialmente devastante, sia stata in realtà utilizzata a più riprese dall'assemblea di Strasburgo [57]. La consapevolezza che le mozioni di volta in volta presentate non avrebbero potuto raggiungere la doppia maggioranza richiesta non ha, infatti, indotto il Parlamento ad abbandonare tale strumento, il quale, al contrario, come la dottrina non ha mancato di rilevare, «nella storia della Comunità […] è stato oggetto di strategie ibride, a metà strada tra le sanzioni penali e politiche» [58]. Le mozioni di censura, in altre parole, anche se destinate ad una sicura sconfitta, sono state ugualmente sottoposte al voto dell'assemblea, poiché lo scopo che esse perseguivano non era tanto, o soltanto, quello di far cadere la Commissione, quanto piuttosto, o anche, quello di sollevare un dibattito parlamentare su questioni ritenute di notevole rilievo, trasformandosi, talvolta, addirittura in mezzo per proporre riforme istituzionali volte all'incremento dei poteri dell'assemblea [59].

---

prevede nessuna novità, dal momento che l'art. III-340 riproduce letteralmente l'attuale art. 201 TCE. Parte della dottrina aveva, al contrario, auspicato un'equiparazione della maggioranza richiesta per la censura della Commissione con quella richiesta per la sua approvazione. In questo senso vedi, ad esempio, A. PRETO, *Le relazioni interistituzionali comunitarie*, cit., p. 950.

[56] Così P. MAGNETTE, *Contrôler l'Europe*, cit., p. 45, il quale osserva pure come ciò appariva perfettamente coerente con la natura dei primi parlamenti, che operavano più come alte corti che come organi legislativi.

[57] In proposito vedi, ad esempio, M. CAUCHAT, *Le controle politique du Parlament européen sur les executifs communautaires*, Parigi, 1989, nonché C. LEQUESNE e P. RIVAUD, *Les comités d'experts indépendants: l'expertise au service d'une democratie supranationale?*, in *Revue française de science politique*, 2001, p. 868.

[58] Cfr. P. MAGNETTE, *Contrôler l'Europe*, cit., p. 50.

[59] Non sono tuttavia mancate mozioni presentate allo scopo di stigmatizzare l'operato della Commissione, come è accaduto, ad esempio, nel 1997, con riferimento alla gestione dell'emergenza legata al diffondersi dell'encefalopatia bovina spongiforme. Proprio con riferimento alla crisi della «mucca pazza», la dottrina ha parlato di «censura sospensiva», nella misura in cui questa preannunciava che se le raccomandazioni dalla commissione parlamentare d'inchiesta appositamente costituita non avessero prodotto dei cambiamenti sostanziali al-

In ogni caso, se è vero che l'elevata maggioranza richiesta per l'approvazione della mozione di censura non è stata mai raggiunta, è vero anche che ciò non ha, come noto, impedito al Parlamento, sia pure per via indiretta, di costringere la Commissione alle dimissioni. Non è questa la sede per ripercorre in modo approfondito le tappe della complessa vicenda che ha portato alla caduta della Commissione presieduta da Jacques Santer, e tuttavia la crisi attraversata dalle istituzioni comunitarie tra il 1998 ed il 1999 rappresenta non solo un passaggio importante nel processo di maturazione dell'ordinamento comunitario [60], ma anche un esempio di come la funzione di controllo svolta dal Parlamento europeo possa, da un lato, risultare efficace attraverso un uso combinato dei vari strumenti predisposti dal Trattato e, d'altro lato, possa seguire strade talvolta non codificate.

Dopo aver preso avvio dal rifiuto del Parlamento di concedere alla Commissione il cosiddetto «discarico di bilancio» [61], la crisi istituzionale è passata attraverso la presentazione (e la mancata approvazione) di una mozione di censura [62], ed è culminata nell'istituzione, «sotto gli auspici del Parlamento e della Commissione», di un «Comitato di saggi», composto da «esperti indipendenti» ed incaricato «di esaminare il modo in cui la stessa Commissione scopr[iva] e tratta[va] i casi di frode, cattiva gestione e nepotismo, ivi compreso un riesame di fondo dei metodi da essa seguiti nella concessione di tutti i contratti finanziari» [63]. La vicenda, che si è conclusa con il deposito da par-

---

l'interno della Commissione, sarebbe stata deposita una mozione di censura. Ricordano inoltre C. LEQUESNE e P. RIVAUD, *Les comités d'experts indépendants*, cit., p. 870, come, nella medesima occasione, fosse stata proposta una censura, per così dire, «selettiva», la quale, pur colpendo l'intera Commissione, avrebbe contestualmente invitato i governi a riproporre i commissari uscenti, eccetto quelli ritenuti responsabili. D'altro canto, osserva P. MAGNETTE, *Contrôler l'Europe*, cit., p. 46, come vi siano state ipotesi in cui la presentazione di mozioni di censura non rappresentava altro che un modo per esprimere istanze di opposizione sistematica al processo di integrazione.

[60] A tacer d'altro, basterà qui segnalare che, come ricordato nel testo, proprio a seguito della crisi della Commissione Santer si è avuta l'introduzione dei primi, embrionali meccanismi atti a far valere la responsabilità individuale dei singoli componenti della Commissione.

[61] Si tratta, come noto, dell'atto con cui l'Assemblea riconosce alla Commissione di aver agito correttamente nel dare esecuzione al bilancio, e rappresenta, perciò, uno strumento fondamentale di controllo del Parlamento sulla Commissione (Art. 276 TCE). Per una ricostruzione dei tratti essenziali della complessa procedura di bilancio, in cui ruolo decisivo riveste anche il Consiglio, vedi L. RONCHETTI, *Sovranazionalità senza sovranità*, cit., p. 229 ss.

[62] La mozione presentata dall'on. D'Aubrespy fu stata respinta con 232 voti a favore, 293 contrari e 27 astenuti, ed anche in questo caso il voto fu caratterizzato da un complicato intreccio tra ragioni di appartenenza politica e di nazionalità.

[63] Per una ricostruzione puntuale dell'intera vicenda si veda A. PRETO, *Le relazioni interistituzionali comunitarie*, cit., p. 935 ss., nonché V. CONSTANTINESCO, *La responsabilité de la Commission européenne: la crise du 1999*, in *Pouvoirs*, 2000, n. 92, p. 117 ss.

te del Comitato di una relazione in cui si accertavano le responsabilità individuali di alcuni commissari per favoritismo, omissioni di controlli ed incapacità di gestire la complessa struttura amministrativa di cui essi erano titolari, cui sono seguite le dimissioni spontanee e collettive dell'intero collegio, appare significativa non solo per il fatto di dimostrare che il Parlamento, a dispetto dell'estrema difficoltà di utilizzare lo strumento specificamente predisposto a questo scopo dal Trattato, può effettivamente provocare la caduta della Commissione, ma anche per il modo in cui concretamente si è sviluppata.

In questa sede pare interessante sottolineare soprattutto come alcuni dei passaggi fondamentali dell'intera vicenda non si siano fondati su alcuna previsione normativa, ma siano stati semplicemente il frutto di scelte *lato sensu* politiche delle varie istituzioni coinvolte, le quali hanno a più riprese condotto la crisi al di fuori dei binari disegnati nel Trattato. La richiesta avanzata ufficialmente dal presidente della Commissione al Parlamento affinché quest'ultimo presentasse una mozione di censura nel caso in cui si fosse rifiutato di concedere il discarico – avocando, così, a sé il potere di chiedere una sorta di voto di fiducia –, il modo in cui la crisi si è risolta – con delle dimissioni collettive non contemplate dal Trattato –, e soprattutto il ricorso a quello che, di fatto, si è in ultima analisi rivelato come uno «strumento atipico» di censura rappresentano gli elementi di prova macroscopici della distanza tra le previsioni del Trattato ed il concreto svilupparsi degli eventi.

In particolare, non si può fare a meno di notare come la creazione del «Comitato di saggi» non solo abbia costituito l'utilizzo di una procedura ignota ai trattati, ma abbia anche significato la rinuncia da parte del Parlamento alla possibilità di usare quegli strumenti che già allora erano previsti e che con ogni probabilità sarebbero risultati idonei a svolgere le funzioni assegnate al Comitato, ovverosia, da una parte, le ordinarie commissioni temporanee d'inchiesta di cui all'art. 193 TCE, e, dall'altra, il Mediatore europeo, figura mutuata da alcune esperienze giuridiche nazionali e disciplinata dall'art. 195 TCE [64].

---

[64] In entrambi i casi, si tratta di strumenti introdotti nell'ordinamento comunitario dal Trattato di Maastricht. L'art. 193, primo comma, TCE stabilisce che «nell'ambito delle sue funzioni, il Parlamento europeo, su richiesta di un quarto dei suoi membri, può costituire una commissione temporanea d'inchiesta incaricata di esaminare, fatti salvi i poteri conferiti dal presente Trattato ad altre istituzioni o ad altri organi, le denunce di infrazione o di cattiva amministrazione nell'applicazione del diritto comunitario, salvo quando i fatti di cui trattasi siano pendenti dinanzi ad una giurisdizione e fino all'espletamento della procedura giudiziaria». L'art. 195, primo comma, prevede, invece, che il Parlamento europeo nomini un Mediatore, «abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, e riguardanti casi di

Non stupisce, dunque, che lo stesso Comitato, in occasione del suo primo rapporto, abbia avuto cura di sottolineare la propria natura di organismo *extra ordinem*, affermando che «non si tratta né di un'istituzione comunitaria né di un organo della Comunità, […] non è un tribunale e non ha alcun potere d'inchiesta formale», e, soprattutto, che «la sua autorità non si fonda altro che su un accordo concluso tra il Parlamento e la Commissione, accordo sulla base del quale (a) il Comitato ha accesso a tutti i documenti che desideri consultare e (b) il personale delle istituzioni non è tenuto all'obbligo di discrezione e di segreto professionale che gli impone lo statuto. Il Comitato si considera come un comitato consultivo temporaneo che agisce sulla base di un comune accordo e riceve la propria autorità da una risoluzione del Parlamento e dall'impegno preso da questo e dalla Commissione di aiutarlo nei suoi lavori e di accertarne le conclusioni» [65].

La «terza via» scelta per provare ad uscire dalla situazione di crisi appare, per certi versi, modellata proprio sulla falsariga delle commissioni d'inchiesta, ma da queste si differenzia soprattutto per la non trascurabile ragione che l'incarico di condurre le indagini era conferito non a membri del Parlamento ma, appunto, a un gruppo di «esperti indipendenti» [66]. L'affidamento di tale

---

cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari, salvo la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali. Conformemente alla sua missione, il Mediatore […] procede alle indagini che ritiene giustificate, tranne quando i fatti in questione formino o abbiano formato oggetto di una procedura giudiziaria. Qualora il Mediatore constati un caso di cattiva amministrazione, egli ne investe l'istituzione interessata, che dispone di tre mesi per comunicargli il suo parere. Il Mediatore trasmette poi una relazione al Parlamento europeo e all'istituzione interessata. La persona che ha sporto denuncia viene informata del risultato dell'indagine […]». Se quella del Mediatore sembra ormai un'attività consolidata ed intensa, per quanto riguarda le commissioni temporanee d'inchiesta occorre ricordare che dal 1992 ad oggi ne sono state istituite soltanto due, la prima nel gennaio del 1996, incaricata di esaminare l'eventuale violazione di regole comunitarie sulla libera circolazione delle merci, la seconda nel luglio dello stesso anno, chiamata a valutare la sussistenza di eventuali responsabilità del Ministero britannico dell'Agricoltura e della Direzione generale dell'Agricoltura della Commissione nella gestione dell'emergenza sanitaria legata al morbo dell'encefalopatia bovina spongiforme. Sul punto vedi comunque M. SHACKLETON, *The European Parliament's new committees of inquiry: tiger or paper tiger?*, in *Journal of common market Studies*, 1998, p. 115 ss., nonché C. LEQUESNE e P. RIVAUD, *Les comités d'experts indépendants*, cit., p. 872. I risultati, le statistiche e le relazioni annuali del Mediatore europeo sono rintracciabili sul sito *http://www.euro-ombudsman.eu.int/home/it/default.htm*, mentre per un esame globale della sua attività si veda, ad esempio, W. YENG SENG, *Premier bilan de l'activité du médiateur européen: d'une politique des petits pas à une pratique consolidée*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 528 ss.

[65] Cfr. punti 1.2.2 e 1.2.3 del primo rapporto del Comitato.

[66] Se è vero, infatti, che l'istituzione del Comitato era il frutto di una decisione presa di comune accordo dal Parlamento e dalla Commissione, è vero anche che per le commissioni di cui all'art. 193 il Trattato prevedeva (e prevede) che «le modalità per l'esercizio del diritto

compito a soggetti che riunissero in sé queste due caratteristiche, insieme alla circostanza per cui a tali soggetti era specificamente chiesto di verificare se il Collegio nel suo insieme o i singoli commissari «erano personalmente responsabili dei casi recenti di frode, cattiva gestione o nepotismo emersi in occasione dei dibattiti parlamentari», sembra, di per sé, sintomatico di un certo modo di intendere il controllo che doveva essere esercitato nel caso di specie sulla Commissione, e che doveva portare all'accertamento non tanto di una generica responsabilità politica dell'istituzione comunitaria o di alcuni suoi membri, quanto piuttosto alla valutazione della sussistenza di precisi elementi che avrebbero inequivocabilmente segnalato la presenza di una responsabilità «tecnica» se non addirittura «etica» o «morale» di alcuni Commissari [67].

A fugare ogni dubbio in proposito soccorrono le parole utilizzate dai Saggi nella loro prima relazione: «le responsabilità di cui si occupa questo comitato riguardano le responsabilità morali, vale a dire le responsabilità legate a comportamenti non conformi alle corrette norme relative alla vita pubblica. Occorre distinguere tali responsabilità dalle responsabilità politiche della Commissione di cui all'articolo 144 del Trattato CE, che spetta al Parlamento europeo accertare, e dalle responsabilità disciplinari dei singoli Commissari di cui all'articolo 160 del Trattato CE, di cui è investita la Corte di giustizia, su domanda del Consiglio o dalla Commissione».

Ciò nondimeno non si può fare a meno di sottolineare come il tentativo di tracciare una precisa linea di confine fra tre diversi tipi di responsabilità – morale, politica e disciplinare – cui dovrebbero corrispondere simmetricamente tre distinti strumenti idonei, ciascuno, a far valere separatamente ognuna di questi profili di responsabilità – rispettivamente lo stesso Comitato, la mozione di censura ed il ricorso alla Corte di giustizia – risulti non del tutto agevole. Disegnare una corrispondenza biunivoca tra un certo tipo di responsabilità ed il modo attraverso cui accertarne la sussistenza e determinarne le conseguenze, infatti, se pare certamente possibile e doveroso per alcune forme di responsabilità (penale o civile, ad esempio), sembra assai più difficile quando si tratti di valutare comportamenti riconducibili alla sfera della politica e dell'etica.

Detto ancora altrimenti, se è vero che il Trattato, quando stabilisce che i

---

d'inchiesta s[ia]no fissate di comune accordo dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione».

[67] Dell'emergere di una responsabilità morale della Commissione parla, ad esempio, V. CONSTANTINESCO, *La responsabilité de la Commission européenne*, cit., p. 121, mentre W. VAN GERVEN, *Ethical and political responsabilità of EU Commissioners*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1 ss., individua, appunto, una precisa «responsabilità etica» che riguarderebbe «the rules of good behaviour in public life».

«membri della Commissione esercitano le loro funzioni in piena indipendenza nell'interesse generale della Comunità», che «nell'adempimento dei loro doveri, essi non sollecitano né accettano istruzioni da alcun governo né da alcun organismo» e «si astengono da ogni atto incompatibile con il carattere delle loro funzioni», e, ancora, che «non possono, per la durata delle loro funzioni, esercitare alcun'altra attività professionale, rimunerata o meno» e «fin dal loro insediamento, essi assumono l'impegno solenne di rispettare, per la durata delle loro funzioni […], gli obblighi derivanti dalla loro carica […]», il Trattato – dicevamo – rinvia espressamente alla procedura di cui all'art. 216 TCE [68], sembra ugualmente vero che la valutazione compiuta dalla Corte di giustizia su richiesta del Consiglio o della Commissione non pregiudica il diritto (ed il dovere) del Parlamento di valutare in modo indipendente e dalla prospettiva che gli è propria quegli stessi comportamenti e di farlo con gli strumenti che ha a disposizione.

In questo senso parrebbe effettivamente lecito chiedersi quali siano state le ragioni che hanno indotto, ad esempio, il Parlamento a rinunciare, in occasione della crisi della Commissione Santer, alla possibilità di ricorrere all'istituzione di una commissione d'inchiesta oppure alla ricordata figura del Mediatore europeo. Anche ammettendo, infatti, che la decisione di non seguire la prima strada sia stata causata dalla volontà della Commissione di portare la direzione dell'attività di controllo «fuori» dal Parlamento, non si può non ricordare che un organo esterno all'Assemblea e da questa indipendente era, già allora, rappresentato proprio dal Mediatore, il quale, secondo il Trattato, per quanto nominato dal Parlamento per la durata della legislatura, «esercita le sue funzioni in piena indipendenza» e «nell'adempimento dei suoi doveri, […] non sollecita né accetta istruzioni da alcun organismo» (art. 195, terzo comma).

A questo proposito pare comunque da segnalare che quello che si instaura tra il Mediatore ed il Parlamento sembra essere un legame in un certo senso privilegiato e diverso rispetto a quello che intercorre tra lo stesso Mediatore e le altre istituzioni comunitarie, e ciò, com'è evidente, sia per una ragione di ordine funzionale, dal momento che essi svolgono, in ultima analisi, una funzione di controllo – sebbene il mediatore sia specificamente preposto all'accertamento di eventuali «casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari» – sia per ragioni di ordine strutturale, poiché il Parlamento, oltre ad eleggere direttamente (e

[68] Tale articolo – lo ricordiamo – prevede, in caso di violazione di tali obblighi, l'intervento della Corte di giustizia, su istanza del Consiglio o della Commissione, per pronunciare, se del caso, le dimissioni d'ufficio dei commissari interessati.

con mandato rinnovabile) il Mediatore, da un lato è l'unico soggetto che può richiederne la rimozione ricorrendo alla Corte di giustizia [69] e, d'altro lato, sia pure previo parere della Commissione e con l'approvazione del Consiglio, «ne fissa lo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni».

Sembra, dunque, di poter concludere che il rapporto di stretta collaborazione che si instaura tra questi due soggetti [70] e che finisce, per certi versi, per rendere il Mediatore una sorta di strumento indiretto di controllo a disposizione del Parlamento (o quanto meno, un utile mezzo ausiliario nello svolgimento di tale funzione) [71], unitamente all'esclusione di qualsiasi possibilità per la Commissione di influire sulla determinazione dei limiti del mandato del Mediatore, può aver contribuito a far sì che l'ipotesi di affidare a questa figura l'indagine sull'operato dei Commissari fosse scartata a vantaggio della creazione di un organo *ad hoc* con incarico predefinito, in parte, dallo stesso soggetto controllato.

7. Conclusioni

Dal quadro sin qui delineato emerge con discreta evidenza come le difficoltà che tuttora si frappongono ad una ricostruzione dei rapporti tra Parlamento e Commissione nei termini classici della «responsabilità politica» tra governo e assemblea parlamentare derivano da un'ampia gamma di fattori, che vanno dalle caratteristiche generali del quadro istituzionale comunitario alle peculiarità di composizione e funzionamento interno delle due istituzioni. A ciò si contrappone, tuttavia, una costante (anche se variabile quanto a intensità) spinta verso la costruzione a livello comunitario di un modello parlamentare, tendenza, questa, che sembra trovare naturalmente le proprie radici nella comune cultura giuridica dei popoli europei, «abituati a vivere il

---

[69] Secondo il secondo comma dell'art. 195, infatti, il «Mediatore può essere dichiarato dimissionario dalla Corte di giustizia, su richiesta del Parlamento europeo, qualora non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni o abbia commesso una colpa grave».

[70] E, pare opportuno ricordarlo, il Mediatore non solo agisce, oltre che «di propria iniziativa», «in base alle denunce che gli sono state presentate direttamente o *tramite un membro del Parlamento europeo*» (corsivo nostro), ma deve altresì trasmettere allo stesso Parlamento una relazione all'esito di ogni indagine ed una alla fine di ogni anno.

[71] Nello stesso senso vedi G. VILELLA, *Le relazioni tra Parlamento europeo e Commissione esecutiva nella prospettiva di una loro sistemazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, p. 342.

principio della responsabilità politica dell'esecutivo attraverso il sistema parlamentare»[72].

Se è vero che quella sorta di tradizione costituzionale comune in materia di forma di governo rappresentata dal principio della responsabilità dell'esecutivo nei confronti del parlamento ha dimostrato una grande capacità di penetrazione nel cuore dell'ordinamento dell'Unione, progressivamente informando di sé l'intera costruzione comunitaria, resta da capire se la sua forza sia tale da riuscire a condizionare e indirizzare lo sviluppo dell'Unione anche oltre la predisposizione di meccanismi e strumenti tipici dei regimi parlamentari, superando quell'ostacolo materiale ancora oggi costituito dalla mancanza di un sistema politico e partitico compiuto a livello europeo. La nota influenza che l'assetto dei partiti esercita all'interno dei vari ordinamenti nazionali sulla configurazione concreta delle singole forme di governo sembra infatti costituire, anche nel quadro dell'ordinamento dell'Unione, un fattore determinante per la definizione della forma di governo europea, al pari delle peculiarità proprie di un sistema istituzionale complesso e complicato dalla presenza di una molteplicità di livelli di governo.

Il fatto che oggi la Commissione non sia più «un'istituzione quasi sacerdotale sostenuta da un coro di fedeli»[73] rappresenta una certezza ampiamente corroborata dall'esperienza, che ha in un certo senso superato le stesse aspettative (e forse anche la volontà) di molti protagonisti della storia dell'Unione. Questa consapevolezza non deve, tuttavia, far dimenticare che se l'obiettivo perseguito è la tendenziale riproduzione a livello comunitario di

---

[72] Così S. NINATTI, *La formula parlamentare europea dagli esordi al Trattato costituzionale*, Relazione al Convegno *The National Constitutional Reflection of European Union Constitutional Reform*, Madrid, 5-7 settembre 2004, p. 20 del paper. In termini analoghi si esprime P. MAGNETTE, *Le principe démocratique au-delà de la représentation*, cit., quando osserva che i «Capi di Stato e di governo, titolari del potere costituente nell'Unione, non hanno cessato […] di trasferire nel quadro istituzionale europeo le caratteristiche dei regimi parlamentari di cui loro stessi sono espressione. Per quanto coscienti della singolarità costituzionale dell'Unione, e dell'impossibilità che ne deriva di farne un regime parlamentare nel senso pieno del termine, *il modello politico nazionale esercita su di loro una tale impronta intellettuale che essi non possono concepire un'organizzazione democratica che sfugga ai canoni propri di tale modello*» (corsivo nostro). Sull'argomento si veda anche, da ultimo, E. BINDI, *Tradizioni costituzionali comuni e valore del Trattato costituzionale europeo*, Relazione al Convegno del "Gruppo di Pisa" su *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Capri, 3-4 giugno 2005, p. 32 ss. paper.

[73] L'espressione tra virgolette è Jean-Louis Bourlanges, esponente del gruppo PPE/FR, il quale, in occasione della crisi della Commissione Santer concludeva affermando che la Commissione diviene oggi «un organismo governativo, praticamente soggetto al controllo dei rappresentanti dei popoli. È seccante ma è così» (cfr. resoconto integrale del 13 gennaio 1999).

un modello di controllo parlamentare sull'esecutivo che sia in grado non solo di valutare l'operato della Commissione, ma anche di determinare una forma di partecipazione del Parlamento europeo alla determinazione dell'indirizzo politico dell'Unione, il cammino da percorrere sembra ancora lungo e non privo di difficoltà, e pare dovere necessariamente passare, da un lato, attraverso l'evocata maturazione di un sistema politico europeo, e, dall'altro, attraverso un incremento della capacità della Commissione stessa di farsi motore dello sviluppo delle politiche dell'Unione e della sua crescita [74].

Il tipo di responsabilità che lega la Commissione al Parlamento dipende, in altre parole, anche dal tipo di attività che la Commissione concretamente svolge. Se, cioè, l'Assemblea di Strasburgo ha dimostrato di essere in grado di condurre un controllo effettivo ed efficace sul collegio dei commissari, tanto nella fase dell'investitura quanto in quella successiva della «gestione ordinaria della *res publica* europea», la possibilità di assimilare il rapporto tra queste due istituzioni a quello classico tra governo e parlamento dipende ormai in gran parte dalla capacità della Commissione e del suo Presidente di partecipare alla definizione degli obiettivi fondamentali dell'Unione, a partire, forse, dalla già prevista partecipazione di questi al Consiglio Europeo.

Fino a quando, infatti, l'impulso necessario allo sviluppo dell'Unione e la definizione degli «orientamenti politici generali» di questa saranno competenza pressoché esclusiva del Consiglio europeo (art. 4 TUE), il Parlamento non solo sembra destinato a svolgere un ruolo marginale nella determinazione dell'indirizzo politico comunitario, data l'assenza di qualsiasi rapporto di responsabilità tra queste due istituzioni, ma non potrà che far valere nei confronti dei singoli commissari una responsabilità prevalentemente legata al corretto svolgimento delle funzioni, cercando di evidenziare eventuali carenze o irregolarità nell'operato dei membri del collegio e, nei limiti in cui ciò sia possibile, di indirizzarne l'azione negli specifici settori di competenza [75].

---

[74] Non bisogna dimenticare che lo stesso art. 191 TCE riconosce che «i partiti politici a livello europeo sono un importante fattore per l'integrazione in seno all'Unione» nella misura in cui «contribuiscono a formare una coscienza europea e ad esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione». T. PADOA-SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001, parlando, a proposito dell'Unione Europea, del rapporto tra «l'incompiutezza» ed «il già costruito», – rapporto in cui la prima rende precario il secondo, ed il secondo rischia, a sua volta, di far dimenticare la prima – ricorda come Mario Alberini avesse sostenuto che, all'interno della dialettica tra questi due estremi, il «punto di non ritorno […] non è né nelle competenze né nelle istituzioni: è il momento in cui la lotta politica diviene *europea*, in cui l'oggetto per il quale lottano uomini e partiti sarà il potere europeo».

[75] Nello stesso senso vedi, da ultimo, P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea*, cit., secondo cui il Parlamento europeo resta ancora «sullo

Quanto più la Commissione riuscirà ad allontanarsi dal modello degli «*appointed burocrats*» di cui parlava Margaret Thatcher e ad avvicinarsi a quello di un governo capace di individuare risposte adeguate sia ai problemi dell'ordinaria amministrazione dell'Unione, sia alle questioni poste dal continuo processo di integrazione che dovrebbe condurre alla costruzione di «un'Unione sempre più stretta», tanto più sarà possibile parlare di una vera e propria responsabilità politica del collegio dinanzi al Parlamento.

---

sfondo delle dinamiche dalle quali prende corpo l'indirizzo politico dell'UE, che si forma attraverso un circuito che vede il Parlamento in un ruolo di controllo, ma dalla cui fase decisionale esso resta sostanzialmente tagliato fuori».

III

IL FORUM

La riforma dell'ordinamento giudiziario *

* Il Forum si è svolto presso il Dipartimento di Diritto dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Allo stesso il Prof. Chiola, invitato a partecipare, non è potuto intervenire per ragioni personali e ha cortesemente fatto pervenire lo scritto che si pubblica in Appendice.

I Domanda:

Il rinvio del Presidente della Repubblica ha posto in rilievo alcuni elementi di «palese incostituzionalità» della legge approvata dalle camere.

Qual è il vostro giudizio in proposito? In particolare: ritenete che le modifiche apportate in seconda lettura abbiano superato i rilievi del capo dello Stato?

È stato sostenuto che le osservazioni del Presidente Ciampi intendevano evidenziare, al di là degli specifici rilievi, il contrasto con i principi costituzionali della «ratio» generale della legge. Cosa ne pensate?

Come si pone la legge n. 150 del 2005 rispetto all'evoluzione che ha avuto, dal 1948 ad oggi, la disciplina dell'ordinamento giudiziario (attraverso provvedimenti legislativi di settore, decisioni della Corte costituzionale, interpretazione giurisprudenziale e c.d. attività paranormativa del CSM)?

Roberto Romboli

La prima domanda è relativa al rinvio del Presidente della Repubblica, soprattutto in riferimento ai rilievi se la modifica li ha superati oppure no. Inoltre, è opinione diffusa tra i costituzionalisti, che l'incostituzionalità rilevata del Presidente della Repubblica è la «palese incostituzionalità»; non è certo un controllo tramite il quale si vanno ad individuare i singoli punti. Condividete un discorso in base al quale il problema non è tanto la singola disposizione della legge, quanto lo spirito generale della legge ad essere in contrasto con la Costituzione.

Antonio Patrono

Il Presidente della Repubblica aveva posto in rilievo alcuni elementi di palese incostituzionalità. Le modifiche che sono state apportate a seguito delle osservazioni del messaggio del Capo dello Stato, hanno evidentemente reso il testo sul piano formale più accettabile rispetto alla versione precedente; sul piano sostanziale però rimangono alcuni punti di notevole perplessità, e, a mio giudizio, pur mantenendosi proprio su un'interpretazione minima, e quindi rimanendo per il momento sul piano della palese incostituzionalità, c'è almeno un aspetto che non è stato sufficientemente adeguato, ovvero la circostanza che il Consiglio Superiore della Magistratura è spogliato delle competenze per le quali ha una sorte di monopolio a livello costituzionale in materia di ordinamento giudiziario: per fare l'esempio più evidente, ciò accade in tutti i casi in cui la valutazione sulla professionalità del magistrato, al fine del conferimento – ad esempio – delle funzioni di secondo grado, sia stata – da par-

te della Commissione esterna al Consiglio stesso – negativa. In base al testo della legge delega, in questo caso il Consiglio Superiore della Magistratura non può nemmeno prendere in considerazione quel magistrato e, quindi, sotto questo profilo, il principio di cui all'art. 105 Cost. del monopolio del Consiglio Superiore in termini di ordinamento giudiziario ritengo che sia ancora violato.

Per quel che riguarda l'aspetto della possibile incostituzionalità d'insieme, di sistema, che tra l'altro credo che soprattutto il prof. Elia ha più volte prospettato in varie sedi pubbliche, per quel che so è plausibile a livello di studio, di speculazione, non credo però che sia affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e comunque sicuramente merita attenzione ma desta anche perplessità.

Poiché però la domanda faceva esplicito riferimento al contenuto concreto del messaggio del Presidente della Repubblica Ciampi, io osservo che quale che sia la nostra opinione su questa possibile incostituzionalità di sistema, non credo onestamente da quel messaggio che quella sia stata la prospettiva che ha avuto il Presidente della Repubblica, perché io ricordo che i punti che sono stati «censurati» dal Capo dello Stato erano punti molto specifici che si rifacevano a delle considerazioni, a delle previsioni normative anche di notevole dettaglio. Quindi, se anche può essere stata immanente nel pensiero del Capo dello Stato la prospettiva di cercare di riequilibrare sotto qualche aspetto nel sistema l'allora disegno di legge, sicuramente però ciò che è emerso dal contenuto del messaggio – a mio giudizio – onestamente non evidenzia l'adesione a quel tipo di interpretazione; il che peraltro è plausibile, perché effettivamente il Capo dello Stato in quella sede riveste un ruolo che non credo possa essere spinto fino al punto di fare un'applicazione molto estesa delle sue prerogative basata su un'interpretazione comunque opinabile di eventuali difetti di legittimità costituzionale fondati su problemi generali di sistema e non con riferimento, invece, a problemi specifici con immediato riferimento a norme costituzionali violate.

L'ultima parte della domanda è: «come si legge la legge n. 150 rispetto all'evoluzione che ha avuto la disciplina dell'ordinamento giudiziario in precedenza?». Evidentemente è una soluzione di retroguardia che comporta una evidente nostalgia per il passato, un passato in cui il rapporto tra istituzioni era diverso da quello odierno. Io vedo in ciò un tentativo di tornare indietro senza tener conto che l'evoluzione dei rapporti fra istituzioni (quindi anche del ruolo della magistratura) è avvenuta non per una volontà autoritaria, impositiva, imposta dall'alto, ma si è sviluppata e si è evoluta come evidentemente era normale che si dovesse evolvere in un Paese ad elevato livello di democrazia, con una Costituzione ad elevato livello di riconoscimento dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura e del rispetto tra le istituzioni fondamentali. Se si è evoluta così, è perché evidentemente nell'arco di questii cinquanta-sessant'anni non poteva che svilupparsi in quel modo.

Si è voluto costruire una legge quasi come una sorta di «macchina del tempo», facendo tornare il ruolo dei magistrati, il loro rapporto con gli altri, a quello che la società, l'esperienza e la cultura di cinquanta-sessant'anni fa consentivano, ma che è tutto diverso da quello che comporta adesso; ecco perché – a mio giudizio – è un tentativo destinato inevitabilmente a fallire comunque in qualche modo perché anacronistico.

Cesare Salvi

Il messaggio esprime il criterio che in modo abbastanza esplicito si è dato questo Presidente della Repubblica per quanto riguarda l'esercizio del potere di rinvio da parte del Capo dello Stato: questa categoria della «palese incostituzionalità», che come sappiamo né è scritta in Costituzione, né si era univocamente ritenuta finora il parametro al quale il Presidente della Repubblica dovesse fare riferimento nell'esercizio del potere di rinvio.

Come vediamo anche in questa discussione questo criterio suscita dei problemi, perché l'interprete chiede se l'utilizzo di questo criterio esaurisca o meno e in che misura i diversi profili di costituzionalità o incostituzionalità di un provvedimento. Per quanto sia ben chiaro e ribadito nell'interpretazione che il Capo dello Stato dà dei suoi poteri, non c'è dubbio, dal momento in cui si assume che l'esercizio del potere di rinvio è legato al parametro di costituzionalità (sia pure esplicitando con l'aggettivo «palese», che non si intende poi sottrarre al compito della Corte costituzionale un esame più approfondito), tutto quello che passa questo filtro può avere quantomeno un «sospetto» di costituzionalità.

Per quanto riguarda l'altro aspetto del quesito, se cioè le risposte che sono state date da Governo e Parlamento superano i rilievi che erano stati avanzati dal messaggio, si può ricordare (si sa già) che, non essendo esercitabile – secondo l'opinione prevalente – una seconda volta il potere di rinvio, qui non c'è nemmeno quell'eventuale *fumus* o giudizio implicito sul testo.

Il messaggio – a mio avviso – è molto restrittivo rispetto ai profili di incostituzionalità che possono presentarsi *prima facie*, perché ce ne sono molti di più rispetto a quelli indicati; però – ripeto – bisogna sempre tener conto che siamo in presenza di questa categoria della «incostituzionalità palese». Per quanto riguarda il testo conclusivamente approvato dal Parlamento, anch'io condivido quello che è stato detto: dei quattro punti che erano stati sollevati in maniera molto puntuale, mi pare che tre siano superati dal nuovo testo (per stare sempre nella dialettica Presidente della Repubblica-Parlamento), mentre sulla questione del rapporto tra Scuola Superiore e Consiglio Superiore ho l'impressione che non sia risolto il rilievo del Capo dello Stato. Però – ripetiamo – che non è solo questo l'aspetto di questo testo contrastante con la Costituzione. La tesi di Leopoldo Elia è suggestiva, ma porrei la questione in termini almeno in parte diversi. È evidente che un'intera legge può essere incostituzionale, ma non perché l'impianto sia nel suo complesso incostituzionale: piuttosto, perché contrasta con la Costituzione nel suo insieme, o alcune parti sono in contrasto insanabile con la Costituzione e non sarebbe razionale mantenere le altre. Detto questo, nel merito non mi pare che sia una legge integralmente incostituzionale, perché ci sono alcune parti (pensiamo alla nuova disciplina sull'illecito disciplinare) che presentano alcuni punti molto opinabili (in particolare quello sull'interpretazione) ma che nel complesso non solo non possono dirsi incostituzionali ma sono di attuazione (da diverse legislature si tenta di introdurre nell'ordinamento giudiziario la disciplina dell'illecito disciplinare che contenga la tipizzazione. Le fattispecie che ritornano più o meno sono sempre quelle: il punto più delicato è quello che riguarda

il rapporto col potere di interpretazione, ma se c'è è un'incostituzionalità puntuale che non riguarda l'insieme della norma. Poi si possono condividere o meno le scelte fatte anche su questo punto).

Per quanto riguarda, infine, il rapporto con l'evoluzione del sistema, è evidente che c'è una volontà di restaurazione collegata a un – come si dice nel linguaggio comune – «vorrei ma non posso»: nel senso cioè che si tenta di introdurre un controllo, una disciplina della magistratura, non menomando principi di indipendenza e di autonomia in modo esplicito, ma cercando di ritornare ad una situazione – quella appunto degli anni cinquanta – in cui la magistratura di fatto era subordinata al potere, politico ma non solo, per ragioni culturali, per ragioni ordinamentali, per il peso prevalente che avevano la Corte di cassazione, e i capi degli uffici, per il modo in cui veniva interpretata la garanzia dell'inamovibilità (basti ricordare i libro di Maranini «Magistrati funzionari», poi c'è il libro di Achille Battaglia «Giudice e politica»). Tanto è vero che il primo testo dell'ordinamento giudiziario puntava molto sul ruolo della Corte di cassazione, nel senso che si riteneva di costruire una subordinazione attraverso quella Corte (che era poi la sostanza del sistema degli anni cinquanta. Poi in realtà il discorso non ha funzionato, anche perché essendo passato mezzo secolo la stessa Cassazione si è ribellata). E ritorna quindi per i diversi rami, che sono poi quelli del controllo burocratico sulla produttività del magistrato intesa come produzione di testi, più che come laboriosità, dei poteri dei capi degli uffici: a mio avviso c'è un'incostituzionalità evidente nel potere del procuratore capo di dare direttive anche sul singolo caso una volta assegnato, di revocare in caso di contrasto e così via. La logica di sistema è una logica per cui attraverso il ricorso a meccanismi gerarchici, un accrescimento di ruoli (in particolare della Cassazione e dei capi degli uffici), si cerca di riprodurre una magistratura di tipo gerarchico, in cui ci possa essere sia un controllo sulle «carriere» che sui singoli provvedimenti giudiziari, che passi attraverso questo canale di comando.

Se sia realistico o meno questo progetto credo che sia tema della seconda domanda. Del resto – e su questo concludo – è un orientamento che vediamo in altri campi, non solo quello dell'ordinamento giudiziario: presentare cioè come modernità soluzioni che in realtà nella sostanza riportano lo stato del diritto al dato di diversi decenni or sono. Anche se non è la sede adatta, è evidente che quando – ad esempio – si è ipotizzato, ma poi non è andato in porto, il superamento di certe garanzie previste dallo Statuto dei lavoratori, e più in generale quando si riarticola tutta la materia del diritto del lavoro, il modello che emerge è quello che c'era prima delle leggi degli anni sessanta, che sono certo anch'esse parte del «disgelo costituzionale». Più che una legge lesiva della posizione costituzionale della magistratura, questa legge che – per dare un giudizio d'insieme – mi pare si proponga un disegno di restaurazione, cioè l'idea di una società e di un diritto riorganizzati intorno a dati gerarchici e a valori che si considerano – erroneamente – di stabilità e di coesione.

Nello Rossi

C'è un filo unitario che lega i diversi passaggi del messaggio del Presidente. I rilievi svolti investono tutti uno stesso oggetto, o se si preferisce, hanno tutti un medesimo «bersaglio»: l'invadenza ministeriale.

Questo aspetto è chiarissimo nel primo rilievo del Presidente, che riguarda la «relazione» che il Ministro della giustizia svolge dinanzi alle Camere all'inizio dell'anno giudiziario.

Nell'originaria formulazione della legge sull'ordinamento giudiziario si attribuiva al Ministro il compito di tenere un discorso al Parlamento «sulle linee di politica giudiziaria». Gli si attribuiva, cioè, un vero e proprio potere di indirizzo in materia di giustizia, il potere di delineare una politica giudiziaria in senso forte.

Nel messaggio presidenziale questa previsione è stata giudicata esorbitante rispetto ai compiti che la Costituzione riserva al Ministro. La carta costituzionale – ha ricordato il presidente – limita le attribuzioni del Ministro alla «organizzazione» ed al «funzionamento dei servizi relativi alla giustizia» e non gli consente di entrare nell'ambito riservato all'esercizio della giurisdizione, per tracciare linee da seguire o per impartire direttive.

Ed in effetti nel testo riapprovato dal Parlamento a seguito del messaggio, la natura del discorso del Ministro è cambiata ed il suo intervento è divenuto una «relazione sull'amministrazione della giustizia», meglio rispondente a quanto previsto dalla Costituzione.

Su questo punto, dunque, il legislatore sembra essersi adeguato al messaggio presidenziale.

Altra questione, più legata all'attualità politica, è se il Ministro Castelli, nella prima occasione di applicazione della nuova normativa – la relazione al Parlamento sull'amministrazione della giustizia svolta nel gennaio di quest'anno – si sia mantenuto nei limiti di un discorso sull'organizzazione e sul funzionamento dei servizi; la mia impressione è che nella sua relazione ci sia stato poco spazio per questi temi e molto posto per generiche considerazioni di politica giudiziaria, con un superamento ed una elusione di fatto dei confini ricordati dal presidente Ciampi.

Un'altra espressione dell'invadenza ministeriale, stigmatizzata nel messaggio, è stata la previsione di uffici ministeriali per il «monitoraggio» degli esiti dei procedimenti; uffici destinati, inevitabilmente, a esercitare controlli sui contenuti dei provvedimenti giudiziari e, per questa via, a condizionare gravemente i magistrati nell'esercizio delle loro funzioni. Oggi questi uffici non sono più previsti nella legge.

Sulle questioni poste nei primi due punti del messaggio, si può dunque dire che il Presidente è stato ascoltato.

Ma sugli altri due punti del messaggio il parlamento è rimasto del tutto sordo ed insensibile.

Il presidente aveva posto una questione precisa: ritenere il Ministro della giustizia legittimato a ricorrere al giudice amministrativo contro i provvedimenti in materia di incarichi direttivi adottati dal CSM in contrasto con il concerto o con il parere ministeriale significa violare l'art. 134 della Carta fondamentale, che riserva alla Corte

costituzionale la decisione sui conflitti di attribuzione tra Ministro e CSM, compresi i conflitti sulle nomine dei dirigenti degli uffici giudiziari.

Come ha più volte ricordato il giudice costituzionale, su queste nomine il Ministro ed il CSM devono dialogare e confrontarsi seguendo il metodo della leale collaborazione; ma, una volta che il confronto effettivo ed approfondito vi sia stato, il Ministro è tenuto ad adeguarsi alle scelte ed alle valutazioni discrezionali del CSM e deve dare corso alla nomina. Non può impugnare la delibera del CSM e prolungare, nel giudizio amministrativo, la sua contrapposizione al Consiglio Superiore perché non è portatore di un interesse legittimo autonomo rispetto alle determinazioni del CSM e non può comportarsi come il singolo magistrato controinteressato che impugna la sua mancata nomina.

Lo ha detto la Corte costituzionale, lo ha ripetuto il Presidente della repubblica. Ma senza effetto.

Roberto Romboli

Forse anche dal punto di vista del processo, c'è un interesse?

Nello Rossi

Francamente io non riesco a «vederlo» questo interesse, beninteso nell'ambito del giudizio amministrativo, e non comprendo come il giudice amministrativo possa intervenire in questa materia per distribuire torti e ragioni tra Ministro e Consiglio Superiore e per decidere chi è il corretto interprete dell'interesse pubblico.

In realtà il rilievo del presidente è stato completamente eluso, perché nel nuovo testo della legge delega è stato sì introdotto un piccolo inciso «fermo quanto previsto dalle norme sui conflitti di attribuzione», ma è stato ribadito il potere del ministro di ricorrere al giudice amministrativo contro le delibere di conferimento degli incarichi direttivi.

Più che la soluzione di un problema, questa formulazione sarà una miniera di conflitti giuridici ed istituzionali.

Ancora più grave è che il parlamento abbia sostanzialmente ignorato il punto centrale del messaggio, relativo al ruolo della Scuola della magistratura ed al meccanismo dei concorsi.

Il presidente aveva ricordato una elementare verità: la Costituzione riserva al CSM i poteri in materia di assegnazione, promozione e trasferimento dei magistrati.

Ma se nella legge delega la Scuola della magistratura e le commissioni di concorso assumono un ruolo centrale in tutte procedure di promozione e trasferimento dei magistrati e se queste procedure sono totalmente condizionate dai giudizi favorevoli (o sfavorevoli) dei corsi di formazione tenuti dalla Scuola e dai giudizi delle commissioni di concorso, il Consiglio risulta espropriato del suo potere di valutazione e diviene organo di ratifica di decisioni prese da altri soggetti.

In altri termini: se le valutazioni professionali dei magistrati vengono ripartite fra una Scuola che sembra finalizzata soprattutto a distribuire attestati di formazione utili ai fini della carriera e fra commissioni di concorso, nominate *ad hoc*, che cosa rimane della competenza del Consiglio Superiore della Magistratura in tema di promozioni e di trasferimenti?

Questo profilo del messaggio richiama alla mente la tesi, autorevolmente sostenuta, dell'incostituzionalità sistemica della legge sull'ordinamento giudiziario perché investe in pieno uno dei nuclei essenziali della nuova legge di ordinamento e cioè i nuovi meccanismi di valutazione e selezione professionale.

Anche in questo caso il parlamento sembra aver scelto la via di un aggiustamento minimale senza ripensare a fondo, sotto i profili della costituzionalità e dell'efficienza, la macchina dei concorsi ed il sistema di formazione burocratica approvato in prima battuta.

Così, nel testo «riapprovato», si è scritto che il Consiglio Superiore dovrà «tener conto» dei giudizi della Scuola e dei giudizi di idoneità formulati dalle commissioni di concorso.

L'intenzione sembra quella di restituire al Consiglio un potere di decisione in «ultima istanza» al fine di evitare una dichiarazione di incostituzionalità della normativa; ma restano aperti i problemi di fondo e non sono risolti neppure i problemi tecnici interni alla nuova normativa.

Nel complesso, anche dopo il messaggio e le modeste modifiche che lo hanno seguito, il «nuovo» ordinamento resta un edificio arcaico, sbilenco, antitetico rispetto alla linearità del disegno costituzionale della giurisdizione e della magistratura.

Perciò le parole usate per prime per descriverlo sono state: «restaurazione», «controriforma», «ritorno al passato».

Questa legge sembra infatti riproporre, anche se fuori tempo, il modello della magistratura burocratica degli anni cinquanta e sessanta e restituisce attualità al dilemma posto da Maranini nel suo libro del 1962: «magistrati o funzionari?» E ci invita a rileggere il libro di Dante Troisi, «Diario di un magistrato», che descriveva, sul filo dell'ironia, le modestie e le miserie burocratiche di una magistratura che credevamo ormai superata.

Ma non si tratta solo di questo.

Il termine «restaurazione» si adattava alla perfezione alla prima stesura della legge, quella elaborata dagli uffici ministeriali, che esprimeva una profonda nostalgia per l'assetto della magistratura del secondo dopoguerra: il sistema dei concorsi per selezionare i magistrati di legittimità, destinati a diventare i futuri dirigenti degli uffici; la Cassazione come vertice (non del sistema delle impugnazioni ma) della magistratura; la Scuola della magistratura come luogo di conformazione e di omologazione culturale e tecnica più che di confronto tra diverse prassi ed esperienze.

Ma parlare di restaurazione è perfino inadeguato, per difetto, di fronte agli sviluppi successivi.

C'è stata infatti una seconda fase, un ulteriore salto di qualità nell'iter della legge delega: il cosiddetto «maxiemendamento», elaborato da alcuni parlamentari, i «saggi», e poi accettato e votato a scatola chiusa dalla maggioranza parlamentare.

Si è trattato di una profonda riscrittura di molte parti del disegno di legge delega mirata al fine di azzerare completamente il processo di evoluzione e di progressivo adeguamento dell'ordinamento giudiziario alla Costituzione svoltosi negli ultimi trent'anni e di accrescere a dismisura i tratti autoritari del nuovo sistema ordinamentale. Con una ispirazione di fondo sempre «acostituzionale» ed in molti punti dichiaratamente anticostituzionale.

Il messaggio del presidente, pur straordinariamente importante, ha colto solo alcuni aspetti di contrasto della «delega» con la Costituzione, quelli più direttamente attinenti ai rapporti tra poteri; ma c'è una ulteriore dimensione di incostituzionalità della nuova normativa – che riguarda più direttamente la posizione ed il ruolo dei singoli magistrati e l'impatto delle nuove regole sull'attività giudiziaria – che attende ancora di essere esplorata.

Roberto Romboli

Sulla base delle vostre risposte emerge forse la necessità di una precisazione in merito al carattere alluvionale della legge e alla tecnica dei cosiddetti maxiemendamenti.

Cesare Salvi

Il parlamento ormai da dieci anni con questo maggioritario è espropriato del potere di discutere ed esaminare le leggi, cose che avvengono in altre sedi. La retorica del maggioritario fa sì che tutti i punti di confronto e di mediazione avvengano fuori dalle sedi parlamentari, perché avvengono all'interno della maggioranza. La retorica per cui è meglio il Governo del Parlamento fa sì che si danno deleghe molto spesso – come questo è il caso – quasi «in bianco» e quindi le leggi vengono fatte in luoghi in cui non si sa che discussione c'è stata, che confronto c'è stato. In questo senso, purtroppo questo tipo di tecnica legislativa è figlio legittimo della seconda repubblica.

Nello Rossi

La severa critica del presidente al modo in cui è scritta la legge è un contenuto estremamente importante del messaggio.

Il testo è un groviglio di commi, di numeri, di lettere, di difficilissima lettura anche per gli specialisti dell'ordinamento giudiziario, ammesso che ne esistano. Un testo scritto così comprime e annulla tanto la possibilità di intervento e di controllo dei singoli parlamentari quanto la possibilità di comprensione, da parte dell'opinione pubblica, dei reali contenuti del provvedimento e della posta in gioco.

Cesare Salvi

La tecnica legislativa è aberrante dal punto di vista della violazione della norma costituzionale che dice che le leggi si votano articolo per articolo. Serve a dire che il Parlamento non deve approvare la materia in blocco, ma va distinta in punti, in argomenti, e ciascuno va esaminato con attenzione. Questo è un sistema da ormai un decennio in voga, ma questa legge non ha né più commi né è scritta peggio della gran parte delle importanti leggi del Parlamento italiano. Non è una specificità del tema, mi pare.

Antonio Patrono

Io credo che questo testo finale, nella sostanza, fosse la cosa più vicina all'intento reale di questo legislatore, di questa maggioranza e che ci si sia arrivati attraverso fasi progressive: il disegno di legge fu proposto inizialmente nel 2002 e conteneva forse il venti per cento degli argomenti che poi sono risultati definitivamente. Io penso che sia stato proprio voluto. Un Governo, una maggioranza giovane, aveva un disegno finale, che era quello che ha portato poi a compimento anche se *in extremis*, ma non lo ha avviato interamente dall'inizio non sapendo esattamente che reazioni poteva suscitare, che ostacoli trovare. È partita con prudenza, proponendo solo una parte di quello che voleva, riservandosi di vedere che resistenza incontrava da parte dei controinteressati, della magistratura, dell'opposizione politica, e riservandosi di valutare la reazione dell'opinione pubblica. Dobbiamo concludere, alla fine, che ha ritenuto man mano che il tempo passava che ci fossero le condizioni politiche per poter, anziché limitarsi e concludere ad un certo punto, avvicinarsi sempre di più al suo ideale e definitivo progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, che probabilmente non è stato nemmeno completato.

Probabilmente l'idea generale, definitiva e concreta di riforma dell'ordinamento giudiziario è realizzata, da parte di chi l'ha pensata così, per l'ottanta per cento; c'è un venti per cento residuo che probabilmente riguarda soprattutto il fronte dell'ufficio del pubblico ministero, dell'obbligatorietà dell'azione penale, del livello eventuale di indipendenza (o comunque di correlazione tra Giudiziario ed Esecutivo), che è demandato ad un prossimo programma.

Io vedo, quindi, una formazione *in progress*: si comincia e si vede dove si può arrivare. Hanno visto che potevano arrivare fino a questo punto.

II Domanda:

Pare indubbio che una legge sull'ordinamento giudiziario riflette il – ed al tempo stesso incide sul – ruolo che si intende assegnare al giudice (ed al suo potere interpretativo) nell'ordinamento.

Qual è il ruolo del giudice cui il legislatore del 2005 si è ispirato?

Una modifica profonda dell'ordinamento giudiziario può derivare dalla necessità di adeguare lo stesso al nuovo ruolo assegnato al giudice dall'ordinamento costituzionale e comunitario oppure di contrastare (o tentare di farlo) il ruolo che il giudice è venuto, di fatto, assumendo in un determinato momento storico.

Quale delle due finalità ritenete sia quella perseguita dal legislatore del 2005?

Roberto Romboli

Il senso della domanda è un pò questo: il ruolo del giudice dipende da tutto un insieme di fattori (normativi, di interpretazione, modo di comportamento, ecc.). Normalmente la legge sull'ordinamento giudiziario segue un certo ruolo del giudice: è chiaro che se il giudice è «bocca della legge», l'ordinamento giudiziario sarà strutturato in un certo modo. Mano a mano che il ruolo del giudice cambia con riflessi che vanno da una parte e dall'altra, la legge sull'ordinamento giudiziario recepisce un certo ruolo del giudice e contemporaneamente incide sul renderlo attuale. Se io faccio un ordinamento giudiziario che non è organizzato gerarchicamente, allora incide in un certo modo di operare del giudice. Questa legge segue il ruolo del giudice? È aderente al ruolo del giudice oggi? O con la legge sull'ordinamento giudiziario si vuole cambiare il ruolo del giudice?

Antonio Patrono

Direi che quest'ultima è l'ipotesi più probabile. Io sono convinto che in generale la legge segua sostanzialmente l'evolversi e lo sviluppo di determinati fenomeni e rapporti. Il ruolo del giudice e della Magistratura in generale (visto che il pubblico ministero è il cuore del problema) probabilmente nel nostro sistema, con il nostro tessuto costituzionale, e con quello che è stato lo sviluppo della società (quello che la gente vuole dai magistrati, vuole dalla giustizia, il livello di accettabilità di situazioni non controllabili in sede giurisdizionale) non poteva che essere questo.

L'ordinamento giudiziario sicuramente ha seguito questa evoluzione nel tempo con tutte le novelle che si sono sviluppate. La particolarità di questa riforma è che, in maniera più organica delle novelle, anziché seguire uno sviluppo evolutivo normale, che nasce dalla coscienza sociale, dal ruolo del giudice nella società civile italiana democratica, invece a un certo punto cerca di cambiarlo, di renderlo diverso da quello che è diventato e che, in base allo sviluppo naturale delle cose, continuerebbe ad

essere. Per questo è comunque qualche cosa che avrà vita breve, perché non segue lo sviluppo naturale delle cose, ma cerca di imporre soluzioni anacronistiche e autoritative, realizzate oltretutto in modo farraginoso, ponendo ostacoli, creando difficoltà e cercando comunque di snaturare ciò che per natura ormai è diventato questo e che non può che essere questo in un sistema come il nostro.

Aggiungo – e concludo su questo – che io credo che in quest'ottica autoritaria l'esigenza di provare ad invertire il ruolo del magistrato derivi anche dalla riforma del sistema politico in generale (e del rapporto tra istituzioni): una legge maggioritaria, un sistema nel quale chi vince le elezioni politiche vince tutto e controlla il Governo (ha l'Esecutivo in mano) e anche il Parlamento. Non ci sono quei contrappesi che nascono in altri sistemi – anche basati sul sistema maggioritario – in cui però, tanto per ricordare l'accorgimento più semplice, le elezioni per il parlamento sono sfalsate cronologicamente rispetto al momento di individuazione dell'esecutivo, con risultati che possono essere anche differenti e creare degli opportuni contrappesi. Qui da noi chi vince quel giorno vince tutto e ha in mano chi fa le leggi e chi applica le leggi. Non ha in mano soltanto il Giudiziario. Ecco perché probabilmente il Giudiziario è diventato, in quest'ottica certamente autoritaria e di contrapposizione, l'unico avversario perché è l'unico forte elemento istituzionale non controllabile da chi vince le elezioni politiche.

Nello Rossi

Parto da un dato del tutto evidente: in un moderno ordinamento democratico il giudice non può essere rimpicciolito.

La sua figura è straordinariamente importante sul piano sociale ed istituzionale; se non altro perché il giudiziario è, tra i poteri dello Stato, l'unico cui il singolo cittadino può rivolgersi con la certezza di ricevere una riposta.

Inoltre il ruolo del giudice non può essere ridotto a quello di mero esecutore di comandi legislativi. Non so se davvero ci sia stato un tempo nel quale il giudice era colui che «diceva» un diritto già chiaro nella legge. Ma è certo che quel tempo è definitivamente tramontato a causa di molti fattori: la pluralità delle fonti del diritto, l'immenso numero delle norme, la complessità, l'oscurità o la deliberata genericità dei testi normativi, l'assoluta necessità di tessere la tela del sistema per restituire un ordine ed un significato alla congerie normativa.

Con l'eccezione dei paesi di cultura anglosassone, la grande figura del giudice è retta da un substrato materiale molto fragile e debole: un impiegato, un dipendente pubblico, un salariato del governo.

Se non si può rimpicciolire la figura del giudice né ridurre il suo ruolo, si può allora tentare di condizionarlo soggettivamente facendo leva sull'impiegato che è in lui, attraverso meccanismi di tipo burocratico: la dipendenza da poteri esterni, la gerarchia interna, la prospettiva della carriera, la progressione economica e così via.

Nel dire questo non auspico affatto una sorta di anarchia ordinamentale come modello ideale.

Dico solo che possono esservi ordinamenti giudiziari che si preoccupano di garantire al magistrato condizioni adeguate di effettiva indipendenza e di serenità personale nello svolgimento del suo difficile lavoro ed ordinamenti giudiziari caratterizzati da forme di condizionamento assai più intense e pressanti, destinate in ultima istanza ad incidere sull'autonomia culturale e tecnica del singolo magistrato nell'attività di interpretazione e di applicazione del diritto.

Il «nuovo» ordinamento giudiziario mette in campo, con molta spregiudicatezza, molteplici strumenti di condizionamento del giudice e del magistrato del pubblico ministero.

La Costituzione parla di magistrati che si distinguono tra di loro solo per le diverse funzioni svolte mentre la legge delega spezzetta le funzioni giudiziarie e le ordina in una sorta di piramide burocratica. La Costituzione parla di magistrati «reclutati» per concorso mentre la legge delega prefigura una magistratura permanentemente «amministrata» per concorsi. Viene compressa l'autonomia professionale del magistrato del pubblico ministero secondo un modello di gerarchia che non ha riscontro in nessuna organizzazione moderna che riunisce in sé professionalità elevate; e così via …

Dunque la legge di riforma agisce sulla condizione materiale e sulla posizione burocratica del magistrato; ma nel suo complesso la riforma finisce con l'incidere profondamente sui rapporti e sugli equilibri tra poteri dello Stato. Una scelta, come ho detto, molto spregiudicata.

È significativo che nella legge di revisione della Costituzione figurino solo pochissime norme riguardanti la magistratura ordinaria: quella che priva il CSM del potere – proprio di tutti gli organi collegiali – di eleggere il suo presidente effettivo, ossia il vice presidente e quella che riduce il numero dei giudici costituzionali eletti dalla Cassazione.

Il grosso del lavoro, la ridefinizione dell'assetto del giudiziario è stato fatto con legge ordinaria, con la legge di ordinamento giudiziario.

Naturalmente questo stato di cose non esclude che vi potranno essere – io dico: vi saranno – tensioni e conflitti, anche assai aspri, che investiranno i magistrati che vorranno continuare ad interpretare con autonomia il loro ruolo e non farsi ridurre allo stato di burocrati.

Cesare Salvi

Condivido quello che è stato detto, cioè che questa legge sull'ordinamento giudiziario si è cercato di fare il massimo possibile a Costituzione invariata, per riproporre un modello di subordinazione culturale e gerarchica del magistrato. Però attenzione! Quello che ha in mente questo Legislatore – come ce lo ha in mente la classe politica italiana da un ventennio – non è il giudice, è il pubblico ministero. Questa legge è tutta costruita intorno al problema del processo penale e del controllo sul processo penale. Naturalmente è un errore di fondo nell'insieme gravissimo, perché tende ad affrontare le questioni in termini tali da coinvolgere comunque l'intero ruo-

lo del giudice. La logica del sistema proposto è di riproporre un controllo dall'alto nell'esercizio dell'azione penale, in tutti i suoi momenti e passaggi. Questo mi pare rispetto al quesito specifico che viene proposto (pur avendo compreso bene che nella domanda ci si riferiva al giudice come magistrato). La preoccupazione non riguarda certamente il civile, ma riguarda il penale, e dentro il penale riguarda la funzione della Procure, non l'attività giudicante; il che è profondamente sbagliato – a mio avviso – dal punto di vista dell'assetto legislativo del sistema, perché la grande maggioranza dei problemi che riguardano la giustizia e il cittadino dal punto di vista della giustizia sono problemi che riguardano il funzionamento della giustizia civile. Naturalmente il processo penale è quantitativamente meno rilevante come numero di persone interessate, ma qualitativamente i beni in gioco sono di valore ben maggiore, sia dal punto di vista dell'interesse della collettività che dal punto di vista dei singoli. A me pare che si tenti di riproporre un modello, quello di una organizzazione gerarchica degli uffici delle Procure (il massimo a Costituzione vigente, cioè senza mettere in discussione il principio dell'indipendenza, dell'autonomia, riferito anche al pubblico ministero) … Tutta la logica, a cominciare dalla cosiddetta distinzione nell'accesso (la vedremo dopo), ma soprattutto la norma sul controllo del capo sull'esercizio concreto, giorno per giorno, del potere giudiziario, dell'azione penale.

Ho l'impressione che sia un tentativo comunque destinato a non avere molto successo. Dobbiamo guardare anche fuori dal caso italiano: i sistemi giuridici sono molteplici, l'organizzazione giudiziaria è molteplice, il ruolo della pubblica accusa è svolto secondo meccanismi molto diversificati, la tentazione del potere politico di governo di condizionarla esiste dappertutto e generalmente non riesce a realizzare l'obiettivo anche dove ci sono sistemi – quello francese, negli Stati Uniti e così via – per tante ragioni, anche culturali, che non riguardano solo le categorie, ma anche la società, come funziona, come ragiona. In genere, l'idea della restaurazione trova un punto di improponibilità nel fatto che la società italiana non è più quella degli anni cinquanta. E soprattutto nella magistratura manca degli anni cinquanta quella logica della gerarchia, dell'ordine. Ho l'impressione che difficilmente nella magistratura italiana, nella società italiana difficilmente potrà riuscire conforme alla logica che l'ha ispirata. Certamente rischia di provocare serissimi problemi. Ci sono dei controlli sociali rispetto a questo che mi pare un po' difficile che si possa tornare a quei tempi.

Nello Rossi

Ne parleremo dopo, quindi non è il caso di anticipare, ma dobbiamo tenere conto anche del nuovo codice e del processo disciplinare.

Quando l'onorevole Salvi ricorda che «l'obiettivo principale è il pubblico ministero» sottolinea un dato importante; ma se si hanno presenti le modifiche profonde introdotte nel campo della giustizia disciplinare, si vede che i condizionamenti e le pressioni sono fortissime anche nei confronti dei giudici.

III Domanda:

Uno dei temi più importanti e dibattuti è quello dell'accesso, della «carriera» e del controllo della professionalità del giudice. Qual è il vostro giudizio sulle scelte operate con la legge n. 150? In particolare: circa il colloquio psico-attitudinale e il sistema dei concorsi.

Anche non condividendo le scelte del legislatore, pare indubbio che il sistema precedente avesse evidenti lacune. Quali i rimedi e le soluzioni che avrebbero potuto essere adottati?

Nello Rossi

Dalla nuova legge l'accesso in magistratura è stato trasformato. È prevista una sorta di concorso di «secondo grado» riservato a chi ha già un titolo scientifico o professionale o una pregressa esperienza di lavoro: dottori di ricerca, funzionari direttivi della pubblica amministrazione, magistrati onorari, avvocati ecc.

Personalmente rimango molto legato ad un modello come quello francese che prevede una selezione iniziale severa, successivamente la frequenza, retribuita, di una Scuola pubblica della magistratura e, infine, un esame finale definitivo. È il sistema che riduce al minimo il peso del censo dei candidati, l'influenza delle condizioni economiche di partenza degli aspiranti magistrati.

Roberto Romboli

Quali considerazioni si possono fare alla luce dell'altissimo numero di domande presentate in occasione dell'ultimo concorso per uditore giudiziario?

Nello Rossi

Nel concorso che si svolgerà a febbraio di quest'anno le domande sono 18.000. Perciò poni un problema molto serio: quello della razionalizzazione e dello snellimento delle procedure concorsuali.

La disciplina del concorso di accesso in magistratura è stata in questi anni un'area sismica dell'ordinamento giudiziario, connotata da profondi sommovimenti e da successive sperimentazioni.

All'assetto «classico» delle tre prove scritte di diritto civile, penale ed amministrativo seguite dalle prove orali è succeduto un meccanismo concorsuale imperniato sulla «preselezione» degli aspiranti attraverso test e sull'accesso alle prove scritte solo di coloro che avevano superato i cosiddetti «quiz». Oggi il sistema è fondato su due sole prove scritte sorteggiate tra le tre materie fondamentali.

La riforma introduce, come ho prima accennato, un modello ancora diverso: il concorso di secondo grado limitato ad aspiranti qualificati che non ridurrà di molto la platea dei concorrenti che resta comunque molto ampia: non mi aspetto perciò una drastica riduzione del numero delle domande.

A mio avviso i punti da tenere fermi in questa materia sono due.

Primo: evitare di ritornare al sistema di preselezione attraverso i quiz, che, con il suo inevitabile «dogmatismo», determina una selezione (sia pure solo preventiva) incompatibile con le caratteristiche del lavoro magistrato e si è rivelato controproducente anche sul piano pratico perché ha finito con il far lievitare il numero dei concorrenti che … provavano comunque a fare i quiz.

Secondo: puntare sulla razionalizzazione dell'attività di correzione dei compiti scritti agendo sul versante della commissione esaminatrice (moltiplicando le commissioni e adottando nel contempo forme di raccordo e di comparazione del loro operato al fine di salvaguardare l'uniformità dei criteri di giudizio).

Il problema di fondo rimane però un altro: quello della valutazione professionale dei magistrati nel corso della carriera.

C'è qui una grave responsabilità della magistratura italiana. Aveva a disposizione il sistema di valutazione e selezione in teoria migliore e non ha saputo farlo funzionare concretamente. Io sono ancora convinto che il sistema migliore per valutare e selezionare i giudici sia quello della «selezione negativa» attraverso il quale si allontanano dalla magistratura coloro che, nel corso della carriera, si rivelano non più idonei a svolgere il difficile lavoro del magistrato.

Faccio una provocazione: poniamo di avere un metodo per individuare tra gli ottonovemila giudici italiani i migliori cinquecento. Dove li collochiamo? Nel settore della giustizia civile, del lavoro, della famiglia, dell'economia? O nel penale? E poi: in primo grado, in appello o in Cassazione dove si decide a grande distanza di tempo dai fatti?

In realtà ogni magistrato, qualunque sia il suo ruolo – giudice civile, giudice penale, pubblico ministero- ha una responsabilità immensa perché quotidianamente prende decisioni che riguardano la libertà, i beni, il lavoro, la famiglia dei cittadini.

Al cittadino comune interessa poco sapere che, «altrove», in altre sedi o in altri uffici operano magistrati bravissimi, i più bravi di tutti. Gli interessa invece che il giudice o il pubblico ministero del «suo» processo abbia uno standard elevato e controllato di professionalità e di laboriosità.

La selezione negativa avrebbe dovuto comportare delle valutazioni periodiche rigorose e la capacità dell'organo di governo autonomo della magistratura di allontanare periodicamente dal servizio (ogni anno) un certo numero di magistrati (non molti) che, per ragioni di decadimento fisico, per ragioni di mancato aggiornamento professionale, per ragioni di neghittosità, non risultavano più adeguati a garantire quell'accettabile livello di capacità professionale cui tutti i cittadini hanno diritto. Questo, ripeto, rimane ancora il modello ideale.

Il Consiglio Superiore della Magistratura non ha saputo farlo funzionare e spesso ha fatto prevalere logiche corporative di difesa di tutti, anche degli indifendibili, o considerazioni pietistiche.

Porto qui una esperienza personale: quando in passato, come componente del CSM

ho aperto, insieme ad altri colleghi, alcune «pratiche» per giungere all'allontanamento dal servizio di magistrati divenuti palesemente inadeguati, sono stato considerato da altri membri del Consiglio come una persona poco dotata di senso di umanità.

Abbiamo dunque alle spalle un fallimento storico, tanto più grave perché il sistema della «selezione negativa» resta l'unico idoneo a garantire realmente gli interessi dei cittadini.

Oggi, finalmente, tutta la magistratura reclama valutazioni professionali periodiche rigorose e approfondite che sono l'unica alternativa seria all'assurdo «concorsificio» della nuova legge.

L'Associazione Nazionale dei Magistrati ha avanzato proposte serie ed impegnative in tema di valutazione e selezione professionale, raccolte in un libro collettivo sulla professionalità «Tempi e qualità della giustizia», curato da Edmondo Bruti Liberati.

Ed il CSM in carica ha compiuto grandi passi in avanti su questo terreno rendendo il sistema di valutazione più incisivo ed accurato e prevedendo controlli a campione sui provvedimenti giudiziari.

Resta aperto il problema di intervenire «tempestivamente» sulle situazioni professionali critiche, perché oggi, se c'è un magistrato che non lavora più o lavora male, ci vogliono anni per allontanarlo e spesso le pratiche aperte si insabbiano nella *routine* consiliare.

Accanto al sistema delle valutazioni professionali «ordinarie» e periodiche, occorre dare al Consiglio nazionale forense, ai Consigli dell'ordine, ai Consigli giudiziari, ai dirigenti degli uffici un potere-dovere di segnalare al CSM quelle che ho chiamato le «situazioni professionali critiche»: i magistrati che non lavorano, che lavorano male, che non sono più in grado di lavorare dignitosamente ….

Prevedendo poi che il CSM sia tenuto, con una procedura destinata a concludersi in tempi brevi e predeterminati, a dare una risposta alle segnalazioni e, se necessario, ad intervenire con misure che vanno dal blocco temporaneo della progressione economica sino alla rimozione del magistrato.

Questa è una concreta alternativa tanto alla controriforma ed al suo impianto burocratico quanto allo stato di cose precedente, anch'esso largamente insoddisfacente.

Una duplice alternativa oggi necessaria, anche perché la macchina dei concorsi messa in piedi dalla nuova legge è del tutto inadatta a funzionare e rischia di generare una totale paralisi della amministrazione della giurisdizione.

Massimo Luciani

Ti posso chiedere il contributo possibile degli avvocati.

Nello Rossi

Gli avvocati sono quelli che più di ogni altro osservano e valutano quotidianamente i magistrati. E spesso sono i migliori giudici dei giudici.

Se vogliamo rompere il cerchio delle solidarietà corporative, occorre riconoscere ai loro organismi istituzionali un potere di segnalazione al CSM delle «situazioni professionali critiche».

Naturalmente penso a segnalazioni meditate, adottate da una maggioranza qualificata degli organismi che rappresentano istituzionalmente l'avvocatura, per evitare iniziative ritorsive o intimidatorie. Bisogna dar vita a meccanismi che obblighino il CSM ed il sistema di autogoverno a funzionare con il massimo di trasparenza e di responsabilità.

Se il CSM – o la maggioranza dei suoi membri – intende mantenere al suo posto un magistrato inerte, neghittoso, poco capace, non deve poter risolvere il problema rallentando la trattazione della questione ma deve assumere pubblicamente la responsabilità di questa scelta.

Per questo ho detto che alle segnalazioni devono far seguito procedimenti di accertamento rapidi, scanditi da tempi predeterminati e conclusi con decisioni assunte dopo discussioni e votazioni pubbliche e sorrette da motivazioni conoscibili e controllabili.

Solo i meccanismi di trasparenza possono vincere le omertà e le solidarietà di membri togati ma anche di membri laici del CSM.

Da ultimo il tema del colloquio di idoneità psicoattitudinale all'esercizio della professione di magistrato inserito nel concorso di accesso in magistratura.

Gli psichiatri italiani, attraverso le parole del presidente della loro associazione, hanno già avvertito: «non immaginate che sia possibile fare delle valutazioni serie di questo tipo, di questa complessità su di un giovane magistrato, nell'ambito di un colloquio».

Del resto la carriera di un magistrato si svolge nell'arco di decenni ed il colloquio iniziale non garantisce nulla per il futuro …

Ancora una volta si vede che la vera garanzia per la collettività è costituita dalle valutazioni di professionalità del magistrato nel corso della sua intera vita professionale.

Roberto Romboli

Quello del colloquio psicoattitudinale mi sembra talmente banale, che potremmo chiederci «perché ce lo hanno scritto?». È quasi autolesionistico. Perché secondo voi ce lo hanno messo? Perché davvero pensano che serva a fare una selezione che possa incidere sulle idee del magistrato? Perché poi, ai fini del concorso, non è nemmeno previsto come questo colloquio dovrebbe incidere: se questo colloquio non viene superato, non si passa agli orali? Cosa succede?

Antonio Patrono

In effetti da questo punto di vista c'è da dire che questa riforma ha sicuramente un substrato rancoroso. Ricordando anche quando è stata inserita la norma in questione

(una delle ultime), penso che si possa pensare anche ad una banale volontà di mortificazione che non è esclusa e che si può ravvisare anche in tanti altri aspetti della legge. A meno che non si ravvisi un'intenzione non più apprezzabile ma più sottile. Poiché si specifica nella legge delega che questo colloquio psicoattitudinale deve avere ad oggetto anche le «specifiche funzioni indicate nella domanda di ammissione al concorso», e siccome una delle idee fondamentali è quella della separazione delle carriere, camuffata da separazione delle funzioni, si può pensare anche che sia stato inteso come un tassello a conforto di ciò. Con riferimento al discorso della specificità delle diverse funzioni, segnalo un punto che a me dà particolarmente fastidio perché ritengo particolarmente miope e sbagliato. In tutta la problematica della separazione delle funzioni ritorna sempre il concetto della particolare e differente attitudine, non solo professionale ma anche psicologica, di un magistrato a svolgere l'una o l'altra funzione. Io rifiuto categoricamente l'idea che vi siano delle attitudini psicologiche, delle particolarità che siano esclusive e necessarie soltanto a un giudice e non anche a un pubblico ministero. Io rifiuto l'idea che, per esempio si debba ritenere che equilibrato debba essere soprattutto il giudice, e che si possa accettare un pubblico ministero anche solo un po' meno equilibrato. È completamente sbagliato, considerando l'incidenza eccezionale che l'attività del pubblico ministero può avere sulla vita delle persone. È incredibile pensare che si possa ragionare in questi termini; eppure questo è un pensiero recondito che c'è nello spirito del Legislatore e forse questa previsione – proprio perché il colloquio lo costruisce differenziato, a seconda dei due tipi di funzione – potrebbe anche trovare una spiegazione in questi termini.

Io non ripeto tante cose che ha detto Rossi sul livello di qualità delle nostre valutazioni. Segnalo particolarmente il sistema dei concorsi, precisando che il problema non è quello dei concorsi, perché anche adesso tutto l'ordinamento giudiziario è basato sui concorsi tra idonei (è evidente che, a meno che non ci sia un solo aspirante idoneo per un posto, la scelta avviene per concorso). Il problema è il metodo del concorso, e il metodo privilegiato dall'ordinamento giudiziario nuovo è quello dell'esame, che, se è vero che è riservato a una quota minoritaria dei posti liberi (per l'accesso alle funzioni di secondo grado o di Cassazione), è anche vero che ha un'importanza fondamentale perchè crea, nella logica del sistema, l'*élite* di magistrati che diventerà poi il serbatoio per le funzioni direttive e semidirettive, quindi sostanzialmente per il collocamento dei magistrati nei posti più importanti. Io ritengo che proprio questa scelta di creare un'*élite* di magistrati selezionati con un metodo teorico dell'esame, rivolto non a neolaureati – per i quali non si può probabilmente chiedere niente di più, perché spesso non hanno esperienze precedenti da valutare – ma a magistrati che hanno svolto anni e anni di funzioni, che hanno scritto centinaia di sentenze (se pubblici ministeri, che hanno parlato in pubblico centinaia se non migliaia di volte), sulla base del risultato della prova di un giorno, a me sembra che sia la metodologia più sbagliata, più formale e più inattendibile, quella che darà i risultati peggiori.

Concludo aggiungendo, anche in controtendenza, qualche cosa di diverso rispetto a quello che ha detto Rossi circa la seconda parte della domanda, sul cattivo funzionamento del sistema vigente. La categoria della magistratura ha una certa tendenza anche all'autofustigazione. Certo, i controlli di professionalità nel nostro sistema

non sono eccezionali, non danno buoni risultati, non garantiscono nulla. Mi permetto però di dire che, nonostante ciò e chissà perché, non si possa dire che il problema fondamentale dell'ordinamento giudiziario, dell'organizzazione e del funzionamento della giustizia, sia la qualità professionale dei magistrati. I magistrati italiani, pur in mancanza di seri controlli – sono d'accordo con voi, ma dirò anche perché forse non ci sono questi seri controlli – non credo che garantiscano per la loro incapacità una qualità insufficiente delle loro funzioni. Non è una qualità ideale, non è il massimo per tutti, però pensare che ci sia un'emergenza «qualità» dei magistrati, credo che sia ingeneroso e non rispondente alla verità dei fatti. Certamente ci sarebbe da migliorare e noi abbiamo perso un'occasione fondamentale, perché il sistema vigente anch'io ritengo che in teoria sarebbe il migliore possibile. Perché questo sistema non dà i risultati migliori, soprattutto in chiave di esclusione di quei pochi, pochissimi inidonei? Non dà risultati migliori (anche con riferimento alla problematica dell'assegnazione di determinate funzioni) perché il Consiglio Superiore e organo meraviglioso, sulla carta perfetto, che garantisce, ha garantito e garantirebbe comunque, continuando ad essere così come è oggi, la indipendenza esterna dei magistrati consentendosi di sentirci sicuri di non essere vittime del politico cattivo di turno, è però effettivamente viziato nella sua efficacia, in questa attività strettamente «amministrativa» interna, dal problema delle spinte corporative, da quel problema che è noto con il termine di «correntismo», che bisognerà prima o poi studiare con più attenzione e più approfonditamente di quanto normalmente non viene fatto, e che talvolta – proprio per queste spinte degenerative – impedisce all'organo di prendere le decisioni più coraggiose e più opportune possibili. È un difetto del nostro sistema attuale; io non sono molto fiducioso, a differenza di tanti magistrati, sulla possibilità di trovare delle nuove regole che siano tali da risolvere questa situazione. Io ritengo – è un mio giudizio personale, infatti so che non è condiviso dalla maggioranza dei miei colleghi – che sia più un problema di mentalità, e quindi un problema che può essere risolto soltanto affrontandolo, ammettendolo, riconoscendo la sua esistenza e cercando, all'interno di tutta la categoria, di risolverlo. Non credo che sia ottenibile una soluzione soltanto cambiando qualche regola scritta.

Cesare Salvi

Certamente non è il meccanismo previsto da questa legge – per le ragioni che sono state dette su cui non torno – che può risolvere quella parte di problema che esiste, perché non va nemmeno drammatizzato. Il punto su cui riflettere mi pare soprattutto quello dell'apertura a giudizi esterni, a valutazioni esterne, perché certamente c'è un problema di «selezione darwiniana al contrario», nel senso di eliminare chi non è proprio in grado di fare questo lavoro, ma anche un po' di capire come viene svolta l'attività, sul piano della produttività, però – che io sappia – ci sono dei parametri, dei criteri elaborati anche su questo. Il punto molto difficile e delicato è che tutte le attività giudiziarie hanno la loro rilevanza e, quindi, premiare per esempio la capacità di sviscerare in tutti i suoi aspetti una delicata questione giuridica è giusto, ma si devono pre-

miare anche l'efficienza, la tempestività e l'equilibrio con cui si è svolta l'inchiesta giudiziaria, il numero di prove evidenti che si riesce produrre là dove c'è attività più di *routine*, anche la capacità innovativa: ricorderei, per esempio, la faticosa elaborazione della giurisprudenza sul danno biologico (probabilmente i primi giudici di merito che fecero quelle sentenze sarebbero stati all'ultimo posto della classifica, se giudicati dall'*establishment* giudiziario, perché come sappiamo erano consolidate ben altre tesi rispetto a quelle che poi sono diventate prima giurisprudenza consolidata e negli ultimi anni anche legge dello Stato). Il problema è di avere parametri di valutazione il più possibile oggettivi e un'apertura nel giudizio anche all'esterno; qui bisogna riflettere su questo ruolo dei Consigli giudiziari (questa è un'altra parte di questa legge che io considero non negativa, perché prevede una forma di apertura importante sull'università, sull'attività forense). Forse in questo modo, anche nel dare valutazioni non solo in negativo come veniva detto prima, ma anche come giudizio d'insieme, forse quelle cose standard che arrivano dai Consigli (dove sono tutti bravissimi), forse si può creare una dialettica, una dinamica, un ragionamento per chiarire quel problema di cristallizzazione che effettivamente esiste nel CSM.

Roberto Romboli

Una specificazione: l'elezione del Consiglio giudiziario da parte del soggetto politico, in questo caso il Consiglio regionale, ma anche categorie professionali: anche il Consiglio Superiore si dovrebbe fare così o il Consiglio giudiziario dovrebbe essere come il Consiglio Superiore, solo politico?

Cesare Salvi

Io sono per mettere mano alla Costituzione il meno possibile. Però se si dovesse ripartire, probabilmente un Consiglio Superiore in cui la parte laica non sia di nomina politica sarebbe preferibile. C'è sempre però, come direbbero gli economisti, un costo della riforma.

Gaetano Azzariti

Il rischio della corporativizzazione in qualche modo pretende un allargamento anche al di fuori delle professioni forensi in quanto tali.

Massimo Luciani

Effettivamente se c'è un problema da risolvere è proprio quello di evitare l'isolamento della una rispetto alle altre componenti del mondo giuridico.

Cesare Salvi

Conoscendo un po' la dialettica che si crea in queste occasioni, un conto è se una proposta, un intervento viene fatto da un esponente del partito x o da un docente universitario. È chiaro che la recettività sarebbe diversa. Un qualche intervento che dia parametri oggettivi di valutazione dell'attività di un magistrato e, in secondo luogo, l'apertura almeno dei Consigli giudiziari, nelle forme che si vedranno, a voci esterne in cui ci sia l'avvocatura, in cui ci siano i giudici di pace, piuttosto che i politici rappresentanti della Regione, può essere un modo per rimettere un po' di *verve* nel sistema. Ma direi che dovrebbe essere collegato ad una rigorosa temporaneità degli incarichi, perché anche quello sdrammatizza molto questo problema della carriera; adesso gli incarichi sono praticamente a vita, salvo volontà diverse, mentre un sistema molto rigoroso di temporaneità aiuta, sia pure in un terreno diverso, questo problema della carriera.

Nello Rossi

Direi che la magistratura ha fatto e fa grandi sforzi di dialogo con l'avvocatura e col mondo dell'università. Ed intrattiene rapporti assai utili e produttivi con gli avvocati civilisti e le loro organizzazioni. Vi sono state invece profonde diversità di vedute con le Camere penali, soprattutto nell'ultimo decennio, sui terreni roventi del processo e della giustizia penale. Non su tutto, peraltro, se è vero che avvocati e magistrati hanno rivolto critiche comuni alla c.d. legge ex Cirielli che detta una nuova disciplina della prescrizione dei reati.

Penso perciò che si debba continuare ostinatamente il dialogo ed il confronto.

Non rinuncio però ad una piccola stoccata: voi dovreste organizzare un «forum» sullo sciopero degli avvocati penalisti.

Lo sciopero degli avvocati penalisti è spesso fonte di situazioni paradossali. I giudici sono al loro posto e devono essere potenzialmente pronti a istruire o decidere tutte le cause della giornata. Gli avvocati, interpretando gli interessi del loro cliente, si presentano e scelgono le cause che hanno interesse a trattare e quelle di cui chiedono il rinvio perchè sono in astensione.

Così non hanno praticamente alcuna conseguenza negativa dallo sciopero, anzi con l'astensione ottengono un rinvio certo e difendono al meglio quei clienti che temono l'esito del processo e vogliono prolungarlo sinchè è possibile.

A volte accade che un avvocato difenda un cliente e si astenga per un altro nello stesso giorno e davanti allo stesso giudice.

Come ho detto, un vero e proprio paradosso … va bene, questo era un fuoriprogramma.

IV Domanda:

Il tema della separazione delle carriere o separazione delle funzioni tra organi giudicanti e organi requirenti è stato per mesi una sorta di «tormentone». Come giudicate in proposito la scelta della legge n. 150? Quale il vostro giudizio sulla indicazione obbligatoria (p.m. o giudice) nella domanda di partecipazione al concorso?

Al di là dei profili di legittimità costituzionale, ritenete opportuna la separazione delle carriere? Quali gli aspetti positivi e quali quelli negativi?

Può la separazione incidere sul ruolo e l'indipendenza del p.m.?

V Domanda:

La legge produce una profonda modificazione dell'organizzazione interna del p.m., in chiara controtendenza rispetto alle circolari del CSM ed alla evoluzione normativa fino al nuovo c.p.p.

Quale il vostro giudizio in proposito? E quali, a vostro avviso, le ragioni della suddetta innovazione?

Roberto Romboli

Procederei ora accorpando la quarta e la quinta domanda, perché in effetti la materia è la stessa e per il pubblico ministero si potrebbe quasi dire un profilo interno e un profilo esterno. Il discorso è il notissimo problema della separazione delle funzioni o della separazione delle carriere, l'altro lato è quello relativo alla scelta su questo profilo camuffata, sul profilo invece dell'indipendenza interna, la scelta fatta dalla legge è chiarissima con riferimento all'organizzazione del pubblico ministero. Una sola cosa che non è scritta e che aggiungerei – mi veniva in mente quando parlava Patrono prima – riguarda la differenza tra pubblico ministero e giudice – io parlo da professore, il mio rapporto è quindi con gli studenti, poi diventano laureati e quindi concorrenti al concorso in magistratura: la loro preoccupazione, la loro opzione è più tra civile e penale, non tanto fra giudice e pubblico ministero; questa appare la decisione più importante.

Antonio Patrono

La scelta della legge sulla separazione delle funzioni, delle carriere è ipocrita perché non ha avuto il coraggio di fare quello che voleva fare, e lo ha fatto lo stesso camuffandolo. Questa è in realtà una separazione delle carriere perché ha un percorso unitario per chi vince lo stesso concorso soltanto per 5 anni – se non vado erra-

to – su una permanenza media in carriera di un magistrato di circa trent'anni, e quindi direi che è la cosa peggiore che si potesse fare, perché è la soluzione che non si è nemmeno avuto il coraggio di dichiarare e di realizzare apertamente, come chi riteneva che fosse giusto poteva anche fare.

Per quel che riguarda l'indicazione obbligatoria della scelta delle prime funzioni nella domanda di partecipazione al concorso, è veramente singolare. Un giovane dovrebbe prima del concorso dire – senza avere fatto né l'una né l'altra cosa e senza, nella maggior parte dei casi avere il bagaglio di esperienza, di cognizioni, di comprensione dei problemi – fare una scelta che se non è definitiva è quasi definitiva, anche se poi paradossalmente nel meccanismo concreto quella scelta potrà essere anche disattesa dal sistema stesso se non ci sarà il posto che lui ha richiesto. È davvero tutto sbagliato, non c'è nulla da salvare. Siamo d'accordo o siamo contrari alla separazione delle carriere? Dal mio punto di vista sono assolutamente contrario. Onestamente ritengo che, al di là di tutte le considerazioni che si possono fare sulla connessione tra posizione ordinamentale e processo accusatorio, di fatto un sistema che preveda un magistrato che sia un giudice – lo dico senza mezzi termini – nella mentalità e nella sostanza, che fin dall'inizio conduca le indagini (col ruolo di pubblico ministero), verifichi, controlli e addirittura diriga la polizia giudiziaria, nell'interesse del cittadino credo che sia una garanzia in più, rispetto ad un professionista dell'accusa, che evidentemente questo tipo di garanzie non potrebbe dare.

Per quel che riguarda, invece, l'organizzazione degli uffici di Procura, già il fatto che si sia ritenuto di dover inserire la previsione nell'ordinamento giudiziario, in una delle ultime fasi di quella formazione *in progress* del disegno di legge, e tutta una serie di contenuti specifici dimostrano a mio giudizio quello che è il mio sospetto: che si tratti in realtà di un ponte di passaggio per una definizione, una chiusura del cerchio, che avverrà – secondo le intenzioni di questo Legislatore – con la separazione definitiva delle carriere, ma anche con momenti di discrezionalità dell'azione legata a una forma di sottoposizione del pubblico ministero all'esecutivo, secondo il modello dei sistemi accusatori che noi conosciamo. Mi ha sempre colpito il fatto che l'affermazione iniziale delle legge delega «il Procuratore della Repubblica esercita le funzioni sotto la sua responsabilità», quindi questo richiamo costante alla responsabilità del dirigente non sia mai compiuto, perché non si dice mai di quale responsabilità si tratta, e soprattutto di quale nuova responsabilità rispetto a quelle che ci sono oggi. Già oggi il procuratore capo nell'esercizio delle sue funzioni può commettere reati, incorrere in responsabilità penale, può incorrere in responsabilità disciplinare, contabile, civile, e quindi non si capisce qual è questa nuova responsabilità, il contrappeso ai suoi nuovi poteri. Non ha soltanto la responsabilità politica, che è il rischio di essere mandato a casa da chi l'abbia scelto conferendogli particolari poteri, quando non funzioni come si aspetta chi l'ha scelto: è questo evidentemente il prossimo passaggio che vorrà farsi da parte di chi pretenderà di scegliere, di verificare, poi di mandar via qualcuno che non funzioni.

Per quel che riguarda poi la disciplina concreta di questa nuova organizzazione sicuramente più autoritaria, dico semplicemente che il problema maggiore non è quello che superficialmente viene indicato di solito, ovverosia l'assegnazione dei pro-

cessi e la revoca della designazione. Noi sappiamo che il tessuto costituzionale che riguarda le garanzie di indipendenza interna del pubblico ministero è un po' diverso, più sfumato rispetto alle garanzie interne del giudice. Ricordo soltanto l'art. 107 Cost. che stabilisce che il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dall'ordinamento giudiziario, contrapposto all'art. 101, che indica solo i giudici soggetti soltanto alla legge. Ciò ha giustificato costituzionalmente l'affermazione tradizionale degli uffici della Procura come gerarchicamente organizzati, che invece è del tutto estranea all'organizzazione di un ufficio giudicante. Il tutto però deve avere dei limiti ragionevoli, compatibili con la pari dignità delle funzioni all'interno della magistratura.

Anche oggi, con la Costituzione vigente che nessuno contesta da questo punto di vista, con le circolari evolutive del Consiglio Superiore della Magistratura, in caso di crisi, di patologia nei rapporti tra procuratore capo e sostituto, ad esempio su una decisione finale di un provvedimento (richiedere un'archiviazione, una misura cautelare, una richiesta di rinvio a giudizio) è previsto – ed è applicato regolarmente – che prevalga il Procuratore capo, purché motivi, spieghi il perché e trasmetta il tutto al Consiglio Superiore della Magistratura che ne trarrà le sue conseguenze.

Quindi, io non vedo questo come un problema. Il vero problema è che, proprio in quell'ottica autoritativa, per la prima volta vi è il diritto del Procuratore della Repubblica a imporre ai Sostituti un obbligo di *facere*, e ciò avviene perché la legge gli consente di dare dei criteri specifici per la conduzione di indagini specifiche al Sostituto al quale il procedimento viene assegnato.

Questa è una novità assoluta. Non è mai stato consentito questo, se la memoria mi assiste, e sicuramente non lo consente oggi in base alle attuali regole vigenti. Questo è il vero segno del significato, del contenuto autoritario di questa modifica normativa, che però bisogna percepire in maniera un po' meno superficiale di come molto spesso invece si fa, proprio alla luce di quel tessuto costituzionale e anche dell'interesse della buona amministrazione in generale della giustizia nell'interesse dei cittadini.

Cesare Salvi

Il giudizio sulla soluzione della legge è molto critico, cioè si è cercato di realizzare una separazione delle carriere mantenendosi nel quadro costituzionale che veniva prima ricordato, soprattutto – a mio avviso – al fine di poter inserire quella riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero che consente di immaginare un corpo separato che ha una struttura gerarchica molto forte, che controlla l'esercizio dell'azione penale ed il suo svolgimento. Accennavo prima alle ragioni per le quali non ritengo molto realistico questo obiettivo; io penso che tutto il problema sorga dal modo un po' avventuroso con cui è stato introdotto in Italia l'impianto di rito accusatorio, con la pretesa di unire i pretesi vantaggi del sistema accusatorio con tutte le garanzie e i meccanismi del nostro sistema … poi ci mettiamo i tre gradi di giudizio … poi arriva la legge Pecorella che, in modo distorto e sbagliato, ripropone un pun-

to vero, che in un sistema accusatorio quando sei stato assolto non devi essere più giudicato (un punto fermissimo del sistema statunitense). Non si può pensare di avere i vantaggi del sistema europeo e di quello americano insieme, perché si rischia di avere solo gli svantaggi di entrambi e temo che siamo su questa strada, perché la lunghezza dei processi rimane e al tempo stesso la disparità sociale profondissima si accentua. E qui c'è il problema oggi della disparità delle parti, che esiste, tra parte privata e parte pubblica: esiste perché il pubblico ministero ha alle spalle le strutture dello Stato e controlla la polizia giudiziaria, e l'imputato è in una condizione di assoluta debolezza se è debole nella società, e in condizione di parità soltanto se ha mezzi, strumenti, difesa legale e così via, per cercare di competere con la pubblica accusa. Questo problema che esiste va risolto rivedendo il processo penale e il sistema della difesa dei non abbienti, riequilibrando il potere fra le parti, differenziando forse nell'attività processuale; mentre mi sembra sbagliata la soluzione del problema – che ripeto esiste (se ricco l'imputato non sarà mai condannato) – quella prospettata. Può essere una soluzione la separazione organizzativa delle funzioni? Certo che da questo punto di vista ci sono dei vantaggi nella separazione delle carriere: è del tutto evidente che chi viene da una carriera diversa è in una posizione di terzietà maggiore nel giudicare l'attività della pubblica accusa. Non bisogna negare questo argomento, se no si cade nel paradossale: è del tutto evidente che se delle tre parti in gioco due fanno parte della stessa carriera e uno no, il problema sorge. Penso però che ci sia una ragione decisiva per essere contro la separazione delle carriere, che cioè si rischia di creare – proprio dentro la logica di come funziona il processo penale – un centro di potere fortissimo, inquietante.

La carriera di pubblico ministero è comunque inquietante per la democrazia, perché noi avremmo un apparato dello Stato, che dispone della polizia giudiziaria, che o dipende dal Governo (e, quindi, altro che intercettazioni …!) oppure – arrivo a dire, ancora peggio! – non dipende da nessuno. Questo credo che sia il vero argomento contro la carriera autonoma della pubblica accusa. La soluzione della legge è sbagliata, la soluzione della modifica costituzionale per la separazione delle carriere sarebbe sbagliata, detto questo però il problema va visto. E – torno a dire – il problema è che le parti non sono uguali, non possiamo volere insieme l'una cosa e l'altra. La strada non è quella organizzativa, non è quella ordinamentale, ma deve essere una strada che va individuata sul terreno sia del processo penale sia del rafforzamento del diritto della difesa, soprattutto per quel versante di chi si difende e non è in grado di disporre di mezzi economici necessari per pagarsi una difesa ostruzionistica, indagini parallele e così via. Quando si era innamorati di Perry Mason si trascurava il fatto che il cliente di Perry Mason aveva moltissimi soldi.

Nello Rossi

Innanzitutto un chiarimento: con la nuova legge viene introdotta una vera e propria «separazione delle carriere». Questo è reso evidente, per i giovani magistrati, dalle norme che regolano la prima scelta, non più reversibile, della carriera da segui-

re. Ma vale anche per tutti i magistrati in servizio perché, entro tre mesi dalla data in cui acquista efficacia il primo decreto legislativo che riguarda la carriera, tutti i magistrati hanno tre mesi di tempo per decidere definitivamente se vogliono optare per il mutamento delle funzioni che svolgono, giudicanti o requirenti che siano.

Quindi tutti i magistrati devono scegliere, irreversibilmente, da che parte stare e quali funzioni vogliono esercitare in futuro. Sono due *iceberg* che si separano definitivamente. Una radicale separazione delle carriere, con tutto quello che essa comporta in termini di diversità e di divaricazione di esperienze professionali, di ruoli processuali, di interessi e di culture.

Una volta chiarito che siamo di fronte ad una effettiva separazione delle carriere dobbiamo chiederci: è realmente desiderabile? produrrà dei risultati positivi? come funzionerà nel nostro ordinamento?

Faccio alcune osservazioni molto schematiche su piani diversi.

Sul terreno professionale la separazione non produrrà giudici e pubblici ministeri migliori, più preparati. Chiunque conosca la realtà del giudiziario sa che svolgere ruoli diversi è una esperienza straordinariamente positiva e formativa. Senza azzardare paragoni complessivi, che sarebbero impossibili, ricordo che nei paesi di cultura anglosassone la pluralità dei ruoli svolti è ritenuta un fatto positivo: un giovane brillante può cominciare come assistente del procuratore, poi fare l'avvocato e diventare giudice a coronamento della carriera.

Vedere la scena del processo «da tutti i lati» e interpretare i diversi ruoli è, da un punto di vista strettamente professionale, l'esperienza che io consiglierei a chiunque per diventare professionalmente migliore. Se ho fatto il giudice e ho sentito il peso della decisione, della verifica della prova saprò meglio calibrare l'accusa; se conosco la realtà e le difficoltà delle indagini percepirò meglio il significato e le sfumature del processo; se sono stato difensore comprenderò meglio e più prontamente le difficoltà e le mentalità dei diversi attori del processo.

Certo ci sono moltissimi casi di felice «vocazione» esclusiva per un determinato ruolo; ma un osservatore attento non può non vedere anche i rischi di «deformazione professionale» che ne derivano tanto per il pubblico ministero quanto per il giudice.

L'argomento professionale è dunque il più debole tra quelli invocati a favore della separazione delle carriere.

Il secondo argomento cui si fa ricorso per sostenere la validità della separazione delle carriere è quello dell'equilibrio delle parti nel processo.

Personalmente sono convinto che c'è stata una fase iniziale di funzionamento del nuovo codice di procedura penale che è stata caratterizzata da un effettivo squilibrio del procedimento e del processo penale a favore del pubblico ministero. In quella fase, indagini preliminari unilaterali e segrete hanno consentito al pubblico ministero di usare strumenti assai penetranti senza soverchi controlli e senza il contrappeso di investigazioni difensive.

Oggi quel periodo è finito perché è cresciuta la possibilità dell'indagato di sollecitare il controllo del giudice sull'operato del pubblico ministero ed è stata disciplinata la materia delle indagini difensive. Lo squilibrio iniziale non esiste più. Piutto-

sto permangono e si riflettono sul processo penale gli squilibri della realtà economica e sociale e si è creato un processo a due velocità, che corre celere e fluido nelle direttissime o nei riti abbreviati per i crimini di strada e per i soggetti deboli e si inceppa irrimediabilmente quando entrano nel raggio del processo imputati forti e potenti; ma questo è altro discorso da quello che stiamo facendo ora.

In questo contesto l'idea che un pubblico ministero «collega» del giudice fruisca di un pregiudizio favorevole e sia avvantaggiato rispetto al difensore è quotidianamente smentita dalla realtà. Basta riflettere all'elevato numero di assoluzioni che si hanno nel nostro ordinamento, che certo non è inferiore a quello di altri paesi in cui le carriere dei giudici e dei rappresentanti della pubblica accusa sono separate.

Del resto se si segue questa deriva psicologistica, perché non si dovrebbero guardare con sospetto anche i rapporti di colleganza tra i giudici di diverso grado? Nel mio lavoro come giudice della Corte di cassazione annullo ogni giorno le sentenze dei miei «colleghi» giudici, senza sentirmi in alcun modo condizionato; ed allo stesso modo ogni giorno i giudici penali «smentiscono» i pubblici ministeri assolvendo imputati qualsiasi o imputati eccellenti senza avvertire nessuna forma di imbarazzo o di sudditanza.

Nella lunga *querelle* sulle carriere, non si è forse riflettuto abbastanza al concetto di «ruolo» professionale. Un concetto molto studiato dai sociologi che lo definiscono come un «insieme di aspettative di condotta» che confluiscono su di un soggetto chiamato a svolgere un determinato compito e contribuiscono a conformarne il comportamento concreto.

Un giudice opera sotto lo sguardo dei diversi attori del processo; ha una sua giurisprudenza cui ha il dovere di essere coerente; sa che normalmente il suo provvedimento sarà sottoposto al controllo di un giudice superiore e potrà essere commentato dagli studiosi. Come si può pensare che su tutto questo possa prevalere, all'atto della decisione, la generica colleganza o anche l'amicizia con il pubblico ministero? Per quello che può valere, ricordo che, nella mia passata esperienza di pubblico ministero, ho ricevuto le smentite più radicali proprio da colleghi molto cari.

Restiamo, allora, in un'ottica istituzionale e ricerchiamo soluzioni serie che – senza giungere ad una separazione delle carriere, culturalmente e professionalmente dannosa – garantiscano che il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti (o viceversa) avvenga in forme e con modalità professionalmente controllate e non traumatiche; effettuando un controllo professionale rigoroso all'atto del passaggio e prevedendo che il magistrato che passa dall'area della magistratura giudicante a quella della magistratura requirente (o viceversa) debba esercitare le nuove funzioni in una diversa sede giudiziaria, in un diverso circondario di tribunale.

L'ultimo argomento a favore della separazione delle carriere è quello del riequilibrio tra i poteri dello Stato.

I fautori della separazione pensano e dicono che, con essa, si ridurrà l'invadenza ed il peso del giudiziario sugli altri poteri dello Stato.

Mi pare che già Cesare Salvi ed Antonio Patrono abbiano messo bene in evidenza che questo è un punto fondamentale.

Ma la separazione delle carriere e la gerarchizzazione forte delle Procure introdotte dalla legge delega mi sembrano «rimedi» peggiori del male.

La nuova legge disegna un assetto degli Uffici di Procura molto più gerarchizzato dell'attuale (che pure è già gerarchico) e molto incentrato sulla figura del capo dell'ufficio che tutto dirige e controlla e di tutto risponde in prima persona.

Ma che avverrà dopo il primo periodo di sperimentazione di questo nuovo modello di organizzazione delle Procure e di esercizio rigorosamente monocratico dell'azione penale?

Non è difficile immaginare un secondo atto di questa vicenda nel quale si registrerà di aver dato vita ad una grande concentrazione di prerogative in capo ai cento dirigenti degli uffici di Procure e ad un singolare «potere» dello Stato.

Si comincerà ad invocare il controllo della politica su questo potere ormai distinto dalla giurisdizione ed a postulare una sorta di responsabilità oggettiva dei capi degli uffici per l'operato dei loro sostituti.

Qualcosa di molto simile alla responsabilità di un prefetto o di un questore; ed il preludio dell'attrazione nell'orbita dell'esecutivo di pubblici ministeri ormai separati dai giudici.

Antonio Ruggeri

I magistrati in servizio sono chiamati entro un certo termine a fare un'opzione. Se i magistrati in massa optano per lo stesso tipo di funzione, che succede? C'è una lacuna nella normativa che non prevede l'ipotesi?

Nello Rossi

Prima non ho detto che l'opzione del magistrato per il mutamento di funzioni è tutt'altro che indolore, perché essa è collegata ad un obbligo di trasferimento. Se a chiedere di cambiare funzioni è un giudice di primo grado o un pubblico ministero di primo grado, si deve trasferire di circondario. Se ad optare per nuove funzioni sono i sostituti procuratori generali o i giudici di appello, dovranno trasferirisi in un altro distretto di Corte di appello, e cioè quasi sempre in un'altra regione. Perciò saranno pochi i magistrati che faranno questa scelta.

La domanda di mutamento delle funzioni verrà comunque accolta solo nei limiti dei posti che si renderanno disponibili nell'arco di cinque anni. Il meccanismo della separazione entra in funzione subito ma la sua traduzione in atto è molto diluita nel tempo e perfino incerto nei suoi esiti finali. Nessuno sa ancora quale sarà la sorte effettiva dei magistrati che avranno chiesto di cambiare funzioni ma non potranno essere trasferiti nell'arco del quinquennio previsto dalla legge per mancanza di posti disponibili nelle funzioni richieste.

ANTONIO PATRONO

Io credo che fra i magistrati giovani, entro i primi 10 anni di carriera, molti che sono al pubblico ministero faranno domanda. Novi sarà un esodo di massa. Segnalo che. anche dal punto di vista della ragionevolezza costituzionale, una soluzione così grave come aver previsto la possibilità che qualcuno possa fare un'opzione, che poi potrà non essere accolta se nei 5 anni successivi non si liberino tanti posti sufficienti per accontentare tutti quelli che hanno fatto la medesima opzione, credo che anche questo susciti perplessità.

VI Domanda:

A seguito della legge n. 150 come sono cambiati (se lo sono) o come potrebbero cambiare i rapporti tra il CSM ed il ministro della giustizia?

Quale il vostro giudizio sulla Scuola della magistratura e sui rapporti della stessa con il ministro della giustizia e soprattutto con il CSM?

VII Domanda:

Uno dei temi per molto tempo dibattuti è stato quello della responsabilità disciplinare dei magistrati ed in particolare della necessità di una tipizzazione degli illeciti e di una più specifica disciplina del relativo procedimento.

Qual è il vostro giudizio in generale sulle scelte operate in proposito dalla legge n. 150 del 2005?

Ci sono alcune fattispecie che ritenete in particolare possano dar luogo a problemi interpretativi o rappresentare una minaccia per l'indipendenza del giudice?

Come giudicate il riferimento fatto in una di queste all'art. 12 delle preleggi?

ROBERTO ROMBOLI

Vi chiederei per la sesta domanda un accenno alla novità della Scuola della magistratura e per la settima la vostra opinione sul profilo della responsabilità disciplinare, regolata più come una legge che come una legge delega, visto che è talmente specifica che non vedo cosa si possa fare con i decreti delegati.

CESARE SALVI

La Scuola della magistratura è una buona idea e non sarei nemmeno affezionato all'idea che debba dipendere dal CSM se non le si danno poteri che interferiscono

sulla competenza del CSM, perché si fa un po' confusione tra i due problemi; in realtà è stata utilizzata questa questione della Scuola superiore della Magistratura per cercare di avere meccanismi esterni di aggiramento per quanto riguarda le decisioni del CSM. La mia opinione è che serva una Scuola superiore complessiva delle attività forensi, che dovrebbe mettere in interrelazione l'università e il Consiglio Superiore della magistratura e gli ordini forensi, che poi si articoli al suo interno e che possa anche dare titoli preliminari per l'accesso alla magistratura e così via. Ma tutto questo non può comportare interferenze sui poteri che devono restare – non solo ai sensi della Costituzione, ma anche per rendere più lineare il percorso – all'interno del CSM.

Per quanto riguarda la responsabilità disciplinare, ho già accennato che questa è una delle parti complessivamente meno negative della legge, perché l'esigenza di una tipizzazione dell'illecito disciplinare è da tempo avvertita. Parte di queste formulazioni ripercorrono anche testualmente disegni di legge avviati in varie legislature e non arrivati in porto.

C'è una norma inquietante, da modificare, che configura più o meno esplicitamente come illecito disciplinare l'attività interpretativa. Il modo in cui questo è più palese, anche se usato in formula negativa, è il punto 11), dove si dice che non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività interpretativa svolta in conformità dell'art. 12 delle preleggi, il che capovolgendo può voler dire «io in sede di responsabilità disciplinare controllo se tu hai svolto l'attività interpretativa in conformità con l'art. 12 delle preleggi». Mi lasciano poi perplesso altri punti, ad esempio il 7) che riguarda quelle che nel linguaggio corrente vengono chiamate le «motivazioni suicide» …

C'è per la prima volta una tipizzazione dell'illecito disciplinare, ma purtroppo ancora una volta riemerge – come più volte abbiamo osservato in questa tavola rotonda – l'evidente intenzionalità punitiva o comunque la possibilità di precostituire strumenti sullo specifico dell'attività giurisdizionale (in particolare quella interpretativa), che invece deve restare del tutto separata da ogni profilo di responsabilità disciplinare.

Nello Rossi

L'aspirazione ad un'adeguata tipizzazione della responsabilità disciplinare è antica nella magistratura. Bisogna però misurarsi in concreto con «questa» tipizzazione, che in molti punti è di una genericità assoluta.

Inoltre si deve dedicare una grande attenzione alla nuova fisionomia del procedimento disciplinare ed alla assoluta novità costituita dalla introduzione della obbligatorietà dell'azione disciplinare. Noi magistrati siamo i primi difensori dell'obbligatorietà dell'azione penale, quindi, bisogna che facciamo capire perché siamo – io almeno lo sono – fortemente contrari all'obbligatorietà dell'azione disciplinare.

Anzitutto l'obbligatorietà dell'azione penale ha delle remore, dei deterrenti contro i possibili abusi: se io accuso qualcuno di un «reato» e lo so innocente, posso a mia volta subire un processo per calunnia o posso essere considerato un diffamatore.

In regime di obbligatorietà dell'azione disciplinare, se io presento un esposto disciplinare e dico che quel tale giorno il giudice non era al suo posto o che il pubblico ministero si è comportato scorrettamente, innesco un procedimento destinato «comunque» a concludersi con una decisione della Sezione disciplinare del CSM, senza rischiare praticamente nulla nel caso che l'esposto non risulti vero.

La Procura generale presso la Corte di cassazione non avrà il potere di cestinare l'esposto, né potrà chiederne la pura e semplice archiviazione ma dovrà istruire, sia pure sommariamente, il procedimento e dovrà richiedere alla Sezione disciplinare una decisione di non luogo a procedere o di rinvio a giudizio.

Questo significa che, soprattutto nella prima fase di applicazione delle nuove regole, potremo avere una grande congerie di esposti disciplinari da parte di chiunque e che si moltiplicheranno rapidamente i magistrati sottoposti a procedimenti disciplinare.

Quando Francesco Saverio Borrelli diventò Procuratore della Repubblica di Milano, in tutta la sua vita di magistrato non aveva mai avuto un esposto disciplinare né un esposto *ex* art. 2 della legge delle guarentigie, diretto a far accertare la sua incompatibilità con l'ambiente giudiziario milanese o con le funzioni esercitate.

Dal momento di inizio di tangentopoli cumulò, in qualche anno, oltre cinquecento esposti.

Voglio dire che i magistrati che faranno «cose difficili» o processi delicati, con parti o imputati agguerriti e potenti, saranno bombardati di esposti disciplinari da trattare obbligatoriamente.

Massimo Luciani

A mio parere c'è anche un'altra questione: mentre l'obbligatorietà dell'azione penale ha la funzione di collocare tutti i potenziali imputati sul medesimo piano, evitando la discrezionalità, ha anche la funzione di garantire l'indipendenza del magistrato procedente (la giurisprudenza della Corte costituzionale è ferma in questo, cioè il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale è l'equivalente della soggezione alla sola legge, dal punto di vista della garanzia). Qui non si capisce chi dovrebbe essere garantito.

Nello Rossi

Questo mi sembra un rilievo molto pertinente che conferma come le innovazioni procedurali non nascano da esigenze istituzionali profonde ma dalla volontà di tenere sotto pressione i magistrati. Sempre restando sul terreno della procedura disciplinare bisogna richiamare un altro aspetto: il ruolo che si riserva il Ministro della giustizia.

Sino ad oggi vi è stata una duplice titolarità dell'azione disciplinare discrezionale: quella del Ministro e quella del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione.

In teoria il Ministro dovrebbe esercitare l'azione disciplinare interpretando la sensibilità della collettività; il Procuratore Generale, invece, dovrebbe essere l'organo che esercita una discrezionalità caratterizzata da maggiore regolarità e prevedibilità, interpretando le esigenze di fondo dell'ordinamento giuridico (anche se di fatto non si comporta così, dando vita ad un aspetto negativo del sistema ancora in vigore).

La legge di riforma differenzia i ruoli perché mantiene discrezionale l'azione disciplinare promossa dal Ministro della Giustizia, in conformità al dettato costituzionale, mentre rende obbligatoria l'azione disciplinare del Procuratore. Si crea così in questo campo un sistema di parallele asimmetriche.

Ma vi è molto di più. Il Ministro si riserva una lunga serie di facoltà di intervento e di interlocuzione nella procedura disciplinare gestita dalla Procura generale ed in ogni momento può agire per correggere, integrare o modificare l'impostazione della Procura o per svolgere un suo ruolo autonomo o aggiuntivo nel dibattimento disciplinare (dove accanto all'accusatore, il Sostituto procuratore generale, può intervenire un rappresentante del Ministero).

Alcuni esempi: il Ministro può chiedere l'integrazione della contestazione disciplinare che ha fatto il Procuratore Generale; può chiedere la modificazione della contestazione disciplinare formulata dal Procuratore quando è stato lui a promuovere l'azione disciplinare (in altri termini può dire al Procuratore «non sei stato fedele nel rispettare la mia richiesta ed io correggo il capo di incolpazione disciplinare»); può proporre opposizione al CSM avverso una declaratoria di non luogo a procedere dell'azione disciplinare; ha un potere di diretta formulazione dell'incolpazione e di autonoma richiesta di fissazione dell'udienza dibattimentale nel caso in cui il Procuratore Generale abbia chiesto che non si proceda contro il magistrato; può partecipare all'udienza disciplinare con un proprio rappresentante. Con la conseguenza che ci potranno essere due accusatori del magistrato incolpato che, al limite, seguono anche strategie accusatorie differenti.

Mentre il Procuratore Generale sarà piegato sotto il peso dell'azione disciplinare obbligatoria, il Ministro diventerà l'agile protagonista della procedura disciplinare, libero di intervenire come e quando vuole. Sarà un giudizio molto particolare. Non più *actus trium personarum,* come ogni processo, ma scena occupata da più protagonisti: l'incolpato ed il suo difensore, il giudice, l'ufficio di Procura ed il rappresentante del Ministro.

Sin qui le innovazioni procedurali. Poi, naturalmente, c'è il codice disciplinare.

Da sempre la magistratura ha rivendicato un codice disciplinare ed una tipizzazione degli illeciti che mandasse in soffitto la «formula magica» ed omnicomprensiva dell'art. 18 della legge delle guarentigie sulla cui base vengono oggi incolpati i magistrati.

Ma la tipizzazione degli illeciti introdotta dalla legge di ordinamento è assai poco tipica.

Accanto a norme sacrosante e pienamente condivisibili figurano formule vaghissime ed allarmanti che contraddicono la logica della tipizzazione.

Solo alcuni esempi.

La norma che chiude l'elenco di «illeciti disciplinari del magistrato al di fuori

dell'esercizio delle funzioni» stabilisce che, in aggiunta alle fattispecie tipiche di illecito, sarà sanzionabile disciplinarmente anche ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà, l'imparzialità del magistrato «anche sotto il profilo dell'apparenza».

Questo è un esempio di cattiva o finta tipizzazione che maschera malamente l'assenza di tipicità dell'illecito disciplinare e rischia di dar vita ad un incredibile «diritto disciplinare dell'apparenza».

So bene che Presidenti della Repubblica dell'autorevolezza di Pertini, di Scalfaro, di Ciampi hanno ricordato che il magistrato non deve solo essere, ma anche apparire indipendente e imparziale.

Questo per me significa che un codice disciplinare può precludere al magistrato specifici comportamenti che rischiano di farlo apparire non indipendente o parziale agli occhi della collettività. In teoria il legislatore può dire al magistrato che se va in determinati luoghi, se tiene alcune condotte ecc. rischia di compromettere la sua immagine di imparzialità ma deve indicare con chiarezza di quali condotte o luoghi o ambienti si tratta.

Quando invece la norma disciplinare è assolutamente generica perché fa riferimento ad «ogni comportamento» e addirittura fa riferimento non alla lesione effettiva dei valori di indipendenza ed imparzialità ma alla mera apparenza, il magistrato risulta esposto all'arbitrio; e se a questo si aggiunge l'obbligatorietà dell'azione disciplinare si comprendono meglio lo sgomento e la ripulsa dei magistrati nei confronti di questo tipo di giurisdizione disciplinare ed i pericoli che ne deriveranno per l'indipendente esercizio della giurisdizione.

Roberto Romboli

Una domanda per una risposta immediata: partecipare alle primarie sarebbe secondo te un motivo di illecito disciplinare per questa legge?

Nello Rossi

Un fatto è certo: un cittadino che apprende dal giornale che il magistrato ha partecipato alle primarie potrebbe presentare contro di lui un esposto dal quale scaturirebbe un procedimento disciplinare a carico del magistrato. E l'attuale formulazione della norma disciplinare non è tale da escludere la sua condanna.

Io non ho partecipato alle primarie, perché non lo ritenevo opportuno, ma considero pienamente legittima la scelta di chi c'è andato. E mi allarma che da questa legittima scelta possano derivare conseguenze disciplinari e, se non una sanzione, la sofferenza di subire un procedimento disciplinare.

Se si prende sul serio l'idea di sanzionare non fatti o comportamenti del magistrato ma la mera «apparenza» si entra in un inestricabile ginepraio. Apparenza agli occhi di chi? Di quale parte dell'opinione pubblica?

Del resto questa non è la sola norma generica del codice disciplinare.

In base ad un'altra norma deve essere sanzionato ogni coinvolgimento nelle attività di «centri politici» che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del magistrato.

Due osservazioni.

La prima: il più usurato linguaggio giornalistico – l'appannamento della immagine – è divenuto linguaggio della legge; non è una bella cosa, né un progresso del diritto.

La seconda: che cos'è un «centro politico»? Ad esempio l'ARCI è centro politico? L'associazione culturale promossa da un partito è un «centro politico»? Un bel rebus.

Ora il codice disciplinare è costellato di formule e di norme di questo genere, e molte di esse sono chiaramente lesive della figura e dei diritti di libertà del giudice-cittadino, del magistrato che ritiene suo diritto partecipare liberamente alla vita della collettività.

Infine nell'elaborazione del codice vi sono stati tentativi di introdurre sanzioni disciplinari perfino in materia di interpretazione.

Ricorderete l'emendamento del senatore Bobbio che equivaleva ad un falò di cinquant'anni di storia dell'interpretazione. Quell'emendamento non è passato perché era davvero troppo. Però nella legge è rimasta una formula ambigua ed un po' velenosa che esclude che possa dar luogo a responsabilità disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale». Ma quale sarà la sorte da riservare all'interpretazione adeguatrice, che non è menzionata nell'art. 12 delle preleggi? E l'interpretazione delle norme sull'interpretazione? Ed il significato da attribuire all'espressione «volontà della legge …?». L'incertezza regna sovrana in un campo delicatissimo e vitale per l'esercizio della giurisdizione

Ecco perché penso che il capitolo della giustizia disciplinare sia tra i più brutti di una brutta legge.

Se mai questa legge entrerà in funzione – ed io mi auguro di no – la più gran parte dei conflitti nasceranno sul fronte del diritto e del procedimento disciplinare.

Antonio Patrono

Per quanto riguarda la Scuola della magistratura, sono d'accordo con l'espressione usata prima da Salvi, «una buona idea realizzata male»; da sempre si è avvertita l'esigenza di qualcosa che non c'era, tant'è che il Consiglio Superiore della Magistratura, al quale a norma dell'art. 105 Cost. non è affidato – e secondo me non a torto – anche il compito di formazione e di aggiornamento dei magistrati, ha dovuto, nella assoluta carenza normativa, attivarsi inventando sostanzialmente una struttura di formazione al di fuori di regole precostituite. Il fatto che intervenisse una previsione legislativa che la regolamentasse era, comunque, una buona idea; così come – a mio giudizio – è una buona idea il fatto che una Scuola di formazione sia del tutto svin-

colata da organi di valutazione dell'attività del magistrato. Quindi, una Scuola indipendente da tutti, ed equidistante da tutti (compreso il Consiglio Superiore della magistratura, ma ancor di più evidentemente dal Ministro della Giustizia), può essere in teoria il momento formativo migliore. Purtroppo è stata realizzata male, perché è caduta la concezione di una Scuola di formazione, di aggiornamento, svincolata dal momento valutativo, mentre è diventata più una struttura di valutazione, con decisioni oltretutto determinanti ai fini delle valutazioni finali del Consiglio (e quindi delle prospettive di carriera dei magistrati).

Proprio questa commistione tra formazione e valutazione a mio giudizio inquina tutta la soluzione, sulla quale credo che si possa dare un giudizio sostanzialmente negativo.

Per quel che riguarda il tema del disciplinare, la maggior parte delle cose sono quelle che ha detto Rossi. Ovviamente la tipizzazione è un'aspirazione di tutti gli operatori da tempo. Ma anche qui l'idea è buona, ma la realizzazione è stata imperfetta; la procedura è sbagliata. Segnalo un problema concreto, che nasce dal combinato disposto di alcune previsioni: c'è l'esercizio obbligatorio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore Generale, il che porterà sicuramente ad un numero di azioni disciplinari esercitare molto maggiore di quello attuale. I tempi per lo smaltimento di questi procedimenti, che hanno natura giurisdizionale (tant'è che contro le sentenze della Sezione disciplinare del CSM c'è il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione), sono invece ridotti, in alcuni casi addirittura dimezzati, perché se rimane l'anno di tempo dal momento dell'esercizio dell'azione al momento della definizione dell'istruttoria, un periodo dalla richiesta di giudizio alla decisione della Sezione disciplinare è dimezzato, da due a un anno. In pratica, il Procuratore Generale della Cassazione si troverà a dover sbrigare un carico di lavoro che – non voglio esagerare – ritengo che sarà cinque/sei volte superiore a quello attuale nel medesimo tempo di quello attuale, e la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura si troverà a dover trattare un numero molto maggiore di processi rispetto a quelli che tratta oggi nella metà del tempo oggi previsto, a pena di arrivare a una sentenza di decadenza dell'azione disciplinare. Il che renderà il sistema assolutamente inefficiente e ciò è anche una nostra preoccupazione, del sistema giudiziario in generale, perché è interesse di tutti che comportamenti che meritano una dichiarazione di responsabilità possano arrivare ad una sentenza che si concluda in questi termini.

Quindi noi abbiamo la prospettiva concreta, in virtù di questa serie di norme combinate tra loro, di una paralisi negativa in tutti i sensi. Quindi, un'apparente maggior rigore del sistema potrebbe poi alla fine partorire un risultato di assoluta impunità per tutti, per coloro che la meritino e per coloro che non la meritino.

Circa i difetti del sistema sostanziale, anche io rilevo che c'è una paradossale discrasia tra la tipizzazione affermata e realizzata e la genericità di molte fattispecie, di molte disposizioni, specialmente quelle dell'art. 4 dello schema di decreto legislativo: gli illeciti fuori dall'esercizio delle funzioni. Dico anche – a mio giudizio – che nel momento in cui si sceglie (non è obbligatorio ma si sceglie) la strada della tipizzazione, formule residuali, di chiusura, come è quella «ogni altro comportamento

…» annullino l'effetto tipizzante di tutte le altre, che diventano così semplici esemplificazioni e non previsioni veramente tassative delle fattispecie disciplinari.

Anche qui segnalo, e concludo, che sono attribuiti al Ministro della Giustizia una serie di poteri nel procedimento disciplinare che possono ricordare quelli della parte civile nel processo penale, ma in realtà hanno diverso contenuto, diversa natura e non hanno quella giustificazione. Il Ministro della Giustizia non è portatore di un interesse pubblico diverso da quello che reca il pubblico ministero nel processo disciplinare. Questa è evidentemente una situazione nella quale si è costruito un Ministro della Giustizia parte nel processo disciplinare, che assume la veste quasi di controllore o di sostituto dell'eventuale inerzia, di eventuali comportamenti poco condivisi del pubblico ministero, pur portatore del suo medesimo interesse, quello pubblico. È veramente una figura che io non riesco a ricondurre a nessun altro esempio, e la cui esistenza non riesco a ricollegare ad un interesse peculiare che la giustifichi, perché lo vedo portatore dell'identico interesse che è deputato a fare il pubblico ministero. C'è già un pubblico ministero nel processo disciplinare, il Procuratore Generale della Cassazione. Allora il Ministro che interesse porta? Perché deve intervenire a integrare, a correggere quello di un secondo portatore del medesimo interesse?

Questa forse è rimasta l'ultima soddisfazione data all'impostazione di partenza del disegno di legge, che vedeva il Ministro al centro di tutto. In realtà, nel testo finale il Ministro – a seguito di tante proteste, di tante contestazioni, di tante modifiche ed emendamenti successivi – non è più al centro del sistema, che è inquinato per altre vie, e forse gli si è voluto dare questo contentino nel procedimento disciplinare, che però aggiunge profili di irrazionalità ulteriori.

Appendice
di *Claudio Chiola*

1. Intervengo solo marginalmente nel dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario disegnata dalla legge n. 150 del 2005, limitandomi ad alcune osservazioni sul rinvio presidenziale di tale legge. Confesso che, in generale, sono restio a confondere il rinvio presidenziale con il controllo di legittimità costituzionale della legge, giacché, a mio avviso, tale funzione non può spettare ad un potere privo di attitudini giudiziali e soggetto al controllo governativo (qualunque ne sia l'intensità) attraverso la controfirma. D'altro canto, se il rinvio alle Camere non può essere riferito al potere di controllo di legittimità della legge in quanto il relativo potere costituisce, piuttosto, strumento per suggerire al Parlamento l'inserimento di istanze popolari dimenticate, l'adesione governativa, attraverso la controfirma del messaggio di rinvio della legge per motivi di «legittimità», eccedente in ipotesi, i poteri presidenziali, non costituisce «convenzione costituzionale» ma soltanto cattivo esercizio del potere di controllo. Piuttosto, la convenzione sull'allargamento dei poteri presidenziali potrebbe ipotizzarsi facendo riferimento all'inerzia del Parlamento che non reagisce di fronte alla sospensione delle proprie scelte legislative, causate dall'esercizio «eccessivo» dei poteri da parte del Presidente della Repubblica, anche se, a mio avviso, la convenzione tacita che sia *contra constitutionem* non può mai trasformarsi in regola consuetudinaria. E il rinvio presidenziale per sospetta illegittimità costituzionale della legge è, a mio avviso, estraneo al disegno costituzionale, anche perché lo scioglimento del dubbio di legittimità non può essere rimesso alla decisione politica del Parlamento, risultando precluso al Presidente l'accesso alla Corte costituzionale.

2. La mancata reazione parlamentare, consente comunque di valutare i pretesi vizi d'illegittimità da cui sarebbe affetta, secondo il Capo dello Stato, la legge n. 150 del 2005.

Il settore incriminato è quello della funzionalità della giustizia in merito al quale la domanda di fondo è quella dello spazio d'intervento che può riconoscersi a poteri diversi dal CSM. Per il Ministro della Giustizia, cui peraltro viene riconosciuto un ruolo autonomo degli artt. 107 e 110 Cost., l'intervento è circoscritto all'organizzazione ed al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Il relativo potere, peraltro, anche a volerlo ritenere strumentale all'attività dei giudici, consente d'incidere non soltanto sulle sedi, ma anche sull'organico.

La previsione di «linee di politica giudiziaria per l'anno in corso» che vengono comunicate al Parlamento dal Ministro della Giustizia, ha urtato la sensibilità costituzionale del Presidente della Repubblica perché il riferimento alla «politica giudiziaria» è stato inteso in senso contenutistico, come indirizzo incidente sulla funzione

giurisdizionale dei Giudici. La violazione del principio d'impenetrabilità-sovranità che la presidia, potrebbe, peraltro, essere smentita circoscrivendo la previsione incriminata alle scelte organizzative di competenza ministeriale.

Ma il dubbio interpretativo legittima il rinvio presidenziale della legge? La risposta, a mio avviso, dovrebbe essere negativa, non tanto perché il potere di rinvio può essere visto come uno strumento propositivo per l'accesso ad istanze popolari disattese, quanto perché l'impiego censorio del medesimo dovrebbe fare capo alla responsabilità presidenziale per attentato alla Costituzione che, a sua volta, presuppone che la legge sia affetta da una manifesta incostituzionalità.

Ma anche il monitoraggio sull'esito dei procedimenti al fine di verificare la sussistenza di rilevanti livelli d'infondatezza, giudiziariamente accertati, della pretesa punitiva, costituisce, in realtà, un controllo sull'attività dei P.M. che non rientra nell'esercizio dell'attività giurisdizionale in senso proprio e che fruisce di una protezione costituzionale soltanto indiretta, giacché è rimessa alle garanzie stabilite dalle norme dell'ordinamento giudiziario (art. 107, ultimo comma, Cost.). La censura presidenziale all'intromissione nell'attività dei P.M., di conseguenza, risponde a valutazioni di opportunità piuttosto che a quelle di legittimità.

3. La critica all'accesso del Ministro alla giustizia amministrativa contro le delibere del CSM relative al conferimento e alla proroga d'incarichi direttivi, non mi sembra centrata giacché confonde la dimensione del potere di concerto del Ministro con il CSM, con gli strumenti che allo stesso Ministro vengono concessi per reagire contro le assunte menomazioni delle sue decisioni.

Innanzitutto, anche ai sensi della nuova legge, la delibera di conferimento dell'incarico dev'esserci e quindi l'ipotesi della intesa e, conseguentemente, della co-decisione Ministro di Giustizia – CSM, è stata definitivamente scartata. Ma caduto il potere del Ministro di bloccare il provvedimento di nomina o di trasferimento dei giudici non graditi, la delibera finale del CSM, che non abbia rispettato il «concerto» con il Ministro, secondo i dettami della sent. n. 380 del 2003 della Corte costituzionale, richiamata nel messaggio di rinvio, determina un vizio d'invalidità, con conseguente accesso alla giustizia amministrativa, piuttosto che un conflitto di attribuzione, giacché entrambi i poteri hanno, bene o male, esercitato un potere loro spettante.

Se la via del conflitto è preclusa, il ricorso al Giudice amministrativo può costituire una valida soluzione residuale a meno che non si sostenga che il conflitto di attribuzioni costituisce l'unica via costituzionalmente imposta nel caso di contrasto tra poteri dello Stato.

È questa una risposta che però non può trovare sostegno nell'art. 134 Cost., giacché la previsione costituzionale ha ad oggetto essenzialmente la competenza dei poteri configgenti e non la legittimità del provvedimento adottato. Nel conflitto Stato-Regioni la coesistenza dei due rimedi è comunque pacificamente ammessa, e anche frequente nella pratica.

Semmai, può discutersi della conformità al sistema dell'accesso ad un'istanza giudiziale da parte di un potere contro un altro potere appartenente anch'esso al medesimo apparato statale, anche se la tesi negativa con ogni probabilità riposa sul monolitismo dello Stato di dubbia sopravvivenza.

In ogni modo, é difficile ritenere costituzionalmente preclusa al legislatore la possibilità di prevedere un'azione a difesa della legalità sganciata dall'interesse legittimo. Esiste già nell'ordinamento, sia la figura del ricorso nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.), che quella del conflitto P.A.-Giudice affidata, oltre che alla Corte costituzionale, anche alle S.U. della Cassazione (art. 41, secondo comma, c.p.c.).

4. Nella censura presidenziale non è stata coinvolta la rilevanza disciplinare che la legge n. 150 del 2005 attribuisce ai provvedimenti abnormi adottati dai giudici e cioè agli atti che costituiscano esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero all'interpretazione delle norme non conforme all'art. 12 delle disposizioni nella legge in generale (art. 2, sesto comma, lett. «c», nn. 9 e 11). Evidentemente la portata «intimidatoria» delle suddette prescrizioni nei confronti dei giudici, come da alcuno è stato sostenuto, non è sembrata convincente e, comunque, la previsione dev'essere stata ritenuta costituzionalmente compatibile.

A mio avviso, infatti, sostenere che, a seguito dell'avvento della Costituzione, l'intervento del legislatore ordinario sui poteri interpretativi dei giudici è irrilevante perché tra le norme da interpretare e applicare vivono anche quelle costituzionali, sovraordinate a quelle ordinarie, è un sofisma. La posizione del giudice è infatti subordinata alla legge la quale, a sua volta, è subordinata alla Costituzione. Il giudice che difende la Costituzione è la Corte costituzionale mentre tutti gli altri giudici sono subordinati alla legge ordinaria. Se quest'ultima contrasta con la Costituzione, o è dubbio che ciò si verifichi, lo sbocco obbligato è la proposizione della questione di legittimità alla Corte costituzionale.

L'adattamento interpretativo della legge ordinaria ai principi costituzionali da parte di qualsiasi giudice introduce un sindacato diffuso di costituzionalità con invasione dei singoli giudici nel livello superiore riservato alla Corte, anche se da quest'ultima bene accetta per i risparmi di energia che comporta. Se, comunque, l'accomunamento delle norme costituzionali alle altre norme poste dalle leggi ordinarie, alla cui diretta applicazione il giudice è tenuto, non è un postulato irrinunciabile, gli esiti abnormi che gli eccessi dell'interpretazione «adeguatrice» possono determinare, convincono dell'opportunità di mantenere un atteggiamento di rispetto del disegno originario della Costituzione, anche a costo di essere accusati di oscurantismo. Un episodio che mi ha visto attonito ed imbelle figurante può aver condizionato la mia convinzione. Il Parlamento per ben due volte consecutive (con la legge n. 311 del 2004 e con la legge n. 109 del 2005) ha votato una disposizione legislativa speciale con la quale è stata affermata transitoriamente la competenza del giudice ordinario a giudicare della misura sanzionatoria del c.d. superprelievo in caso di superamento da parte delle imprese produttrici delle quote-latte loro assegnate.

Le Sezioni Unite della Cassazione, nonostante l'invito del figurante-avvocato a sollevare, nel dubbio, questione di legittimità costituzionale davanti la Corte costituzionale, con interpretazione autoqualificata «costituzionalmente orientata della norma» e «per sottrarre la nuova norma ad ogni dubbio di illegittimità costituzionale» hanno disapplicato entrambe le prescrizioni legislative.

Di fronte a siffatte scelte «politiche» (d'interpretativo c'è molto poco) del giudice supremo, le cui pronunce sono inimpugnabili, il cittadino disarmato dovrebbe

avere un'istanza esterna cui rivolgersi. La previsione di un'ipotesi disciplinare tipica per sanzionare siffatti eccessi interpretativi appare, pertanto, necessaria. Diversamente, negare che il giudice sia tenuto ad applicare (salvo il rinvio alla Corte costituzionale) prescrizioni legislative «chiare», equivale a violare il principio democratico della superiorità della volontà del Parlamento.

IV

I LIBRI

SERGIO BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

Recensione di *Alessandro Pizzorusso*

Nella storia italiana degli ultimi cinquant'anni sono stati relativamente frequenti i casi in cui importanti svolte sono state determinate (o quanto meno sostenute) da interpretazione di regole costituzionali intorno alle quali si è sviluppata una discussione di tipo tecnico-giuridico che ha influenzato e spesso determinato anche decisioni di tipo politico. Dei dibattiti che hanno accompagnato le più importanti di tali vicende Sergio Bartole dà conto in questo libro che ha il suo risultato principale, a parere di chi scrive, proprio nell'accostamento di una serie di casi, ciascuno dei quali ha sue particolarità, ma che nel loro complesso dettero talora un assetto coerente ad un sistema politico risultato molto più originale di quanto potesse sembrare sulla base della semplice lettura del testo costituzionale.

E tuttavia, come egli esplicitamente afferma, il prodotto del suo lavoro «non è un libro di storia costituzionale» (p. 13), perché non si presenta tanto come una ricerca volta alla ricostruzione sistematica delle vicende politico-costituzionali dell'Italia della seconda metà del XX secolo, quanto come una valutazione soprattutto giuridica di alcune di esse tendente a rivisitare – a distanza di tempo e con il distacco che ne consegue – una serie di casi (che già nell'immediatezza avevano costituito oggetto di dibattito fra i costituzionalisti) ed il cui accostamento può portare all'individuazione di talune importanti tendenze del diritto costituzionale italiano di questo periodo.

Il lavoro, come ci dice ancora l'autore (ibid.), «non è nemmeno un libro che pretende di presentare una nuova dottrina della Costituzione», perché propone bensì al lettore una ricca serie di casi – e di approfondite analisi di essi – ma non si sforza, almeno esplicitamente, di dedurre dalle valutazioni che ne derivano indicazioni di carattere teorico dotate di una più ampia validità in vista della ricostruzione di principi o regole che in occasione di essi siano stati seguiti. Quindi non è un libro di teoria dell'interpretazione e nemmeno una trattazione sistematica del diritto costituzionale italiano.

Se quindi esso può considerarsi, per un verso, come un lavoro preparatorio di un'ulteriore sforzo ricostruttivo, vuoi rivolto all'elaborazione di una esposizione della storia costituzionale d'Italia, vuoi alla preparazione di una trattazione sistematica di diritto costituzionale, destinate a tirare le conclusioni dell'attenta indagine svolta, esso ha peraltro, anche nell'attuale versione, una sua compiutezza che consente al lettore di tentare di trarre delle conclusioni che vadano oltre i casi in esso affrontati fino a ricostruire una visione d'insieme, sia del quadro storico, sia del quadro costituzionalistico (obiettivo questo che resta ovviamente fuori delle intenzioni di chi scrive queste sommarie osservazioni).

L'opera di Bartole si presta peraltro ad essere utilizzata anche come una sorta di raccolta di temi per ulteriori ricerche, destinata ovviamente non tanto a una classe di studenti (che pur potrebbero anch'essi utilizzarla vantaggiosamente in occasione di esercitazioni), quanto alla platea degli studiosi, sia di storia costituzionale, sia di diritto costituzionale, in vista dell'approfondimento di una serie di problemi che trovano nella casistica qui analizzata importanti pietre di paragone. Data l'evidente impossibilità di affrontare, nel corso di questo breve intervento, tutti i problemi con riferimento ai quali valutazioni di questo tipo potrebbero essere tentate, mi limiterò qui ad esaminarne sommariamente taluno, più per cercare di capire come, su questa linea, potrebbero essere condotte ulteriori ricerche, che per pervenire a dei risultati dotati di un qualsiasi grado di definitività.

La circostanza che maggiormente ha contributo a conferire alla Costituzione italiana del 1947 un valore particolare è quella che si produsse per effetto della decisio-

ne che fu adottata dai partiti antifascisti nella primavera del 1946, quando si trattò di determinare i compiti dell'Assemblea costituente che sarebbe stata eletta di lì a poco, secondo gli accordi presi quando si era ancora in attesa del completamento della liberazione del paese dall'occupazione tedesca. A quell'epoca tutti sostanzialmente condividevano il convincimento dell'opportunità di provvedere, oltre che alla redazione di una Costituzione (che sarebbe stata in realtà la prima costituzione dell'Italia unita), ad una profonda revisione della legislazione ordinaria, che in gran parte era stata inquinata dalle innovazioni introdotte durante il ventennio fascista e che per il resto appariva ancora ispirata dal compromesso fra riformisti e moderati sulla cui base era stata impostata la prima fase di vita unitaria ed appariva largamente superata dagli sviluppi che si erano avuti in altre parti d'Europa e del mondo, ai quali l'Italia aveva avuto modo di partecipare solo in piccola parte. Tuttavia, in quel momento si ritenne preferibile riservare l'opera della Costituente alla redazione della Costituzione ed a poco altro, rinviando al primo Parlamento che sarebbe stato eletto in base alla nuova Costituzione il compito di riformare la legislazione ordinaria.

Secondo le intenzioni dei protagonisti di questa vicenda, le due operazioni avrebbero dovuto svolgersi in stretta continuità, ma una serie di fatti imprevisti determinarono invece fra esse una netta cesura. Non soltanto, infatti, l'intervallo fra i momenti in cui le due operazioni dovevano venir intraprese risultò assai più lungo di quanto fosse stato preventivato ma, soprattutto, la situazione in presenza della quale il primo Parlamento repubblicano si riunì risultò molto diversa da quella che esisteva nella primavera del 1946.

A prolungare tale intervallo concorsero infatti le due proroghe dei lavori dell'Assemblea costituente e i tempi di attesa dell'elezione di essa e, dopo che questa ebbe concluso i suoi lavori, di quella del nuovo Parlamento, il quale poté così cominciare a funzionare soltanto nel maggio del 1948, cioè oltre due anni dopo il momento in cui la decisione circa la distribuzione dei compiti era stata presa. Ritardo questo che risultò molto più grave di quanto si sarebbe potuto prevedere a causa delle ripercussioni della crisi che nel frattempo si era determinata fra le grandi potenze e che segnò l'inizio della «guerra fredda» fra Stati uniti e Unione sovietica (e rispettivi alleati). Questa vicenda influì pesantemente sulla situazione italiana, sia perché l'Italia venne a trovarsi in prossimità del confine fra i due «blocchi» contrapposti, sia perché la divisione fra i due schieramenti si riprodusse con effetti particolarmente gravi sulla divisione fra le forze politiche italiane che si manifestò in occasione delle elezioni del 18 aprile 1948, conclusesi con una netta vittoria dello schieramento pro-occidentale.

In realtà, la guerra fredda aveva cominciato a esercitare la sua influenza sulle vicende italiane già prima che l'Assemblea esaurisse i suoi lavori, quando nella primavera del 1947 si era avuta l'esclusione dal Governo dei partiti della sinistra, con conseguente rottura di quell'unità antifascista che fino a quel momento era stata salvaguardata nel quadro dell'opera del Comitato di liberazione nazionale. Tuttavia, i dirigenti politici del tempo avevano avuto il buon senso di evitare che la rottura avesse ripercussioni sui lavori della Costituente che furono condotti a compimento, senza risultarne turbati, entro la fine del 1947. Ma la campagna elettorale che seguì, nella primavera del 1948, inasprì notevolmente la situazione e il nuovo Parlamento risultò nettamente diviso fra una maggioranza «centrista» e un'opposizione rappresentata principalmente dai partiti della sinistra «frontista». Non può destare meraviglia, pertanto, che la realizzazione delle leggi di attuazione della Costituzione divenisse più difficile e che le leggi del precedente regime venissero progressivamente richiamate in vigore dopo un periodo in cui erano rimaste in qualche modo in sospeso, in attesa delle riforme.

Di qui il formarsi di una situazione nell'ambito della quale le norme della Costitu-

zione disegnavano un ordinamento legislativo molto più moderno di quello ereditato dal passato e largamente incompatibile con esso, ma la legislazione anteriore risultava concretamente vigente e i progetti di riforma, la cui opportunità o necessità in linea teorica ben pochi negavano, si arenavano sistematicamente in Parlamento, o – in certi casi – non vi arrivavano neppure (donde la definizione della Costituzione del 1947 come «costituzione presbite» per la sua capacità di antivedere sviluppi che all'epoca della sua redazione non era stato possibile mettere subito in opera). Tanto che, quando nel 1955 si ebbe l'elezione di un presidente della Repubblica votato da una maggioranza trasversale, contro il candidato dello schieramento centrista, questi si ritenne giustamente in dovere, nel suo discorso d'insediamento, di rivendicare la validità della Costituzione e di affermare la necessità di dare sollecita attuazione agli istituti nuovi che essa aveva previsto e che fino a quel momento erano rimasti inattuati. In questo discorso si indica solitamente il sintomo principale dell'inizio del «disgelo» della Costituzione («congelata», secondo questa immagine, dalla guerra fredda) ed in effetti negli anni successivi alcune leggi attuative di essa poterono essere approvate, anche se molte altre dovettero aspettare ancora decenni, ed anche se in alcuni casi si cercò di attribuire la funzione di leggi attuative delle norme costituzionali a testi che in realtà tendevano a svuotarle di ogni concreta portata.

Peraltro, è difficile dire se la causa del progressivo dissolversi della spinta riformatrice che la Costituzione aveva espresso, ma che non era riuscita a realizzarsi altro che in minima parte, fosse veramente dovuta soltanto alla guerra fredda internazionale ed alle sue ripercussioni interne, piuttosto che ad un progressivo degradarsi delle istituzioni, dalle quali gli uomini che avevano scritto la Costituzione furono progressivamente estromessi. Le vicende esaminate in questo libro dimostrano tuttavia come una conclusione di questo genere, ove riferita a questa fase storica, non sarebbe giustificabile se non forse in parte, dato che fu proprio negli anni che seguirono il disgelo costituzionale che la Costituzione del 1947 assunse un ruolo di crescente importanza, soprattutto attraverso l'opera della Corte costituzionale e della Magistratura ordinaria (ma non solo di esse), anche se probabilmente fu già in quel periodo che cominciarono a svilupparsi tendenze di segno negativo i cui effetti si manifestarono in tutta la loro pericolosità soltanto assai più tardi.

A partire dagli ultimi anni '50, la graduale scoperta delle potenzialità offerte dal controllo di costituzionalità come strumento di revisione dell'ordinamento legislativo, che fu resa possibile dall'insediamento della Corte costituzionale (avvenuta poco dopo il discorso di Gronchi), fu il principale fattore di valorizzazione della Costituzione e particolarmente sintomatico di questa valorizzazione fu la presa di coscienza dei vincoli che potevano realizzarsi fra l'opera di demolizione del diritto anteriore incompatibile che la Costituzione e l'opera di costruzione di un nuovo diritto attuativo di essa. Le basi di questa serie di operazioni (che ebbe i suoi protagonisti non soltanto nella Corte, ma anche in quei numerosi giuristi che, operando come avvocati o come magistrati, la rifornirono per decenni di questioni da decidere) furono poste da alcune decisioni fondamentali adottate dalla Corte stessa, a cominciare da quella sulla sindacabilità delle leggi anteriori e sulla giuridicità delle nome programmatiche della Costituzione; da quelle che educarono all'uso dell'interpretazione come strumento per correggere i testi legislativi senza aprire vuoti difficili da colmare; da quelle che si spinsero ancora più oltre sulla via della «manipolazione» dei testi stessi e da quelle che salvaguardarono tuttavia i limiti oltre i quali l'opera ricostruttiva della Corte non poteva spingersi senza perdere la sua efficacia pratica e ridursi ad una serie di auspici.

La giurisprudenza in materia processuale che la Corte elaborò con decine e decine di provvedimenti riuscì quindi a controbilanciare con una certa efficacia l'inerzia del legislatore (che Calamandrei

aveva qualificato come «l'ostruzionismo della maggioranza»), aprendo la via, sia a decisioni capaci di risolvere direttamente taluni problemi, sia a interventi capaci da costringere il legislatore stesso ad uscire dalla sua inerzia e ad adottare misure (magari solo interinali) con le quali far fronte alla necessità di colmare i vuoti determinati dalle dichiarazioni di incostituzionalità di leggi anteriori. Il che avvenne sempre più spesso, fino a conferire, da un lato, al «seguito» parlamentare delle dichiarazioni d'incostituzionalità un minimo di funzionalità ed a educare, dall'altro lato, i giudici, gli avvocati ed i giuristi in genere alla tecnica dell'applicazione diretta delle norme costituzionali, sia in funzione abrogativa del diritto anteriore incompatibile, sia in funzione interpretativa della legislazione ordinaria.

Se tuttavia i casi di uso della Costituzione per correggere o integrare l'ordinamento legislativo sono stati frequenti ed importanti, a causa della particolare situazione che si era determinata a seguito della separazione dell'opera di fissazione dei principi da quella necessaria per la loro attuazione pratica, non può negarsi che si siano avute, anche in questa fase, ipotesi di sostanziale trasformazione della portata di alcuni articoli della Costituzione, con riferimento alle quali può farsi ricorso alla nozione di «modificazioni tacite», già utilmente impiegata dalla dottrina costituzionalistica con riferimento alle ben più rilevanti trasformazioni in via interpretative di molti articoli dello Statuto albertino. È da notare però che, mentre le *Verfassungswandlungen* dell'Italia liberale avevano addirittura portato alla sostituzione della forma di governo costituzionale pura prevista dalla lettera dello Statuto con una forma di governo parlamentare, con conseguente applicazione di principi largamente confliggenti con quelli posti a base della prima, le modificazione tacite recate alla Costituzione repubblicana, quanto meno fino alla crisi costituzionale degli anni '90, hanno prodotto aggiustamenti assai meno radicali e, soprattutto, generalmente tendenti ad integrare e perfezionare, più che a modificare, l'assetto istituzionale delineato dal testo originale della Costituzione.

Una delle più importanti fra queste vicende fu quella che ebbe grande influenza sull'assetto della Corte costituzionale e che risultò dalla soluzione adottata nel corso del dibattito parlamentare sviluppatosi nell'ambito del procedimento di formazione della legge attuativa delle disposizioni costituzionali regolatrici di questo istituto, parallelamente ad una discussione sviluppatasi nell'ambito della dottrina costituzionalistica.

Si tratta della vicenda relativa al celebre emendamento Fumagalli col quale si voleva interpretare la disposizione costituzionale che assegnava al Presidente della Repubblica la nomina di un terzo dei componenti della Corte, ponendola in relazione con la regola sulla controfirma governativa degli atti presidenziali nel senso di riconoscere, al Governo il potere di effettuare la concreta designazione delle persone da nominare, ed alla firma presidenziale il valore di una sorta di attestato di legalità dell'atto. Costituisce un titolo di merito, per la maggioranza parlamentare dell'epoca l'avere finito per rinunciare a questa proposta, la cui eventuale approvazione avrebbe significato per essa la possibilità di controllare la Corte, dato che le avrebbe permesso di designare altri cinque giudici, oltre ai tre di nomina parlamentare che le sarebbero comunque spettati, contro un massimo di sette giudici designati, al massimo due dalle minoranze parlamentari e cinque dalle magistrature, questi ultimi presumibilmente al di fuori di ogni genere di legame politico, laddove l'attribuzione del potere di scelta al Presidente della Repubblica avrebbe consentito a quest'ultimo di esercitare un ruolo meno rigidamente connesso alle prossimità di ordine politico, come poi è avvenuto.

Questa vicenda è stata fondamentale per l'evoluzione del diritto costituzionale italiano, non solo perché ha determinato la formazione di una Corte costituzionale dotata di una composizione idonea a per-

mettergli di svolgere un ruolo di garante del sistema costituzionale (il che costituiva certamente un obiettivo dei costituenti, ma avrebbe potuto risultare un obiettivo mancato se questa discussione avesse avuto un esito diverso), ma anche perché ha rappresentato il fondamento per l'assunzione da parte del Presidente della Repubblica di un ruolo di ulteriore garante della Costituzione, che si poteva anche desumere dal testo della Costituzione senza però che esso ne offrisse sostegni particolarmente netti, potendosi sostenere che la figura del Capo dello Stato in esso delineata dovesse ritenersi modellata su quella del Presidente della 3ª e 4ª Repubblica francese (o in certa misura sulla prassi osservata al tempo della monarchia).

La vicenda relativa all'emendamento Fumagalli indusse invece gli interpreti a distinguere gli «atti presidenziali» in due tipi, gli uni caratterizzati dall'attribuzione al Presidente del potere di determinare il contenuto dell'atto ed al ministro controfirmante il potere di attestare la sua legalità (come appunto nel caso delle nomine dei giudici costituzionali) e gli altri, invece, dall'attribuzione al Governo (e per esso al Consiglio dei ministri o a un singolo ministro, a seconda dei casi) del potere di deciderne il contenuto ed alla firma presidenziale il valore di un'attestazione di legalità dell'atto, e sulla base di questa indicazione molto cammino è stato compiuto, nel corso della successiva esperienza (sia alla luce di alcune vicende valutabili positivamente, sia di altre meno entusiasmanti) verso la configurazione del Presidente soprattutto come un organo di garanzia della Costituzione e come un organo dotato di poteri non puramente cerimoniali. Conclusione questa che all'inizio di questa fase storica probabilmente non era così pacifica, a fronte della concezione, propria della tradizione francese che concepiva il Capo dello Stato come il vertice dell'esecutivo

La configurazione di due organi di garanzia così costruiti rappresenta indubbiamente un aspetto che distingue la Costituzione italiana del 1947 da altre che adottano una forma di governo più o meno analoga, e la dipendenza di essa da vicende di tipo interpretativo (in questo caso risultanti da dibattiti parlamentari e non di interventi della Corte costituzionale, ma accompagnate anche dall'elaborazione sviluppata nell'ambito della dottrina) rappresenta certamente un fattore di rilievo per la valutazione della storia costituzionale italiana degli ultimi cinquant'anni.

Alla vicenda che ha influito sulla conformazione dei due principali organi di garanzia previsti dalla Costituzione, deve affiancarsi quella che ha portato a risultati in qualche misura analoghi con riferimento alla Magistratura, cui è spettato il ruolo di un terzo organo di garanzia, destinato a tutelare la legalità in genere, più che la costituzionalità, ma in qualche misura dotato anche di funzioni relative a questa, in virtù del ruolo assegnatogli nell'ambito del sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi e del potere di applicazione diretta della Costituzione (soprattutto in via di interpretazione adeguatrice) progressivamente riconosciutogli sempre più esplicitamente dalla giurisprudenza costituzionale.

Questa vicenda ha avuto tuttavia un andamento molto più complicato ed i risultati conseguiti sono stati notevoli, ma comunque meno sicuri che nell'altro caso. A differenza dell'ordinamento della Corte costituzionale, che non aveva in Italia alcun precedente (e ne aveva pochi anche fuori d'Italia), e di quello del Presidente della Repubblica, la cui configurazione poteva solo in minima parte essere condizionata dall'esperienza monarchica, l'ordinamento della Magistratura era pesantemente condizionato dall'esistenza di un'istituzione che, non soltanto portava questo nome ed aveva un passato ben radicato, ma consisteva anche di un corpo di pubblici funzionari che la impersonavano e che erano abituati ad operare in base ad un ordinamento che la stessa Costituzione aveva ritenuto di non poter cancellare con un tratto di penna, tanto da sospenderne, con una disposizione transitoria, l'adeguamento ai nuovi principi.

Indubbiamente i costituenti, sotto la spinta di Piero Calamandrei (che come è noto aveva in proposito idee assai precise, da lui già enunciate in un celebre discorso pronunciato alla vigilia dell'avvento del fascismo), avevano inserito nella Costituzione una serie di indicazioni sulla base delle quali si sarebbe potuta costruire una Magistratura profondamente diversa da quella esistente in Italia, ma tale compito, quand'anche fosse stato intrapreso con piena convinzione dalle forze politiche, avrebbe incontrato forti resistenze nei magistrati che erano allora in servizio, una consistente parte dei quali (soprattutto fra quelli collocati nei gradi più alti) non apparivano favorevoli a profonde innovazioni. Questa circostanza, e il più generale disinteresse per l'attuazione della Costituzione diffusosi fra le forze politiche, fece sì che le riforme dell'ordinamento giudiziario tardarono a lungo, a parte talune che erano state adottate con una legge approvata già prima dell'entrata in vigore della Costituzione (fra le quali peraltro l'unica veramente importante era quella che sottraeva il pubblico ministero al controllo del Ministro della Giustizia).

Fu tuttavia nel quadro del «disgelo costituzionale» cui accennavo poc'anzi che si ebbe anche a questo proposito una svolta di rilievo con l'approvazione, nel 1958, della legge istitutiva del Consiglio superiore della Magistratura (che la Costituzione aveva delineato come un organo completamente diverso da quello preesistente di egual nome): Anche se questa legge dette un'interpretazione minimalistica delle norme costituzionali che facevano di quest'organo un efficace garante dell'indipendenza della Magistratura e dei singoli magistrati (sia «esterna», cioè nei confronti degli altri poteri dello Stato, sia «interna», cioè degli altri titolari di funzioni giudiziarie), poté così avere inizio un lento ma importante sviluppo nel corso del quale furono messi a fuoco, da parte di molti magistrati delle nuove generazioni, con la collaborazione di giuristi non appartenenti alla Magistratura, una serie di traguardi, buona parte dei quali poco a poco poterono venir raggiunti.

Questo sviluppo ebbe le sue tappe più importanti in una decisione della Corte costituzionale che, nel 1963, dichiarò incostituzionale la disposizione della legge attuativa che limitava l'esercizio da parte del Consiglio superiore delle funzioni ad esso affidate dalla Costituzione, subordinandole all'esercizio del potere d'iniziativa dei singoli provvedimenti da parte del Ministro della Giustizia, ed in alcune leggi che modificarono il sistema elettorale dei componenti togati del Consiglio superiore, così da renderli maggiormente rappresentativi di tutti i magistrati, eliminando la posizione di favore fatta dalla legge del 1963 alla categoria dei consiglieri di cassazione. Nonostante che le forze politiche seguissero passivamente questa evoluzione (nutrendo per essa scarsa simpatia, come risulta, in particolare dal referendum sulla responsabilità civile dei magistrati che esse promossero nel 1987, per screditare la categoria agli occhi dell'opinione pubblica, dopo che la situazione di maggiore garanzia dell'indipendenza aveva indotto alcuni uffici giudiziari a perseguire esponenti del mondo politico per casi di illecito finanziamento dei partiti), intorno agli anni '80 il funzionamento del Consiglio superiore appariva in grado di assicurare ai magistrati che volessero esercitare le loro funzioni in modo indipendente che ciò non avrebbe comportato sul piano personale o professionale rischi del tipo di quelli che in tal caso essi avrebbero corso sotto i precedenti regimi.

Questa evoluzione, alcuni dei principali passaggi della quale sono efficacemente analizzati nel volume che commentiamo, è stata tuttavia bloccata, come è noto, dall'avvento al potere di Silvio Berlusconi che ha svolto una forte campagna mediatica e parlamentare contro la Magistratura culminata nell'approvazione di una nuova legge sull'ordinamento giudiziario che ripristina in gran parte la situazione esistente prima dell'avvio del processo riformatore tendente ad attuare le norme costituzionali. Così

come anche le altre istituzioni di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) hanno subito una qualche minaccia per effetto del progetto di riforma costituzionale in corso di approvazione (ed in certa misura già per effetto dell'adozione di un sistema elettorale di tipo maggioritario, intervenuta a seguito di un altro referendum nel 1993). Indipendentemente da quelli che potranno essere gli sviluppi futuri di queste iniziative, può affermarsi che la realizzazione delle tre istituzioni di garanzia, così come si sono venute concretando attraverso «interpretazioni e trasformazioni» del tipo di quelle analizzate nel libro di Bartole, hanno influito sulla configurazione del sistema costituzionale vigente in Italia in misura assai maggiore di quanto sia avvenuto in altri ordinamenti europei dotati di analogo assetto.

A queste interpretazioni della Costituzione, che hanno consentito – per lo meno fino alla crisi attualmente in corso – un'evoluzione del sistema politico italiano valutabile assai positivamente, quanto meno per quanto riguarda il tentativo di far rispettare il principio di legalità (e di legalità costituzionale) in un paese dove per secoli esso è stato normalmente calpestato, se ne contrappongono altre meno felici, la più vistosa delle quali è, a sommesso avviso di chi scrive, quella che ha sostanzialmente esentato dal rispetto del principio di legalità le Camere del Parlamento nell'esercizio delle loro funzioni non legislative.

Alla produzione di questo risultato hanno concorso, oltre ad una serie di prese di posizione delle Camere stesse (che tuttavia difficilmente avrebbero potuto risultare determinanti se non fossero state avallate dalla giurisprudenza), l'interpretazione adottata dalla Corte costituzionale secondo la quale i regolamenti parlamentari non sono «atti aventi forza di legge» ai sensi dell'art. 134 Cost., e sono quindi assolutamente insindacabili (non essendo evidentemente configurabili come atti della Pubblica Amministrazione soggetti al controllo del giudice ordinario o amministrativo), l'interpretazione della Corte di cassazione secondo la quale le Camere non possono essere convenute in giudizio per l'adempimento di obbligazioni che graverebbero su di esse in base alle normali regole civilistiche (cosicché esse si sono create una «giurisdizione domestica» cui gli interessati possono rivolgersi!) e l'interpretazione adottata dalla Corte costituzionale secondo la quale spetta alle Camere stesse decidere se eventuali atti dei loro componenti che abbiano arrecato danni a estranei siano stati commessi nell'esercizio delle loro funzioni e siano conseguentemente insuscettibili di determinare qualunque forma di responsabilità (salvo soltanto la competenza della Corte costituzionale a decidere sull'eventuale conflitto di attribuzioni che sia proposto da un giudice – ma non direttamente dal danneggiato – il quale non ritenga sussistere il nesso fra l'atto e l'esercizio delle funzioni parlamentari, stabilendo così una «pregiudiziale parlamentare» per effetto della quale le Camere agiscono come giudice in causa propria).

Queste interpretazioni, che introducono evidenti deroghe a vari principi – alcuni dei quali certamente «supremi» – della Costituzione del 1947 (quali il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, il divieto di istituire giurisdizioni speciali, le regole che impongono l'indipendenza e la terzietà del giudice, ecc.) sorprendono gli osservatori, oltre che per la loro dissonanza rispetto agli orientamenti prevalentemente seguiti in altri paesi di analogo assetto politico-costituzionale, per il fatto di inserirsi in un sistema che pure ammette il controllo della costituzionalità del prodotto della principale attività parlamentare, cioè della legge (e, secondo una diffusa opinione, addirittura della legge costituzionale che violi i «principi supremi»). La maggior parte della dottrina costituzionalistica ha censurato tali orientamenti giurisprudenziali e qualche rilievo è venuto anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, urtando però contro il muro di gomma del corporativismo parlamentare (il cui vincolo non si estende soltanto alla ristretta cerchia dei componenti delle due

Camere) e la posizione sembra ormai difficilmente attaccabile.

Molte altre vicende esaminate nel libro trovano in esso un'attenta analisi, che indurrebbe a prolungare oltre il dovuto queste note. Rinunciando a segnalarne altre, come pure sarebbe interessante fare, concluderò queste osservazioni auspicando che il genere letterario inaugurato da questo volume trovi ulteriori cultori e che l'autore di questo libro ci dia un seguito nel quale tragga le conseguenze di ordine teorico che la trattazione qui svolta rende possibile di fissare, essendo egli – proprio perché autore di questa ricerca – nella migliore posizione per condurla ad un ulteriori importanti risultati.

Replica

dell'*Autore*

Sono molto grato ad Alessandro Pizzorusso per la lusinghiera recensione del mio libro «*Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*», che egli ha scritto per questa Rivista. Egli ha letto il mio contributo sullo sfondo delle vicende politiche che in questi anni hanno accompagnato, *rectius* condizionato interpretazioni e trasformazioni della nostra Costituzione. Giustamente fa notare che non si tratta di un libro di storia costituzionale, o di un saggio di dottrina della costituzione, o di un manuale di diritto costituzionale. Aggiungerei che il libro non è e non vuole essere nemmeno una lettura encomiastica e giustificativa dell'esperienza costituzionale repubblicana, anche se personalmente condivido un apprezzamento positivo di essa, pur con le perplessità che si possono nutrire a proposito degli svolgimenti che hanno portato all'avvento di quel fantasma che è impropriamente definito seconda repubblica. Non è stata mia intenzione perseguire un siffatto, ambizioso obiettivo, anzitutto perché esso non si addice ad una ricerca scientifica. Inoltre, si tratta di una ricostruzione di alcuni passaggi nodali della vicenda costituzionale che di per sé può prestarsi sia ad una valutazione positiva di quella vicenda che ad un giudizio meno condiscendente e più preoccupato. Non si esclude, infatti, la possibilità che non tutti i precedenti giurisprudenziali e parlamentari, ai quali si è fatto riferimento, risultino agevolmente argomentabili e, quindi, giustificabili alla luce di una rigorosa analisi giuridica.

Pizzorusso cita ed esamina con una certa ampiezza il caso dell'emendamento Fumagalli, sul quale anch'io mi sono soffermato. Com'è noto, esso ha avuto una conclusione che è difficile non accettare: solo riconoscendo al Presidente della Repubblica il potere di nominare senza proposta ministeriale un terzo dei giudici costituzionali si poteva sperare di avere una composizione equilibrata della Corte costituzionale atta ad assicurarne l'indipendenza funzionale, perché non condizionata da alcun rapporto di dipendenza unidirezionale da questo o da quel potere dello Stato. Ma il caso dell'emendamento Fumagalli ha anche segnato – come nota lo stesso Pizzorusso – un momento importante ai fini della configurazione del Capo dello Stato come autonomo organo di garanzia costituzionale, a sua volta indipendente e distinto dagli altri poteri dello Stato. Dell'importanza di ambedue questi risultati vi è generale consapevolezza, anche se di recente assistiamo ad un tentativo ambiguo e pericoloso di mettere in discussione proprio la posizione costituzionale del Presidente della Repubblica e la composizione della Corte costituzionale.

Ma è facile rilevare che l'interpretazione correttiva dell'art. 89 Cost., affermatasi a conclusione della vicenda dell'emendamento Fumagalli, ha fatto prevalere l'orientamento volto ad attribuire a quella disposizione significati diversi da quelli che secondo tradizione ad essa si sarebbero dovuti attribuire. Intendo dire che alla luce della storia del governo parlamentare in Italia, ma anche in Europa, difficilmente si poteva immaginare di separare controfirma ministeriale da proposta ministeriale e di chiamare così la prima a coprire un atto presidenziale non preceduto dalla seconda, ma introdotto dall'iniziativa dello stesso Capo dello Stato. Al momento del decollo dell'ordinamento repubblicano la lettera dell'art. 89 rendeva appieno il significato a quella disposizione attribuibile secondo tradizione. Eppure l'esperienza è andata per altre vie. Mettere in discussione quella svolta non ha oggi molto senso, ma ha invece senso segnalare che attraverso un procedimento interpretativo molto elaborato ed ampiamente argomentato si è arrivati al ricordato discostamento del significato attribuito al testo dal testo medesimo. Ha un senso segnalare questa vicenda per molte ragioni, specie in un momento in cui vi è una crisi nel rapporto fra mondo politico e Costituzione.

Anzitutto, viene una volta di più messa

in giusta evidenza – se ve ne fosse bisogno – l'importanza del momento dell'interpretazione/applicazione della Costituzione nella costruzione della Costituzione vivente. In secondo luogo, pur in presenza di un risultato che oggi difficilmente può essere contestato, si offre un'occasione per riflettere su quanto e come discostamenti siffatti siano praticabili, e quali processi valgano, se non a giustificarli, a renderne almeno effettivi e duraturi i risultati. A tale ultimo riguardo, in terzo luogo, può essere utile contrapporre questa vicenda, ove il discostamento dal testo è stato repentino ed è (risultato) immediatamente manifesto, da altre vicende in cui ad un eventuale discostamento si è arrivati passo dopo passo, attraverso un processo incrementale di progressiva integrazione nel tempo.

Quando un'interpretazione che largamente si discosta dal testo si manifesta *ex abrupto*, senza il sostegno di una sfilza di precedenti confluenti in quella direzione, può anche destare preoccupazione nell'osservatore. L'emergere del ruolo attivo di garanzia del Capo dello Stato ha costituito un'innovazione che ha avuto nella vicenda dell'emendamento Fumagalli una rapida impennata, che ha forse avallato teorizzazioni scientifiche precedenti e successive, ma ha anzitutto sorpreso per la mancanza di un chiaro sostegno in dati dell'esperienza costituzionale anteatta. Tant'è vero che successivamente non sono mancati episodi in cui ai titolari dell'ufficio di Presidente della Repubblica non è stato facile prendere le misure dei loro interventi sollevando spesso, da Gronchi a Saragat, ma anche dopo, dubbi e perplessità nei commentatori.

Le vicende descritte nel mio libro dimostrano, però, come molto di frequente le trasformazioni costituzionali da esse segnalate si sono manifestate in via incrementale, ad un primo passo nella direzione dell'innovazione aggiungendosi un ulteriore secondo passo, e così via. Processi siffatti, quale – ad esempio – quello riguardante l'interna efficacia del diritto comunitario, consentono un più agevole controllo dell'interpretazione/applicazione della Costituzione, laddove svolte repentine e non facilmente prevedibili uniscono alla sorpresa la difficoltà di una chiara percezione e di un riscontro della loro giustificazione. In casi come quelli da ultimo menzionati è anzitutto il principio di continuità ed effettività a legittimare – ma soltanto *ex post* – il risultato, che può essere razionalizzato, ad esempio, nei termini del consolidamento di convenzioni o consuetudini costituzionali. Un'idea statica di costituzione, ovvero l'erezione della Costituzione, nei significati assunti in un dato momento storico, a momento regolatore indefettibile dei rapporti della vita (come la stessa dottrina della Costituzione materiale, secondo alcune letture, consiglierebbe di fare) non ci consente di avere un'idea chiara ed utile della costituzione vivente. La *lex* deve diventare *ius*, e senza l'ausilio di una concezione dinamica del diritto, quale, ad esempio, quella proposta – seppure con riguardo anzitutto ad esperienze di *common law* – da Dworkin in «*Law's Empire*», è difficile spiegare la stessa continuità della Costituzione.

In questa prospettiva è dunque importante riflettere sullo scorrere contemporaneo delle vicende della nostra storia politica e delle interpretazioni e trasformazioni della Costituzione. Anche di recente Pizzorusso è ritornato sul legame fra le prime e le seconde con proposte di periodizzazione che sembrano convincenti. Ma quale concezione della Costituzione avevano gli attori di queste vicende per vivere i diversi momenti delle sue epifanie? Condividevano essi una concezione della Costituzione fluida e dinamica, non irrigidita nella fissità del momento costituente? Erano consapevoli di essere partecipi di un *work in progress*? Questa è la domanda di fondo dalla quale sono partito ed alla cui risposta ho solo parzialmente messo mano raccogliendo e commentando gli elementi presentati nel libro. L'obiettivo non è quello di elaborare una nuova dottrina della Costituzione, ma di ricostruire la dottrina della Costituzione che ha guidato le interpretazioni e

trasformazioni della Costituzione di questo cinquantennio e più. Il testo della carta è l'ineliminabile punto di partenza: in sistemi giuridici come quello italiano, dottrine, che si sforzano di definire la costituzione prescindendo dal testo e guardando a qualcosa di diverso e distinto da esso, si espongono al rischio di far perdere all'interprete la percezione delle garanzie proprie del sistema costituzionale. Ciò vale anche per la dottrina della costituzione materiale, dei cui rapporti con la costituzione formale si può ragionare solo al termine di un'argomentata lettura del testo ed in funzione della interpretazione di questo. Molto più utili sono quelle dottrine della Costituzione che nascono nel contesto delle operazioni interpretative della Costituzione e sono quindi ad esse finalizzate. E certamente per la loro conoscenza è opportuno e necessario volgere lo sguardo sulle più rilevanti ed interessanti vicende di applicazione/interpretazione della Costituzione. Da qui la legittimità dell'invito a me rivolto da Pizzorusso di partire da questo primo libro per arrivare a quelle conseguenze di ordine teorico che qui sono solo accennate.

In un corposo contributo di alcuni anni fa Giuseppe Volpe ha sostenuto che l'insistenza dei costituzionalisti italiani a contenere il processo politico all'interno dei principi e delle regole costituzionali e della loro giurisprudenziale razionalizzazione, avrebbe prodotto «una idea riduttiva e tralatiziamente monocorde del concetto di costituzione, identificato prevalentemente con un fondamentale documento scritto». Questa affermazione non convince, non solo perché minimizza i risultati del lungo processo storico che ha segnato alcuni momenti fondamentali del costituzionalismo, ma anche perché troppo facilmente dimentica che la razionalizzazione di cui parla, è in realtà l'incrementale maturare – attraverso il concorso di tutti gli attori costituzionali, e non della sola Corte costituzionale – della costituzione vivente, cioè di quel corpo di norme che costituiscono l'implementazione per via di applicazione/interpretazione del testo della carta.

Certo la conoscenza di tutta questa fenomenologia richiede quella riflessione teorica alla quale Pizzorusso mi invita, ma in vista di questa è bene non confondere la costituzione quale percepita dagli attori costituzionali con le razionalizzazioni successive della dottrina. Spesso questa rischia di andare oltre le righe e di attribuire all'esperienza concreta i risultati delle sue più o meno convincenti elucubrazioni. Perciò, ho molto apprezzato le osservazioni che Pizzorusso dedica al ruolo dei giudici nella formazione della costituzione vivente, cioè all'opera di operatori giuridici che sono tenuti a verificare giorno per giorno la credibilità delle dottrine da essi elaborate nel confronto con l'esperienza dei rapporti della vita. L'attenzione da me dimostrata nel libro per le vicende giurisprudenziali conferma che io, condividendole, metto in pratica le indicazioni di Pizzorusso. Ma vi è anche una ragione di metodo che ha molto a che fare con le considerazioni che precedono. Ho cercato di studiare interpretazioni e trasformazioni della Costituzione con riguardo ad eventi puntuali, quali decisioni della Corte costituzionale e dei giudici ordinari e speciali ovvero dibattiti parlamentari per l'adozione di questo o quel testo normativo. Di norma ho dunque evitato di volgere la mia attenzione ad eventi di lungo periodo, a mutamenti che si sono consolidati – quali l'affermarsi del ruolo di garanzia attiva del Presidente della Repubblica – attraverso comportamenti ed atti diversi, di diverso oggetto seppure cospiranti in una direzione comune, giacché anche il raccogliere questi eventi e momenti sotto un'unica etichetta, e parlare quindi di convenzioni, consuetudini o prassi, può costituire occasione di una razionalizzazione successiva sulla quale spesso pesa più l'opinione degli osservatori e dei commentatori che quella degli attori costituzionali. Non è un caso che le citazioni di dottrina sono per lo più limitate a note e commenti di giurisprudenza «a prima lettura». In effetti, a questo stadio della ricerca vorrei per il momento lasciare da parte le teorie della costituzione prodotte *ex post* dalla letteratura giuridica,

e fermare la mia attenzione sulle dottrine che hanno volta per volta guidato la mano degli operatori costituzionali, e spesso traspaiono da quei contributi minori. Può darsi che queste rimandino a quelle, ma può anche darsi che l'elaborazione delle une e delle altre abbia percorso strade diverse. Comunque, e solo in un secondo momento, ed in chiusura del progetto di ricerca, vorrei instaurare un confronto diretto fra dottrina ed esperienza, anche per verificare la credibilità delle proposte della prima rispetto alle scelte compiute sul campo dagli attori costituzionali.

AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici, Giuffrè, Milano, 2001*

Recensione di *Francesco Paolo Luiso*

§ 1. Il volume, che è oggetto di queste brevi osservazioni, dà conto di un incontro di studio, organizzato nel 2003 dal Dipartimento di Scienze giuspubblicistiche dell'Università di Messina, relativo all'emergere della necessità di nuove forme di tutela. L'incontro è stato volutamente focalizzato sui profili pubblicistici, ma in realtà esso coinvolge esigenze comuni a tutte le situazioni soggettive. In realtà, dal punto di vista processuale la distinzione fra pubblico e privato si pone non tanto con riferimento alla tipologia del diritto sostanziale, e quindi alla tipologia delle situazioni soggettive pubbliche o private, quanto con riferimento allo strumento per la tutela delle stesse. Così, da un lato vi sono gli strumenti pubblicistici: giurisdizionali in primo luogo e ovviamente; ma, ora e sempre più spesso, anche amministrativi (si pensi all'esperienza della tutela dei diritti degli interessati da parte del Garante per la tutela dei dati personali). Dall'altra, vi sono gli strumenti non pubblicistici, come l'accordo negoziale diretto delle parti (magari favorito dall'intervento di un terzo in qualità di conciliatore), e naturalmente l'arbitrato.

Dal punto di vista delle situazioni sostanziali, invece, non vi è una effettiva diversità di esigenze di tutela: e la *summa divisio* degli strumenti giurisdizionali deve essere effettuata, quindi, non fra situazioni soggettive pubbliche e private, bensì fra quegli strumenti processuali che sono appunto finalizzati alla tutela di situazioni soggettive, siano esse private o pubbliche; e strumenti processuali che non hanno questa finalità. Da un lato, dunque, abbiamo il processo civile, quello amministrativo e quello tributario; e dall'altro, il processo penale, che presenta caratteristiche del tutto diverse dagli altri: la specificità del processo penale è ben sottolineata dalla relazione di sintesi.

§ 2. Il volume si articola in sei relazioni, dedicate alle prospettive amministrativistica, canonistica, costituzionalistica, penalistica, processual-penalistica e tributaria; in una serie di interventi e comunicazioni, talvolta di grande spessore; ed in una efficacissima relazione di sintesi, che consente di avere un quadro generale delle problematiche trattate.

Concentrando, per le ragioni già dette, l'attenzione sulle prospettive non penalistiche, e senza poter dar conto in modo compiuto di tutti i contributi, vorrei evidenziare quelli che, a mio avviso, sono i punti in cui si rendono più necessari interventi normativi, o anche inversioni di tendenza della giurisprudenza, al fine di colmare lacune di tutela, attualmente esistenti.

Iniziando dal processo amministrativo, non vi è dubbio che la questione centrale è la giustificazione stessa di un giudice speciale. In questa direzione, la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale – nel circoscrivere la giurisdizione amministrativa alle controversie di diritto pubblico, «in particolari materie» coinvolgenti (anche) diritti soggettivi – ha senza dubbio contribuito a dare un senso ad un giudice speciale, l'ampliamento delle cui competenze rischiava di dar ragione a chi, sia fra i processualcivilisti sia fra i pubblicisti, ne auspica il superamento. In tutti i sistemi dualistici, invero, lo spartiacque fra giudice ordinario (o civile) e giudice amministrativo sta nella distinzione fra diritto privato e diritto pubblico: così in Germania, in Spagna e – contrariamente a quanto di solito si dice – finanche in Francia.

In effetti, pensare di affidare ad un giudice speciale (anche) le controversie di diritto privato con la pubblica amministrazione – come era avvenuto, in taluni settori, in base alla originaria versione della legge n. 205 del 2000, prima dell'intervento correttivo della Corte – significa fare del giudice speciale un *privilegium fisci*, assolutamente ingiustificabile sotto ogni profilo. Come esattamente rileva la Corte costituzionale, l'art. 100 Cost. fa del Consiglio di Stato il giudice «nell'ammini-

strazione» e non il giudice «dell'amministrazione».

L'altra grande ed attuale questione che si agita in questo periodo è quello del risarcimento del danno per la c.d. lesione degli interessi legittimi. Qui, a parte le tutt'altro che sopite controversie circa la giurisdizione cui spetta dar tutela a questa tipologia di situazioni soggettive, il vero punto centrale è quello della c.d. pregiudiziale amministrativa, e cioè se – per ottenere il risarcimento del danno – sia necessario il preventivo annullamento dell'atto amministrativo lesivo.

Sia ben chiaro che qui, in realtà, si agitano due diverse questioni: la prima, se il risarcimento debba essere chiesto nello stesso termine, entro il quale deve essere proposta, a pena di decadenza, la domanda di annullamento; la seconda, se possa essere chiesto il risarcimento *invece* dell'annullamento.

Il primo problema – risolto, come ognun sa, in senso negativo dalla Cassazione con la sentenza n. 500 del 1999 – in realtà è e resta aperto: e la recente riforma del diritto societario, con la riscrittura degli artt. 2377 e 2378 del codice civile (lo nota appunto l'intervento di Clarich), introduce un identico regime temporale fra la domanda di risarcimento e quella di annullamento. Non vi sarebbe, dunque, niente di anormale nel pretendere che il risarcimento, ove causato da un atto illegittimo, dovesse essere richiesto nello stesso termine, entro il quale deve essere richiesto l'annullamento dell'atto.

L'altro problema, invece, è quello veramente centrale, perché il consolidarsi dell'opzione, attualmente prevalente nella giurisdizione amministrativa, che non consente all'amministrato leso di optare per il risarcimento, chiudendo così i rapporti con l'amministrazione – invece di essere costretto a proseguire gli stessi con la richiesta di annullamento – costituisce la chiave di volta dei rapporti fra cittadino e amministrazione, e soprattutto la cartina di tornasole della funzione della giurisdizione amministrativa. Se e finché si costringerà l'amministrato a chiedere l'annullamento, tutte le belle ricostruzioni dell'interesse legittimo *et similia* resteranno solo parole, inidonee a mascherare la verità, e cioè che i giudici amministrativi sfruttano l'interesse dell'amministrato per perseguire il loro vero scopo: garantire la legalità dell'azione amministrativa, anche a costo di sacrificare le aspettative di colui che a loro ha fatto ricorso.

Eppure, la ricostruzione della responsabilità amministrativa sui modelli della responsabilità contrattuale, e non extracontrattuale – come linearmente e persuasivamente operato nella relazione amministrativistica – non dovrebbe lasciare alternative. Come in materia contrattuale spetta alla parte adempiente scegliere se proseguire il rapporto, chiedendo l'adempimento, o far venir meno lo stesso, chiedendo la risoluzione; così, all'imprenditore che vuol fare un investimento, e che si vede illegittimamente negate dalla pubblica amministrazione le necessarie autorizzazioni, non può essere imposto di tener congelato il suo progetto, in attesa che il giudice amministrativo decida della domanda di annullamento: l'unica, che egli può proporre. Egli deve avere la possibilità di volgere altrove il suo investimento, chiedendo all'amministrazione il risarcimento dei danni, che egli ha subito a causa dell'illegittimità del rifiuto.

§ 3. Nella relazione costituzionalistica, si affrontano tutta una serie di questioni, che evidenziano alcune aporie nella giustizia costituzionale. Senza poter dar conto della ricchezza dell'analisi, basti soffermarsi su due profili: la necessità di fornire alla Corte un potere cautelare; e la possibilità di limitare l'efficacia retroattive delle pronunce di incostituzionalità.

Quanto al primo problema, non vi è dubbio che, oggi, la tutela cautelare è considerata parte essenziale di un effettivo sistema di tutela dei diritti: anche la Corte costituzionale l'ha più volte affermato. La proposta del relatore è quindi nel senso di consentire anche alla Corte di provvedere cautelarmente nelle materie appartenenti alla sua giurisdizione.

Il risultato è certamente apprezzabile e – si passi il bisticcio linguistico – costituzionalmente necessario proprio sulla base dei principi più volte affermati dalla Corte stessa: sicché non pare neppure troppo azzardata l'ipotesi che essa sollevi di fronte a se stessa la questione di costituzionalità di norme, che tale potere non le concedono.

Tuttavia, mentre per quanto riguarda le pronunce in via principale, soprattutto in materia di conflitti, il risultato non può che essere ottenuto attraverso un potere cautelare esercitato dalla stessa Corte, per quanto riguarda il giudizio di legittimità in via incidentale probabilmente di un potere cautelare della Corte non vi è bisogno, ed altrettanto probabilmente una sospensione cautelare dell'efficacia della norma imputata di illegittimità non costituirebbe lo strumento più idoneo.

Infatti, e lo stesso relatore lo afferma, il principale garante delle situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti è il giudice comune (ed anche l'arbitro, viene fatto di precisare, dopo la ben nota pronuncia della Corte che estende agli arbitri il potere – e dunque anche il dovere – di sollevare la questione di legittimità costituzionale). Orbene, il giudice può sicuramente concedere un provvedimento cautelare anche in presenza di una norma primaria costituzionalmente illegittima. È questa la soluzione ormai prevalente in dottrina, e fatta propria anche dalla Corte di giustizia europea. Nessun divieto di disapplicazione della norma primaria incostituzionale osta, in sede cautelare, alla concessione di un provvedimento cautelare siffatto: poiché il giudice del cautelare non «applica» la norma primaria, ma si limita a fare una prognosi circa la situazione che sarà riconosciuta dalla decisione di merito, scontando quindi anche l'incidente di costituzionalità e l'esito prevedibile dello stesso. E l'intervento cautelare del giudice comune è certamente più tempestivo e puntuale di quello che potrebbe essere un intervento cautelare della Corte.

Quanto, poi, alla possibilità di concedere alla Corte il potere di limitare la naturale retroattività delle proprie decisioni di accoglimento, non si può non concordare con il relatore circa la pericolosità e tutto sommato l'eversività di una tale proposta. Tranne – viene fatto di pensare – che nelle ipotesi di illegittimità costituzionale sopravvenuta: poiché, quando la norma incriminata non è stata sempre costituzionalmente illegittima, ma lo è divenuta in un certo momento (a causa dei mutamenti avvenuti vuoi nella società, vuoi nel complessivo sistema normativo), non solo non sarebbe strano, ma credo sarebbe al contrario addirittura necessario che la Corte individuasse il momento temporale, in cui tale situazione di illegittimità si è verificata.

Giovanna De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005

Recensione di *Giuseppe Ugo Rescigno*

Il tema centrale del libro della De Minico è costituito dalla analisi di un insieme di tendenze nel mondo della creazione delle norme giuridiche che hanno in comune da un lato il distacco da tradizionali e consolidati meccanismi propri delle democrazie moderne (quei meccanismi cioè incardinati sui poteri normativi di autorità politicamente rappresentative) e dall'altro il tentativo di rendere i destinatari delle regole quanto più è possibile autori o coautori o comunque partecipi della formazione e deliberazione di tali regole. Seguendo questo filo rosso vengono prese in esame le autorità indipendenti, se e quando sono titolari di poteri normativi (come avviene per lo più), le norme create dai privati avvalendosi della loro autonomia, gli atti di autoregolamentazione, i codici deontologici.

A rigore, ognuna di queste forme di normazione ha precedenti risalenti. Per quanto riguarda ad es. le autorità indipendenti molti ritengono, correttamente, che andrebbe qualificata come tale la Banca d'Italia, scoprendo così che il fenomeno era stato già colto, anche se diversamente teorizzato, usando lo strumento degli ordinamenti sezionali (e quindi in generale la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici; naturalmente il riferimento per quanto riguarda gli ordinamenti sezionali è a M.S. Giannini, e per quanto riguarda la pluralità degli ordinamenti giuridici in generale il riferimento è a Santi Romano). Per quanto riguarda il diritto creato dai privati, il fenomeno delle clausole generali di contratto imposte dai contraenti più forti alla totalità dei loro clienti è cosa antica, alla quale aveva tentato di porre rimedio, per la verità risibile, lo stesso codice civile del 1942 (a parte oggi l'intero nuovo capo XIV-bis del libro IV a tutela dei consumatori, oggi trasferito di sede nel recentissimo Codice del consumatore); in ogni caso è ben conosciuto il contratto collettivo di lavoro, che la Costituzione, per quanto inattuata per questa parte, costruisce come vera fonte di diritto, e cioè atto normativo con efficacia verso tutti i destinatari, e che oggi a parere di molti, ed anche mio, è un vero e proprio atto normativo nel caso dei contratti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici; casi di rinvio delle leggi ad atti di autoregolazione e quindi di indiretta formazione del diritto da parte degli interessati, erano ben presenti con gli ordini professionali.

La De Minico naturalmente conosce perfettamente, e dà conto di questi precedenti. Giustamente però sottolinea gli aspetti di novità: non solo e non tanto il moltiplicarsi di questi fenomeni, quanto: a) le teorizzazioni che li accompagnano, che li esaltano come un modo nuovo, più giusto ed efficace, di creare diritto; b) la maggiore attenzione per gli aspetti procedimentali, al fine di garantire una partecipazione di tutti gli interessati che sia tempestiva, effettiva ed informata; c) la necessità di istituire confronti tra di essi, anche alla luce delle esperienze, più ricche ed antiche, di altri Paesi, per verificare se è possibile individuare o soluzioni de iure condito capaci di affrontare e sciogliere lacune e difficoltà, o proposte de iure condendo per superare disfunzioni e controindicazioni.

A me pare che l'esempio più clamoroso e il caso paradigmatico della tendenza in atto stia oggi nell'art. 12 del D.Lgs. n. 196 del 2003 (dal titolo ufficiale Codice in materia di protezione dei dati personali), ampiamente analizzato dalla De Minico. In questo articolo (che per la verità non brilla per chiarezza e completezza, come vedremo) si prevede: 1) che le categorie interessate possano o debbano (un primo punto ambiguo) elaborare codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, e prevede anche che il Garante abbia il potere di promuovere la redazione di tali codici (anche in questo caso non è chiaro se i codici in tanto sono ammessi in quanto promossi dal Garante, oppure è sufficiente che il Garante li approvi, anche se proposti direttamente dagli interessati) e soprattutto il potere-dovere di verificarne la confor-

mità alle leggi e ai regolamenti, da condurre anche attraverso l'esame «di osservazioni dei soggetti interessati» (è da ritenere che per ciascun settore vi debba essere un solo codice, con il connesso problema di come il Garante seleziona il codice da approvare contro quelli da scartare, se ne vengono proposti più di uno; notevole il fatto che l'art. 12 subordina i codici di autodisciplina in esso previsti non solo alle leggi ma anche ai regolamenti, salvo stabilire quali e quanti sono tali regolamenti (altro punto ambiguo); la domanda che questa disposizione suggerisce, e che qui non posso trattare, è: negli altri casi di poteri normativi attribuiti ad autorità indipendenti, i regolamenti da queste deliberati sono subordinati, oltre che alle leggi, anche ai regolamenti dell'esecutivo?); 2) che questi codici vengono pubblicati nella Gazzetta ufficiale e, con decreto del Ministro della giustizia sono riportati nell'allegato A) del codice (di nuovo una ambiguità: a rigore l'allegato A) è stato già pubblicato con la pubblicazione del Codice, cosicché il decreto del ministro può solo scrivere che, da un certo momento in poi, l'originario allegato deve comprendere, e quindi essere letto come se comprendesse anche il nuovo codice di deontologia; non è chiaro a questo punto se l'inserzione nell'allegato diventa condizione necessaria della pubblicazione legale, o viceversa segue la pubblicazione; non è chiaro pertanto da che momento entra in vigore il codice deontologico); 3) comunque sia del punto precedente, le disposizioni dei codici di cui sopra «costituiscono condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento die dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici», cioè tali codici diventano obbligatori per tutti, con le conseguenze che ne discendono in caso di inosservanza.

Alla fine, quali che siano i dubbi e le perplessità su alcuni punti tecnici e più specifici, è chiaro che qui ci troviamo di fronte ad un atto concettualmente normativo (che contiene cioè regole generali e astratte), elaborato da privati, vincolante erga omnes, e per tale ragione pubblicato in Gazzetta ufficiale. Una volta accertato che tale atto non è contrario a leggi e regolamenti, e cioè che nella gerarchia delle fonti è un atto per così dire terziario, esso diventa pur sempre legge sostanziale per tutti relativamente all'oggetto disciplinato.

La De Minico non ricorda un altro caso, leggermente diverso, ma altrettanto significativo. La legge n. 146 del 1990 prevede che le prestazioni essenziali in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali siano stabilite da un accordo tra le parti, valutato idoneo dalla Commissione garante. Non posso qui trattare dei molti problemi che la disposizione ha posto e continua a porre anche dopo la novella introdotta con la legge n. 82 del 2000 (che ha trasfuso in disposizioni di legge molte delle pratiche elaborate e seguite dalla Commissione sul punto): qui interessa sottolineare come anche in questo caso comportamenti non secondari nella vita associata (il modo di scioperare, e cioè di avvalersi di un diritto costituzionalmente garantito da parte di milioni di lavoratori) vengono deliberati o dagli interessati, se si accordano, e sia pure con il controllo di una autorità pubblica, che però non è politicamente rappresentativa, oppure direttamente dalla Commissione, se le parti non si accordano o la Commissione giudica negativamente il loro accordo (vale la pena di ricordare che questo potere della Commissione si affermò di fatto dal 1990 al 2000, e venne poi codificato con la legge n. 82 del 2000).

I casi ora ricordati, ed altri che si possono aggiungere e che la De Minico esamina, sollevano dubbi di costituzionalità o comunque di coerenza con i principi tradizionali dello Stato democratico contemporaneo. Chiariamo l'origine del dubbio: ci troviamo di fronte a regole che si impongono a soggetti che in nessun modo e per nessun aspetto le hanno volute; regole cioè, che, come le leggi deliberate dal Parlamento, si applicano erga omnes, indipendentemente dalla loro volontà (fatta salva la loro costituzionalità). Questo è il punto cruciale. Come si giustifica che soggetti privati possano comandare su altri, sia pure relati-

vamente a oggetti previamente selezionati e circoscritti dalla legge formale? L'unico modo per salvarli da questa accusa mortale è quello di abbassare il loro potere da potere deliberante a potere di proposta, e ricondurre la forza vincolante erga omnes di tali atti non alla volontà dei proponenti ma alla approvazione della autorità pubblica che trova la proposta non contraria al diritto. Il contratto collettivo *ex* art. 39 non rientra in questa costruzione, ma, appunto, in tanto sarebbe legittimo, se praticabile, in quanto previsto dalla Costituzione. Nel contratto dei dipendenti di enti pubblici l'autorità pubblica c'è: è l'Aran sotto la direzione del Governo. Nel caso dell'art. 12 citato, l'autorità è il Garante; nello sciopero nei servizi pubblici essenziali è la Commissione. Non mi pare che vi siano oggi casi, previsti da leggi ordinarie, di atti normativi con efficacia erga omnes direttamente imputabili solo ai privati. I contratti collettivi di lavoro ordinari riescono in pratica ad aver efficacia erga omnes, ma solo attraverso vari marchingegni che escludono sempre la loro diretta efficacia erga omnes per il solo fatto di essere stati sottoscritti dalle parti.

Se è così, si giustifica sotto una diversa angolatura il fatto che la De Minico esamini nello stesso libro, e metta in relazione, questi atti di autoregolamentazione, nel senso ora stabilito, con la autorità indipendenti: la ragione sta nel fatto che si tratta di atti normativi con efficacia generale che non provengono da autorità politicamente rappresentative, ma pur sempre autorità pubbliche. Nello stesso tempo queste autorità pubbliche non rappresentative, nell'emanare o approvare atti normativi, debbono o possono seguire procedure che danno ampio spazio agli interessati alle regole, fino al punto che in alcuni casi agli interessati viene addirittura dato il potere di proporre l'intero e completo contenuto normativo.

Il problema a questo punto si sposta. Su quale base si fonda questo potere della autorità pubbliche non rappresentative (che siano o no indipendenti, ai fini della questione qui trattata diventa irrilevante; la distinzione ovviamente resta rilevante quando vengono poste altre domande). Per trattare questo punto debbo introdurre due istituti fondamentali, uno ben noto, e l'altro dalla condizione incerta e confusa: da un lato la riserva di legge, e dall'altro la preferenza di legge.

La riserva di legge, che rientra nel genere delle riserve in generale (ad es. la riserva di giurisdizione; si nega che esista una riserva di amministrazione), prescrive che quando la Costituzione dice che un certo oggetto o una determinata materia va disciplinata con legge, solo la legge (o un atto con forza di legge: la qualifica forza di legge sta appunto a significare questa possibilità) può porre regole generali e astratte valevoli per tutti. Si fa poi, secondo tradizione, distinzione tra una riserva assoluta ed una riserva relativa: l'esperienza ha dimostrato che è impossibile che il legislatore si occupi totalmente di tutte le materie a lui riservate. Resta fermo che, quale che sia il limite tra riserva assoluta e riserva relativa, anche in quella relativa prima ha da esserci una legge che disciplina gli aspetti essenziali dell'oggetto regolato, e poi, in subordine, possono o debbono intervenire altri atti normativi senza forza di legge per completare la disciplina.

Del tutto diverso è l'istituto che va sotto il nome di preferenza di legge (e che noi riprendiamo anche nel nome dall'esperienza tedesca di fine ottocento, calandolo però in un sistema diverso e quindi in realtà modificandolo). In quella esperienza si partiva dal principio che dove non c'era riserva di legge, rimaneva il potere normativo del sovrano, salva la preferenza della legge, e cioè la sovraordinazione della legge se questa interveniva. La preferenza di legge deve conciliarsi oggi con il principio di legalità. Se riteniamo che il principio di legalità sia di ordine costituzionale e che esso prescriva che, salva la Costituzione, nessun potere autoritativo è ammesso se non ha un fondamento legislativo, allora nessuno può imporre unilateralmente ad altri regole se non c'è un fondamento legislativo. Appli-

cato nel nostro campo ciò vuol dire che le autorità indipendenti, salve le riserve di legge, in tanto hanno un potere normativo in quanto la legge lo prevede. La legge però, salve sempre le riserve di legge, può limitarsi ad attribuire puramente e semplicemente tale potere, cosicché la disciplina sostanzialmente primaria dell'oggetto o della materia attribuita all'autorità indipendente sta nell'atto normativo di tale autorità: un tale atto, dal punto di vista contenutistico, prende il posto di una legge. Resta ferma però la preferenza della legge: se la legge interviene, essa prevale sul regolamento dell'autorità indipendente. Questo mi pare che resti ancora oggi un principio insuperabile e non superato.

Il punto oggettivamente importante che rimane e che qui non tratto è: le attuali norme di legge sui poteri normativi delle autorità indipendenti vertono su materie non coperte da riserva di legge? Se vi è riserva di legge, e si tratta di riserva relativa, la riserva è stata rispettata? A me pare che questi problemi non vengono avvertiti e meno che mai discussi, e che sull'onda delle tendenze politiche dominanti si stia creando una sorta di fatto normativo che scavalca la Costituzione formale, ed apre spazi sempre più vasti a normazioni provenienti da organi non rappresentativi. Se la tendenza dovesse stabilmente affermarsi, dovremo riorganizzare concettualmente la costituzione vivente, nascondendo la sua distanza dalla costituzione formale.

Il punto però più interessante ed originale del lavoro della De Minico non sta nei problemi prima discussi e che, come costituzionalista, mi intrigano particolarmente, ma nella attenta ricognizione delle procedure che seguono o debbono seguire le autorità preposte a tale tipo di normazione, delle ragioni di tali procedure, e nei pericoli che si annidano in esse (e quindi negli atti che ne costituiscono il risultato finale). Come già ricordato, tutti gli atti esaminati dalla De Minico hanno in comune il tentativo, più o meno articolato, più o meno riuscito, di coinvolgere gli interessati nella confezione delle regole. Anche in questo caso va chiarito dove sta l'elemento nuovo. Anche il Parlamento, i Consigli regionali, in generale i centri tradizionali produttori di regole giuridiche, si preoccupano del consenso, ed infatti tengono audizioni, formano commissioni di inchiesta, predispongono libri bianchi, verdi, grigi, o quant'altro, tengono conto dei pareri delle organizzazioni rappresentative di interessi, si piegano addirittura alle richieste dei gruppi di pressione. Nei casi esaminati dalla De Minico è caratteristico il fatto che tutta questa attività non viene lasciata alla iniziativa libera del decisore, alle modalità, ai tempi ed alle forme da questo stabilite: necessità della consultazione, forme, modalità e tempi sono in principio stabilite nelle leggi che prevedono tale potere normativo. Dove la legge tace, o è incompleta o oscura, sovviene l'analogia, o comunque l'esempio di altre autorità, cosicché ci si aspetta che tutte seguano in questo campo principi comuni.

Sembra che in tutto questo vi sia un ampliamento della democrazia, sicuramente della partecipazione. Ma tutti coloro che si sono occupati del fenomeno, e la De Minico con loro, mettono in guardia: il pericolo è la cattura della autorità da parte degli interessati. Non più una autorità indipendente rispetto agli interessi in gioco, ma una autorità subordinata agli interessi di cui si occupa. Qui ricordo solo un punto: il fatto che in alcuni casi non è previsto alcun limite alla possibilità che persone al servizio della autorità possano passare al servizio dei soggetti che le autorità controllano (ci sono già stati casi clamorosi in questo senso). Non riguarda direttamente questa questione, ma in qualche modo è collegata perché riguarda pur sempre il significato della indipendenza: se un autorità fa parte di un circuito sovranazionale di autorità eguali in altri Stati, certamente si accresce la loro indipendenza rispetto al proprio Stato, ma quanto cresce o rischia di crescere la loro dipendenza di fatto nei confronti di interessi privati sovranazionali?

La conclusione di questa mia recensione a questo punto diventa semplice: ci tro-

viamo di fronte a fenomeni che esigono una rigorosa e attenta analisi perché, anche ammettendo che siano inevitabili e talvolta utili, contraddicono in tendenza la democrazia, oscurano la trasparenza nei confronti della intera comunità (ed anche talvolta di alcune cerchie interessate che vengono escluse dalla partecipazione) dei processi decisionali, creano circuiti autoreferenziali nei quali interessi particolari vengono spacciati per interesse generale senza possibilità di controllo. Il libro della De Minico è prezioso anche per questo aspetto, perché mette in luce puntigliosamente e con grande attenzione tutti i pericoli e le distorsioni che si annidano nei nuovi meccanismi di produzione del diritto, fino a vere e proprie incostituzionalità.

Replica

dell'*Autrice*

Ringrazio innanzitutto il Prof. Rescigno per l'attenzione riservata al mio lavoro e per la condivisione dell'impianto argomentativo, sintetizzabile, come opportunamente rilevato, in quel «filo rosso» che tiene insieme la regolazione delle Autorità indipendenti e il diritto dei privati: norme oggettive non riferibili alla volontà politico-rappresentativa.

La creazione di un polo normativo autosufficiente ha reso necessaria la ricerca di un titolo giustificativo dell'attribuzione di poteri sostanzialmente politici ai nuovi attori del diritto. L'indagine si è articolata su due versanti: la sede procedimentale, dove il contraddittorio tra i regolati del processo normativo si propone come surrogato della dialettica politico-partitica delle aule parlamentari; e la sede comunitaria, fonte originaria di conferimento di siffatto potere, e, come tale, possibile ragione giustificativa della deroga al principio costituzionale della corrispondenza potere politico/responsabilità.

Quanto al primo livello di indagine la ricerca ha prodotto un esito negativo a livello teorico, perché l'infungibilità della rappresentanza politica con quella di interessi comporta che la visione di sintesi delle istanze generaliste elaborata dalle forze politico-partitiche non sia sostituibile con le prospettazioni particolaristiche introdotte dai regolati. Né queste conclusioni sono state corrette da esiti più equilibrati sul piano operativo, dove invece l'assenza di una disciplina generale sulla partecipazione al *rule-making* delle A.I., le ha esposte al rischio della cattura da parte dei regolati *well founded and structured*; in sintesi la regolazione partecipata non ha assicurato una disciplina bilanciata dei contrapposti interessi in gioco.

A identica conclusione si è pervenuti rispetto all'autoregolazione, in quanto l'assegnazione ai privati di una potestà d'imperio si è risolta in un esercizio egoistico del potere, ma non era attendibile un risultato diverso dal momento che il legislatore ha rinunciato a orientarla in anticipo verso gli obiettivi pubblici desiderati e a correggerla *in itinere* per allinearla ai fini prestabiliti.

Allo stato entrambi i nuovi canali di produzione del diritto difettano di un adeguato titolo legittimante e, per quanto riguarda l'autoregolazione, neanche la costruzione suggerita dal Rescigno risulta soddisfacente a tal fine. Si propone una lettura dell'art. 12 (D.Lgs. n. 196 del 2003) molto suggestiva ma non convincente: la dequotazione dei codici da atto deliberativo a mera proposta normativa, rimessa per l'approvazione definitiva al Garante. In tal modo il potere di creare regole *erga omnes*, trasferito dai privati al Garante, non porrebbe più problemi di compatibilità costituzionale con l'art. 41, perché il soggetto pubblico è il naturale destinatario di potestà d'imperio, diversamente dal privato che non può disporre della sfera giuridica altrui.

Due obiezioni si possono però muovere a questa ricostruzione: in primo luogo essa non ricorre nella fattispecie generale contemplata dall'art. 12, cioè nella norma base che promuove l'autoregolazione a dignità di fonte, che identifica l'intervento autoritativo con il sindacato di legittimità su di una decisione altrui. Ne sia prova il fatto che quando la legge ha voluto affidare al Garante il potere di modificare la proposta regolativa dei privati, non si è espresso in termini di approvazione bensì di codecisione prevalente sull'iniziativa privata (è il caso del codice dei giornalisti: art. 139). Ma anche a voler accettare la ricostruzione dei codici in termini di atto complesso a potestà diseguali – l'apporto del privato si combinerebbe con momenti di eteronormazione prevalenti sul primo – si riproporrebbe il problema di individuare il titolo legittimante un soggetto, stavolta pubblico e non più privato, alla decisione politica: cioè cambierebbe solo l'oggetto di questa ricerca, ma non anche il tipo di indagine. In altri termini, non ci domanderemmo più perché

un privato decida per tutti, ma perché un soggetto autoritativo, non rappresentativo, assuma decisioni politiche.

Neanche la via da altri percorsa per combinare con l'ordine costituzionale queste fughe dal sistema sembra condurre a risultati più soddisfacenti: intendiamo riferirci alla tesi della comunitarizzazione delle fonti alternative. Questa tesi certamente coglie un punto di verità: l'ordinamento comunitario contempla il potere normativo delle A.I. e da ultimo dei gruppi di interesse privati. Detto ciò, rimane invece da spiegare se quanto disposto in sede comunitaria possa bastare a rovesciare l'impostazione di fondo del nostro ordinamento: cioè la corrispondenza potere politico/funzione. Riteniamo che questa relazione biunivoca sia un principio basilare dell'architettura della nostra repubblica democratica, insuperabile tanto dal potere di revisione costituzionale che da quello comunitario, la cui prevalenza sul nostro sistema delle fonti è subordinata al rispetto dei principi fondamentali, tra i quali è difficile non includere quello della corrispondenza tra potere politico e responsabilità. Il che, detto *a contrario*, comporta l'illegittimità dell'imputazione del potere politico ad autorità estranee al circuito politico rappresentativo.

Quindi, neanche l'argomento comunitario ritorna utile ai nostri fini.

A questo punto il cerchio non si chiude, perché se il legislatore insiste nel consegnare rispettivamente alle A.I. poteri normativi formalmente secondari, ma sostanzialmente primari, e ai gruppi privati deleghe quasi in bianco di poteri normativi ci giochiamo i principi di gerarchia e di preferenza della legge, come opportunamente rilevato dal Rescigno: il tutto con l'aggravante che si verte su materie coperte da riserva, che – per quanto la si voglia interpretate come relativa – quantomeno richiede che vi sia una previa norma di legge e che essa non si limiti alla nuda attribuzione del potere, ma lo sostanzi in fini, lo guidi verso obiettivi, lo delimiti entro i fermi binari di una preventiva disciplina sostanziale della materia, già espressiva della misura del contemperamento dei contrapposti interessi in gioco.

Se ciò non è accaduto, possiamo dolercene: ma la conseguenza inevitabile allo stato è l'incostituzionalità di questi processi alternativi di creazione del diritto primario almeno fin quando rimarrà unico il canale di conversione delle istanze generaliste in decisioni sul bene comune. Infine, anche l'esperienza di altri Stati europei, parimenti obbedienti al principio della prevalenza del diritto comunitario, potrebbe indicarci una possibile via per superare questo *impasse*: non quella dell'acritica accettazione della superiorità del diritto comunitario, considerata l'impraticabilità dell'argomento dantesco del «vuolsi così colà dove si puote/ciò che si vuole, e più non dimandare», ma di una tempestiva riconduzione del nuovo diritto entro i confini dell'effettiva secondarietà alla legge, il che dilata simmetricamente lo spazio della decisione politica, che deve intervenire in prima battuta sulla scelta della misura di massima realizzazione possibile dei valori in gioco. E, per quanto riguarda l'autoregolazione, la soluzione, anche qui già sperimentata da altri (leggi Regno Unito, la cui vicenda di corsi e ricorsi è estremamente significativa sul punto) consiste nel ridisegnare il diritto dei privati in termini di funzione pubblica, delegata nell'esercizio ai privati, se e alle condizioni previamente stabilite dallo Stato. Solo questa *actio finium regundorum* chiuderebbe il cerchio, perché farebbe salva la coerenza e la sistematicità di un ordinamento giuridico, capace sì di ricondurre il molteplice a unità senza però rinunciare al suo indeclinabile ruolo di architetto e responsabile unico del progetto politico.

Finito di stampare nel mese di maggio 2006
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna 220