

**Alessandro Pizzorusso**

**“Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana**

Gli atti dei due seminari sulle “zone d’ombra della giustizia costituzionale” organizzati dal “Gruppo di Pisa” e svoltisi, il primo a Genova il 10 marzo 2006 sui giudizi di costituzionalità delle leggi e il secondo a Modena il 13 ottobre successivo sui giudizi sui conflitti e sull’ammissibilità dei *referendum* (ed ora disponibili nei due volumi pubblicati dall’editore Giappichelli nella collana dei “quaderni” curati dall’associazione organizzatrice) vanno per molti versi al di là del loro tema specifico, costituito dall’individuazione degli spazi che risultano preclusi al controllo di costituzionalità così come esso è congegnato dalle regole vigenti e così come esso concretamente funziona oggi in Italia. Partendo dalla ricerca di tali spazi, i relatori e gli altri intervenuti finiscono per compiere un’ampia rassegna dei problemi attuali del processo costituzionale, inserendosi nell’ormai vastissima letteratura giuridica dedicata allo studio della Corte costituzionale e della sua attività di interpretazione della [Costituzione italiana](#). L’occasione per una riflessione su questi temi, che i trentanove scritti compresi in queste due raccolte di saggi offrono, ben si presta quindi per festeggiare uno studioso come [Pierfrancesco Grossi](#), che a questi problemi ha dedicato larga parte della sua importante attività scientifica e pratica e che mi piace salutare, in nome di una ormai antica colleganza, nel momento in cui conclude il suo insegnamento, ma certamente non anche la sua partecipazione alla ricerca sui temi costituzionalistici.

Come Antonio Ruggeri esplicitamente mette in luce fin dalla presentazione del primo seminario, e come Valerio Onida conferma nelle riflessioni che chiudono il secondo, l’impiego del termine “zone d’ombra” allarga notevolmente il tema delle “zone franche” dal controllo di costituzionalità. Con questo secondo termine, infatti, si era spesso indicato in passato un obiettivo ben preciso, cioè l’individuazione di quel complesso di questioni, potenzialmente suscettibili di costituire oggetto di tale controllo, ma sulle quali la delimitazione dei compiti assegnati alla Corte dalla Costituzione, quali precisati dalle leggi attuative e dalla giurisprudenza sviluppatasi dal 1956 in poi (oltre che da quella sorta di giurisprudenza in veste legislativa, ovvero di legislazione a base giurisprudenziale, che è costituita dalle norme integrative che la

Corte si è data su basi teoriche che la dottrina ha faticato non poco a mettere a fuoco), non le consentivano di pronunciarsi.

L'uso del termine "zone d'ombra", sfumando notevolmente i confini della categoria presa in esame, allarga considerevolmente il tema e lo estende – come si esprime Onida – "anche ai casi in cui il giudizio della Corte ha ugualmente modo di spiegarsi, pur lasciando per l'uno o l'altro aspetto comunque insoddisfatte o, come che sia, non pienamente appagate talune aspettative di giustizia costituzionale (per una loro densa, esigente accezione)", laddove il termine "zone franche" alludeva ad una serie di precise chiusure che escludono il controllo giurisdizionale (anche di costituzionalità) di una serie di attività qualificate da un tasso di "politicità" che le renderebbero insindacabili in sede giudiziaria (talora anche a costo del sacrificio di diritti, pur costituzionalmente riconosciuti ai cittadini) e che risultano pertanto coperte da "immunità" dei titolari di pubblici poteri (talora estese anche agli atti da essi compiuti al di fuori dall'esercizio delle funzioni "politiche" loro assegnate, e comunque tali da non assicurare alcun indennizzo, *ex art. 2043, cod.civ.*, a chi ne abbia riportato un danno, escludendosi esplicitamente o implicitamente l'"ingiustizia" del fatto che l'ha provocato).

L'allargamento del tema dei due convegni, che ne è risultato, ha consentito ai molti partecipanti di offrire un quadro molto più completo di questo genere di problemi della giustizia costituzionale, ma certamente non elimina la distinzione fra i due temi, sulla quale giova aggiungere, proprio alla luce degli atti ora pubblicati, qualche ulteriore riflessione.

La lettura degli ottimi contributi raccolti nei due volumi offre infatti una preziosa occasione per ripensare le molte controversie che hanno scandito le fasi di attuazione di quei principi del "costituzionalismo" che hanno comportato l'abolizione o la limitazione dei molti istituti giuridici mediante i quali, prima che si sviluppasse la concezione della forma di Stato come "stato di diritto" e della costituzione come garanzia dei diritti fondamentali della persona, si giustificavano una quantità di deroghe alle varie forme di tutela dei diritti stessi e, più in generale, a quel complesso di principi giuridici i quali facevano sì che un paese "avesse una costituzione" (secondo la felice espressione usata nell'art.16 della Dichiarazione dei diritti adottata in Francia nel 1789).

In Italia, la progressiva attuazione di quei principi ha dato luogo ad una serie di transizioni che hanno determinato alcuni avanzamenti verso l'attuazione dei principi

del costituzionalismo (purtroppo sempre seguiti da fasi di segno contrario in una specie di altalena che chi scrive ha cercato di sintetizzare grazie all'ospitalità offertami da Aggiornamenti sociali, 2006, p.103 ss.) e tuttora non è certo dove questo movimento pendolare finirà per arrestarsi. Nell'auspicio che il pendolo giunga prima o poi a fermarsi sul punto più vicino possibile alle situazioni di massima attuazione dei principi del costituzionalismo, possono farsi alcune considerazioni sulle circostanze che hanno determinato ostacoli ancora avvertibili ai relativi percorsi e gli scritti qui raccolti ci offrono una preziosa rassegna di dati e di osservazioni, dalle quali si desume innanzi tutto la possibilità di distinguere le remore che derivano da mere imperfezioni tecniche che sono proprie di alcune delle soluzioni fin qui adottate e praticate, cioè delle mere "zone d'ombra", per lo più facilmente eliminabili ove affrontate con buona volontà, dalle vere e proprie "zone franche", poste a tutela di posizioni di privilegio più difficilmente scalzabili.

I problemi del primo tipo dipendono prevalentemente dal fatto che l'ordinamento della giustizia costituzionale è stato introdotto in Italia, con la Costituzione del 1947, in vigore dal 1° gennaio 1948 (ma in questa parte praticamente funzionante solo vari anni dopo e tra mille difficoltà), sulla base di conoscenze assai limitate e da parte di assemblee legislative molto più propense a tenere conto degli interessi di parte che delle acquisizioni scientifiche che erano già allora utilizzabili. Nonostante tutto ciò, il prodotto dei lavori dell'Assemblea costituente, del legislatore ordinario e della stessa Corte, che durante la prima fase della sua attività pose una serie di pietre miliari in via giurisprudenziale e mediante i suoi poteri regolamentari, fu nel complesso assai positivo.

Da un lato, infatti, fu colta l'inopportunità di affidarsi interamente all'opera dei magistrati allora operanti, privi com'erano, nella loro maggioranza, di una formazione sufficientemente orientata verso i principi del costituzionalismo (secondo il modello americano di giustizia costituzionale, che era l'unico a offrire un'esperienza abbastanza ampia, anche se poco familiare ai giuristi italiani); dall'altro lato, si comprese le necessità di non rinunciare a quelle forme di raccordo con la giurisprudenza giudiziaria che consentivano di mantenere un collegamento con la realtà dei problemi che avrebbero dovuto essere affrontati. La successiva esperienza dimostrò soprattutto come tali raccordi consentissero alla Corte costituzionale di svolgere efficacemente una preziosa funzione educativa ai valori espressi della

Costituzione nei confronti dei magistrati e avvocati che operarono nel periodo che seguì l'inizio dell'attività dalla Corte.

Assai fortunatamente, ne derivò così un sistema che affidava (con il fondamentale art.1 della [legge costituzionale n. 1 del 1948](#)) essenzialmente ai giudici (ed agli avvocati e alle parti, per loro mezzo) l'iniziativa del controllo di costituzionalità delle leggi che essi dovessero applicare, senza limiti di tempo o d'altro genere e senza riserve a favore delle corti che occupavano le posizioni più elevate della gerarchia giudiziaria (ereditata dai precedenti regimi e provvisoriamente salvaguardata dalla VII disposizione transitoria della Costituzione) e alla Corte costituzionale la decisione delle questioni con effetti *erga omnes*, in caso di accoglimento, ma soltanto inter partes in caso di rigetto (come stabilito nell'altrettanto fondamentale art. 136 della Costituzione). Si rinunciò invece, quasi completamente, al controllo su ricorso diretto, che pure era previsto, in termini assai ampi, nell'art. 128, comma 2, del progetto di Costituzione approvato dalla Commissione dei 75, limitandolo al campo dei rapporti Stato-Regioni, cosicché esso rimase per molto tempo largamente ininfluenza per la mancata istituzione delle Regioni ordinarie e, anche dopo la loro creazione, per il carattere asimmetrico attribuito all'iniziativa del controllo.

Grazie inoltre alla fondamentale svolta impressa dalla Corte con la sua prima sentenza, con la quale essa affermò la natura giuridica e l'efficacia invalidante delle leggi con esse incompatibili di tutte le norme della Costituzione, comprese quelle così dette "programmatiche", nonché la sua competenza a pronunciarsi anche nei confronti delle leggi anteriori, nel corso di alcuni decenni la Corte poté assolvere all'importante compito di ripulire la legislazione rimasta nonostante tutto in vigore, che un Parlamento ormai svuotato dello spirito costituente che aveva animato l'Assemblea eletta il 2 giugno 1946 non appariva in grado di assolvere. E quando le indicazioni date dalle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità delle leggi anteriori cominciarono a restare troppo spesso lettera morta, la Corte non mancò di arricchire il proprio strumentario di nuovi tipi di sentenze (interpretative, manipolative, ecc.), capaci di risultare *self-executing*.

Le altre competenze che la Costituzione assegnava alla Corte furono oggetto di sviluppo soltanto in un secondo momento: i giudizi che videro contrapporsi lo Stato alle Regioni e viceversa, limitati dapprima quasi soltanto alla Regione siciliana, ebbero un certo incremento dopo la formazione delle Regioni ordinarie, ma soltanto dopo la riforma del titolo V della Costituzione adottata con la legge costituzionale n. 2

del 2001 questo contenzioso (generalmente orientato in senso limitativo della riforma) assunse un rilievo pratico addirittura maggiore di quello incidentale. Di queste competenze accessorie che, nonostante il numero relativamente piccolo dei casi cui hanno dato luogo, hanno determinato spesso problemi pratici e teorici assai maggiori di quelli delle competenze principali, non è il caso di parlare qui in generale, salvo qualche cenno che si farà ai problemi del controllo di ammissibilità del *referendum*.

Fintanto che il quadro politico del paese rimase indirizzato all'attuazione dei principi stabiliti in occasione della escursione del pendolo più favorevole ai principi del costituzionalismo che l'Italia abbia mai avuto (corrispondente agli anni fra il 1945 e il 1948), il bilancio dell'attività della Corte risultò largamente in attivo ed anche le difficoltà, sostanzialmente minori, che dettero luogo ad alcune "zone d'ombra" nel senso sopra precisato, poterono essere superate senza eccessive difficoltà, per lo più mediante evoluzione della giurisprudenza o modifiche delle norme integrative.

I rapporti con gli organi costituzionali politici, che avevano dato luogo ad una crisi (peraltro non derivante dal merito delle decisioni della Corte) quando il regolamento interno elaborato da essa elaborato nel 1966 fu *overruled* con la [legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2](#), si svolsero in modo abbastanza normale (a parte i ritardi nelle sostituzioni dei componenti di nomina parlamentare, determinati dal tipo di rapporti che si erano venuti stabilendo fra i partiti, e qualche altra crisi sostanzialmente minore). La situazione politica del paese, tuttavia, non consentì mai una riflessione, di carattere prevalentemente tecnico, che sarebbe stata opportuna per una riorganizzazione della giustizia costituzionale che le conferisse una maggiore razionalità di quella conseguita, alquanto faticosamente ed in parte quasi casualmente, all'indomani della caduta del fascismo. Quello che poté essere fatto in questa direzione, soprattutto mediante l'opera della giurisprudenza, fu tuttavia, nel complesso, sufficiente ad assicurare un buon funzionamento dell'istituto, che ne fece il protagonista più apprezzato della storia costituzionale italiana dell'ultimo mezzo secolo.

Ad esempio, la mancanza di un'indicazione precisa circa la *ratio* della scelta del giudice quale titolare dell'iniziativa del processo costituzionale (iniziativa che la giurisprudenza ha tuttavia rigorosamente vincolato all'esistenza del rapporto di "rilevanza" generalmente inteso come pregiudizialità) ha consentito di risolvere gran parte dei problemi circa la regolarità dell'ordinanza di rimessione della questione, ma non ha chiarito del tutto quale sia il fondamento logico dell'ulteriore requisito della

qualificazione del remittente, con riferimento al quale si sono avute ricorrenti incertezze circa questioni sollevate da giudici esercenti funzioni non giurisdizionali, da non-giudici esercenti funzioni siffatte, ecc. Una spiegazione razionale avrebbe potuto consistere, probabilmente, nel ritenere decisiva, a questo fine, l'alternativa fra un soggetto pubblico (anche diverso da un giudice), il quale si trovi di fronte ad una questione di costituzionalità mentre opera in regime di indipendenza, ed un soggetto che sia invece inquadrato in una gerarchia amministrativa il cui organo di vertice possa esercitare l'iniziativa legislativa (come il Governo nazionale o una Giunta regionale) o addirittura legiferare (come le Camere e i Consigli regionali).

Nel primo caso, il soggetto in questione sarebbe chiaramente abilitato a rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale (ferma restando la necessità della "rilevanza" della questione), mentre nel secondo dovrebbe rimettersi alle decisioni del superiore gerarchico, che potrebbe impostare la soluzione della questione di costituzionalità mediante l'esercizio del potere di iniziativa legislativa. Sulla base di una tale *ratio*, sarebbero automaticamente risolti, nel senso della legittimità dell'iniziativa del processo costituzionale, i dubbi relativi alle autorità amministrative indipendenti e ad altri organi analogamente operanti in condizioni simili, al Consiglio di Stato in sede consultiva (ma sostanzialmente decisoria), all'Ufficio centrale per il *referendum*, agli organi che gestiscono le elezioni con provvedimenti definitivi, agli organi che amministrano gli uffici giudiziari e il loro personale, ecc. Resterebbero invece esclusi i soggetti privati, tranne che nel caso in cui esercitino funzioni giurisdizionali (come gli arbitri) ovvero, in regime di indipendenza, altre funzioni pubbliche che comportino un potere decisorio analogo agli altri fin qui considerati (come potrebbe forse essere talora il caso dei notai). Naturalmente, anche nei casi in cui il ricorso alla Corte sarebbe stato così precluso, resterebbe immutato il sindacato di costituzionalità esercitato dalla Corte, su iniziativa di altri soggetti, sugli atti con forza di legge (fra i quali non possono, a ragion di logica, non essere compresi i regolamenti parlamentari e simili).

Altro problema assai delicato è quello che deriva dalla necessaria applicabilità ai fatti anteriori delle norme penali di favore, dalla quale la giurisprudenza deduce la carenza di rilevanza di una eventuale questione di costituzionalità che le riguardi, per effetto del loro carattere autoapplicativo (cfr. l'art. 2, codice penale, e le norme internazionali dello stesso tenore). La Corte ha cercato di attenuare le conseguenze di questo principio muovendo dalla considerazioni di taluni effetti che le norme in

questione producono e che non sono interamente assimilabili a quelli principali propri di esse (nella [sentenza n.148 del 1983](#), che ha ritenuto rilevante, ma infondata, la questione di costituzionalità della norma sull'immunità dei componenti del C.S.M. per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione, adducendo, nel n. 3 della motivazione in "diritto", proprio la necessità di evitare "zone franche").

Tuttavia, questo tipo di osservazioni non hanno consentito di dare un'applicazione razionale ai casi, fattisi da ultimo relativamente frequenti, nei quali interventi legislativi, abrogativi o modificativi di norme penali, siano stati adottati dal legislatore, non tanto sulla base di valutazioni di ordine generale ed astratto, bensì per favorire, senza adeguata giustificazione, persone determinate che si trovavano ad essere accusate di fatti commessi in violazione di tali norme. In questi casi non parrebbe illogico che la questione di costituzionalità possa consistere proprio in una censura del meccanismo autoapplicativo nella parte in cui consente di realizzare il fine anticostituzionale dell'esenzione da pena dell'autore di un delitto che altrimenti sarebbe doverosamente perseguibile. L'introduzione di una esplicita deroga al principio dell'applicazione della legge penale più favorevole ai fatti anteriori, ove tale applicazione comporti una discriminazione positiva assolutamente ingiustificata, parrebbe infatti derivare dalla più corretta interpretazione del principio costituzionale di eguaglianza. Ma questa via non ha trovato seguito nella giurisprudenza, né nella legislazione.

Molta attenzione è stata dedicata inoltre, nel corso dei due convegni, alle difficoltà concernenti l'attuazione del principio del contraddittorio, le quali derivano dalla circostanza che in molti casi le decisioni della Corte costituzionale assumono un'efficacia *erga omnes* simile a quella delle leggi, per cui le regole applicabili negli altri campi del diritto processuale, ove le decisioni hanno effetti soltanto *inter partes*, risultano qui inadatte, nonostante che anch'esse prevedano regole particolari da applicare a situazioni nelle quali il principio del contraddittorio comporti la necessità di notificare atti ad un gran numero di persone, talora difficilmente identificabili, come quelle che si effettuano "per pubblici proclami" o quelle da adottare in casi di *class actions* e simili.

Per i provvedimenti della Corte costituzionale che presentano queste caratteristiche, nonché per i relativi atti di iniziativa, la legge italiana prescrive la pubblicazione in un'apposita sezione della *Gazzetta Ufficiale*, e fa quindi ricorso alla tecnica impiegata

per assicurare la notorietà delle leggi, mentre le regole sulla partecipazione ai relativi giudizi (in qualità di vere e proprie parti, ovvero di intervenienti, nonché il regime di questi interventi) sono state fissate soprattutto dalla giurisprudenza e dalle norme integrative, senza tuttavia che si sia riusciti a individuare dei principi generali riferibili a tutte le ipotesi che da questo punto di vista vengono in considerazione. Molti scritti compresi nei volumi qui commentati si occupano dei problemi che sono stati affrontati nella pratica, dapprima con un atteggiamento di radicale chiusura nei confronti di tutti coloro che non fossero parti “necessarie” dei giudizi costituzionali che presentano le caratteristiche proprie dei giudizi di parti, ovvero del giudizio a quo da cui deriva un giudizio incidentale della Corte, poi con maggiore disponibilità ad ammettere talune deroghe, ma senza tuttavia individuare un criterio generale valido per tutti i casi di questo genere.

Il caso più anomalo resta tuttavia quello costituito dalla creazione, ad opera della giurisprudenza ([sentenza n. 1150 del 1988](#) e successive), di una sorta di sostituzione processuale della parte di un processo ordinario, mediante il quale un privato vorrebbe far valere i suoi diritti nei confronti di un membro del Parlamento, ad opera del giudice del processo stesso, nelle sue qualità di organo-rappresentante del potere giudiziario, mediante la proposizione, da parte di quest’ultimo, di un ricorso per conflitto di attribuzioni fra il potere stesso (configurato come potere diffuso) e la Camera cui il parlamentare appartiene. Del relativo giudizio, infatti, non possono essere parti, né il privato, né il parlamentare, i quali risultano conseguentemente espropriati del relativo di diritto di azione e di difesa e quindi anche del diritto sostanziale che per mezzo di essi dovrebbe trovare tutela. Le gravi anomalie di una tale soluzione sono state ampiamente illustrate dalla dottrina e alcuni degli scritti compresi in questi volumi ne analizzano le sconcertanti particolarità, solo in parte superate da alcuni insufficienti rimedi introdotti dalla giurisprudenza (la quale, ad esempio, non ha tenuto conto del fatto che la condizione dell’interventore “dipendente” non è equiparabile a quella della parte).

Le molte difficoltà sorte in seguito all’assegnazione alla Corte costituzionale del compito di controllare l’ammissibilità del *referendum* abrogativo previsto dall’art.75 della Costituzione, sono una conseguenza dell’infelice scelta che fu compiuta dall’Assemblea costituente di prevedere un istituto così congegnato, il quale può avere ad oggetto una qualsiasi legge o parte di legge ordinaria che al momento in cui il *referendum* viene effettuato sia vigente in Italia, salvo una serie di limiti di oggetto,

esplicitamente indicati dallo stesso art.75, comma 2. Queste difficoltà non furono certamente attenuate dall'altrettanto infelice scelta, compiuta dal legislatore costituzionale nel [1953](#), di demandare il compito di valutare l'ammissibilità delle proposte di *referendum* alla Corte costituzionale, che indusse la Corte, per amor di patria, ad individuare una serie di limiti ulteriori dedotti dalle caratteristiche tecniche del *referendum* abrogativo. Ne sono derivati una miriade di problemi pratici e teorici (si pensi che all'art. 75 il professor Massimo Luciani ha recentemente dedicato un eccellente commento comprendente quasi ottocento pagine), molti dei quali collegati alle gravi anomalie della disciplina costituzionale, legislativa e giurisprudenziale dell'istituto, oltre che all'uso distorto che ne è stato fatto da molti dei promotori, i quali hanno appassionato la dottrina costituzionalistica italiana (chi scrive se ne è occupato, da ultimo, in un saggio pubblicato nel volume curato da Hamon e Passelecq, *Le référendum en Europe. Bilan et perspectives*, L'Harmattan, Paris, 2001, p.74 ss., e riprodotto in *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005, p.193 ss., e, specialmente dopo l'attento lavoro di Luciani, non è il caso di diffondersi ulteriormente in merito).

Quello che si può dire, riassuntivamente, sulle molte questioni discusse a Modena in tema di *referendum* abrogativo, è che questo istituto, introdotto nella Costituzione per valorizzare la sovranità popolare, seppur entro opportune "forme e limiti" (ai sensi dell'art. 1), si è prestato a molti usi, prevalentemente influenzati dalla capacità che esso ha assunto di proiettare al centro del circo mediatico un problema (reale o, più spesso, costruito in vista di una campagna tendente al raggiungimento di scopi che a volte vanno molto al di là dell'effetto abrogativo formalmente proposto agli elettori come eventuale effetto giuridico della loro deliberazione). Lo sviluppo di questa caratteristica, favorita soprattutto dalla possibilità, che è stata ampiamente consentita dalla Corte, di trasformare il *referendum* "abrogativo" in un *referendum* "manipolativo" o "di principio", come tale tendente alla realizzazione di una riforma legislativa della materia in questione anche in casi, riguardanti problemi largamente influenzati da motivi tecnici, nei quali altre vie sarebbero più opportunamente percorribili, ha consentito talora di conferire all'esito referendario la portata di una dichiarazione di principio, suscettibile di applicazioni estensive (come nel caso del *referendum* sul nucleare), ma, in altri casi, quella di una mera aspirazione, apparentemente soddisfattiva delle esigenze dedotte, ma in pratica facilmente aggirabile

(come nel caso dei *referendum* sul finanziamento pubblico dei partiti o in quelli sulla soppressione di alcuni ministeri).

Queste esperienze inducono perciò a valutazioni negative derivanti proprio dalle caratteristiche che l'istituto del *referendum* abrogativo ha assunto in Italia e che sarebbero state evitate, ad esempio, ove lo si fosse configurato in Costituzione come un *referendum* puramente "oppositivo", mediante il quale gli elettori fossero chiamati a confermare o respingere, senza possibilità di modificarla, una delibera parlamentare (come è previsto per le leggi costituzionali e di revisione costituzionale dall'art. 138 e come è accaduto, in concreto, in occasione dei primi due *referendum ex art. 75*, che hanno avuto ad oggetto la legge istitutiva del divorzio e la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, mediante i quali i cittadini hanno effettivamente avuto la possibilità di sapere quello che facevano quando votavano "sì" oppure "no").

Vari interventi si sono occupati anche del *referendum ex art. 138*, analizzando i problemi di un eventuale controllo della Corte costituzionale da inserire nel procedimento di formazione delle leggi costituzionali o di revisione costituzionale, dei quali Giuseppe Ugo Rescigno ha opportunamente segnalato le difficoltà. Come giustamente egli osserva nel suo intervento, un tale controllo dovrebbe in realtà risolversi in un controllo sul Parlamento (e precisamente sugli atti di iniziativa dei procedimenti di questo tipo), poiché non sarebbero i promotori del *referendum* a determinarne l'oggetto, che risulterebbe automaticamente dal progetto approvato dalle Camere. Per cui il vero problema si sposta sulla determinazione dei limiti formali e sostanziali del potere di revisione, sull'ammissibilità di una riforma totale della Costituzione e su altre questioni che non potrebbero ovviamente essere affrontate in questo modo.

La conclusione di queste note non può quindi non consistere nel ripetere che, dall'evoluzione storica che ha portato alla redazione della Costituzione italiana, sembra abbastanza agevole desumere che la stragrande maggioranza dell'assemblea che l'approvò considerava irreversibile l'accoglimento pieno e convinto dei principi del costituzionalismo che essa realizzava, dopo le tante difficoltà che avevano impedito di conseguire questo esito già nel corso del Risorgimento e successivamente a causa dell'avvento della dittatura fascista. Una revisione totale (da adottarsi mediante convocazione di una nuova Assemblea costituente, da eleggersi con metodo proporzionale, come segnalò Giuseppe Dossetti, nella lettera al Sindaco di Bologna del 15 aprile 1994, riprodotta in *I valori della Costituzione*, Edizioni San Lorenzo,

1995, pp. 37-38) si giustificerebbe pertanto soltanto ove si volessero abbandonare o modificare profondamente tali principi, mentre la procedura di cui all'art. 138, può permettere aggiustamenti di modesta entità, come quelli che si sono avuti sostanzialmente finora. Ma, a parte gli interventi di questo tipo, poco suscettibili di sfruttamento propagandistico, che non sembrano interessare granché le forze politiche attualmente presenti sulla scena italiana, sembra difficile ammettere la possibilità di una rinuncia a quell'impostazione anti-assolutistica che indusse gli italiani a contrapporsi, prima alle monarchie esistenti nel periodo preunitario e poi ai nazi-fascisti, e che costituisce la trama essenziale della Costituzione attualmente vigente. Il *referendum* costituzionale del 25 giugno 2006, del resto, ha dimostrato l'esistenza di un'ampia maggioranza di cittadini chiaramente schierati a difesa dei principi (non divisibili fra quelli enunciati nell'una o dell'altra delle due parti in cui il testo della Costituzione è ripartito, come in quella circostanza si proponeva di fare) che furono adottati con il *referendum* del 2 giugno 1946 e con la votazione dell'Assemblea costituente del 22 dicembre 1947.

Del resto, se davvero l'alternativa fra le riforme tendenti alla mera manutenzione del testo costituzionale e il rovesciamento dei principi del costituzionalismo potesse considerarsi come non esclusiva di altre intermedie (ritenendosi sussistenti le condizioni generali per incidere in profondità su delimitati settori del diritto costituzionale italiano, senza intaccare i principi fondamentali cui esso nel suo complesso si ispira), il problema dell'omogeneità del progetto (e conseguentemente dell'eventuale quesito) dovrebbe comportare una difficile decisione circa chi potrebbe stabilire se il quesito proposto offra all'elettore la possibilità di decidere senza essere condizionato dalla formulazione del testo propostogli. In tal caso, solo il Corpo elettorale avrebbe l'autorità di decidere, senza deleghe, su tale problema. Ma è evidente che il voto sull'ammissibilità sarebbe difficilmente separabile dal voto sul merito della proposta, senza alcuna possibilità di evitare il rischio dell'effetto plebiscitario.

Le "zone franche" del controllo di costituzionalità che danno luogo a maggiori problemi sono quindi soprattutto quelle che risultano da una sorta di *modus vivendi* che la Corte ha stabilito con la classe politica che governa il paese e che ha le sue basi nell'art. 66 della Costituzione, per il quale "ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità" (interpretato da Cass., sez. unite, 6 aprile 2006, n. 8118, *Foro it.*,

*Rep.* 2006, voce *Elezioni*, n.108, nel senso di dedurne il difetto di giurisdizione dei giudici ordinari e amministrativi su ogni questione riguardante le elezioni politiche), e nella [sentenza n.154 del 1985](#), con la quale la Corte costituzionale ha affermato che i regolamenti parlamentari non sono “atti aventi forza di legge” ai sensi dell’art. 134 della Costituzione e che, pertanto, essi non sono sindacabili dalla Corte costituzionale.

Molte altre pronunce, sia della Corte costituzionale che di altri giudici, hanno sviluppato questi principi per dedurne la generale insindacabilità degli atti non legislativi del Parlamento (salvo la parziale deroga stabilita, in tema di immunità *ex art.* 68, Cost., all’evidente scopo di attenuare gli effetti della soluzione giurisprudenziale sopra ricordata, che però, come si è visto, ha espropriato senza indennizzo le parti direttamente interessate del diritto di azione e di difesa in riferimento a queste controversie), fino a consentire la formazione di una “giurisdizione domestica”, composta di personale parlamentare e competente a giudicare sulle controversie fra le Camere e i loro dipendenti, fornitori, ecc. (Cass., 10 aprile 1986, n.2546, *Foro it.*, 1986, I, 1139; 23 aprile 1986, n. 2861, *ibid.*, 1828; 18 febbraio 1992, n.1993, *ibid.*, 1993, I, 1654; sull’analogo potere della Corte costituzionale, cfr. Corte cost., ord. 17 giugno 1993, *id.*, 1994, I, 3382 ed *ivi* ulteriori riferimenti).

L’art. 66 della Costituzione ha comportato altresì la pratica esclusione di ogni possibilità di controllo di costituzionalità delle leggi elettorali, confermata in recenti sentenze della Corte costituzionale ([n. 15](#) e [16 del 2008](#)) con le quali la Corte, con ampia argomentazione, ha consentito l’effettuazione di un *referendum* su un quesito “manipolativo” della legge elettorale n. 270 del 2005, la cui eventuale approvazione da parte degli elettori non avrebbe in alcun modo eliminato i vizi di costituzionalità (sui quali si vedano gli scritti compresi in F. BASSANINI [a cura di], *Le leggi elettorali*, Il Mulino, Bologna, 2008, nonché Marco CROCE, in [Astrid-Rassegna](#), n. 62 del 21 dicembre 2007, e in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*), contribuendo così al rafforzamento, agli occhi dell’opinione pubblica, di una disciplina che praticamente assegna ai partiti esistenti il monopolio delle candidature (rinnovando la prassi napoleonica delle candidature “ufficiali”) e così riduce il compito degli elettori alla scelta fra due *leaders* (scelta peraltro scontata, stante la situazione di monopolio dei *mass media*, che la Corte ha bensì ripetutamente condannato, ma sempre lasciando aperta una scappatoia che ha consentito di conservarla). In tal modo l’effettuazione del *referendum* pseudo-abrogativo, se prima

o poi avrà luogo e se gli elettori si recheranno a votare in numero adeguato al *quorum* richiesto, servirà soltanto (tanto in caso di vittoria del “sì” che di vittoria del “no”) a confermare la legge incostituzionale.

L’art. 66 della Costituzione fu scritto quando l’Italia usciva da un periodo che era cominciato quando l’on. Matteotti era stato rapito e quindi ucciso per avere pronunciato in Parlamento un discorso di opposizione ad un Governo gravemente liberticida e non esisteva in Italia una Magistratura indipendente che potesse condannare i mandanti dell’assassinio, né tanto meno un controllo di costituzionalità delle leggi, e, in una visione ottocentesca del ruolo e della struttura del Parlamento, i membri dell’Assemblea costituente ritennero che loro stessi sarebbero stati i migliori tutori della regolarità delle attività delle Camere.

L’esperienza successiva ha dimostrato che le cose non stanno così e che le garanzie che furono allora stabilite sono spesso servite a coprire chiare illegalità, ispirate dal diffuso spirito corporativo che è stato prodotto dal più generale fenomeno della professionalizzazione e burocratizzazione della politica che si è avuta in Italia. Altrove, negli ordinamenti costituzionali che sono stati instaurati a partire dal secondo dopoguerra, questa soluzione è stata quasi ovunque abbandonata e si è fatto ricorso a controlli esercitati da organi indipendenti (corti costituzionali o altri).

Altro profilo con riferimento al quale non mancano le zone franche dal controllo di legalità e di costituzionalità sono quelle cui si riferiscono i vari tipi di immunità, di alcuni dei quali abbiamo già parlato, cui sono dedicati molti interventi compresi nei due volumi in esame. A dimostrazione della necessità di queste deroghe alla legalità viene generalmente addotta, più o meno fondatamente, una “ragion di Stato”, la quale impone l’astensione da ogni indagine la quale tenda a salvaguardare i principi che appaiono lesi mediante l’imposizione di segreti o con altri metodi variamente configurati. Nel diritto italiano vigente il riferimento a questo tipo di giustificazioni è esplicito nell’art. 9 comma 3 della [legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1](#), ove si legge che la Camera competente “può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l’autorizzazione a procedere [per reati commessi nell’esercizio delle loro funzioni dal Presidente del Consiglio o da Ministri] ove reputi, con valutazione insindacabile, che l’inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell’esercizio della funzione di Governo”. E’ evidentemente a questo genere di ipotesi (come i falsi passaporti per il controspionaggio di cui parlò Vittorio Emanuele

Orlando) e non certo per le immunità per i reati estranei alle funzioni rivendicate da certi uomini politici del nostro tempo, cui si riferiva la Corte costituzionale quanto, nella [sentenza n. 24 del 2004](#), disse che “l’assicurazione del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono [alle cinque più alte cariche dello Stato ... costituisce] un interesse apprezzabile che può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto”.

Nei secoli passati, si è spesso abusato del ricorso alla ragion di stato per proteggere oltre misura titolari di cariche pubbliche i quali agivano nel loro privato interesse o per consentire ogni genere di misfatti, ma è anche indubbio che, in molti casi, se i regimi politici democratici fossero riusciti a proteggere meglio loro uomini politici dagli attentati ad essi portati, con modalità indiscutibilmente illecite, dai loro avversari, le loro sorti avrebbero potuto essere migliori.

Se pertanto gli argomenti che possono essere addotti a dimostrazione della necessità di ricorrere alle forme di tutela riferite alla ragion di stato a tutela dei principi del costituzionalismo contro la criminalità politica non possono essere scartati *a priori*, non vi è dubbio che essi debbono essere bilanciati con le argomentazioni, non meno valide, che si oppongono a tali soluzioni e che richiedono, quanto meno, il risarcimento dei danni materiali derivanti dalla lesione dei diritti che dovessero essere sacrificati per soddisfare, nell’interesse pubblico e non mai nel semplice interesse privato del titolare della carica, esigenze di questo tipo. Ma l’uso che degli strumenti di questo genere era stato compiuto in passato aveva spesso travalicato i limiti conformi a ragione per sfociare nella conservazione dei privilegi ammessi dalle tradizioni anteriori allo sviluppo del costituzionalismo o recuperati nei regimi autoritari di nuovo tipo che avevano trovato ampio sviluppo nel corso del XX secolo.

Nella prima fase della sua attività (dopo che era stato abbattuto, col riconoscimento della giuridicità delle norme c.d. “programmatiche”, il diaframma che avrebbe probabilmente ostacolato anche le iniziative rivolte in questa direzione), la Corte costituzionale ([sentenze n. 94 del 1963](#) e [n. 4 del 1965](#)) aveva fatto cadere alcuni privilegi di questo tipo, come l’art.16 del codice di procedura penale del 1931, sull’autorizzazione a procedere per reati commessi da ufficiali o agenti di polizia mediante l’uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, e la “garanzia amministrativa” di cui all’art. 22 del testo unico comunale e provinciale del 1934, che prescriveva un’analogha autorizzazione del Capo dello Stato per procedere contro un

prefetto (o suo vicario) per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni (eccezione fatta per i reati elettorali), mentre la legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3, aveva eliminato l'autorizzazione a procedere che era prevista dall'art. 68 comma 2, Cost., per qualunque reato che fosse stato commesso, anche nell'interesse privato, da membri del Parlamento.

La linea di severità era stata successivamente frenata dalla giurisprudenza sopravvenuta, secondo la quale erano inammissibili le questioni di costituzionalità di disposizioni o norme legislative che rientrassero nella "discrezionalità del Parlamento", con la conseguenza di giungere vicini alla paralisi del controllo di costituzionalità. Successivamente, però, il ricorso al limite per le *political questions*, aveva subito qualche attenuazione (conformemente, del resto, alle sue origini americane, che ne avevano offerto applicazioni molto meno frequenti), ma alcune discussioni relative a situazioni di questo genere sono più che attuali, come quella sulle immunità parlamentari originata dalla [sentenza n. 1150 del 1988](#), sopra ricordata, quella che ha visto un *ex*-presidente della Repubblica rivendicare un'immunità "assoluta" (nel corso della lunghissima controversia relativa alle ingiurie da lui rivolte ad un componente di un comitato parlamentare, sulla quale cfr., da ultimo, [Corte cost., 17 luglio 2007, n. 290](#), in *Foro it.*, 2007, I, 2640, ed *ivi* ulteriori richiami), quella sull'apposizione del segreto di stato ai beni privati di un leader politico (cfr. [Corte cost., 25 ottobre 2005, n. 404](#), in *Giur.cost.*, 2005, n. 3953, e i commenti ad essa relativi), ed altre, per non dire della lunga serie di leggi spesso sospettate di essere *ad personam*, in quanto destinate a salvare il medesimo *leader* dai provvedimenti del giudice penale, quanto meno mediante la ciambella di salvataggio della prescrizione (sulla quale cfr. [Corte cost., 31 maggio 1990, n. 275](#), in *Giur.cost.*, 1990, 1658, che consentì agli imputati i quali aspirino ad essere assolti nel merito, per evitare una pronuncia infamante, di rinunciare all'applicazione della prescrizione [facoltà questa della quale nessun uomo politico italiano risulta essersi mai avvalso]) e la costante pressione esercitata sull'intero corpo dei magistrati mediante la minaccia di riforme punitive, che dura ormai da quindici anni.

Altra grave difficoltà si prospetta per effetto della decisione del Senato di proporre conflitto di attribuzioni nei confronti del potere giudiziario con riferimento alla sentenza della Corte di cassazione n. 21748 del 16 ottobre 2007 ed al decreto della Corte d'appello di Milano del 25 giugno 2008 sul caso Englaro, nella parte in cui hanno dedotto dal principio costituzionale di cui agli articoli 13 e 32, Cost., il diritto

del paziente di rifiutare, ovvero di far cessare, un trattamento sanitario indesiderato, anche con riferimento ad un successivo momento in cui egli si trovi in condizione fisiche che non gli consentano di rinnovare la dichiarazione resa in tal senso. La decisione della Cassazione e quella della Corte di appello di Milano si fondano infatti sull'interpretazione della Costituzione, il cui carattere di norma giuridica immediatamente operativa è stato affermato, in particolare, dalla celebre sentenza [n.1/1956](#) della Corte costituzionale sempre confermata, e sul principio che stabilisce il divieto di *non liquet*, che fu enunciato nell'art. 4 del Codice civile francese del 1804 dove fu addirittura enunciato il principio della responsabilità per “*deni de justice*” del giudice il quale si rifiuti di giudicare “*sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi*”. E' del tutto pacifico, inoltre, che i conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato dei quali giudica la Corte costituzionale non costituiscono un quarto grado di giurisdizione e, in particolare che la funzione di interpretazione del diritto vigente costituisce un compito proprio dei giudici appartenenti ai vari ordini che costituiscono il potere giudiziario e, soprattutto della Corte di cassazione, giusta l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario che la definisce “organo supremo della giustizia”, cui spetta assicurare “l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti fra le diverse giurisdizioni” (senza con ciò togliere a chiunque, cittadino o straniero, pubblico funzionario o soggetto privato, il diritto di esprimere i propri punti di vista su qualunque problema, senza naturalmente che le opinioni così espresse abbiano l'efficacia prevista dal diritto per i diversi tipi di atti o negozi giuridici). Ed è anche chiaro che per interpretazione non si intende più soltanto l'interpretazione “letterale” (cioè la lettura di un testo scritto intitolato “legge”), ma anche molte altre forme di deduzione, a cominciare da quella “sistematica”. E' infine noto) che quando l'art. 101, comma 2, della Costituzione dice che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” non deve intendersi “legge” nel significato tecnico che questa espressione assume quando viene usata per individuare quei particolari atti del Parlamento il cui procedimento di approvazione è regolato dagli articoli 70-74, ma nel senso più generale di “fonte del diritto”, essendo pacifico che i giudici italiani debbono applicare, a seconda dei casi, oltre alla legge, la Costituzione, taluni tipi di norme internazionali, comunitarie, straniere, regionali, locali, private, ecc., vari tipi di atti normativi dell'esecutivo, i decreti presidenziali che danno atto dei risultati dei *referendum* abrogativi, certe sentenze della Corte costituzionale e dei giudici comunitari, le fonti che costituiscono

espressione della autonomie regionali, locali, ecc., secondo quanto dispongono una quantità di regole stabilite da norme che non sono più quelle indicate nell'articolo 1 nelle disposizioni preliminari al codice civile, scritto quando l'Italia era uno stato autoritario e centralista, ma quelle indicate dalla Costituzione e da altre "fonti sulle fonti", gran parte delle quali ispirate al principio pluralista.

Queste vicende hanno indotto talora alcuni a sostenere l'opportunità di un allargamento delle competenze della Corte costituzionale mediante l'introduzione di un ricorso diretto mediante il quale, come avviene in altri paesi, pubbliche autorità, o eventualmente anche singoli cittadini, siano abilitati ad investire in via principale leggi ordinarie con una denuncia d'incostituzionalità. Fino a quando l'atteggiamento delle forze politiche nei confronti della Costituzione è stato di piena adesione ai valori derivanti dalle tradizioni costituzionali affermatesi in Europa e altrove negli ultimi duecento anni ed alla ispirazione antifascista della Costituzione stessa, questa ipotesi non appariva necessaria, così come nessuno si preoccupava in realtà del fatto che, in regime di legge elettorale proporzionale, la maggioranza richiesta per la revisione della Costituzione fosse (insieme con gli altri "aggravamenti" procedurali) solamente la maggioranza assoluta (cui si aggiungeva, come inasprimento assai tenue della procedura legislativa ordinaria, la doppia votazione a distanza di tre mesi e la possibilità di sottoposizione del progetto approvato con maggioranza inferiore a due terzi a *referendum* oppositivo *ex art.* 138).

Il crollo dei partiti antifascisti, lo sconvolgimento del sistema elettorale e la "confusione" a livello personale tra potere politico, economico e mediatico hanno cambiato radicalmente la situazione ed anche il ruolo della Corte costituzionale (e, in generale, quello di tutti i soggetti indipendenti previsti dalla Costituzione come tutori della legalità) si è fatto più difficile, oltre che meno efficace, a fronte di quelle che non si possono non configurare come "modificazioni tacite" della Costituzione (argomento questo tornato al centro degli studi di diritto costituzionale, ma con una valenza opposta a quella assunta al tempo del Risorgimento). Ma, su questo piano, il problema va molto al di là delle zone franche o delle zone d'ombra della giustizia costituzionale italiana e l'introduzione di un ricorso diretto, ancorché fondata su valide ragioni, potrebbe ormai risultare di dubbia utilità pratica.