

Roberto Romboli

*Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*

SOMMARIO: 1. Le particolarità della esperienza italiana: il modello accentrato più diffuso d'Europa – 2. La progressiva valorizzazione dell'attività interpretativo-creativa del giudice attraverso l'utilizzo di alcuni tipi di decisione da parte della Corte costituzionale – 3. La valorizzazione del diritto giurisprudenziale riguardo all'ambito sovranazionale (Cedu e Ue) – 4. I limiti all'attività creativa di diritto da parte dei giudici nella tutela dei diritti: 'diritti costituzionali' e 'diritti legali'; 'diritti costituzionali' regolati dalla legge e 'diritti costituzionali' privi di attuazione legislativa – 5. La differente legittimazione del legislatore e del giudice nella creazione del diritto. La natura giurisdizionale della Corte ed il rispetto delle regole del processo costituzionale: il caso della sent. n. 1 del 2014

*1. Le particolarità della esperienza italiana: il modello accentrato più diffuso d'Europa*

Con riguardo alla scelta, e poi alla realizzazione, del modello di giustizia costituzionale, l'esperienza italiana mostra in effetti alcuni elementi caratteristici che hanno inciso sul tema in discorso, sia sul versante della natura politica o giurisdizionale del Giudice costituzionale, sia sulla valorizzazione, da parte di quest'ultimo, del potere interpretativo, quindi inevitabilmente creativo, del giudice comune.

Il nostro Paese, al pari di quanto generalmente accadde in Europa a seguito della seconda guerra mondiale, scelse come noto un modello di giustizia costituzionale a carattere accentrato, non ritenendo di poter accogliere quello diffuso nordamericano, che certamente avrebbe svolto una diversa influenza relativamente al ruolo e potere creativo del giudice.

La scelta di un modello accentrato condusse pertanto alla istituzione di un soggetto nuovo – il Giudice costituzionale – il quale avrebbe dovuto trovare la propria collocazione nella forma di governo tra gli altri organi di vertice dello stato che godevano di più risalente tradizione.

In proposito avremmo potuto chiederci se, nella contrapposizione, la Corte costituzionale sia da ritenere 'legislatore' oppure 'giudice'.

Si tratta del noto e assai dibattuto tema relativo alla natura, politica o giurisdizionale, della Corte costituzionale, che ha visto a Firenze, nell'ambito di un convegno dedicato nel 1981 alla Corte costituzionale nella forma di governo, il confronto tra chi sosteneva la prima tesi (Modugno) e chi invece la seconda (Zagrebelsky).

La natura ibrida, quasi una via di mezzo, della Corte è stata poi sostenuta da Enzo Cheli nel suo volume sul *Giudice delle leggi* del 1996, in cui ciò viene sottolineato come elemento positivo e non negativo. Secondo Cheli infatti siamo in presenza «di una funzione 'intermedia' che [...] è al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale – funzione che conduce, da un lato, a 'giurisdizionalizzare' la politica dentro le forme del processo, dall'altro a 'politizzare' la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce».

Non intendo ovviamente, neppure in minima parte, riprendere in questa sede il tema, ma solamente richiamare la possibilità per il Giudice costituzionale di sviluppare maggiormente la sua 'anima politica' oppure quella 'giurisdizionale', in conseguenza di differenti elementi presenti o realizzati nella concreta realtà di un paese.

Il modello di giustizia costituzionale seguito in Italia viene inserito, come noto, nei modelli misti, in quanto via di mezzo tra accentrato e diffuso, a seguito della previsione della via di accesso del giudizio incidentale (un modello accentrato, ma ad iniziativa diffusa).

Se questo è comune a molte altre esperienze dell'Europa continentale, la particolarità del caso italiano consiste nel fatto che, mentre le altre esperienze sono caratterizzate dalla presenza di ulteriori vie di accesso al Giudice costituzionale, oltre quella incidentale, in Italia invece la nostra Corte inizia a funzionare, ed eserciterà le sue funzioni per più di venti anni, basandosi solamente sulla via incidentale. La via principale infatti, stante la inattuazione per molti anni delle regioni ordinarie, sarà praticata in pochi casi (con riguardo alle regioni speciali), così come pure la via dei conflitti tra enti e tra poteri.

Se il modello diffuso si caratterizza anche per il fatto di valorizzare e porre fiducia nell'attività del giudice, possiamo dire che, limitando di fatto l'accesso alla sola via incidentale, il nostro modello di giustizia costituzionale, sia stato in Europa quello 'più diffuso' fra tutti i modelli accentrati.

Il necessario dialogo e rapporto diretto con i giudici, unici 'portieri' della Corte, ha inevitabilmente determinato una prevalente coloritura giurisdizionale dell'attività del nostro Giudice costituzionale, dando un decisivo apporto allo sviluppo dell' 'anima' giurisdizionale rispetto a quella politica.

Una riprova è data anche dal rispetto che negli anni la Corte ha

mostrato di avere nei confronti delle regole del processo costituzionale, pur non mancando di dare un notevole apporto attraverso la sua giurisprudenza anche creativa, ma mai (o quasi mai) superando quei limiti che segnano il confine tra l'uso e l'abuso del diritto processuale (secondo la formula usata da Alessandro Pizzorusso).

Possiamo infatti, a conferma della natura giurisdizionale della Corte, ritenere che di norma essa non ha superato quei confini indicati da Onida come invalicabili per un soggetto che voglia essere qualificato come giudice, seppure particolare: la scelta sul 'se' decidere, su 'cosa' decidere e sulla necessità di motivare giuridicamente le proprie decisioni.

In altri ordinamenti, il cui sistema di giustizia costituzionale è stato pure qualificato come misto, la presenza dall'inizio di altre e diverse vie di accesso ha infatti inciso, anche in considerazione della differente posizione e delle minori garanzie riconosciute alla magistratura, sulla natura del Giudice costituzionale ed ancora di più sui rapporti tra questo ed i giudici, specie quello di ultima istanza. Come ad esempio accaduto in Spagna, dove per diverso tempo le sentenze del *Tribunal constitucional*, nelle aule giudiziarie, erano avvicinate più ad un atto normativo che non giurisdizionale, ritenendosi il piano della legalità di esclusiva competenza (anche interpretativa) del *Tribunal supremo*.

## *2. La progressiva valorizzazione dell'attività interpretativo-creativa del giudice attraverso l'utilizzo di alcuni tipi di decisione da parte della Corte costituzionale*

L'altro elemento caratteristico della esperienza italiana concerne la valorizzazione dell'attività interpretativa e creativa del giudice nella evoluzione dello stato costituzionale e sociale, a seguito del rapporto venutosi a creare tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni.

Gli spazi, più o meno ampi, riconosciuti alla funzione interpretativa del giudice derivano, fra l'altro, da alcune tecniche di giudizio seguite dalla Corte costituzionale e soprattutto da particolari tecniche decisorie adottate.

In proposito vorrei indicarne alcune, a mio avviso particolarmente significative, le quali hanno determinato un indubbio ampliamento e valorizzazione dell'attività interpretativa del giudice.

La prima tra queste, anche in ordine di tempo, è rappresentata dalle sentenze interpretative di rigetto, attraverso le quali la Corte dichiara non fondata la questione di costituzionalità, ma fornisce al contempo una interpretazione della disposizione impugnata tale da evitare la dichiarazione di incostituzionalità.

L'adozione di tali pronunce determina inequivocabilmente la presa di posizione del Giudice costituzionale contro la separazione, seguita invece dalla Corte di Cassazione, tra il piano della legalità (l'interpretazione della legge spetta al giudice comune) e quello della costituzionalità (l'interpretazione della Costituzione spetta alla Corte costituzionale).

L'aspetto, per quanto ci interessa, più importante, in un primo momento non adeguatamente colto, è quello per cui, sulla base della suddetta giurisprudenza costituzionale, appare evidente come una legge possa dare luogo a differenti interpretazioni, tutte astrattamente possibili e come la scelta tra di esse debba essere orientata alla luce della Costituzione, preferendo cioè quella più in linea con il dettato costituzionale.

Sembrerebbe doversi derivare, in altri termini, che l'operazione condotta dalla Corte costituzionale attraverso le pronunce interpretative può (o deve) essere operata anche da parte del giudice comune nel decidere le controversie ad esso proposte.

Questo tipo di pronuncia serve anche a saldare una specie di 'alleanza' tra 'i giudici dei gradi inferiori' e la Corte allo scopo di superare le interpretazioni restrittive della legge seguite dalla Corte di Cassazione.

In considerazione di ciò l'attività di interpretazione della legge in conformità alla Costituzione viene esercitata dalla Corte quasi in esclusiva, in una posizione di sostanziale monopolio, pur potendo, in teoria, questa essere esercitata certamente anche da parte dei giudici comuni.

La Corte tende a non evidenziare tale possibilità, ad evitare i rischi connessi ad un'interpretazione conforme 'diffusa', analoghi a quelli che avevano indotto il Costituente a scegliere per un controllo accentrato di costituzionalità.

Un ampliamento dello spazio interpretativo del giudice deriva anche dall'utilizzo, da parte della Corte costituzionale, delle decisioni c.d. additive di principio, attraverso le quali viene dichiarata la incostituzionalità della norma impugnata, senza però procedere alla sua sostituzione con altra norma specifica, direttamente applicabile (come accade con le additive semplici), ma limitandosi ad indicare il principio costituzionale cui ispirarsi per procedere alla suddetta sostituzione o comunque per la soluzione del caso concreto.

La decisione additiva di principio, ispirata principalmente dal rispetto della discrezionalità del legislatore, risulta composta di due parti distinte: una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento dei principi costituzionali operato dalla Corte.

Ferma la suddetta finalità di questo tipo di decisioni, in concreto veniva a crearsi un ventaglio di ipotesi fra loro differenziate a seconda del carattere più o meno specifico e puntuale del 'principio' indicato dalla Corte e soprattutto della possibilità che lo stesso potesse essere realizzato

solo a seguito di un intervento del legislatore oppure anche a prescindere dallo stesso, in particolare da parte dei giudici comuni.

L'indicazione del 'principio' sembrava quindi tale da poter sollecitare due diversi seguiti: quello del legislatore e quello del giudice, potendosi realizzare, allorché il secondo non si fosse dimostrato possibile, quello che fu chiamato da Parodi il «doppio effetto paralizzante», dal momento che il giudice, in caso di inerzia del legislatore, non avrebbe potuto applicare la norma dichiarata incostituzionale, né risolvere autonomamente il caso.

In realtà la natura concreta del giudizio incidentale e l'obbligo per il giudice di dare comunque una risposta, non essendo prevista la possibilità di sospendere il giudizio in attesa dell'intervento del legislatore, hanno fatto concludere che il giudice, attraverso i propri poteri interpretativi ed il ricorso all'analogia, avrebbe dovuto comunque risolvere il caso tenendo a fondamento il 'principio' espresso dalla Corte.

Il legislatore viene quindi sollecitato ad intervenire per la realizzazione del 'principio' indicato, restando libero di scegliere quando e come farlo, nella consapevolezza però che la sua inerzia significherà sostanziale avallo a che la scelta sia operata a livello giurisprudenziale, caso per caso.

A seguito di quanto osservato ci si è chiesti se, al di là delle finalità con cui le additive di principio sono state pensate, esse abbiano rappresentato di fatto un maggiore rispetto delle scelte discrezionali del legislatore oppure, al contrario, un sostanziale ampliamento del potere interpretativo e 'creativo' dei giudici, vedendo una qualche contraddizione nella affermazione per cui la Corte, per il rispetto della discrezionalità del legislatore, non potrebbe fare una decisione autoapplicativa attraverso la specificazione del 'principio', mentre alla stessa operazione sarebbe legittimato il giudice.

Il fondamento della posizione assunta in proposito dalla Corte credo debba individuarsi nella convinzione per cui, in molti casi, una migliore soluzione è ottenibile dal giudice sulla base delle caratteristiche del caso concreto che non attraverso un intervento demolitorio della Corte avente efficacia generale.

Il rispetto del ruolo del legislatore deriva dal riconoscimento ad esso, e solo ad esso, di un (sollecitato) intervento contenente una normativa avente carattere generale, senza con ciò consentirgli altresì di impedire, con la propria inerzia, la tutela e la realizzazione dei valori costituzionali indicati nel 'principio'.

Una simile *ratio* condurrà la Corte a suggerire prima ed imporre poi la c.d. interpretazione conforme, precisando che il giudice, di fronte a più possibili interpretazioni, ha innanzi tutto l'obbligo di scegliere quale di esse intende seguire, escludendo che egli possa sollevare una questione

di costituzionalità al solo scopo di richiedere alla Corte la soluzione di un mero dubbio interpretativo, dal momento che ciò rientra nei poteri dell'autorità giudiziaria oppure che un'eccezione di costituzionalità possa essere proposta alla Corte al solo scopo di far prevalere un'interpretazione della legge rispetto ad altra, dovendo essere il giudice a scegliere l'interpretazione conforme alla Costituzione.

L'esperienza delle additive di principio e quella della interpretazione conforme ha avuto, in certa misura, l'effetto di trasformare la questione di costituzionalità in questione di interpretazione, sollevando in alcuni il dubbio circa la conformità della seconda esperienza al nostro modello di giustizia costituzionale (G.U. Rescigno) e collegando altri la prima al più vasto fenomeno di giurisdizionalizzazione dell'ordinamento (P. Falzea).

In realtà l'invito ad operare attraverso l'interpretazione conforme sembra porsi nell'ambito dei rapporti di necessaria collaborazione tra il giudice comune e la Corte costituzionale e, così come da sempre accaduto per le sentenze interpretative di rigetto, appare pacifico come il suggerimento di quest'ultima, per quanto autorevole, non possa certo ritenersi dotato di efficacia vincolante per i destinatari. Questo vale ad escludere che il superamento, quando possibile, dei dubbi di costituzionalità attraverso l'interpretazione conforme possa essere qualificato come la realizzazione, di fatto, nel nostro ordinamento di un controllo diffuso di costituzionalità.

In ipotesi di mancanza di una specifica disciplina della materia *de qua*, la Corte costituzionale, in varie occasioni, ha invitato il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali. Si legge infatti in queste pronunce che «spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina» (sent. 11/1998) oppure che «nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali» (sent. 347/1998).

### *3. La valorizzazione del diritto giurisprudenziale riguardo all'ambito sovranazionale (Cedu e Ue)*

Anche con riferimento all'ambito sovranazionale la più recente giurisprudenza costituzionale si è espressa chiaramente nel senso di una valorizzazione del diritto giurisprudenziale.

Con riguardo all'ordinamento della Cedu infatti, con le cc.dd. sentenze gemelle del 2007 – anche ad evitare che i giudici comuni procedessero (come in alcuni casi era avvenuto) ad una diretta disapplicazione della legge ritenuta in contrasto con la Cedu, al pari di quanto accade per il diritto euro unitario – la Corte costituzionale ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. deve portare a riconsiderare la collocazione nel nostro ordinamento delle norme della Cedu.

In particolare, pur non giungendo a riconoscere alle stesse il valore di disposizioni costituzionali e quindi di possibile parametro di costituzionalità, la Corte perviene allo stesso risultato applicando ad esse la c.d. teoria della norma interposta.

L'aspetto che maggiormente ci interessa è il riferimento che la Corte costituzionale fa alla giurisprudenza della Corte europea, allorché afferma che una caratteristica della Cedu è quella di avere un proprio giudice, cui è assegnato il compito di interpretare la Convenzione, la quale quindi deve ritenersi 'vivente' nella lettura fornita dalla Corte di Strasburgo, in quanto gli obblighi assunti dallo Stato italiano comprendono sia l'esistenza di quel giudice, sia il riconoscimento della funzione interpretativa del medesimo. Più in specifico il giudice nazionale ha l'obbligo di seguire in via primaria l'interpretazione della legge conforme alla Cedu, mentre la garanzia di uniformità dell'interpretazione spetta alla Corte europea, cui è riservata pure l'ultima parola, la quale deve essere accettata dagli stati membri. Successivamente la giurisprudenza costituzionale ha precisato che la tutela dei diritti fondamentali deve avvenire in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme tra loro non coordinate o addirittura in potenziale contrasto tra loro, per cui mentre la Corte europea decide necessariamente in ordine al singolo caso e sullo specifico diritto fondamentale, spetta alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di un diritto si realizzi in maniera squilibrata e con effetti negativi rispetto agli altri diritti.

Il margine di apprezzamento da riconoscersi agli stati membri deve determinarsi con riguardo al complesso dei diritti fondamentali e pare il caso di sottolineare come in proposito il Giudice costituzionale ha cura di precisare che la visione ravvicinata ed integrata dei diritti fondamentali può essere opera non solamente del legislatore, ma anche della stessa Corte costituzionale e del giudice comune, ognuno nell'ambito delle proprie competenze.

L'ordinamento eurounitario rappresenta un esempio di ordinamento in larga parte formato sulla base di un diritto giurisprudenziale e delle decisioni assunte dal giudice dei Trattati istitutivi ossia dalla Corte di giustizia delle comunità europee (poi dell'Unione Europea).

L'importanza ed il ruolo centrale che viene ad assumere il giudice nazionale

deriva dal fatto che la Corte di giustizia, al fine di rendere efficaci i vincoli derivanti per gli stati membri dal diritto della UE, ha pensato di appoggiare il compito di controllare, e in parte di sanzionare, gli stati ai loro giudici nazionali, attraverso appunto gli strumenti della pregiudiziale eurounitaria e del potere-dovere di disapplicazione. Il ricorso da parte del giudice alla Corte europea per la interpretazione pregiudiziale del diritto UE è poi venuto ad assumere un'efficacia decisamente maggiore a seguito del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della efficacia di fonte del diritto anche alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia fin dal 1984 ha affermato che, nell'applicare il diritto nazionale, il giudice deve interpretare lo stesso alla luce del diritto della UE e sottolineato come l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato in quanto l'obbligo di interpretazione conforme deve ritenersi un 'effetto strutturale' della normativa eurounitaria, concludendo pertanto che il giudice, quando è possibile seguire un'interpretazione conforme, non deve procedere alla disapplicazione del diritto nazionale, che diviene quindi una *extrema ratio*.

Il giudice comune pertanto, in caso di dubbio circa il significato da attribuire al diritto della UE, deve chiedere l'intervento della Corte di giustizia, quindi procedere, ove possibile, ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto della UE e altrimenti decidere il caso disapplicando il diritto nazionale in contrasto con quello eurounitario ed il rinvio pregiudiziale sempre più è venuto trasformandosi da strumento di interpretazione a strumento di produzione del diritto. Tanto che in certi casi viene fatto di chiedersi quale diritto il giudice nazionale viene in realtà ad applicare, se quello nazionale, quello eurounitario o ancora un diritto 'misto'. La domanda e la difficoltà di dare una risposta certa deriva dal fatto che non è facile distinguere con un taglio netto il diritto eurounitario dal diritto nazionale interpretato in conformità al primo, come pure l'attività di interpretazione da quella di applicazione del diritto.

#### *4. I limiti all'attività creativa di diritto da parte dei giudici nella tutela dei diritti: 'diritti costituzionali' e 'diritti legali'; 'diritti costituzionali' regolati dalla legge e 'diritti costituzionali' privi di attuazione legislativa*

La seconda riflessione concerne invece la individuazione di quali siano i limiti che si pongono all'attività creativa di diritto da parte dei giudici ed il fondamento della loro legittimazione nel nostro sistema costituzionale.

Una simile riflessione porta ad esprimersi su una problematica da

tempo assai dibattuta tra i costituzionalisti, vale a dire quella dei cc.dd. 'diritti nuovi'.

La felice espressione 'nuovi diritti' non deve comunque essere presa alla lettera e far pensare al fenomeno per cui gli stessi, non previsti dal testo costituzionale, vengono 'creati' più o meno *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale o dei giudici comuni.

Il carattere rigido della Costituzione richiederebbe infatti per un'operazione del genere il procedimento della revisione costituzionale, per cui con la suddetta espressione si deve più propriamente intendere la possibilità che la nozione di 'diritti inviolabili' o diritti fondamentali possa essere concretizzata, oltre che ovviamente attraverso l'intervento del legislatore ordinario, anche da parte della giurisprudenza, seppure con modalità e limiti diversi, essendo chiaramente diversa la loro legittimazione alla creazione del diritto.

Allo scopo di ragionare intorno ai limiti che si pongono all'attività creativa del giudice ritengo necessario distinguere tra quelli che potremmo invece chiamare 'diritti costituzionali' e quelli che potremmo definire 'diritti legali'.

Con il secondo termine intendo indicare quelle situazioni per le quali la Costituzione 'consente' una certa soluzione e disciplina, ma non la 'impone', lasciando quindi la realizzazione di un determinato diritto alla sfera della decisione politica ed alle regole della maggioranza parlamentare, alla quale spetterà di valutare l'evoluzione dei risultati della scienza medica, dei costumi, della coscienza sociale, ecc.

Può pertanto verificarsi che venga correttamente giudicata, in tempi diversi ma anche tra loro abbastanza ravvicinati, non confliggente con i principi costituzionali sia una scelta limitativa o addirittura negativa con riguardo ad un determinato diritto, sia una scelta che, al contrario, riconosca e garantisca quello stesso diritto o un particolare aspetto del medesimo.

La necessità di un intervento del legislatore in varie occasioni viene segnalata dalla giurisprudenza, sia da quella costituzionale, attraverso lo strumento dei 'moniti' più o meno espliciti, sia anche da quella comune e da specifiche decisioni sui casi concreti che portino ad evidenza la necessità di una disciplina della materia.

D'altra parte è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l'ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale.

Nell'ambito della conferenza stampa tenuta nel 2013 dal presidente della Corte Gallo, è sembrato che questi, nel richiamare l'attenzione su alcuni 'moniti' ai quali il legislatore non aveva ottemperato, intendesse far risaltare una posizione di vero e proprio obbligo (per quanto non immediatamente sanzionabile) del legislatore ad intervenire.

Il presidente Gallo in quella occasione ha infatti sostenuto che i moniti «costituiscono l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità» e che «queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è *tenuto* ad intervenire in materia» (corsivo aggiunto).

Nel caso invece di diritti che trovano il loro sicuro fondamento nella Costituzione ('diritti costituzionali'), è necessario distinguere ulteriormente a seconda che vi sia stato in materia un intervento attuativo da parte del legislatore oppure che questi abbia ritenuto di non intervenire.

A fronte di un intervento del legislatore il giudice può valutare se la disciplina sia o meno conforme ai principi costituzionali, dovendo dapprima comunque sperimentare, come detto, la possibilità di dare ad essa un'interpretazione (consentita ovviamente dal testo della legge) tale da attribuirle un significato costituzionalmente conforme e, qualora ciò non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Il problema si pone in termini ovviamente diversi allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una qualsiasi disciplina.

In questo caso, a meno di non contraddire il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale. È quanto sembra verificarsi nel caso dei cc.dd. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il noto caso di Giorgio Welby).

La giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni ha invitato, come detto, in queste circostanze il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali.

La nota teoria crisafulliana delle 'rime obbligate', da tempo fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale, parrebbe potersi applicare anche ai giudici

comuni, ovviamente non con riguardo alla parte demolitoria delle decisioni manipolative, bensì a quella ricostruttiva.

L'applicazione della Costituzione può pertanto essere effettuata anche direttamente dal giudice, pur se in termini ed efficacia diversi rispetto a quelli riconosciuti al legislatore.

Può utilmente richiamarsi in proposito la nota decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 630, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò fosse necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 113/2011).

Nella motivazione della decisione, ed ai fine della applicazione della medesima, la Corte si rivolge sia al legislatore che al giudice, seppure in termini diversi: «spetterà [...] ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione» e «al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione».

Il compito del legislatore viene quindi espresso in termini di 'eventualità', mentre quello del giudice di 'doverosità', sottolineando la delicatezza e la particolarità dell'operazione interpretativa («il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico con l'obiettivo perseguito [...] prime fra tutte [...] quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato»).

Quale esempio di un 'diritto legale' e di un 'diritto costituzionale', dell'ipotesi cioè di un diritto che trova fondamento nella Costituzione e di un diritto la cui realizzazione dipende invece dalle scelte del legislatore, può essere ricordata la distinzione che emerge dalla recente giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo tra il diritto ad una vita familiare o di coppia ed il diritto al matrimonio.

La Corte europea ha sostenuto che l'art. 12 Cedu non esclude, né impone agli stati di introdurre una legislazione nazionale che riconosca il matrimonio omosessuale, lasciando questi liberi di decidere in base alla situazione sociale e culturale del paese, mentre ha affermato che le relazioni omosessuali rilevano non solo come 'vita privata', ma pure come 'vita familiare', allo stesso titolo della coppia eterosessuale e che pertanto le differenze di trattamento, basate sull'orientamento sessuale possono essere giustificate solo sulla base di ragioni particolarmente '*imperieuses*' (Corte

europea dei diritti dell'uomo 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria).

La Corte costituzionale, mentre ha negato che il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali abbia un fondamento costituzionale, ha ricondotto tra le formazioni sociali di cui all'art. 2, Cost. l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» riconoscendo alla stessa «il *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

In conseguenza di ciò la Corte ha quindi sostenuto che «può accadere che [...], in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza» (sent. 138/2010).

Possiamo quindi ritenere che il Giudice costituzionale ha adottato una decisione di 'inammissibilità di principio', attraverso la quale ha affermato la necessità di un intervento del legislatore a fissare una disciplina generale ed organica, indicando i principi ai quali lo stesso dovrà attenersi ed ai quali però potrà riferirsi da subito il giudice e la medesima Corte costituzionale fintanto che ciò non si sarà verificato.

Appare quindi evidente il diverso spazio che nelle due ipotesi (diritto al matrimonio e diritto alla vita familiare e di coppia) viene riservato all'attività interpretativa del giudice al quale, solamente nel secondo caso – similmente a quanto accaduto con riguardo al rapporto tra coppie sposate e coppie conviventi '*more uxorio*' – viene richiesto di valutare quando un trattamento differenziato tra coppie omosessuali e coppie sposate integri una discriminazione vietata dalla Costituzione oppure sia giustificato dalla realizzazione di principi costituzionali.

##### *5. La differente legittimazione del legislatore e del giudice nella creazione del diritto. La natura giurisdizionale della Corte ed il rispetto delle regole del processo costituzionale: il caso della sent. n. 1 del 2014*

Per quanto concerne infine la differente legittimazione del giudice e del legislatore alla produzione del diritto, quella del secondo si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto. Al legislatore è consentito anche, attraverso l'esercizio del proprio potere normativo, di contrastare eventuali interpretazioni, ritenute non corrette, date

alle proprie leggi, attraverso l'approvazione di leggi di interpretazione autentica, le quali possono prevedere anche la loro applicazione per i procedimenti in corso (leggi in varie occasioni ritenute dalla Corte costituzionale non in contrasto con la Costituzione) ed a lui rimane altresì l'ultima parola anche nei riguardi di dichiarazioni di incostituzionalità delle proprie leggi, avendo il potere di revisione costituzionale, seppure è auspicabile che tale potere venga usato solo rarissimamente e per situazioni assolutamente eccezionali.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge e dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate.

Elemento di primaria importanza, in contrapposizione con quanto accade per l'attività politica, è poi costituito da quella che da alcuni è stata chiamata la «processualità» dell'agire del giudice (Cappelletti) e da altri, più recentemente, l'«armatura ferrea» con cui lo stesso deve procedere (Di Giovine), tale da porre un intervallo visibile tra la scelta politica generale e la decisione del caso concreto. Intendo riferirmi al principio della domanda, per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, all'obbligo comunque di decidere, nonché a quello, fondamentale, di motivazione delle proprie decisioni.

In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio di legalità costituzionale e di soggezione del giudice solo alla legge (*rectius* al diritto).

La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene poi certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità. Come scrive Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto e ad imporre una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme preesistenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale.

La natura giurisdizionale dell'attività della Corte costituzionale rappresenta, come da più parti sostenuto, la maggiore garanzia di indipendenza ed al tempo stesso la sua legittimazione nel sistema, che potrebbe porsi in dubbio qualora la sua azione dovesse essere ispirata da finalità di natura politica.

Da qui la necessità del rispetto da parte della stessa del diritto processuale costituzionale, riguardo al quale essa non può e non deve ritenersi libera di prestare osservanza a suo piacimento.

In tal senso ha fatto discutere la recente decisione con cui la Corte, dopo alcuni moniti inascoltati dal legislatore, ha dichiarato la incostituzionalità della legge elettorale del 2005, dopo aver dichiarato ammissibile la stessa in maniera, a giudizio di alcuni, un po' troppo disinvolta riguardo ai principi processuali.

L'ammissibilità della questione sollevata è stata giustificata dalla Corte attraverso due differenti argomentazioni, seguendo in ciò le due linee argomentative sostenute dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio.

La prima, più aderente alla normativa processuale ed alla precedente giurisprudenza, attraverso la quale la Corte tende a dimostrare come esistesse un *petitum* che non si esauriva nella questione di costituzionalità, non risultando l'accertamento domandato al giudice comune totalmente assorbito dal richiesto intervento della Corte, con ciò ribadendo pertanto la necessità di una tale diversificazione ai fini della ammissibilità della questione. In particolare la Corte rileva come sul punto vi sia un'ampia motivazione da parte del giudice *a quo*, la quale deve ritenersi non implausibile e quindi non sindacabile.

La seconda, introdotta dall'espressione 'per di più' – la quale parrebbe quindi denotare il suo carattere solo rafforzativo e comunque non necessario ai fini della ammissibilità – attraverso la quale la Corte fonda invece le ragioni della ammissibilità sulla peculiarità ed il rilievo costituzionale del diritto costituzionale oggetto dell'accertamento. Il Giudice costituzionale afferma altresì che leggi quale quella elettorale, che definisce le regole essenziali per il funzionamento di un sistema democratico, non possono essere immuni dal sindacato della Corte, pena il determinarsi di una zona franca e quindi di un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato.

Non vi sono dubbi che la seconda parte rappresenti l'aspetto più innovativo rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale, in quanto ispirata al più generale principio di legittimità costituzionale.

Diverse sono state le letture della stessa ed in generale è stata sottolineata come la Corte abbia con essa aperto un 'portone' per l'accesso al Giudice costituzionale, liquidando di un colpo cinquanta anni di elaborazione della nozione di rilevanza e/o di pregiudizialità oppure abbia modificato il modello di giustizia costituzionale, introducendo, in via giurisprudenziale, una ipotesi di ricorso diretto. Ciò nel senso che chiunque ritenga che una legge abbia recato una limitazione illegittima ad un proprio diritto fondamentale possa esercitare un'azione di accertamento dell'avvenuta limitazione e richiedere l'intervento della Corte al fine di dichiarare la incostituzionalità della legge.

Proprio sulla base di quanto sopra detto credo sia invece possibile non

seguire una simile interpretazione ‘larga’ a favore invece di una ‘stretta’ o, come dirò, ‘ai limitati fini’.

In un ordinamento che ritiene una legge incostituzionale valida e vincolante fintanto che la stessa non sia dichiarata tale dall’organo appositamente istituito allo scopo, particolarmente grave e pericolosa risulta l’esistenza di zone franche dal controllo di costituzionalità. Per questo è del tutto condivisibile lo sforzo del Giudice costituzionale, nel rispetto dei poteri ad esso attribuiti, di ridurre al massimo quelle aree, anche attraverso l’interpretazione giurisprudenziale delle condizioni di accesso e dei requisiti richiesti per l’instaurazione del processo costituzionale.

In questo senso molti sono gli esempi che potremmo trarre dalla ormai quasi sessantennale giurisprudenza costituzionale, si pensi ad esempio alle nozioni di ‘giudice’ ‘ai limitati fini’ del giudizio incidentale oppure di rilevanza, ‘addolcita’ allo scopo di poter sindacare le norme penali di favore e di poter consentire di sollevare questioni nell’ambito del giudizio cautelare.

Un’interpretazione tendente ad ampliare l’accesso al giudizio costituzionale in ragione del principio di costituzionalità non rappresenta una novità per la giurisprudenza costituzionale e deriva, di volta in volta, da esigenze concrete che vengono a manifestarsi e rispetto alle quali la Corte tenta di trovare una soluzione.

Nel caso di specie più volte la Corte aveva inviato al legislatore avvisi rimasti inascoltati. L’importanza e la delicatezza della materia, se da un lato richiedevano che ad intervenire fosse appunto il legislatore, dall’altro non consentivano, ad avviso della Corte, il perdurare nell’ordinamento della vigenza di una legge elettorale incostituzionale.

Gli elementi che caratterizzano la via incidentale rispetto al ricorso diretto sono rappresentati dalla rilevanza, la quale richiede trattarsi di una questione concreta e non astratta, di una legge da applicarsi ad un caso specifico e dall’altro dalla necessaria delibazione della questione da parte di un giudice, mentre la necessaria pregiudizialità nel senso di escludere la denuncia di incostituzionalità come unico motivo di ricorso al giudice è frutto della legge ordinaria e soprattutto della giurisprudenza costituzionale.

Mi sentirei pertanto di escludere che la sentenza in esame abbia realizzato un nuovo modo di accesso alla Corte costituzionale, rimodellando il profilo dell’ammissibilità e scardinando le consuete strettoie della via incidentale (Borrello).

Allo stesso modo credo si possa sostenere che la sent. n. 1/2014 ha in certa misura ammesso un ricorso sostanzialmente diretto, a condizione che l’espressione sia impiegata ad indicare la possibilità di *lites fictae*, mentre deve risultare chiaro che in ogni caso il carattere principale del ricorso

diretto – che certamente nel nostro caso non ricorre – è quello di poter ‘saltare’ la intermediazione del giudice, ponendo spesso ad oggetto del ricorso proprio i provvedimenti giurisdizionali.

A mio avviso pertanto la sentenza in esame viene ad inserirsi in quella giurisprudenza, in parte prima ricordata, che ha determinato un ampliamento delle modalità di accesso ‘ai limitati fini’, quindi come eccezione alla regola.

Questo mi pare risultare abbastanza chiaramente da quanto affermato dalla Corte, la quale tende a sottolineare le particolarità, rispetto agli altri diritti fondamentali, del diritto di voto e della legge elettorale e soprattutto che trattasi di legge «che più difficilmente verrebbe per altra via sottoposta alla Corte».

Appare comunque evidente che essa segnerà un precedente al quale la Corte in futuro non potrà non attenersi con riferimento alla verifica di costituzionalità della legge elettorale per supposta violazione del diritto inviolabile di voto.

#### *Abstract*

Lo scritto analizza il problema della identificazione e della tutela dei diritti fondamentali, interrogandosi circa l’apporto dato ed i rapporti che vengono ad instaurarsi tra il legislatore ed il giudice. In particolare vengono sottolineati l’espandersi e la valorizzazione del diritto giurisprudenziale ed esaminato il tema della natura creativa dell’attività giurisprudenziale, dei suoi limiti e della sua legittimazione nello stato democratico costituzionale.